



# EUROPE DES DROITS & LIBERTÉS

---

# EUROPE OF RIGHTS & LIBERTIES

## DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

M. Afroukh, La Convention européenne des droits de l'homme devant le Conseil d'Etat période d'état d'urgence sanitaire : une omniprésence en trompe-l'œil ?

V. Barbé, Droit à l'environnement et *devolution* au Royaume-Uni

S. Karagiannis, La discrimination positive dans certaines conventions internationales de protection des droits de l'homme

J. Moise, La conciliation de l'universalité avec la diversité culturelle. Un enjeu majeur du droit international

## FOCUS

L'activation de la directive 2001/55/CE relative à la protection temporaire dans le contexte de la crise ukrainienne

Abattage rituel versus bien-être animal, le bien-être animal l'emporte !

« Parce que le droit le commande ». Libre-propos sur le rôle essentiel du juge dans un Etat de droit

Convention européenne des droits de l'homme et contrôle de la loi

Prévention des atteintes à l'environnement des peuples autochtones

Les « affaires polonaises » et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière d'État de droit

N° 5

MARS 2022 | MARCH 2022

## **NOTPE EQUIPE | OUR TEAM**

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

Linou-Alexandre Sicilianos

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

Florence Benoît-Rohmer

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

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

### **Membres du Comité de rédaction | Members of the Editorial Board**

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

### **Directeur de la publication | Editor in chief**

Christos Giannopoulos (Université de Strasbourg)

**EUROPE DES DROITS & LIBERTES**  
**EUROPE OF RIGHTS & LIBERTIES**

**MARS 2022**

---

**N° 5**

## Sommaire | Table of Contents

### DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

- Afroukh Mustapha, La Convention européenne des droits de l'homme devant le Conseil d'Etat en période d'état d'urgence sanitaire : une omniprésence en trompe-l'œil? 6
- Vanessa Barbé, Droit à l'avortement et *devolution* au Royaume-Uni 25
- Syméon Karagiannis, La discrimination positive dans certaines conventions internationales de protection des droits de l'homme 41
- Jean Moise, La conciliation de l'universalité avec la diversité culturelle. Un enjeu majeur du droit international 98

### FOCUS

- Aikaterini Angelaki, L'activation de la directive 2001/55/CE relative à la protection temporaire dans le contexte de la crise ukrainienne 119
- Florence Benoît-Rohmer, Abattage rituel versus bien-être animal, le bien-être animal l'emporte ! 129
- Manuela Brillat, Ellen Penninckx, « Parce que le droit le commande ». Libre-propos sur le rôle essentiel du juge dans un Etat de droit 143
- Thibaut Larrouturou, Convention européenne des droits de l'homme et contrôle de la loi 166
- Marie Rota, Prévention des atteintes à l'environnement des peuples autochtones 181
- Johannes Vöhler, Les « affaires polonaises » et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière d'État de droit 190

ISBN 2726-1263  
Dépôt légal: 2022, mars

# La Convention européenne des droits de l'homme devant le Conseil d'Etat en période d'état d'urgence sanitaire: une omniprésence en trompe-l'œil?

Mustapha Afroukh\*

À la question de savoir si l'exercice du contrôle juridictionnel de conventionnalité, notamment celui opéré par le Conseil d'Etat au titre de la Convention européenne des droits de l'homme, n'est pas le grand oublié des travaux consacrés à la protection des droits et libertés en période d'état d'urgence sanitaire<sup>1</sup>, la réponse paraît, de prime abord, devoir être positive<sup>2</sup>. Reste à vérifier si cette indifférence révèle une véritable mise entre parenthèses du contrôle de conventionnalité par les juges du Palais Royal ou si elle est excessive et éloignée de la réalité contentieuse. Et si la question revêt une acuité particulière, c'est en raison du contexte politique et juridique dans lequel elle s'inscrit. En effet, le cas de figure n'est plus celui d'un état d'urgence allant de pair avec l'exercice par la France de son droit de dérogation au sens de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme (2015-2017)<sup>3</sup>, mais d'un état d'urgence sans dérogation, s'inscrivant donc dans le cadre d'une conventionnalité normale, si l'on ose dire. Sur le plan formel, les droits et libertés ne sont pas ici suspendus, pas plus d'ailleurs que les garanties juridictionnelles. Le juge interne, juge de droit commun de la Convention, devait logiquement faire prévaloir une application pleine et entière de la norme conventionnelle.

L'étude annuelle 2022 du Conseil d'Etat intitulée *les états d'urgence la démocratie sous contrainte*<sup>4</sup> comporte cinq pages consacrées à l'étude du régime conventionnel de la dérogation aux droits et libertés (art. 15 CEDH ; art. 4 PIDCP). On ne peut toutefois qu'être surpris, voire inquiet de la place réservée à l'application du droit international des droits de l'homme par le Conseil d'Etat. On a beau chercher, on peine à trouver dans cette étude des développements substantiels sur le contrôle de conventionnalité interne. Et sans aucun doute y-a-t-il quelque ironie à constater que la seule référence à ce contrôle dessert le Conseil d'Etat, puisqu'il s'agit de l'archi connu contentieux de la

---

\* Maître de conférences HDR en droit public à l'Université de Montpellier (UR\_UM205/CRDH)

<sup>1</sup> On entend par là le nouveau régime d'exception mis en place, dans la précipitation, par le législateur le 23 mars 2020 (art. L. 3131-12 et s. du code de la santé publique), permettant d'adopter des mesures exceptionnelles restrictives des libertés visant l'ensemble de la population « en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population », régulièrement reconduit depuis lors avec des régimes transitoires au cours desquels a par exemple été édicté le passe sanitaire (loi n° 2021-689 du 31 mai 2021).

<sup>2</sup> Pour une illustration, on se reportera à l'étude de N. Symchowicz, « Etat d'urgence sanitaire et contrôle juridictionnel des mesures de police » (*AJDA*, 2020, p. 2001), qui ne dit mot du contrôle de conventionnalité ; B. Stirn, « Le référé et le virus », *RFDA*, 2020, p. 634.

<sup>3</sup> Ce qui explique l'analyse du contrôle des mesures prises au titre de cet état d'urgence sécuritaire à la lumière de la jurisprudence européenne sur l'article 15 de la Convention : P. Wachsmann, « Contrôle des mesures prises au titre de l'état d'urgence et Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2016 p. 2425.

<sup>4</sup> Conseil d'Etat, étude annuelle, *Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes*, 8 juillet 2021.

prolongation automatique des détentions provisoires qui a plutôt mis en exergue le rôle de la Cour de cassation comme juge des libertés<sup>5</sup>. Cette idée a largement été reprise pour peu que l'on se tourne vers le numéro spécial de la *RDP Les états d'exception, un test pour l'état de droit* : est uniquement souligné le rôle de « la Cour de cassation, gardienne de la conventionnalité des lois dans le domaine judiciaire »<sup>6</sup>.

À y regarder de près, la question de l'intensité de ce contrôle a surtout été évoquée au début de l'état d'urgence sanitaire, en lien avec le refus de la France de ne pas exercer le droit de dérogation prévu à l'article 15 de la Convention européenne, refus qui a suscité, on le sait, une controverse doctrinale : d'un côté, certains auteurs regrettaient un choix générateur d'insécurité juridique en ce que les mesures prises au titre de l'état d'urgence sanitaire s'inscrivaient bien dans une dérogation *de facto*<sup>7</sup> ; de l'autre, il était soutenu que le maintien du droit commun des restrictions permettait une protection plus efficace des droits et libertés en ce que le contrôle des mesures de restriction de la Cour européenne est plus strict que celui mis en œuvre dans le cadre de l'article 15<sup>8</sup>. Que le lecteur soit rassuré : il ne s'agit pas de revenir sur ce débat. Mais le contexte auquel il renvoie – l'inapplicabilité de l'article 15 – s'avère essentiel. Alors que la Convention européenne avait vocation à s'appliquer normalement, ce « hiatus » - état d'urgence sans dérogation – aurait conduit le juge administratif à occulter la Convention européenne au profit de l'urgence sanitaire. À suivre certains auteurs<sup>9</sup>, le refus français d'activer l'article 15 a eu un prix : placer le juge interne dans une situation très inconfortable qui explique, en partie, la minoration systématique de la Convention européenne.

Même s'il y a des précédents de mise en œuvre d'états d'urgence sans dérogation<sup>10</sup>, la pratique (avant la crise du covid-19) tend à montrer que les Etats ne renoncent pas au bénéfice de la clause dérogatoire en présence d'un événement qui s'installe dans la durée. L'exemple français en atteste : en 1985 (événements en Nouvelle-Calédonie), en 2005 (émeutes des banlieues) ou bien encore en 2015 (attentats terroristes), le régime dérogatoire de l'article 15 a été activé mais pas en 2020 malgré l'instauration de l'état d'urgence sanitaire. Il est d'ailleurs intéressant de relever que cette situation particulière n'a pas échappé aux requérants et à leur conseil qui n'ont pas hésité à faire un lien entre l'inconventionnalité de certaines mesures et le fait que le gouvernement n'a pas demandé le bénéfice de l'article 15. Autre manifestation de ce contexte inédit, la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas restée totalement indifférente à ce débat sur la nature et l'étendue du contrôle de conventionnalité opéré par le juge interne. Dans

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>6</sup> Voir la contribution de L. Boré, « La Cour de cassation, l'état d'urgence et la protection des libertés », *RDP, Les Etats d'exception, un test pour l'Etat de droit*, numéro spécial – 2021, p. 263.

<sup>7</sup> Parmi d'autres, F. Sudre, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2020, 510. L'article a également été publié sur le site internet du [club des juristes](#).

<sup>8</sup> S. Touzé, « La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation... », *JCP G.*, 2020, 511. L'article a également été publié sur le site internet du [club des juristes](#).

<sup>9</sup> F. Sudre, *op. cit.* ; B. Bonnet, « Le Conseil d'État et le covid-19. Quand le Conseil d'État porte l'État de droit sur ses épaules... », *JCP G*, n° 22, 1er Juin 2020, 656 ; R. Letteron, « [Covid-19 : L'article 15 de la Convention européenne. ou pari sera toujours pari](#) », Liberté, Libertés chéries Blog [dernière consultation le 13 mars 2021].

<sup>10</sup> Par exemple, en 1986, la France a appliqué l'état d'urgence sur le territoire de Wallis et Futuna sans exercé son droit de dérogation.

une décision d'irrecevabilité *Zambrano c. France* en date du 7 octobre 2021<sup>11</sup> dans laquelle le requérant contestait la conventionnalité du passe sanitaire, la Cour, se plaçant dans le sillage de précédents dépourvus d'ambiguïté<sup>12</sup> a mis en évidence la différence d'objet et de nature des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, en particulier la plus-value du contrôle *in concreto* de conventionnalité par rapport au contrôle *in abstracto* exercé par le Conseil constitutionnel. Parce que ces contrôles sont distincts, « une mesure prise en application d'une loi dont la conformité aux dispositions constitutionnelles protectrices des droits fondamentaux est établie peut-être jugée incompatible avec ces mêmes droits tels qu'ils se trouvent garantis par la Convention à raison par exemple de son caractère disproportionné dans les circonstances de la cause »<sup>13</sup>. Au regard de ces principes, l'argument du requérant selon lequel la décision du Conseil constitutionnel en date du 5 août 2021 (DC n° 2021-824) rendait tout recours contre les textes d'application de la loi du 5 août 2021 ineffectif ne pouvait prospérer. Le contrôle de constitutionnalité n'absorbant pas le contrôle de conventionnalité, M. Zambrano pouvait tout à fait saisir le Conseil d'État pour contester la loi sur le passe sanitaire au regard des dispositions conventionnelles. En conséquence de quoi la requête a été déclarée irrecevable pour défaut d'épuisement des voies de recours préalables. Une telle présentation du contrôle de conventionnalité, contrôle de proportionnalité *in concreto*, paraît bien éloignée des analyses doctrinales présentant ce contrôle comme étant de pure en forme en période d'état d'urgence sanitaire.

L'examen de ce décalage est une manière de tenter de s'extraire des apories auxquelles mènent les débats sur les mérites ou non de la position française de ne pas activer le régime dérogatoire de l'article 15. La question de savoir si la dérogation était préférable au régime de droit commun ou l'inverse n'est pas le point central de la discussion. Elle est plutôt de savoir si les garanties juridictionnelles en droit interne sont effectives. Or, une étude approfondie du contentieux devant le juge administratif donne à voir une réalité paradoxale, à savoir une omniprésence de la Convention européenne emportant finalement peu d'effets. L'hypothèse peut ainsi être émise d'un contrôle à éclipses (**Partie II**). Le contrôle a été adapté aux circonstances exceptionnelles de l'état d'urgence sanitaire de sorte que peu de décisions ont suspendu ou annulé des mesures restrictives sur le seul fondement de la Convention européenne<sup>14</sup>. Semblable positionnement du juge administratif peut surprendre au regard du contexte singulier de non-application de l'article 15 qui caractérise l'état d'urgence sanitaire, lequel a alimenté une montée en puissance de Convention européenne dans les stratégies contentieuses des requérants (**Partie I**).

---

<sup>11</sup> Cour EDH, 7 octobre 2021, *Zambrano c. France* (déc.), req. n° 41994/21.

<sup>12</sup> Cour EDH, 16 janvier 2018, *Charron et Merle-Montet c. France* (déc.), req. n° 22612/15 ; Cour EDH, Déc., 5 mai 2020, *Graner c. France*, req. n° 84536/17.

<sup>13</sup> Cour EDH, 7 octobre 2021, *Zambrano c. France* (déc.), op. cit., § 27.

<sup>14</sup> La lecture des conclusions des rapporteurs publics est également révélatrice de cette minoration du contrôle de conventionnalité. On relèvera cependant l'appel important du rapporteur public Olivier Fuch à ne pas « dévitaliser la source conventionnelle » (concl. s/Conseil d'Etat, 5 mars 2021, *Ordre des avocats aux conseils et autres*, n° 440037 à propos de la possibilité de recourir à la visioconférence dans le procès pénal).

## Partie I – L’omniprésence inédite de l’argument conventionnel

À l’évidence, sous l’impulsion des plaideurs, nous avons assisté à une européanisation des griefs, inédite en période d’état d’urgence. Ceux-ci et leur conseil ont fait feu de tout bois, multipliant les moyens d’inconventionnalité et n’hésitant pas même à demander aux juges du Palais Royal d’adresser à la Cour européenne des demandes d’avis au titre du Protocole n° 16 sur la conventionnalité des mesures prises au titre de l’état d’urgence sanitaire. Qu’il paraît bien loin le temps où l’on pouvait parler d’une sous-exploitation de la Convention en période d’état d’urgence<sup>15</sup>. L’omniprésence de l’argument conventionnel sera tout d’abord mis en parallèle avec le contexte inédit dans lequel elle intervient, un état d’urgence sans dérogation. En effet, c’est le maintien du régime normal des restrictions qui semble expliquer l’européanisation des griefs en période d’état d’urgence (A). Sur la base de cette prémisse, on comprend la richesse des moyens d’inconventionnalité (B).

### A. L’ombre du choix français de ne pas recourir au régime dérogatoire

La particularité du contentieux des mesures prises au titre de l’état d’urgence est bien connue : le juge administratif est le plus souvent saisi comme juge des référés, ce qui lui permet d’intervenir « en temps réel ». L’irrésistible pouvoir d’attraction du référé-liberté s’est une nouvelle fois illustrée : le juge statue dans un délai très bref de 48h et celui-ci peut être saisi d’atteintes directes à des libertés fondamentales, mais également dans des situations d’abstention de l’autorité administrative. Sont notamment visées les situations de carence qui « crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale » (art. 2 CEDH)<sup>16</sup> ou « les expose à être soumis, de manière caractérisée, à un traitement inhumain ou dégradant prohibé par l’article 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et les libertés fondamentales »<sup>17</sup>. Attractivité également car le contrôle de conventionnalité relève désormais de l’office du juge des référés, qui peut connaître d’un moyen tiré de l’inconventionnalité de la loi au regard des traités internationaux, tant dans l’abstrait que dans les conséquences concrètes de leur application<sup>18</sup>. Mais s’il lui appartient d’écarter le droit interne en raison de sa contrariété aux engagements internationaux, celle-ci doit être manifeste, du moins en référé-liberté. Ce positionnement est singulièrement important car l’intervention du juge est subordonnée à l’existence d’une illégalité manifeste. C’est dire, en d’autres termes, que toute inconventionnalité ne constitue pas une atteinte manifestement grave et illégale à une liberté fondamentale. La comparaison avec les exigences conventionnelles pourrait donc apparaître comme étant faussée dès le départ.

---

<sup>15</sup> V. Couronne, « La Convention européenne des droits de l’homme devant le juge administratif en période d’état d’urgence », *RDP*, 2017, p. 355.

<sup>16</sup> Vingt-six ordonnances de référé se placent sur ce terrain. Parmi d’autres : Conseil d’Etat, ord. 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, n° 439674 : la demande des requérants, professionnels de santé, tendant à ce que le juge enjoigne au gouvernement de prononcer un confinement total de la population, s’appuyait sur le droit au respect de la vie protégé par l’article 2 de la CEDH.

<sup>17</sup> On compte seize ordonnances mobilisant cette formule, le plus souvent en lien avec la protection des personnes détenues face à la propagation du virus. Voir par exemple Conseil d’Etat, ord. 7 mai 2020, n° 440151.

<sup>18</sup> Conseil d’Etat, Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez Gomez*, n° 396848.

Il n'en reste pas moins que cette évolution substantielle de l'office de juge des référés a été largement exploitée par les requérants pour contester les mesures prises au titre de l'état d'urgence sanitaire. Et le fait que la France n'ait pas exercé son droit de dérogation au sens de l'article 15 pour lutter contre la pandémie du covid-19 emporte une rupture dans les stratégies contentieuses : l'argument n'est plus celui de l'inconventionnalité de l'état d'urgence au regard de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>19</sup> mais celui de son inconventionnalité manifeste compte tenu de la non-application de l'article 15. Le « hiatus » évoqué plus haut d'un état d'urgence sans dérogation est opposé par les requérants aux autorités françaises. Ainsi, dans une ordonnance *Association civitas* en date du 18 mai 2020 relative à l'interdiction de tout rassemblement ou réunion au sein des établissements de culte, les requérants pointaient l'illégalité de la mesure « dès lors que (...), la France ne peut pas exercer le droit de dérogation prévu à l'article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales faute d'avoir notifié l'état d'urgence sanitaire au Conseil de l'Europe »<sup>20</sup>. De même, le référé-suspension présenté par plusieurs associations contre les dispositions permettant à la Cour nationale du droit d'asile de juger l'ensemble des recours à juge unique soulignait une méconnaissance du « droit au recours effectif, conventionnellement garanti aux demandeurs d'asile, en ce qu'elle confie l'ensemble du contentieux de l'asile à un juge unique, tenu de statuer dans des délais restreints, alors qu'il n'existe aucun obstacle dirimant au maintien de la procédure collégiale et que le Gouvernement n'a pas demandé à bénéficier de l'article 15 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »<sup>21</sup>. La formulation retenue ici nous semble plus appropriée que la précédente en ce qu'elle fait écho au caractère facultatif du recours à l'article 15. Nul doute que la pandémie du covid-19 constitue bien « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État » pour reprendre une formule utilisée par la Cour européenne dans l'affaire *Lawless*<sup>22</sup> mais elle n'obligeait certainement par la France pas à invoquer cette disposition.

Plus intéressante encore est la démarche du requérant dans une ordonnance du 20 octobre 2020 concernant l'obligation du port du masque. Il allègue en effet que « les dispositions contestées *dérogent* aux libertés fondamentales sans justification dès lors qu'elles constituent des mesures exceptionnelles alors que les conditions des articles 16 et 35 de la Constitution et de l'article 15 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sont pas satisfaites »<sup>23</sup> et pose ainsi la vraie question de savoir si la France est ou non dans un régime de dérogation *de facto*. Cependant, outre que les moyens d'inconventionnalité restent imprécis, la manière de poser le problème est susceptible de créer des malentendus : la France n'aurait pas pu

---

<sup>19</sup> On se souvient qu'en 2006 et 2016, le Conseil d'Etat avait rejeté lapidairement les moyens d'inconventionnalité de loi du 3 avril 1955 au regard de l'article 15 de la Convention (Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, n° 286834 ; 23 décembre 2016, *Ligue des droits de l'homme*, n° 395091).

<sup>20</sup> N° 440361.

<sup>21</sup> Conseil d'Etat, ord. 8 juin 2020, *Association ELENA France et a.*, n° 440717.

<sup>22</sup> Cour EDH, 1<sup>er</sup> juillet 1961, *Lawless c. Irlande (n° 3)*, req. n° 332/57, § 28.

<sup>23</sup> Conseil d'Etat, ord. 20 octobre 2020, *M. B... A...*, n° 444855 (souligné par nous).

bénéficiaire du régime dérogatoire de l'article 15 (!), ce qui n'est évidemment pas le cas. D'autres requérants laissent clairement entendre que la France était dans l'obligation de recourir au régime dérogatoire de l'article 15 de la Convention ou de l'article 4 du Pacte international sur les droits civils et politiques. En ce sens, dans plusieurs ordonnances, vingt-quatre au total, qui concernaient des demandes de suspension du décret du 11 mai 2020 en ce qu'il interdisait à certaines catégories d'établissements recevant du public d'accueillir du public, les requérants faisaient valoir que le décret « méconnaît l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dès lors que la France n'a pas signalé au secrétaire général de l'Organisation des Nations-Unies la promulgation de l'état d'urgence sanitaire et que les mesures édictées ne respectent pas le principe d'intangibilité des droits fondamentaux, le principe de temporalité et le principe de proportionnalité »<sup>24</sup>. Une fois de plus, il est permis de s'interroger sur la pertinence d'une telle argumentation. En l'absence de dérogation, l'article 4 du Pacte ne trouve pas à s'appliquer. La référence à la Déclaration universelle laisse également songeur puisqu'elle n'est pas invocable devant le juge interne. Qui plus est, l'article 30 est une disposition portant interdiction d'abus de droit.

Que dire, enfin, de la demande d'adresser un avis à la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interprétation de l'article 15 de la Convention, formulée à plusieurs reprises. À ce titre, il est possible d'évoquer la décision du 29 juin 2021 où était en cause une requête en annulation de la décision réglementaire de demander aux consuls de ne pas enregistrer ou instruire les demandes de visas de long séjour de réunification familiale. Les requérants demandaient « à titre subsidiaire, de demander un avis à la Cour européenne des droits de l'homme en application de l'article 1er du protocole n° 16 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sur l'interprétation de l'article 15 de la Convention » (!)<sup>25</sup>. On peine à comprendre l'objet de la demande dès lors que l'article 15 n'est pas applicable. La question de savoir ce que commande la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise (art. 15) est hors-sujet. L'étonnement laisse place à la sidération lorsqu'on découvre d'innombrables requêtes demandant au juge administratif une saisine de la Cour européenne, au titre du protocole 16, pour interpréter des dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>26</sup>. Certains conseils seraient bien inspirés de relire l'article 1<sup>er</sup> du protocole 16 qui précise que les demandes d'avis ne peuvent porter que sur « des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ».

---

<sup>24</sup> Parmi d'autres : Conseil d'Etat, ord. 9 juin 2020, *Société Kinoux's camp*, n° 440762.

<sup>25</sup> Conseil d'Etat, 29 juin 2021, *La Cimade et a.*, n°447872. La même demande avait été formulée à l'occasion du référé-suspension (n°447878).

<sup>26</sup> Par exemple sur la fermeture des restaurants, le Conseil d'Etat a été saisi d'une demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme « sur la question suivante : L'interprétation des articles 2, 16, 17 de la Charte des Droits fondamentaux, de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole Additionnel de la CEDH, de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 12, des articles 2, 5 et 14 de la CEDH s'oppose-t-elle aux décrets et arrêtés litigieux » (Conseil d'Etat, 17 juin 2021, la société ASPEO, n° 440330) ; ou plus récemment sur l'interdiction de déplacement définie par le décret du 16 mars 2020 (31 janvier 2022, *Société Nénuphar*, n°442036).

De façon générale, on peut avancer que, confronté à ces moyens d'inconventionnalité développés sur le terrain de l'article 15, le Conseil d'Etat opte pour le contournement. Il n'y répond jamais, même pour préciser que l'article 15 n'est pas applicable et que la Convention s'applique normalement. Lorsque l'article 15 s'appliquait, les critiques portant sur l'éventuelle inconventionnalité de la loi de 1955 étaient rejetées de façon expéditive. Lorsqu'il ne s'applique pas, le juge administratif n'en dit mot. Il est permis de s'étonner de ce silence qui contraste fortement avec la démarche de la Cour de cassation qui se montre plus transparente et pédagogue. Qu'on en juge. Dans son arrêt du 26 mai 2020 relatif à la question de la prolongation automatique des détentions provisoires, la chambre criminelle souligne que « la France n'a pas exercé le droit de dérogation, prévu à l'article 15 de ladite Convention »<sup>27</sup> de sorte que les garanties de l'article 5 s'appliquaient pleinement. On pourra nous objecter qu'il s'agit là de chicanes doctrinales, que l'essentiel réside dans l'application intégrale de la Convention, qu'elle soit implicite ou explicite. Cependant, ce point spécifique de la motivation est loin d'être anodin. Là où la Cour de cassation a amené la discussion de la prolongation automatique des détentions provisoires sur le terrain conventionnel, le Conseil d'Etat a totalement éludé le débat de conventionnalité<sup>28</sup>, ignorant ce faisant l'important corpus jurisprudentiel strasbourgeois sur cette question<sup>29</sup>.

À la faveur de cette application pleine et entière de la Convention, les requérants n'hésitent plus à l'invoquer devant les juges ordinaires. Les dispositions conventionnelles ont quasiment toutes été mobilisées.

## **B. La richesse des moyens d'inconventionnalité**

Si l'omniprésence contentieuse de la Convention européenne est bien réelle, d'autres textes internationaux et européens de protection des droits ont été invoqués par les requérants.

*Le Pacte international sur les droits civils et politiques.* Quarante-six décisions du Conseil d'Etat ont été rendues au visa du Pacte, avec trois problématiques particulières qui retiennent particulièrement l'attention. On compte vingt-quatre ordonnances en référé-suspension sur les dispositions du décret du 11 mai 2020 interdisant à certaines catégories d'établissements recevant du public d'accueillir du public. Rendues au visa du Pacte, ces ordonnances ignorent à juste titre le moyen évoqué précédemment d'une méconnaissance de l'article 4 du Pacte dès lors que la France n'a pas exercé son droit de dérogation<sup>30</sup>. Une autre série de décisions porte sur les différentes mesures prises interdisant les rassemblements religieux (cinq au total)<sup>31</sup>. En l'occurrence, les requérants invoquaient une violation de l'article 9 de la Convention européenne des droits de

<sup>27</sup> Crim. 26 mai 2020, n° 20-81.910.

<sup>28</sup> Conseil d'Etat, ord. 3 avril 2020, n° 439894 ; Conseil d'Etat, ord. 3 avril 2020, n° 439877, 439887, 439890 et 439898.

<sup>29</sup> L'avocat général M. Desportes appuie en revanche fortement son avis sur ce corpus.

<sup>30</sup> Voir note 24.

<sup>31</sup> Conseil d'Etat, ord. 19 novembre 2020, *Association civitas*, n° 446469 ; Conseil d'Etat, 16 décembre 2020, *Association Alliance Vita et l'association Juristes pour l'enfance*, n° 440214 sur la légalité de l'arrêté modifiant les conditions de réalisation d'une IVG médicamenteuse dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

l'homme et l'article 18 du Pacte qui protègent la liberté de religion. En revanche, dans l'ordonnance du 18 mai 2020 qui suspend les dispositions du même décret interdisant les rassemblements religieux, l'article 18 n'était pas invoqué. L'article 6 du Pacte, qui garantit le droit à la vie, occupe également une place importante dans les stratégies argumentatives des requérants<sup>32</sup>, notamment dans les actions engagées pour contraindre les autorités à prendre des mesures permettant à ceux particulièrement exposés au Covid-19 de bénéficier des matériels nécessaires à leur protection<sup>33</sup> ou celles relatives aux dangers de l'usage de l'hydroxychloroquine<sup>34</sup>. Là encore, le Pacte n'est pas invoqué à titre exclusif, le moyen tiré d'une violation de l'article 2 de la Convention européenne étant également soulevé<sup>35</sup>. Enfin, ont également été invoqués l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (droit de tout citoyen de prendre part à la direction des affaires publiques, de voter et d'être élu, et le droit d'accéder aux fonctions publiques)<sup>36</sup>, l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (le droit pour un citoyen d'entrer sur le territoire du pays dont il a la nationalité)<sup>37</sup> et l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels (droit d'accès à des activités culturelles et aux loisirs)<sup>38</sup>. Le traitement réservé à ces différents moyens tirés d'une violation des pactes onusiens révèle un certain désintérêt du juge, qui préfère y répondre de façon implicite. À une seule reprise, le Conseil d'Etat a pris la peine de développer une motivation directe et circonstanciée, certainement parce que le Pacte était invoqué sans être associé à une disposition de la Convention. Ainsi, l'ordonnance du 11 juin 2020, qui portait sur une demande de suspension de l'exécution du décret n° 2020-642 du 27 mai 2020 fixant la date du second tour du renouvellement général des conseillers municipaux et communautaires, des conseillers de Paris et des conseillers métropolitains de Lyon, et portant convocation des électeurs, précise que « les moyens tirés de l'illégalité de la convocation des électeurs au premier tour du scrutin, de la méconnaissance des exigences du bon déroulement d'une campagne électorale et de l'atteinte à la sincérité du scrutin ainsi que de la méconnaissance de l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, n'apparaissent pas, en l'état de l'instruction, de nature à susciter un doute sérieux quant à la légalité du décret attaqué ».

*La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.* À la lumière de ses mobilisations répétées et diverses par les requérants, on mesure les perspectives assez vertigineuses qu'offre la Charte, notamment dans des domaines où l'invocabilité du

<sup>32</sup> On compte six ordonnances de référé dans lesquelles le moyen tiré d'une violation de l'article 6 du Pacte est invoqué.

<sup>33</sup> Conseil d'Etat, ord. 28 mars 2020, *Mme CN... BS... et a.*, n° 439693.

<sup>34</sup> Conseil d'Etat, ord. 28 mars 2020, *Syndicat des Médecins Aix et Région (SMAER)*, n°439726. L'un des requérants n'hésita pas ensuite à saisir la Cour de Strasbourg pour se plaindre *in abstracto*, sur le terrain des obligations positives, des omissions de l'État dans la gestion de la crise de la covid-19. La requête fût logiquement déclarée irrecevable (3 décembre 2020, *Le Mailloux c. France*, req. n° 18108/20).

<sup>35</sup> Les requérants se sont placés également sur plusieurs terrains pour souligner l'inconventionnalité de l'obligation vaccinale pesant sur le personnel soignant : Conseil d'Etat, ord. 18 octobre 2021, n° 457213.

<sup>36</sup> Conseil d'Etat, ord. 11 juin 2020, *M. A... F...*, *M. E... D...*, n° 441047 : demande de suspension du décret fixant la date du second tour du renouvellement général des conseillers municipaux et communautaires.

<sup>37</sup> Conseil d'Etat, ord. 12 mars 2021, *M. A... B...*, n° 449743 : à propos de l'exigence de motif impérieux entrer sur le territoire français.

<sup>38</sup> Conseil d'Etat, ord. 28 octobre 2020, *Société Groupe Lucien Barrière et a.*, n°445455 : fermeture des salles de jeux accueillant du public.

droit conventionnel européen semble moins intéressante. D'abord, il est loisible de constater que le Conseil d'Etat a été saisi de plusieurs demandes de saisine préjudicielle de la Cour de justice aux fins d'interpréter des dispositions de la Charte. Mais la formulation de ces questions demeure souvent énigmatique et imprécise. Ainsi, dans une ordonnance du 11 décembre 2020, on lit qu'il est demandé au juge des référés du Conseil d'Etat de « surseoir à statuer et de transmettre à la Cour de justice de l'Union européenne, sur le fondement de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et dans le cadre d'une procédure accélérée d'urgence, une question préjudicielle portant, d'une part, sur la compatibilité des mesures françaises de lutte contre l'épidémie de covid-19 avec le principe de l'Etat de droit et, d'autre part, sur l'interprétation de l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »<sup>39</sup>. La question était sans aucun doute plus sérieuse dans l'ordonnance en date du 2 juin 2020 concernant la réintroduction d'un contrôle aux frontières intérieures de l'espace Schengen. Les interrogations légitimes de la Ligue des droits de l'homme sur la compatibilité de ce rétablissement, à l'origine de restrictions générales à la liberté fondamentale de circulation, avec la directive 2004/38/CE et l'article 20 TFUE n'ont pourtant pas convaincu le Conseil d'Etat d'adresser une question préjudicielle à la Cour de justice<sup>40</sup>.

C'est surtout en droit du travail que la Charte a été invoquée de façon quasi-exclusive, ce qui permet de mesurer sa valeur ajoutée par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme. Aussi, saisi d'un recours en annulation de l'ordonnance n° 2020-430 du 15 avril 2020 relative à la prise de jours de réduction du temps de travail ou de congés dans la fonction publique de l'Etat et la fonction publique territoriale au titre de la période d'urgence sanitaire, le Conseil d'Etat devait apprécier la conventionnalité de son article 2 avec l'article 31 de la Charte qui protège le droit annuel à des congés payés<sup>41</sup>. Le même constat vaut en ce qui concerne le domaine de la protection des données à caractère personnel<sup>42</sup>. Plusieurs questions soumises au juge des référés l'illustrent, qu'il s'agisse du choix d'un sous-traitant américain, Microsoft, pour l'hébergement de données de santé<sup>43</sup>, de la décision de l'Etat de faire appel à la société Doctolib pour la prise de rendez-vous de vaccination contre la covid-19<sup>44</sup> ou de la surveillance par drone des populations<sup>45</sup>. La Charte est enfin invoquée en combinaison avec la Convention européenne des droits de l'homme sur des problématiques qui mettent en cause des droits correspondants (préc.) : l'obligation vaccinale pour certaines professions, le rapprochement familial, la possibilité de recourir à la visioconférence dans le procès pénal, la généralisation du juge unique à la CNDA...

---

<sup>39</sup> Conseil d'Etat, ord. 11 décembre 2020, n°446708.

<sup>40</sup> Conseil d'Etat, ord. 2 juin 2020, n° 440449.

<sup>41</sup> Cette disposition permet au chef de service d'imposer aux agents en télétravail de prendre des jours de réduction du temps de travail ou, à défaut, de congés annuels : Conseil d'Etat, Ass. 16 décembre 2020, *Fédération CFDT des Finances*, n°440258.

<sup>42</sup> Alors que dans le cadre de sa fonction consultative, le Conseil d'Etat a plutôt mis l'accent sur le respect des exigences conventionnelles (voir l'avis du 19 juillet 2021 sur le projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire).

<sup>43</sup> Conseil d'Etat, ord. 19 juin 2020, *Association le Conseil national du logiciel libre et a.*, n° 440916.

<sup>44</sup> Conseil d'Etat, ord. 12 mars 2021, *Association InterHop et a.*, n° 450163.

<sup>45</sup> Conseil d'Etat, ord. 18 mai 2020, n° 440442.

*La Convention européenne des droits de l'homme.* Plus de trois cent décisions ont été rendues au visa de la Convention européenne des droits de l'homme. Il faut le redire : la mobilisation tous-azimuts est inextricablement liée au contexte d'application pleine et entière de la Convention en période d'état d'urgence. L'aspect le plus visible, mais paradoxalement le moins connu, de cette mobilisation de la source conventionnelle est l'importance (dix au total) des demandes d'avis à la Cour européenne formulées devant le Conseil d'Etat. Toutes concernent la conventionnalité des mesures prises au titre de l'état d'urgence sanitaire, soit de façon générale, soit de façon plus ciblée. Et certaines démarches étaient loin d'être absurdes. Reste que cette stratégie contentieuse ne fut pas couronnée de succès, les demandes ayant toutes été rejetées. Les refus peuvent être classés en trois catégories : les refus invisibles<sup>46</sup> ; les refus par économie de moyens<sup>47</sup> ; les refus motivés. À titre d'illustration de ces derniers refus, dans une décision du 17 mai 2021, saisi d'une demande d'avis sur l'interprétation « portant sur la nécessité, la proportionnalité et l'adaptabilité des mesures exceptionnelles prises par la France pour assurer la protection de la santé » (à propos des mesures issues des décrets pris en application de la loi n° 2021-160 du 15 février 2021 et prorogés, l'obligation du port du masque à l'école pour les enfants), le Conseil d'Etat considère qu'il « résulte des points 10 à 21 de la présente ordonnance, s'agissant des différents moyens invoqués par les requérants et tirés de la violation de stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses protocoles additionnels, et des atteintes graves et manifestes que les mesures litigieuses porteraient selon lui aux libertés protégées par cette convention, que leur requête ne soulève aucune question de principe relative à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par cette Convention. Leur demande tendant à ce qu'une demande d'avis soit adressée à la Cour européenne des droits de l'homme doit donc, en tout état de cause, être rejetée »<sup>48</sup>. De l'absence d'atteinte grave et manifestement illégale aux dispositions conventionnelles invoquées, le juge des référés hérite la conviction que la demande ne soulève aucune question d'interprétation de la Convention. Le raisonnement, notons-le, est étrange. En statuant de la sorte, le Conseil d'Etat élude l'examen de la nature des questions pour lesquelles une « haute juridiction » peut demander l'avis consultatif de la Cour car il justifie son refus de saisine par la constitutionnalité et la conventionnalité des mesures litigieuses. Si toutes les hautes juridictions des Etats procédaient ainsi, aucune demande d'avis ne serait adressée à la Cour. Le second élément marquant de cette omniprésence de la Convention est que la plupart des droits protégés par la Convention ont été invoqués pour contester des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire : le droit à la vie<sup>49</sup> ; l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants<sup>50</sup> ; les droits procéduraux<sup>51</sup> ; la liberté de religion<sup>52</sup> ; le droit au

---

<sup>46</sup> A propos de l'obligation vaccinale pesant sur le personnel soignant : Conseil d'Etat, ord. 27 octobre 2021, n° 457277.

<sup>47</sup> Conseil d'Etat, 22 décembre 2020, n° 439804.

<sup>48</sup> Conseil d'Etat, 17 mai 2021, n° 451696.

<sup>49</sup> Conseil d'Etat, ord. 8 avril 2020, *Syndicat national pénitentiaire Force ouvrière*, n° 439821 : risques de contamination dans les prisons.

<sup>50</sup> Conseil d'Etat, ord. 14 décembre 2021, *Association Via - La Voie du Peuple*, n° 458876 : à propos de la réduction de la durée de validité des tests pour accéder à certains lieux, événements...

<sup>51</sup> On pense aux décisions précitées sur la prolongation automatique des détentions provisoires ; la possibilité de recourir à la visioconférence dans le procès pénal ou bien encore la généralisation du juge unique à la CNDA.

<sup>52</sup> Conseil d'Etat, ord. 18 mai 2020, n°440366.

respect de la vie privée<sup>53</sup> et vie familiale<sup>54</sup> ; la liberté de manifestation et la liberté syndicale<sup>55</sup> ; le droit de propriété<sup>56</sup> ainsi que le droit absolu de revenir sur le territoire national<sup>57</sup>. Sur le terrain du référé-liberté, cette européanisation des griefs accentue une tendance du juge administratif, déjà observée, à s'appuyer davantage sur la source conventionnelle en matière d'identification des libertés fondamentales. Il ressort ainsi d'une ordonnance du 13 juin 2020 que « la liberté d'expression et de communication, garantie par la Constitution et par les articles 10 et 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dont découle le droit d'expression collective des idées et des opinions, constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Son exercice, notamment par la liberté de manifester ou de se réunir, est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect d'autres droits et libertés constituant également des libertés fondamentales au sens de cet article, tels que la liberté syndicale »<sup>58</sup>. De même, se référant exclusivement à la Convention, le Conseil d'Etat souligne que « le droit au respect de la vie privée et familiale ainsi que le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants constituent des libertés fondamentales au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »<sup>59</sup>. L'article 9 de la Convention a également été visée et citée dans l'ordonnance du 18 mai 2020 qui consacre le droit de participer collectivement à des cérémonies, en particulier dans les lieux de culte. En revanche, l'éligibilité de la liberté de création artistique à la procédure de l'article L. 521-2 du code de justice administrative s'effectue au visa de la Convention, mais sans citer son article 10 qui protège la liberté d'expression<sup>60</sup>.

Reste que cette influence grandissante de la Convention européenne sur les stratégies argumentatives des plaideurs ne nous dit rien de son importance dans le raisonnement du juge. Or, et ce n'est pas vraiment une surprise, l'examen de la jurisprudence révèle un juge administratif arc-bouté sur une approche réaliste, privilégiant l'efficacité de l'action publique au nom du bien commun<sup>61</sup>, ici de la santé publique, surtout lors des premiers mois de l'état d'urgence sanitaire. Sans totalement neutraliser le jeu du contrôle de conventionnalité, semblable approche ne permet pas une pleine expression du principe de proportionnalité, qui est au cœur des engagements internationaux et européens en matière de droits de l'homme.

## Partie II – Un contrôle de conventionnalité à éclipses

Le Conseil d'Etat n'a pas été loin sans faute indifférent à cette européanisation des moyens. Le contrôle de conventionnalité n'est pas absent des décisions rendues en

---

<sup>53</sup> Conseil d'Etat, 10 décembre 2021, n°456004 : recours en annulation contre la loi du pays n° 2021-37 du 23 août 2021 relative à la vaccination obligatoire dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire liée à la covid-19.

<sup>54</sup> Conseil d'Etat, 29 juin 2021, *La Cimade et a.*, n°447872 (préc.).

<sup>55</sup> Conseil d'Etat, ord. 13 juin 2020, n° 440846 : interdiction des manifestations.

<sup>56</sup> Conseil d'Etat, 2 octobre 2020, *Confédération syndicale A Tia I Mua*, n°441297.

<sup>57</sup> Conseil d'Etat, ord. 26 mars 2020, n° 449993.

<sup>58</sup> Conseil d'Etat, ord. 13 juin 2020, n° 440846.

<sup>59</sup> Conseil d'Etat, ord. 31 mai 2021, *SFOIP* n°452530 : sur les dispositifs de séparation présents dans les parloirs familles en détention.

<sup>60</sup> Conseil d'Etat, ord. 23 décembre 2020, *Moreau et a.*, n° 447698.

<sup>61</sup> E. Dubout, « La manière française de (ne pas) faire du droit européen », *JCP G*, 14 Février 2022, doct. 221.

période d'état d'urgence sanitaire mais on ne peut pas dire pour autant que l'europanisation des griefs a eu un effet notable sur la réserve du contrôle juridictionnel, observée depuis les débuts de l'état d'urgence sanitaire. Aussi, du fait d'une attention sans doute excessive prêtée à la spécificité du contexte, le Conseil d'Etat souffle le chaud et le froid : tantôt le contrôle de conventionnalité est de pure forme, tantôt il est valorisé (A). Aussi surprenant que cela puisse paraître, cette approche réaliste et très contextualisée du juge administratif pourrait résister aux fourches caudines de la Cour de Strasbourg (B).

### **A. Un contrôle de conventionnalité adapté aux circonstances**

On ne saurait trop y insister, il ne suffit pas de viser, comme aime à le faire le Conseil d'Etat, la Convention pour considérer que ses exigences ont été respectées. Un véritable test de proportionnalité doit être effectué comme l'exige notamment le § 2 des articles 8 à 11 de la Convention européenne. Les premières ordonnances rendues par le Conseil d'Etat comme juge des référés ont assurément déçu. Ce qui est ici très net, c'est le contraste saisissant entre cette prudence du Conseil d'Etat et l'activisme de la Cour de cassation. L'exemple le plus révélateur de ce positionnement distinct concerne la question de la prolongation des détentions provisoires.

Souhaitant éviter que le contexte sanitaire empêche aux juges de délivrer de nouveaux titres de détention, le gouvernement a adopté, le 25 mars 2020, sur le fondement de la loi d'habilitation n° 2020-290 du 23 mars 2020, une ordonnance qui a prolongé la durée des titres de détention qui étaient en cours d'exécution. Saisi sur le terrain du référé-liberté de plusieurs requêtes tendant à ce que soit ordonnée la suspension de l'exécution de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020, le Conseil d'Etat, statuant par une ordonnance de tri et sans audience, a totalement évacué le débat de conventionnalité. Le 26 mai 2020, la chambre criminelle, mêlant approche abstraite et concrète du contrôle de conventionnalité, a estimé que l'article 16 de l'ordonnance n'est compatible avec l'article 5 de la Convention qu'à la condition que la juridiction compétente, qui aurait été compétente pour prolonger la détention, prenne une décision à bref délai par laquelle elle se prononce sur le bien-fondé du maintien en détention<sup>62</sup>. À la faveur d'une réserve d'interprétation conventionnelle, le juge a donc sauvé l'article 16 de l'ordonnance d'un constat d'inconventionnalité. Statuant au fond le 5 mars 2011, le Conseil d'Etat s'est finalement aligné sur la solution audacieuse de la Cour de cassation. L'étude annuelle 2022 du Conseil d'Etat précitée revient sur ces divergences de jurisprudence. Le Conseil d'Etat les regrette à demi-mots en tentant de les expliquer et d'y remédier en proposant « d'organiser, entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, un dialogue des juges destiné à favoriser, dans le strict respect de l'indépendance des deux ordres de juridiction, les convergences de jurisprudence dans les domaines qui le justifient »<sup>63</sup>.

Le moins qu'on puisse dire est que le contrôle de conventionnalité a été neutralisé. Comment comprendre cette attitude ? Le critère de la temporalité du contrôle a été

---

<sup>62</sup> Dans une décision QPC en date du 29 janvier 2021 (n° 2020-878/879), le Conseil constitutionnel a considéré que ces dispositions étaient contraires à l'article 66 de la Constitution.

<sup>63</sup> P. 178.

avancé, celui-ci statuant le plus souvent à chaud (48h), et sur des questions éminemment sensibles dès le début de la pandémie. Le tempo est différent. En ce sens, Maître Louis Boré explique que « la soudaineté et la violence de la crise du mois de mars ont certainement influencé la décision du juge administratif et cet impact a été moindre pour les juges judiciaires et constitutionnels qui ont bénéficié de plus de recul pour apprécier la conventionnalité et la constitutionnalité de l'ordonnance. Mais c'est le Conseil d'Etat qui aurait pu, de la façon la plus effective, faire obstacle à l'application de ce texte »<sup>64</sup>. De surcroît, il est souvent avancé que le Conseil d'Etat a statué dans la plupart des cas comme juge des référés, donc avec un office limité. On peut ne pas être convaincu par cette explication dans la mesure où le Conseil d'Etat, statuant comme juge des référés, a déjà fait preuve d'audace pour assurer le respect des exigences conventionnelles dans des périodes d'application de l'article 15 ! On le sait, à la suite des attentats survenus le 13 novembre 2015, la France avait notifié au secrétaire général du Conseil de l'Europe son intention de déroger à certains droits conventionnels (art. 15). Or, ce contexte n'avait empêché pas le Conseil d'Etat de renforcer dans la décision *Domenjoud* son contrôle sur les mesures prises au titre de l'état d'urgence, en exerçant dans le contexte particulier du référé-liberté un « triple test » de proportionnalité sur des mesures d'assignations à résidence<sup>65</sup>. De là naît un curieux paradoxe : le contrôle de conventionnalité a été davantage pris au sérieux en période d'application de l'article 15.

De cette légèreté, l'ordonnance du 2 juin 2020 (précitée) sur la question du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de l'Union européenne constitue un témoignage supplémentaire. Etaient en l'espèce en cause, sur le terrain du référé-liberté, des décisions de refus d'entrée sur le territoire français opposées aux ressortissants d'Etat tiers non-résidents, mais aussi aux citoyens européens, au regard des exigences du droit de l'Union. L'ordonnance de rejet ne convainc pas. Ainsi, elle souligne que « ces mesures comparables ont été adoptées par la plupart des Etats membres et notamment par les pays frontaliers de la France » : c'est oublier un peu vite que le principe de réciprocité n'a pas droit de cité en droit de l'Union européenne. Mais il y a plus. Tout en prenant acte du caractère inapproprié des restrictions de déplacement pour faire face à une épidémie, le Conseil d'Etat les juge proportionnées en raison de leur application temporaire<sup>66</sup>. Bref, à la faveur d'une approche objective, le contrôle de proportionnalité est réduit aux acquêts. Une approche *in concreto* de la proportionnalité aurait pu permettre de retenir une autre solution plus favorable à la liberté fondamentale de circulation. Le contrôle de conventionnalité concret, valorisé dans la décision *Gonzalez Gomez*, est bien porté disparu.

Une autre configuration est intéressante pour illustrer un certain désintérêt pour la source conventionnelle : il s'agit des cas où le juge fait droit aux demandes des requérants mais sans s'appuyer sur les exigences conventionnelles. La source conventionnelle n'est certes pas absente de l'arrêt, elle est citée dans les visas. Cependant, dans le

---

<sup>64</sup> L. Boré, « La Cour de cassation, l'état d'urgence et la protection des libertés », *RDP*, hors-série – 2021, *op. cit.*

<sup>65</sup> Conseil d'Etat, 11 déc. 2015, *M. C. Domenjoud et six autres affaires*, n° 395009 : qui contrôle la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence au regard de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à la liberté et à la sûreté) et de l'article 2 du Protocole n° 4 additionnel à la Convention (liberté d'aller et devenir).

<sup>66</sup> Selon le Conseil d'Etat, « ces restrictions exceptionnelles ont vocation à être progressivement levées afin de revenir à une situation normale d'absence de contrôles aux frontières intérieures » (pt. 24).

raisonnement, le juge la fait procéder d'une source de droit interne. La décision du 8 juin 2020, relative à la demande de suspension des dispositions de l'ordonnance du 13 mai 2020 permettant de façon générale et systématique à la Cour nationale du droit d'asile de déroger à la collégialité sur l'ensemble des recours formés contre les décisions de l'Office français de protection des réfugiés, en constitue une illustration instructive. Tout en soulignant « la particulière importance que revêt, pour les demandeurs d'asile, la garantie d'un examen de leur recours par une formation collégiale »<sup>67</sup>, le Conseil d'Etat semble faire peu de cas de l'argumentation des requérants essentiellement axée sur la violation de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux et l'article 13 de la Convention européenne.

Il est, en revanche, d'autres cas dans lesquels le Conseil d'Etat a suspendu ou annulé des mesures jugées manifestement contraires à des libertés fondamentales en mobilisant la source conventionnelle. L'ordonnance du 18 mai 2020, dans laquelle le juge des référés du Conseil d'Etat a estimé que l'interdiction générale et absolue de réunion dans les lieux de culte qui présentait, après le début du déconfinement, avait un caractère disproportionné, est paroxystique à cet égard. Le Conseil d'Etat y cite directement l'article 9 de la Convention et son contrôle fait écho à une jurisprudence constante de la Cour de Strasbourg<sup>68</sup>. Relativement à la possibilité d'imposer la visioconférence devant les juridictions pénales, il est allé jusqu'à juger au fond « qu'eu égard à l'importance de la garantie qui s'attache à la présentation physique du justiciable devant la juridiction pénale, ces dispositions portent une atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que ne peut justifier le contexte de lutte contre l'épidémie de covid-19 »<sup>69</sup>. Statuant en référé et au fond sur la décision du pouvoir réglementaire de demander aux consuls de ne pas enregistrer ou instruire les demandes de visas de long séjour de réunification familiale, il a constaté une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention. Enfin, l'ordonnance du 18 mai enjoignant à la préfecture de police de Paris de mettre fin sans délai à l'utilisation de drones met clairement en évidence l'importance prêtée au droit de l'Union européenne, en particulier la directive n° 2016/680 du 27 avril 2016, au stade de l'évaluation de la proportionnalité de l'atteinte<sup>70</sup>. Parmi toutes ces décisions, celle relative à la possibilité d'imposer la visioconférence devant les juridictions pénales retient particulièrement l'attention pour deux raisons. *Primo*, la solution, qui s'appuie sur la spécificité de la matière pénale, va au-delà des solutions actuelles de la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'intéresse davantage aux conditions dans lesquelles il peut être recouru à la visioconférence dans le procès pénal. *Secundo*, le Conseil d'Etat ne suit pas la Cour de cassation qui avait considéré à plusieurs reprises qu'il n'y avait pas méconnaissance des exigences conventionnelles. Alors certes, la

---

<sup>67</sup> Conseil d'Etat, ord. 8 juin 2020, *Association ELENA France et a.*, n° 440717, pt. 14.

<sup>68</sup> G. Gonzalez, « [La liberté de religion en France au temps de la pandémie](#) », séminaire du 24 juin 2020, Université de Strasbourg, DRES.

<sup>69</sup> Pt. 10.

<sup>70</sup> Mais là encore avec un maniement discutable du droit de l'Union européenne, voir obs. critiques d'Aude Bouveresse, *RTD Eur.* 2020 p.956.

censure des dispositions litigieuses par le Conseil constitutionnel<sup>71</sup> a pu inciter le Conseil d'Etat à choisir l'option de l'inconventionnalité, d'autant que le rapporteur public Olivier Fuch relevait que l'affaire avait « valeur de test d'étanchéité entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité »<sup>72</sup>. Passé « l'effet de sidération »<sup>73</sup> du début de la crise, le contrôle de conventionnalité s'est progressivement normalisé.

Est-il possible de discerner une hiérarchisation des droits dans cette normalisation du contrôle de conventionnalité ? En soulignant dans son ordonnance du 18 mai 2020 la spécificité des lieux de culte par rapport à d'autres lieux (les salles de spectacle, danse, cinéma ou restaurant...), le Conseil d'Etat a pu donner l'impression de hiérarchiser les droits. De prime abord séduisant<sup>74</sup>, le critère de la nature des droits ne permet à lui seul de faire le départ entre des droits et libertés peu protégés et les droits et libertés valorisés. Difficile en effet de trouver un point commun entre les droits valorisés : on trouve aussi bien des droits procéduraux que des droits substantiels et sur des aspects qui ne relèvent pas nécessairement de leur substance. Rapportée à la question des objectifs poursuivis par les mesures adoptées par le gouvernement, l'hypothèse de la hiérarchisation apparaît on ne peut plus crédible. Lorsque le juge se réfère aux « exigences de la lutte contre l'épidémie de covid-19 (qui) imposent de faire échec à la propagation du virus »<sup>75</sup>, c'est le droit à la vie, la santé publique qui sont visées. C'est le respect de ces droits qui a pu justifier des restrictions aux droits de la défense, au droit au respect de la vie privée... à un moment donné de l'épidémie. Dans le cadre du référé-liberté, la nature de l'atteinte apparaît comme un critère incontournable : plusieurs suspensions ont été prononcées lorsqu'étaient en cause des restrictions générales et absolues.

Il arrive enfin que tout en rejetant les prétentions du requérant, le juge se montre soucieux de faire converger sa jurisprudence avec les exigences formulées par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette hypothèse est illustrée par les nombreuses ordonnances relatives à l'obligation vaccinale imposée à certaines professions, puisque le juge des référés place constamment son contrôle sous les auspices de l'article 8 paragraphe 2 de la Convention pour vérifier l'existence d'une violation du droit à l'intégrité physique<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> Par une décision du 15 janvier 2021 (n° 2020-872), le Conseil a censuré comme contraire à la Constitution le premier alinéa de l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 au motif qu'il porte « une atteinte aux droits de la défense que ne pouvait justifier le contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de covid-19 ».

<sup>72</sup> Concl. s/Conseil d'Etat, 5 mars 2021, *Ordre des avocats aux conseils et autres*, n° 440037.

<sup>73</sup> P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Dalloz, 2021, 9<sup>ème</sup> éd., p. 401.

<sup>74</sup> Le Conseil d'Etat se réfère souvent à l'importance du droit ou de la garantie.

<sup>75</sup> Conseil d'Etat, ord. 10 avril 2020, *CNB*, n° 439883.

<sup>76</sup> Parmi d'autres, Conseil d'Etat, 10 décembre 2021, n° 456004 : demande d'annulation de la "loi du pays" n° 2021-37 du 23 août 2021 relative à la vaccination obligatoire dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire liée à la covid-19. La prise en compte des exigences conventionnelles sur cette question était déjà perceptible dans l'avis du 26 décembre 2021 sur le projet de loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique. Comp. avec l'arrêt de grande chambre de la Cour européenne en date du 18 avril 2021, *Vavříčka et autres c. République tchèque*, req. n° 47621/13 : à propos de la question inédite de l'obligation vaccinale infantile contre les maladies graves.

Qu'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore, tout laisse à penser que cette approche réaliste et contextualisée du juge administratif passera le cap de la conventionnalité devant la Cour européenne.

## **B. L'eurocompatibilité de l'approche réaliste et contextualisée du juge administratif?**

Il est apparu judicieux de se poser la question de savoir comment la Cour européenne appréciera ces nombreuses appréciations du Conseil d'État sur l'absence d'atteinte à l'exercice de droits et libertés conventionnellement garantis. On sait déjà que certaines requêtes ont été communiquées au gouvernement français à propos de mesures prises lors de l'état d'urgence sécuritaire<sup>77</sup>. La Cour devra notamment apprécier, sur le terrain de l'article 15, la proportionnalité des assignations à résidence prononcées à l'encontre de M. Domenjoud et l'effectivité du contrôle juridictionnel. Le 7 octobre 2021, une requête concernant la gestion du covid-19 a été communiquée au gouvernement français (Pierrick Thevenon, n° 46061/21) avec une conséquence : la vaccination obligatoire imposée à certaines professions en France sera passée au crible du contrôle conventionnel. En acceptant de communiquer une requête contre la France concernant les conséquences de l'obligation vaccinale imposée par application de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 aux membres de certaines professions (à l'instar des sapeurs-pompiers), la Cour européenne ouvre en effet la voie à un examen au fond de la vaccination obligatoire. On se souvient que le 25 août 2021, la Cour européenne, siégeant en une formation de chambre de sept juges, avait refusé de faire droit à une demande de mesure provisoire (art. 39) visant à suspendre l'obligation vaccinale des sapeurs-pompiers.

La France n'ayant pas exercé son droit de dérogation au sens de l'article 15, les mesures prises seront soumises au contrôle de droit commun du régime normal des restrictions. Mais confronté à une restriction aggravée aux droits et libertés, le juge européen pourra difficilement faire abstraction du contexte dans lequel elle a été adoptée. Cette situation n'est pas nouvelle. La Cour a déjà été confrontée à des situations exceptionnelles dans le cadre du contrôle des restrictions en période ordinaire, de sorte qu'a été évoquée une jurisprudence dite « circonstances quasi-exceptionnelles ». Il appert ainsi d'une affaire *Chagnon et Fournier c. France* relative à une mesure d'abattage préventif de troupeaux de bovins dans le l'épidémie de fièvre aphteuse, que même sans activation de l'article 15, le juge européen admet le caractère exceptionnel de ladite mesure et partant la large marge nationale d'appréciation des autorités<sup>78</sup>.

Surtout, plusieurs décisions ont déjà apporté des précisions sur l'étendue du contrôle européen dans ce contexte si particulier de la lutte contre la covid-19.

Dans l'affaire *Terheş c. Roumanie* du 13 avril 2021 (n° 49933/20), le requérant faisait valoir que le confinement qu'il a subi pendant cinquante-deux jours en était contraire à l'article 5 § 1 de la Convention. Si elle se place dans la droite ligne de sa jurisprudence

---

<sup>77</sup> Requêtes n° 34749/16 et n° 79607/17.

<sup>78</sup> Arrêt du 15 juillet 2010, n° 44174/06 et 44190/06.

constante distinguant privation de liberté et restriction à la liberté de circulation 11, la Cour circonscrit son contrôle à la seule question de savoir s'il y a eu en l'espèce une privation de liberté (§ 38). Semblable distinction est fonction des modalités d'exécution de l'assignation. Aussi, relativement au placement sous surveillance de personnes jugées dangereuses pour la sécurité et pour la moralité publique, celle-ci a ainsi refusé d'assimiler les mesures imposées à une privation de liberté dès lors que « l'intéressé n'a pas subi de restrictions à sa liberté de sortir pendant la journée et qu'il a eu la possibilité de mener une vie sociale et d'entretenir des relations avec l'extérieur »<sup>79</sup>. S'inscrivant également dans le cadre d'une approche réaliste, la décision insiste ainsi sur le fait que « la pandémie de covid-19 peut avoir des effets très graves non seulement sur la santé, mais aussi sur la société, sur l'économie, sur le fonctionnement de l'État et sur la vie en général, et que la situation doit donc être qualifiée de « contexte exceptionnel imprévisible » (§ 39). A suivre la Cour, deux principaux arguments viennent à l'appui de l'irrecevabilité de la requête. D'abord, la mesure de confinement litigieuse ne concernait pas spécifiquement le requérant mais l'ensemble de la population, celui-ci ne faisant pas l'objet d'une mesure de surveillance individuelle. Qui plus est, le requérant pouvait quitter son domicile, nouer des contacts sociaux... Ensuite, il lui est reproché d'avoir limité le débat contentieux à la conventionnalité abstraite de la mesure de confinement, sans expliqué de manière concrète quels effets cette mesure avait eu sur son état (§ 44). En conséquence, la décision considère que le confinement général imposé par les autorités ne peut pas être qualifié de privation de liberté.

En ce qui a trait à l'impossibilité pour un ressortissant guinéen d'être entendu en personne ou par vidéoconférence pour l'examen de sa demande d'asile, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 5 § 4 de la Convention en mettant l'accent sur les problèmes pratiques complexes et imprévus auxquels l'État défendeur s'est trouvé confronté durant les premières semaines de la pandémie de Covid-19<sup>80</sup>.

Même si elle ne porte pas sur l'obligation vaccinale contre la covid-19, l'arrêt de grande chambre *Vavříčka et autres c. République Tchèque* (préc.) a, dans le contexte actuel, inévitablement braqué la Cour sous les feux des projecteurs. Les Etats parties à la Convention ne s'y sont d'ailleurs pas trompés, puisque quatre d'entre eux ont présenté des observations en tant que tiers intervenants en faisant référence à la pandémie du covid-19. Etait en cause la vaccination infantile obligatoire, contre des maladies graves tels que la poliomyélite, l'hépatite B et le tétanos. L'arrêt est placé sous les auspices du principe de subsidiarité. En effet, il appert d'une jurisprudence constante que les Etats disposent d'une large marge d'appréciation s'agissant de politique en matière de santé<sup>81</sup>. La formule du § 285 selon laquelle « pour les questions de santé publique, ce sont les autorités nationales qui sont les mieux placées pour apprécier les priorités, l'utilisation des ressources disponibles et les besoins de la société » est donc tout sauf une surprise. Elle est même confortée ici par l'absence de consensus en ce qui concerne le meilleur moyen de protéger les intérêts en jeu. La présence d'un des droits les plus intimes de

---

<sup>79</sup> Cour EDH, GC, 23 février 2017, *De Tommaso c. Italie*, req. n° 43395/09.

<sup>80</sup> Il lui suffit de relever que le requérant a pu bénéficier d'une procédure contradictoire par l'intermédiaire de son conseil (décision du 22 juillet 2021, *Bah c. Pays-Bas*, req. n°35751/20).

<sup>81</sup> Cour EDH, 13 novembre 2012, *Hristozov et a. c. Bulgarie*, req. n° 47039/11 et n° 358/12.

l'individu, à savoir le droit à l'intégrité physique, n'y change rien. Aussi, le concept de solidarité sociale (§ 279) fait une entrée fracassante en droit européen des droits de l'homme, « l'objet de l'obligation en cause étant de protéger la santé de tous les membres de la société, en particulier des personnes qui sont particulièrement vulnérables face à certaines maladies et pour lesquelles le reste de la population est invité à prendre un risque minime en se faisant vacciner ». L'on peut dresser un parallèle avec l'affaire *S.A.S. c. France* (1er juillet 2014) dans laquelle le juge européen avait européanisé le concept du vivre-ensemble dans une logique somme toute assez comparable. La vaccination obligatoire répond bien à un besoin social impérieux de protection de la santé individuelle et publique contre les maladies (§ 284). Ces paramètres permettent d'ajuster le contrôle de proportionnalité dont l'objet est double : vérifier la pertinence et la suffisance des motifs et l'équilibre entre les motifs invoqués par l'État et l'étendue des atteintes au droit au respect de la vie privée des requérants. On retiendra surtout l'objectivisation de l'intérêt supérieur de l'enfant envisagé collectivement (§ 288), dont la protection réside dans l'immunité de groupe qui protège les personnes vaccinées et celles qui ne peuvent pas l'être. *In fine*, le caractère non absolu de l'obligation vaccinale, le fait qu'aucun enfant n'ait été vacciné de force, l'existence de voies de recours pour contester les conséquences de cette obligation, le contrôle permanent des autorités compétentes, le caractère non excessif de l'amende infligée sont autant de raisons avancées pour justifier la proportionnalité de l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée. L'obligation vaccinale infantile n'est pas jugée contraire à l'article 8. Sur une éventuelle transposition des principes énoncés dans l'arrêt à la problématique de la vaccination contre la covid-19, il convient d'être mesuré car l'arrêt prend bien soin de souligner que « la présente espèce porte sur la vaccination usuelle et de routine des enfants contre des maladies qui sont bien connues de la médecine » (§ 158).

La même prudence s'impose à la lecture de l'arrêt *Communauté genevoise d'action syndicale c. Suisse* rendu le 15 mars 2022 (n° 21881/20) qui retient un constat de violation de l'article 11 à propos de mesures générales interdisant les manifestations publiques, étant précisé que la Suisse, comme la France, n'a pas fait usage de son droit de dérogation. En l'espèce, l'élément décisif nous semble être l'absence d'un contrôle juridictionnel effectif sur les mesures litigieuses et non le principe même d'une interdiction en période de lutte contre la Covid-19. L'arrêt a été adopté à une très courte majorité (quatre contre trois) et fait l'objet de plusieurs opinions séparées. Une demande de renvoi en grande chambre n'est pas à exclure.

Bref, à l'exception de la spécificité des droits intangibles qui demeure un critère important de distinction des régimes de restriction et dérogation, on est obligé de constater que la crise du covid-19, qui est marquée par une absorption de l'exceptionnel par le droit commun et d'adoption de mesures dérogatoires, vient brouiller davantage cette frontière. Comme l'écrivent à juste titre Marion Larché et Thibaut Larroutou, « il n'est pas à douter que la Cour prendra acte des circonstances nationales entourant chaque cas d'espèce et il n'est pas certain que cette démarche casuistique la conduise à être plus sévère à l'égard des États n'ayant pas dérogé. Cette pratique gommerait la séparation, déjà fragile, entre le jeu des restrictions et celui de la dérogation, et

réinterrogerait sur le caractère superfétatoire de l'article 15 »<sup>82</sup>. Nous avons écrit en 2021 que si un contentieux naissait devant la Cour sur les mesures prises pendant la crise sanitaire, la prise en compte de la vulnérabilité serait un élément important du contrôle exercé<sup>83</sup>. Il faut savoir gré aux juges du Palais Royal d'avoir fait preuve de vigilance face à des atteintes excessives aux droits des personnes vulnérables. Dans une ordonnance du 30 avril 2020 concernant le défaut d'enregistrement des demandes d'asile en Île-de-France, le Conseil d'Etat a ainsi enjoint la reprise de l'enregistrement des demandes d'asile, en priorité celles émanant des personnes présentant une vulnérabilité particulière<sup>84</sup>.

Pour conclure, on peut dire que l'influence de la Convention européenne sur le contrôle exercé par le Conseil d'Etat pendant l'état d'urgence sanitaire semble limitée, alors même que le contexte est celui d'une conventionnalité normale. Il a certes sauvé les meubles avec quelques décisions audacieuses rendues plusieurs mois après le début de la crise mais l'impression d'ensemble reste celle d'un contrôle de conventionnalité qui n'a pas été suffisamment exploité. Il faut en convenir, dans ce contexte exceptionnel, c'est à un véritable numéro d'équilibriste que se livre la haute juridiction administrative, qui doit protéger les libertés en respectant la marge d'appréciation des autorités publiques<sup>85</sup>. Où placer le curseur pour savoir quand cette marge a été outrepassée ? La réponse apparaît forcément subjective. La difficulté de sa tâche, surtout en référés-liberté<sup>86</sup>, ne doit pas faire oublier une déception : celle d'un juge qui, le temps de la crise, a parfois oublié qu'il était bien juge de droit commun de la Convention européenne des droits de l'homme.

---

<sup>82</sup> M. Larché, T. Larrouturou, « La Cour européenne des droits de l'homme, juge des états d'urgence ? », *RDP*, hors-série – 202, op. cit., p. 277.

<sup>83</sup> M. Afroukh, « Le recours au mécanisme dérogatoire en période de Covid-19 ou le droit international des droits de l'homme à la croisée des chemins », *RTDH*, 2021/2, n° 126, pp. 275-299.

<sup>84</sup> Conseil d'Etat, ord. *Ministre de l'intérieur, Office français de l'immigration et de l'intégration*, n° 440250. *Adde* ord. 15 octobre 2020, n° 444425 sur l'appréciation des critères de vulnérabilité au covid-19 ouvrant droit au chômage partiel.

<sup>85</sup> V. B. Lassere, « [Le Conseil d'Etat face à la crise sanitaire du Covid-19](#) », 14<sup>ème</sup> Journées juridiques et administratives franco-croates, Split, 17-18 septembre 2020, publications du CE [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>86</sup> Le rapporteur public Alexandre Lallet souligne ainsi que « la crise sanitaire de la covid-19 a certes montré à quel point le juge des référés était capable d'impressionnantes prouesses. Mais cette séquence ne doit pas nourrir le fantasme d'une justice « en temps réel » et, plus largement, l'illusion qu'un juge, quelle qu'en soit l'expertise et l'intelligence, serait toujours à même de prendre la bonne décision, ce qui légitimerait la dilatation continue de ses pouvoirs. A céder à l'hybris contentieux, on risque d'affaiblir la crédibilité, donc l'efficacité, de la juridiction administrative. Nous plaidons au contraire pour un exercice humble mais réaliste et concret de sa mission » (concl. s/ CE, 19 octobre 2020, *SFOIP c. Garde des sceaux*, n° 439372 – 439444).

# Droit à l'avortement et *devolution* au Royaume-Uni

Vanessa Barbé\*

Le droit à l'avortement un droit fragile. Même dans les États où il a été consacré, il fait l'objet de remises en cause régulières<sup>1</sup>, notamment sous l'influence d'un illibéralisme croissant dans certaines parties du monde. Les limites pratiques du droit à l'avortement sont également nombreuses, et ont été particulièrement soulignées pendant la pandémie de coronavirus, lors de laquelle une réflexion sur les méthodes et les délais pour pratiquer un avortement dans un contexte d'urgence sanitaire et de confinement a pu être menée<sup>2</sup>. Le sujet est ainsi hautement sensible, lié à des considérations éthiques, morales, religieuses, historiques et politiques, souvent davantage qu'à des considérations médicales ou de santé publique, d'autant plus que certains régimes ou partis en font le symbole de leur idéologie politique. Le droit à l'avortement étant majoritairement consacré au niveau législatif dans le monde, voire aux niveaux réglementaire ou jurisprudentiel<sup>3</sup>, il peut être amendé au rythme des nouvelles majorités parlementaires ou gouvernementales ou des changements de composition d'une juridiction. Rares sont les Constitutions qui protègent ce droit<sup>4</sup>, qui n'est pas non plus proclamé dans des traités internationaux<sup>5</sup> en raison de la marge d'appréciation laissée aux États dans ce domaine. Certaines constitutions sont même modifiées afin de prohiber totalement l'avortement, comme celle du Honduras en janvier 2021<sup>6</sup>.

\* Professeur de droit public à l'université de Valenciennes.

<sup>1</sup> Par exemple, aux États-Unis : voir M. Bouaziz, « [La protection constitutionnelle du droit à l'avortement aux États-Unis : une garantie en sursis](#) », *Blog de Jus Politicum*, 26 novembre 2021 [dernière consultation le 13 mars 2022] ; J. Jeanneney, « La revanche de Calhoun : l'interruption volontaire de grossesse au défi du fédéralisme américain. Cour suprême des États-Unis, 1<sup>er</sup> septembre 2021, *Whole Woman's Health et al. v. Austin Reeve Jackson, Judge, et al.*, n° 21A24 », *RFDA* vol. 37, n° 6, 2021, pp. 1119-1128 ; en Pologne, voir la décision du Tribunal constitutionnel du 22 octobre 2020 (A. Dionisi-Peyrusse, « Actualité de la bioéthique », *AJ Famille* 2020, p. 546).

<sup>2</sup> Par exemple, G. Rousset, « Interrompre sa grossesse pendant la pandémie : analyse critique des tentatives de dérogations mises en place pendant la crise du Covid-19 », in V. Barbé, J.-F. Kerléo, J. Padovani (dir.), *L'éthique à l'épreuve de la crise*, Éditions l'Épilogue, Unité du droit, 2021, pp. 189-199.

<sup>3</sup> On pense bien sûr à l'arrêt *Roe v Wade* de la Cour suprême des États-Unis (22 janvier 1973, 410 U.S. 113).

<sup>4</sup> L'article 40.3.3 de la Constitution irlandaise (8<sup>e</sup> amendement de 1983) consacre un droit égal à la vie du fœtus et de la mère. La Cour suprême irlandaise en déduit le droit à l'avortement en cas de risque pour la vie de la mère (*Attorney General v X* [1992] 1 I.R. 1). Cette disposition n'ayant jamais été correctement appliquée (voir l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 décembre 2010, *A., B., et C. c. Irlande*, req. n° 25579/05), une modification de la Constitution est intervenue en 2019 afin de concrétiser ce droit (voir *infra*) : voir, C. Ryan, « The margin of appreciation in A, B and C v Ireland : a disproportionate response to the violation of women's reproductive freedom », *UCL Journal of Law*, 2014, 3(1), pp. 237-261.

<sup>5</sup> L'article 4 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme stipule que « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie ». L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule que « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi », et la Cour européenne estime que les États ont dans cette matière une large marge d'appréciation (Cour EDH, 8 juillet 2004, *Vo c. France*, req. n° 53924/00).

<sup>6</sup> A. Booth, « Honduras changes constitution to ban abortion », *The Lancet*, vol. 397, 30 janvier 2021, p. 360.

Au Royaume-Uni, le droit à l'avortement<sup>7</sup> n'est pas non plus stabilisé, alors qu'il s'agit d'un État qui a disposé relativement tôt (1967) d'une législation libérale en la matière, s'appliquant en Angleterre et au Pays de Galles<sup>8</sup>. L'état du droit est toutefois différent en Écosse et surtout en Irlande du Nord, où deux textes entrés en vigueur récemment (*Abortion (Northern Ireland) (No. 2) Regulations 2020* et *The Abortion (Northern Ireland) Regulations 2021*) suscitent de nombreuses oppositions politiques et questions juridiques (voir *infra*). Le droit à l'avortement n'est ainsi pas uniforme sur l'ensemble du territoire britannique, alors que le Royaume-Uni n'est pas un État fédéral mais un État unitaire. L'avortement est en effet considéré comme une matière pouvant être décentralisée et traitée de manière différenciée selon les régions, comme le permet le système de distribution des pouvoirs à géométrie variable en vigueur dans le pays, dénommé dévolution<sup>9</sup>. Aussi pour le secrétaire d'État à l'Écosse en 2015, « il n'y a pas d'argument constitutionnel convaincant s'opposant à la dévolution du droit à l'avortement »<sup>10</sup>.

Il semble pourtant qu'il y ait de nombreux arguments juridiques en faveur d'une uniformisation du droit à l'avortement sur le territoire britannique (**Partie I**), mais que des raisons politiques prévalent dans ce pays où l'absence de constitution formelle garantit la liberté totale du Parlement de *Westminster* en la matière (**Partie II**).

## **Partie I – Un droit à l'avortement à géométrie variable sur le territoire britannique**

Un état du droit libéral en Angleterre, au Pays de Galles et en Écosse (A) contraste avec un droit à l'avortement très restrictif en Irlande du Nord (B).

### **A. Un état du droit libéral en Angleterre, au Pays de Galles et en Écosse**

L'avortement est d'abord prohibé en Angleterre et au Pays de Galles par une loi de 1803, qui l'assortit de la peine de mort (*Malicious Shooting and Stabbing Act 1803*<sup>11</sup> également dénommée *Lord Ellensborough's Act*). Ensuite, en vertu du *Offences Against the Person Act 1861*, l'avortement est une infraction pénale assortie de l'emprisonnement à vie (la section 58 punit l'avortement commis par la mère ou par un tiers et la section 59 vise les tiers fournissant les moyens de l'infraction).

Une défense est néanmoins possible pour éviter la condamnation. Dans les affaires *R v Collins*<sup>12</sup> et *R v H Windsor Bell*<sup>13</sup>, les juges acceptent la défense selon laquelle l'avortement était le seul moyen de préserver la vie de la mère. L'*Infant Life Preservation Act 1929* inscrit par la suite ce moyen de défense dans la loi, lorsque

---

<sup>7</sup> Le droit britannique ne fait pas de différence entre l'avortement et l'interruption volontaire de grossesse, et les textes évoquent plutôt l'avortement (par exemple : *Abortion Act 1967*).

<sup>8</sup> Voir *infra*.

<sup>9</sup> B. Hadfield, « The nature of devolution in Scotland and Northern Ireland : key issues of responsibility and control », *Edinburgh Law Review*, 1999, 3(1), pp. 3-31.

<sup>10</sup> [Déclaration de M. Mundell](#) (secrétaire d'État à l'Écosse) du 14 octobre 2015 devant le *Scottish Affairs Committee* de la Chambre des communes [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>11</sup> 43 Geo III c. 58.

<sup>12</sup> [1898] 2 BMJ 59.

<sup>13</sup> [1929] 1 BMJ 1061.

l'avortement a été mené de bonne foi dans le but unique de préserver la vie de la mère (section 1 (1)). La fameuse affaire *R v Bourne*<sup>14</sup> de 1938 étend ce moyen de défense pour protéger la vie mais aussi la santé de la mère, car selon le juge MacNaghten, aucune frontière claire entre la santé et la vie ne peut être établie. Par ailleurs, lorsque l'enfant aurait pu naître viable (*capable of being born alive*), c'est-à-dire au-delà de 28 semaines de grossesse, l'infraction est celle de *child destruction* (infanticide) en vertu de la section 1 de l'*Infant Life Preservation Act 1929* (la peine étant identique).

Toutefois, l'*Abortion Act 1967* (section 1 (1)) entré en vigueur le 27 avril 1968 dépénalise l'avortement lorsque les conditions suivantes sont remplies. Tout d'abord, l'avortement doit être autorisé par deux médecins et également pratiqué par un médecin. En outre, la poursuite de la grossesse doit impliquer un risque pour la vie de la mère, ou pour sa santé physique ou mentale ou celle de ses enfants, plus grand que si la grossesse était menée à son terme (a), ou l'avortement peut être pratiqué s'il existe un risque de handicap physique ou mental sévère pour l'enfant (b). La loi de 1929 continue à s'appliquer, donc au-delà de 28 semaines, l'infraction portant sur les fœtus viables peut être constituée. La section 4 de la loi comprend une clause de conscience (*conscientious objection to participation in treatment*). Certains aspects du droit à l'avortement sont en outre développés par la jurisprudence, par exemple la *High Court* précise en 1979 que le conjoint n'a aucun droit d'empêcher une interruption de grossesse<sup>15</sup>.

L'*Abortion Act* a ensuite été modifié par la section 37 du *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*. Depuis cette date, l'avortement peut être pratiqué dans les 24 semaines de grossesse, lorsque la grossesse présente un risque pour l'intégrité physique ou mentale de la femme ou de l'un de ses enfants. L'avortement est possible après 24 semaines lorsqu'il existe un risque sérieux et permanent pesant sur l'intégrité physique ou mentale de la femme enceinte, sur sa vie, ou lorsque l'enfant risque d'être atteint d'un handicap sévère, physique ou mental.

En Écosse, le droit à l'avortement n'est pas soumis au même cadre juridique qu'en Angleterre et au Pays de Galles, alors même que le contexte religieux justifiant éventuellement une différenciation (tel qu'il peut exister en Irlande du Nord) ne peut pas être invoqué. Pour Kenneth Norrie, « un sujet tel que le droit à l'avortement, pour lequel les aspects éthiques ne sont pas différents en Écosse et en Angleterre, est pourtant fondamentalement différent dans les deux » régions<sup>16</sup>. Ainsi, en Écosse, les lois de 1861 et de 1929 ne s'appliquent pas<sup>17</sup>. Néanmoins, l'avortement est considéré comme un crime par la *common law* (*common law crime of procuring an abortion*)<sup>18</sup>. Le droit pénal écossais est cependant sensiblement différent du droit pénal anglais, car les juges écossais se fondent avant tout sur l'intention malveillante (*wickedness*) pour caractériser une infraction. Or, les médecins pratiquant un avortement agissent en règle générale

<sup>14</sup> [1938] 3 All ER.

<sup>15</sup> *Paton v British Pregnancy Advisory Service Trs* [1979] QB 276.

<sup>16</sup> K. Norrie, « Abortion in Great Britain : one act, two laws », *Criminal Law Review*, 1985, pp. 475-488.

<sup>17</sup> J. Brown, « Scotland and the Abortion Act 1967 : historic flaws, contemporary problems », *Juridical Review*, 2015, 2, pp. 135-155 ; E. J. Russell, « Abortion law in Scotland and the Kelly foetus », *Scots Law Times*, 1997, 24, pp. 187-193.

<sup>18</sup> M. Neal, « Devolving Abortion Law », *Edin. Law Review*; 2016, vol. 20, pp. 399-404.

dans l'intérêt de la santé de la patiente, et non par malveillance. Finalement, à la date de la décision *Bourne*, l'état des droits écossais, anglais et gallois était similaire en ce qui concerne les fœtus non viables, même si le fondement juridique était différent. En ce qui concerne les fœtus viables en revanche, la loi de 1929 ne s'appliquant pas en Écosse, il apparaissait de la même façon qu'en l'absence d'intention malveillante, l'avortement était possible, au contraire du droit anglais et gallois.

Avec l'entrée en vigueur de l'*Abortion Act 1967* (étendu à l'Écosse), l'état du droit écossais ne change pas fondamentalement, car la loi dans sa version originelle n'encadre pas l'avortement dans le délai de 24 semaines (prévu ultérieurement par le *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*). Ce n'est qu'en 1990 que les dispositions légales entraînent un changement en droit écossais en imposant un délai de 24 semaines pour avorter en cas de risque pesant sur l'intégrité physique ou mentale de la mère.

Toutefois, le droit écossais pourrait à nouveau évoluer dans le cadre de la dévolution, car le *Scotland Act 2016* (section 53) modifie le *Scotland Act 1998* (annexe 5, partie II, J1) afin d'inclure explicitement l'avortement parmi les matières dévolues<sup>19</sup>. Certes, le gouvernement de la *First Minister* Nicola Sturgeon fait de l'accès à l'avortement une priorité en 2020<sup>20</sup>. Un changement de majorité dans la région pourrait cependant remettre en cause cet équilibre, à l'instar de l'Irlande du Nord, où des considérations politiques régionales expliquent les conditions strictes du droit à l'avortement.

## **B. Un droit à l'avortement très restrictif en Irlande du Nord**

En Irlande du Nord, le cadre juridique est beaucoup plus restrictif, si bien qu'un grand nombre de femmes nord-irlandaises voyagent en Angleterre pour avorter (entre 1970 et 2015, 61 314 résidentes d'Irlande du Nord ont avorté en Angleterre, ce qui représente 16 % des avortements par an<sup>21</sup>). Ceci s'explique par le fait que l'*Abortion Act 1967* ne s'applique pas sur ce territoire<sup>22</sup>. Le droit en la matière résulte donc de l'*Offences Against the Person Act 1861*. La loi de 1929 ainsi que la jurisprudence *Bourne* sont également applicables. Toutefois, la loi de 1861 est amendée par le *Criminal Justice Act (NI) 1945* (section 25 (1)) qui dépénalise l'avortement en cas de danger pour la vie de la mère lorsque l'acte a été pratiqué « de bonne foi ». Dans la région, l'avortement n'est donc pas autorisé en cas de viol, d'inceste ou d'anomalie fœtale létale (*fatal fetal abnormality*) ou grave (*serious fetal abnormality*).

Les recours judiciaires sont cependant nombreux en faveur d'une libéralisation de l'avortement. Le 14 juin 2017, la Cour suprême rejette un appel relatif au refus de l'Angleterre d'étendre la couverture médicale aux femmes nord-irlandaises se déplaçant

---

<sup>19</sup> *Idem*. Voir aussi, D. Stockley, « The increasingly strange case of abortion : Scots criminal law and devolution », *Edinburgh Law Review* 1998, 2(3), pp. 330-337.

<sup>20</sup> Right to life news, [Nicola Sturgeon announces expanded abortion access a priority for the Scottish Government](#), 3 septembre 2020 [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>21</sup> Source : rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes sur l'application par le Royaume-Uni de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes CEDAW/C/OP.8/GBR/1, 23 février 2018, voir *infra*.

<sup>22</sup> B. Hewson, « The law of abortion in Northern Ireland », *Public Law*, 2004, Sum, pp. 234-245.

pour avorter<sup>23</sup>. Le 29 juin 2017, le ministre britannique aux droits des femmes et à l'égalité annonce toutefois que cette couverture sera étendue<sup>24</sup>.

Puis, dans une décision rendue le 7 juin 2018, la Cour suprême estime que la législation en Irlande du Nord est incompatible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH »), car elle ne permet pas l'avortement dans des cas de viol, d'inceste et d'anomalie létale (*Northern Ireland Human Rights Commission's Application for Judicial Review*)<sup>25</sup>. Elle rejette néanmoins l'appel car elle estime que la requête de la Commission des droits de l'homme d'Irlande du Nord n'est pas recevable en raison d'un défaut de qualité à agir. La *High Court* d'Irlande du Nord avait également jugé que le cadre légal était contraire à l'article 8 de la Convention européenne dans une décision du 30 novembre 2015<sup>26</sup>, tout comme la Cour d'appel le 14 juin 2017<sup>27</sup>. Il s'agit donc d'une avancée juridique importante en dépit du rejet du recours.

Puis en février 2018, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes rend un rapport<sup>28</sup> sur l'application par le Royaume-Uni de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979. Le Royaume-Uni a signé la Convention en 1981 et l'a ratifiée en 1986. Le Royaume-Uni a également adhéré en 2004 au protocole additionnel permettant aux femmes seules ou en groupe de déposer une plainte directement au Comité<sup>29</sup>. En 2010, plusieurs associations (*Alliance for Choice, the Family Planning Association* et *Northern Ireland Women's European Platform*) déposent donc une plainte auprès du Comité, invoquant une violation des droits des femmes en Irlande du Nord en raison des conditions restrictives du droit à l'avortement. L'enquête du Comité a donné lieu au rapport de février 2018.

Le Comité conclut que le droit en Irlande du Nord méconnaît plusieurs articles de la Convention, notamment l'article 12<sup>30</sup>. Il recommande ainsi l'abrogation des sections 58

<sup>23</sup> *R (on the application of A and B) v Secretary of State for Health* [2017] UKSC 41. Voir, F. Cranmer, « R (A and B) v Secretary of State for Health. Case Comment », *Ecclesiastical Law Journal*, 2018, 20(2), pp. 235-236 ; P. Jennings, « The provision of abortion services to Northern Irish women on the National Health Service in England », *European Human Rights Law Review*, 2017, 4, pp. 394-399.

<sup>24</sup> *Letter from Rt. Hon. Justine Greening MP, Minister for Women and Equalities to MPs* (29 juin 2017).

<sup>25</sup> *Re* [2018] UKSC 27 ; [2019] 1 All E.R. 173 ; [2018] 6 WLUK 93 (SC (NI)). Voir, B. Ni Ghraíne, A. McMahon, « Abortion in Northern Ireland and the European Convention on Human Rights : reflections from the UK Supreme Court », *International & Comparative Law Quarterly*, 2019, 68(2), pp. 477-494 ; S. Foster, « In the matter of an application by the Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review », *Coventry Law Journal*, 2018, 23(1), pp. 117-122 ; Victor F. J. Jordan, « Northern Ireland Human Rights Commission's Application for Judicial Review, *Re* [2018] UKSC 27. Case Comment », *Scots Law Times*, 2018, 28, pp. 115-116 ; S. Wilson Stark, « Northern Ireland's abortion legislation : procedural and substantive confusion over declarations of incompatibility », *Cambridge Law Journal*, 2018, 77(3), pp. 448-451.

<sup>26</sup> *Northern Ireland Human Rights Commission's Application* [2015] NIQB 96.

<sup>27</sup> [2017] NICA 42.

<sup>28</sup> CEDAW/C/OP.8/GBR/1, 23 février 2018.

<sup>29</sup> Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 6 octobre 1999.

<sup>30</sup> L'article 12 stipule que « 1. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine des soins de santé en vue de leur assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les moyens d'accéder aux services médicaux, y compris ceux qui concernent la planification de la famille. 2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 ci-dessus, les États parties fournissent

et 59 du *Offences against the Person Act 1861* et l'autorisation de l'avortement dans certains cas (crime sexuel et anomalie fœtale létale). Le Comité recommande également de mettre en place les services adéquats permettant aux femmes d'accéder à des conseils en matière de santé et de procréation ainsi qu'à des services médicaux dédiés à l'avortement.

Afin de se conformer aux recommandations du Comité, le Parlement de *Westminster* a adopté la section 9 du *Northern Ireland (Executive Formation etc) Act 2019*. Le projet initial avait pour objectif de modifier la section 1 du *Northern Ireland (Executive Formation and Exercise of Functions) Act 2018* afin de proroger la période prévue par le *Northern Ireland Act 1998* pour la nomination d'un exécutif nord-irlandais avant le 21 octobre 2019 (à la suite des élections de l'assemblée d'Irlande du Nord le 2 mars 2017, aucun gouvernement n'avait pu être formé). Lors du passage en commission de la chambre entière (*committee of the whole house*)<sup>31</sup>, Stella Creasy, députée du parti travailliste, a déposé un amendement visant à ce que le droit de l'avortement en Irlande du Nord soit conforme aux recommandations du Comité. Cet amendement est voté par 432 voix contre 99 à la Chambre des communes<sup>32</sup>, puis par les Lords<sup>33</sup>.

Cette section était supposée entrer en vigueur le 22 octobre 2019 dans l'hypothèse où un gouvernement n'a pas pu être établi dans la région, ce qui fut le cas. En vertu de cette loi de *Westminster*, les sections 58 et 59 du *Offences Against the Person Act 1861* sont abrogées en Irlande du Nord. En attendant de nouvelles dispositions relatives à l'avortement dans la région, un moratoire est appliqué aux poursuites des infractions en matière d'avortement. En outre, les femmes souhaitant pratiquer un avortement en Angleterre pourront bénéficier d'une assistance financière pendant la période transitoire<sup>34</sup>. Enfin, le gouvernement britannique a l'obligation d'adopter par la voie réglementaire un nouveau cadre du droit à l'avortement dans la région, respectueux des recommandations du Comité.

Après six semaines de consultations<sup>35</sup>, le gouvernement britannique publie donc les *Abortion (Northern Ireland) Regulations 2020* le 25 mars 2020. En vertu de ces dispositions, l'avortement est possible en Irlande du Nord dans un délai de douze semaines, sans aucune autre condition qu'une attestation médicale relative à la durée de la grossesse. Un avortement après douze semaines est également possible en cas d'anomalie du fœtus, grave ou létale (*severe fetal impairment* et *fatal fetal abnormalities*). Néanmoins, ce texte a dû être réécrit en raison de plusieurs erreurs matérielles découvertes par le *Joint Committee on Statutory Instruments (Abortion (Northern Ireland) (No. 2) Regulations 2020* du 12 mai 2020). Le texte a ensuite été

---

aux femmes pendant la grossesse, pendant l'accouchement et après l'accouchement, des services appropriés et, au besoin, gratuits, ainsi qu'une nutrition adéquate pendant la grossesse et l'allaitement ».

<sup>31</sup> Pour les sujets de nature constitutionnelle ou de société, la commission de la Chambre entière est réunie, plutôt qu'une commission plus restreinte, afin de représenter tous les points de vue politiques.

<sup>32</sup> HC Deb 9 juillet 2019 vol. 663, col. 232-234.

<sup>33</sup> HL Deb 17 juillet 2019, vol. 699, col. 289.

<sup>34</sup> *Guidance For Healthcare Professionals In Northern Ireland On Abortion Law And Terminations Of Pregnancy*.

<sup>35</sup> *A new legal framework for abortion services in Northern Ireland, Implementation of the legal duty under section 9 of the Northern Ireland (Executive Formation etc) Act 2019, Government consultation*, 4 novembre 2019.

approuvé (comme l'exige la procédure prévue par la loi de 2019), par les Lords (le 15 juin 2020)<sup>36</sup> puis par les Communes (le 17 juin)<sup>37</sup>.

L'assemblée d'Irlande du Nord a néanmoins organisé un débat sur le texte le 2 juin 2020<sup>38</sup>, et une motion a été votée par 46 voix contre 40, rejetant le nouveau cadre de l'avortement qui étend ce droit en cas de handicap non légal, incluant la trisomie 21. Même si cette motion n'a qu'une valeur politique, elle révèle le désaccord profond de l'assemblée législative régionale avec ces nouvelles règles. En outre, en pratique, ces dispositions n'ont jamais été mises en place par le ministre nord-irlandais de la santé, et le 16 février 2021, une proposition de loi (*Severe Fetal Impairment Abortion (Amendment) Bill*) est introduite devant l'assemblée nord-irlandaise<sup>39</sup>. Elle vise à remettre en cause l'avortement en cas de handicap grave de l'enfant (*severe fetal impairment*) en modifiant les *Abortion (Northern Ireland) (No. 2) Regulations 2020*. La proposition est toujours en cours d'adoption en février 2022.

C'est pourquoi la Commission des droits de l'homme d'Irlande du Nord<sup>40</sup> (*Northern Ireland Human Rights Commission*) a formé un recours au début de l'année 2021 contre les carences du secrétaire d'État à l'Irlande du Nord ainsi que du ministre de la santé d'Irlande du Nord à concrétiser le droit à l'avortement dans la région. Dans un arrêt du 14 octobre 2021<sup>41</sup>, la *High Court* d'Irlande du Nord estime certes que le ministre n'a pas respecté ses obligations, mais ceci est essentiellement dû à la crise sanitaire, et refuse d'émettre une injonction à son encontre. Entre-temps le gouvernement britannique a néanmoins adopté en mars 2021 les *Abortion (Northern Ireland) Regulations 2021*, approuvées par les deux chambres à de larges majorités en avril<sup>42</sup> afin de permettre au secrétaire d'État à l'Irlande du Nord d'ordonner aux autorités nord-irlandaises (notamment aux ministres régionaux) d'appliquer les recommandations du rapport du Comité sur l'élimination des discriminations, ce qu'il fait en juillet 2021<sup>43</sup>. La date limite du 31 mars 2022 est fixée aux autorités nord-irlandaises pour s'exécuter, mais l'acte réglementaire fait l'objet d'un recours en *judicial review* formé par une association pro-vie (*Society for the Protection of Unborn Children*)<sup>44</sup>.

<sup>36</sup> HL Deb 15 juin 2020 vol. 803, col. 1976.

<sup>37</sup> HC Deb 17 juin 2020 vol. 677, col. 921.

<sup>38</sup> *Hansard*, 2 juin 2020, vol. 128, n° 7.

<sup>39</sup> *Bill 15/17-22*.

<sup>40</sup> Concurrençant la Commission pour l'égalité et des droits de l'homme créée par l'*Equality Act 2005*, la Commission des droits de l'homme d'Irlande du Nord est prévue par le *Northern Ireland Act 1998*. Le maintien de la commission est un élément du compromis politique relatif au conflit dans la région. Il s'agit d'un organisme indépendant, rattaché au Secrétariat d'État pour l'Irlande du Nord. Mise en place depuis 1999, elle est composée de treize membres nommés par le Secrétaire d'État pour l'Irlande du Nord, en fonction de l'équilibre entre les communautés dans la région (Section 68 du *Northern Ireland Act*).

<sup>41</sup> *In the matter of an application by The Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review - In the matter of the failure by the Secretary of State, Executive Committee and Minister of Health to provide women with access to Abortion and Post Abortion Care in All Public Health Facilities in Northern Ireland* [2021] NIQB 91.

<sup>42</sup> À la Chambre des communes, le texte est adopté le 27 avril 2021 par 431 voix contre 89 (HC Deb vol. 693, col. 327), et à la Chambre des Lords, le 28 avril 2021 par 409 voix contre 70 (HL Deb vol. 811, col. 2266).

<sup>43</sup> *The Abortion Services Directions 2021*, 22 juillet 2021.

<sup>44</sup> <https://nihrc.org/news/detail/august-2021-fact-sheet-human-rights-commission-intervene-in-spuc-legal-challenge-to-abortion-services-in-ni>

Voir aussi : <https://www.belfasttelegraph.co.uk/news/health/health-committee-looks-at-possibility-of-challenging-northern-irelands-new-laws-on-abortion-39085661.html>

Notons enfin que les régions britanniques ont pris des mesures exceptionnelles pendant la pandémie s'agissant du droit à l'avortement, à l'exception de l'Irlande du Nord. En Angleterre, au Pays de Galles et en Écosse<sup>45</sup>, des instructions des ministres de la santé permettent aux femmes de prendre deux pilules abortives à la maison dans le cadre d'une consultation médicale à distance, au lieu de se déplacer dans un centre de santé. En Irlande du Nord, seule la seconde pilule peut être prise à la maison<sup>46</sup>. Les régions, à l'exception de l'Irlande du Nord, ont également mené des consultations afin de déterminer si cette possibilité offerte par la pandémie pouvait devenir permanente<sup>47</sup>.

Finalement, il existe des différences majeures dans la concrétisation du droit à l'avortement entre l'Angleterre, le Pays de Galles et l'Écosse, d'une part, et l'Irlande du Nord, d'autre part. Même si le droit écossais n'est actuellement pas fondamentalement différent de celui de l'Angleterre et du Pays de Galles, il pourrait en être autrement en cas de changement de majorité politique dans la région. Or, cette rupture d'égalité fondée sur le lieu de résidence des femmes britanniques n'est pas justifiée par des raisons objectives.

## **Partie II – Une rupture d'égalité fondée sur des raisons politiques**

Les variations géographiques du droit à l'avortement peuvent être expliquées par l'absence d'un principe général d'égalité encadrant la dévolution au Royaume-Uni (A). Les arguments juridiques en faveur d'une uniformisation de ce droit sur l'ensemble du territoire sont néanmoins nombreux (B).

### **A. L'absence d'un principe général d'égalité encadrant la dévolution au Royaume-Uni**

La différenciation du droit à l'avortement est permise au Royaume-Uni en l'absence d'un principe général d'égalité en droit britannique, favorisant le traitement inégal des femmes dans le cadre de la dévolution.

D'une part, l'égalité a un statut plus qu'incertain en droit britannique. En 1994, Jeffrey Jowell<sup>48</sup> se demandait si l'égalité était un principe constitutionnel. Certes, il s'agit d'un principe démocratique comme l'indique la baronne Hale (« *democracy is founded on*

---

<sup>45</sup> *Department of Health and Social Care, Decision : Temporary approval of home use for both stages of early medical abortion*, 30 mars 2020 ; *Letter from the Chief Medical Officer (Scotland), Abortion – Covid-19 – Approval For Mifepristone To Be Taken At Home And Other Contingency Measures*, 31 mars 2020 ; *Welsh Government, Legislation : Temporary approval of home use for both stages of early medical abortion*, 1<sup>er</sup> avril 2020.

<sup>46</sup> M. Oppenheim, « [Women in Northern Ireland 'will be able to have early abortions' amid coronavirus lockdown](#) », *Independent*, 15 avril 2020 [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>47</sup> *Department of Health and Social Care, Closed consultation : Home use of both pills for early medical abortion*, 26 novembre 2020 ; *Scottish Government, Early medical abortion at home : consultation*, 30 septembre 2020 ; *Welsh Government, Consultation document, Termination of Pregnancy arrangements in Wales*, 1<sup>er</sup> décembre 2020.

<sup>48</sup> J. Jowell, « Is Equality a Constitutional Principle ? », *Current Legal Problems*, 1994, n° 7, p. 1.

*the principle that each individual has equal value* »<sup>49</sup>) et semble étroitement lié à la *Rule of law*. En outre, certaines décisions font état d'un principe d'égalité issu de la *common law*<sup>50</sup>, mais le contenu de ce principe n'est pas explicité et sa consécration ne permet pas d'établir un contrôle plus poussé que celui de l'irrationalité (ou de l'erreur manifeste)<sup>51</sup>. Toutefois, le principe d'égalité est plutôt envisagé par la loi sous l'angle de la non-discrimination, qui offre une protection moins large que l'égalité à proprement parler.

Historiquement, le droit britannique à la non-discrimination est contenu dans plusieurs lois visant divers groupes de population (*Sex Discrimination Act 1975*, *Race Relations Act 1976*, *Disability Discrimination Act 1995*). Les trois lois sur la non-discrimination fondée sur le sexe, sur la race et sur le handicap sanctionnent les discriminations dans domaines de l'emploi, du logement, de l'éducation et de la fourniture de biens et services, formant une sorte de « hiérarchie de l'égalité »<sup>52</sup> aux sources très éparées. En 2002, la commission pour l'égalité raciale dénombre 30 lois, 38 règlements, 11 codes d'application et 12 directives et recommandations européennes sur le sujet<sup>53</sup>. Elle dénonce un état du droit confus et source d'injustice.

Deux lois sont donc adoptées en 2006 et 2010 sur l'égalité (*Equality Act 2006* et *Equality Act 2010*), mais leur appellation est trompeuse. En 2006, l'*Equality Act* est le résultat d'une pression communautaire importante<sup>54</sup>. Les lois de 2006 et 2010 viennent abroger les strates existantes et compléter les dispositifs de non-discrimination s'agissant des motifs de rupture d'égalité suivants : le sexe, l'orientation sexuelle et le changement de sexe, le statut marital, de grossesse ou de maternité, la race, le handicap, l'âge, la religion ou les croyances. Notons toutefois que le lieu de résidence ne fait pas partie des motifs de discrimination visés par les textes. La loi identifie en outre plusieurs secteurs dans lesquels une discrimination est prohibée : la production de biens et services<sup>55</sup>, le secteur public et l'éducation. Le « principe d'égalité » est donc protégé

<sup>49</sup> *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.

<sup>50</sup> *Kruse v Johnson* [1898] 2 QB 91 ; *Gurung v Ministry of Defence* [2002] EWHC 2463 (Admin) ; *R (Limbu) v Secretary of State for the Home Department* [2008] EWHC 2261 (Admin).

<sup>51</sup> La proportionnalité au Royaume-Uni est connue sous le nom de *Wednesbury test* (ou contrôle de la *reasonableness*). L'opinion de Lord Greene dans l'affaire *Wednesbury* est très fameuse : les juges n'interviennent que lorsqu'une décision est « *si déraisonnable qu'aucune autorité raisonnable n'aurait pu la prendre* » (*Associated Provincial Picture Houses Ltd c. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223 (CA, Civil Division, 7 novembre 1947), p. 234). Voir : C. O'Conneide, « [Equality : A Constitutional Principle ?](#) », *Constitutional Law Group*, 14 septembre 2011 [dernière consultation le 14 mars 2022] ; C. O'Conneide, « Equality : A Core Common Law Principle, or 'Mere' Rationality ? », *in* M. Elliott, K. Hughes (eds.), *Common Law Constitutional Rights*, Hart Publishing, 2020, pp. 167-192.

<sup>52</sup> *House of Commons, Research Paper 05/28, Equality Bill*, 24 mars 2005.

<sup>53</sup> *Commission for Racial Equality, Why Britain needs a single Equality Act*, juillet 2002.

<sup>54</sup> Notamment les directives du 10 février 1975 (directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins) et du 9 février 1976 (directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.) ; 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 ; 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.

<sup>55</sup> La loi vise notamment les domaines de l'hôtellerie et du logement, des divertissements (boîtes de nuit), des banques ou des transports.

grâce à une énumération des différences de traitement prohibées, et non par un énoncé général.

Cette loi ne s'applique toutefois pas en Irlande du Nord. La loi de 2006 crée en outre une commission pour l'égalité et les droits de l'homme (*Equality and Human Rights Commission*), compétente pour l'Angleterre, le Pays de Galles et l'Écosse, tandis qu'il existe en Irlande du Nord une commission pour les droits de l'homme (*Northern Ireland Human Rights Commission*) et une commission pour l'égalité (*Equality commission for Northern Ireland*).

Notons enfin que l'article 14 de la CEDH est invocable en droit interne depuis l'entrée en vigueur du *Human Rights Act 1998* le 1<sup>er</sup> octobre 2000, mais que le Royaume-Uni n'a pas ratifié le protocole n° 12 à la Convention<sup>56</sup>. Dans son arrêt de 2018 précité, la Cour suprême écarte toutefois de façon lapidaire l'argument de la violation par la législation nord-irlandaise de l'article 8 ou de l'article 3 associés à l'article 14<sup>57</sup>. Curieusement, elle envisage d'ailleurs l'article 14 sous l'angle de l'égalité hommes/femmes alors qu'il s'agit avant tout d'une discrimination entre les femmes, fondée sur le lieu de résidence. En tout état de cause, en vertu du principe de la souveraineté parlementaire, le pouvoir législatif peut à tout moment adopter une loi qui établit certaines discriminations, sans qu'aucun mécanisme juridique ne puisse sanctionner la violation du principe d'égalité puisqu'il ne figure pas dans une constitution formelle. Le *Human Rights Act* autorise seulement les tribunaux à déclarer l'incompatibilité d'une loi avec la Convention européenne des droits de l'homme, incitant les pouvoirs publics à changer la loi. La loi reste toujours en vigueur, et seule une modification législative peut remédier à une violation des droits<sup>58</sup>.

D'autre part, de l'absence d'un principe général et formellement constitutionnel d'égalité en droit britannique, résulte une distribution verticale des pouvoirs uniquement fondée sur des motifs politiques.

En Écosse, l'avortement ne fait pas partie des sujets explicitement dévolus par le *Scotland Act 1998*. Néanmoins, certains sujets soulevant des problématiques morales ou religieuses similaires sont déjà dévolus à l'Écosse, comme le suicide assisté, et les domaines de la santé et du droit pénal font également l'objet d'un consensus en faveur d'un transfert de compétences. Ce n'est qu'à l'occasion de la modification du *Scotland Act 1998* visant à préciser la liste des compétences écossaises après le référendum de

---

<sup>56</sup> Le protocole 12 porte sur l'interdiction générale de discrimination. Il « autonomise » le droit à la non-discrimination de l'article 14 de la Convention.

<sup>57</sup> « 134. We were addressed separately on the question whether the present Northern Irish law involves discrimination against women. The case made was that the prohibition of abortion necessarily or at least primarily affects women, not men, that it is not necessary to find any comparator and that gender-based discrimination is a suspect ground, carrying a heavy burden to justify. In view of the conclusions which I have come to on article 8, I do not find it necessary or propose to address this topic ».

<sup>58</sup> Cet état du droit pourrait être prochainement réformé après la parution du rapport du ministère de la Justice relatif à la remise en cause du *Human Rights Act* : « Human Rights Act Reform : A Modern Bill Of Rights. A consultation to reform the Human Rights Act 1998 », décembre 2021, CP 588.

2014<sup>59</sup> que le droit à l'avortement fait l'objet d'après négociations. Au sein de la commission instaurée pour faciliter le dialogue (*Smith Commission*), tous les partis (*Scottish National Party*, conservateurs, libéraux-démocrates et Les Verts) sauf le *Labour* acceptent de décentraliser la compétence relative à l'avortement<sup>60</sup>. Le *Labour* estime pourtant que l'avortement est une « ligne-blanche » à ne pas franchir, car le parti craint qu'un gouvernement moins libéral ne s'installe dans la région et remette en cause les droits des femmes<sup>61</sup>. Le droit à l'avortement ne figure donc pas dans la version initiale du projet (*Scotland Bill*), et ce n'est qu'en séance qu'un amendement en faveur du transfert est voté en 2015<sup>62</sup>. Il semble ainsi que le Parlement britannique ait souhaité favoriser le compromis avec la région en raison des velléités indépendantistes qui l'animent depuis plusieurs années.

En Irlande du Nord, la question de la répartition des compétences est également un sujet sensible en raison des affrontements religieux et des volontés de rattachement avec la République d'Irlande. Le cadre de la dévolution est fixé par le *Belfast Agreement* et le *Northern Ireland Act 1998* qui établit une assemblée législative (*Northern Ireland Assembly*).

La pénalisation stricte de l'avortement n'est toutefois pas remise en cause après la dévolution<sup>63</sup> (*Belfast Agreement*)<sup>64</sup>, et le *Northern Ireland Act* ne contient aucune disposition à ce sujet. Une motion votée le 20 juin 2000 par l'assemblée d'Irlande du Nord, confirme ce constat, car elle s'oppose à l'extension de l'*Abortion Act* à la région<sup>65</sup>. En outre, le 5 février 2010, un accord entre le gouvernement central et la région (*Hillsborough Castle agreement*) permet de transférer les compétences relatives à la police et à la justice à *Stormont*<sup>66</sup>. Le 11 février 2016, l'assemblée rejette également deux motions visant à modifier le *Justice Bill* dans le but de légaliser l'avortement dans le cas d'une anomalie fœtale létale ou d'un crime sexuel<sup>67</sup>. L'assemblée et l'exécutif nord-irlandais ont toutefois cessé de fonctionner en janvier 2017 jusqu'en 2020 pour des raisons politiques<sup>68</sup>, et ce n'est qu'en janvier 2020 que l'exécutif et l'assemblée d'Irlande du Nord sont rétablis<sup>69</sup>, le Parlement de *Westminster* ayant profité de la vacance du pouvoir pour adopter le *Northern Ireland (Executive Formation etc) Act 2019* (voir *supra*). Il faut toutefois souligner les difficultés propres au système institutionnel de la région, qui favorise les blocages. Le gouvernement d'Irlande du Nord

<sup>59</sup> Lors du référendum du 18 septembre 2014, 55.30 % des Écossais ont répondu par la négative à la question suivante : « *Should Scotland be an independent country ?* » (« l'Écosse devrait-elle être un pays indépendant ? »).

<sup>60</sup> M. Neal, *op. cit.*

<sup>61</sup> B. Riley-Smith, « [Smith Commission : devolving abortion controls to Scotland triggers fears over abortion tourism to England](#) », *The Telegraph*, 28 novembre 2014 [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>62</sup> HC Deb 6 juillet 2015 vol. 598, col. 67.

<sup>63</sup> J. Thomson, « Explaining gender equality difference in a devolved system : The case of abortion law in Northern Ireland », *British Politics*, 2016, vol. 11, pp. 371-388.

<sup>64</sup> C. Pierson, « One step forwards, two steps back : women's rights 20 years after the Good Friday Agreement », *Parliamentary Affairs*, 2018, 71(2), pp. 461-481.

<sup>65</sup> <http://archive.niassembly.gov.uk/record/reports/000620b.htm>

<sup>66</sup> Palais abritant l'assemblée nord-irlandaise.

<sup>67</sup> *Hansard* 10 février 2016, vol. 112, n° 5.

<sup>68</sup> <https://www.theguardian.com/politics/2019/apr/26/northern-ireland-power-sharing-stormont-crisis-timeline>

<sup>69</sup> Les priorités de l'exécutif sont énumérées dans un document de travail, *The New Decade, New Approach Deal*, publié en janvier 2020 [dernière consultation le 13 mars 2022].

peut être qualifié de « consociatif », car il est fondé sur le principe de la représentation des deux communautés (nationalistes et unionistes, section 16A du *Northern Ireland Act 1998*). Certaines questions sont ainsi transversales (*cross-community* ou *cross-cutting matters*) nécessitant un accord au sein du Cabinet (*Executive Office*), et le ministre nord-irlandais de la Santé a estimé que c'était le cas de l'avortement. Or, en l'espèce, il n'y a pas de consensus sur ce sujet au sein du Cabinet<sup>70</sup>, ce qui explique le refus de concrétiser le droit à l'avortement.

Les régions invoquent en outre une convention de la Constitution (la *Sewel Convention*), selon laquelle le Parlement britannique ne peut intervenir dans les matières dévolues ni modifier les pouvoirs des assemblées dévolues sans leur accord. Cette convention a été consacrée par la loi s'agissant de l'Écosse (*Scotland Act 2016*, partie 1, section 2) et du Pays de Galles (*Wales Act 2017*, section 2). Dans son fameux arrêt *Miller* du 24 janvier 2017 relatif au *Brexit*<sup>71</sup>, la Cour suprême estime cependant que cette convention représente une simple contrainte politique, et non une règle constitutionnelle applicable par les juridictions. Cet état de fait n'est pas altéré par le *Scotland Act 2016*, qui consacre cette convention, car pour la Cour, en dépit de sa forme législative, cette obligation reste politique. Au-delà de la question du *Brexit*, la décision de la Cour suprême est donc marquante, car elle anéantit la portée juridique des conventions de la Constitution, même inscrites dans une loi formelle. Néanmoins, en ce qui concerne le droit à l'avortement, elle revient à affirmer que *Westminster* peut toujours légiférer dans ce domaine sans l'accord des régions. Par exemple, le *European Union Withdrawal Agreement Act 2020* relatif au *Brexit* a été promulgué le 23 janvier 2020 alors même que quelques jours auparavant<sup>72</sup>, les trois assemblées dévolues ont voté chacune une motion s'opposant au texte. *Westminster* est ainsi toujours souverain et peut récupérer sa compétence par voie législative à tout moment. Les concessions de *Westminster* semblent donc avant tout motivées par la volonté de ne pas compromettre le fragile équilibre territorial du Royaume et le processus de paix en Irlande du Nord, surtout après le *Brexit* qui a ressuscité les velléités d'indépendance de l'Écosse et les craintes d'un retour des affrontements à la frontière nord-irlandaise. Pourtant, l'application d'un cadre législatif du droit à l'avortement identique sur l'ensemble du territoire est justifiée par de nombreux arguments juridiques.

<sup>70</sup> <https://ukhumanrightsblog.com/2021/03/22/abortion-in-northern-ireland-at-the-interface-between-politics-and-law/>

<sup>71</sup> *R. (on the application of Miller and Dos Santos) v. Secretary of State for Exiting the European Union and associated references*, [2017] UKSC 5. Voir, J. Bell, « La Cour suprême du Royaume-Uni et le Brexit », *RFDA*, 2017, p. 220 ; E. Saulnier-Cassia, « Chronique Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne - Les difficultés constitutionnelles britanniques relatives à la notification de l'intention du retrait de l'Union européenne - *Parliamentary sovereignty* et *Rule of law versus Royal prerogative* », *RTD eur.*, 2017, p. 114 ; V. Barbé, « Le rôle du Parlement britannique dans la décision de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne. À propos des décisions de la *High Court* du 3 novembre 2016 et de la Cour suprême du 24 janvier 2017 », *Constitutions*, janvier-mars 2017, p. 44.

<sup>72</sup> Le 8 janvier en Écosse, le 20 janvier en Irlande du Nord et le 21 janvier au Pays de Galles.

## B. Les arguments juridiques en faveur de l'application uniforme du droit à l'avortement au Royaume-Uni

Les arguments juridiques en faveur d'une uniformisation du droit à l'avortement sur l'ensemble du territoire britannique sont nombreux. Tout d'abord, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes rappelle que la responsabilité internationale de l'État est en jeu lorsque ses régions ne respectent pas les dispositions d'un traité, comme le stipule l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>73</sup>. Ainsi, les recommandations du Comité du 16 décembre 2010<sup>74</sup> sur les obligations des États parties indiquent que la décentralisation ne fait pas disparaître la responsabilité directe du gouvernement central dans la mise en œuvre de « ses obligations envers toutes les femmes de sa juridiction ». Finalement, le Royaume-Uni ne peut invoquer le *Belfast Agreement* pour justifier la violation des droits des femmes en Irlande du Nord<sup>75</sup>.

Parmi les obligations internationales du Royaume-Uni figure d'ailleurs également le respect de la Convention européenne des droits de l'homme, car si le Parlement n'est pas lié par une éventuelle déclaration d'incompatibilité émise par un juge britannique, le Royaume-Uni peut toutefois être mis en cause devant la Cour européenne. Il est en effet plus que douteux que le droit nord-irlandais en matière d'avortement respecte les droits de la Convention. Certes les États disposent d'une large marge d'appréciation dans le domaine de l'avortement, ce que la Cour européenne a rappelé à plusieurs reprises<sup>76</sup>. Comme la Cour suprême britannique précédemment<sup>77</sup>, la Cour européenne pourrait toutefois estimer que le droit nord-irlandais méconnaît de l'article 8, comme elle l'a déjà fait à l'encontre de la Pologne et de la République d'Irlande<sup>78</sup>. De plus, il n'est pas certain que le traitement différencié des femmes nord-irlandaises soit jugé compatible avec l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention. La jurisprudence de la Cour européenne est néanmoins opportunément ambiguë sur ce point : sur un autre sujet proche, la Cour européenne a déjà déclaré que le Royaume-Uni avait méconnu l'article 8 s'agissant de la pénalisation des relations homosexuelles en Irlande du Nord<sup>79</sup>, mais elle ne s'est pas prononcée sur la violation de l'article 8 combiné avec l'article 14. Toutefois, dans l'arrêt *Magee c. Royaume-Uni* du 6 juin 2000<sup>80</sup>, la Cour européenne estime que des différences territoriales peuvent exister à la condition qu'elles soient justifiées de façon objective et rationnelle<sup>81</sup>. Certes, dans l'affaire *Carson c. Royaume-*

<sup>73</sup> L'article 27 prévoit qu' « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ».

<sup>74</sup> *General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, CEDAW/C/GC/28.

<sup>75</sup> CEDAW/C/OP.8/GBR/1, 23 février 2018 précité.

<sup>76</sup> Cour EDH, *Vo c. France*, *op. cit.* ou Cour EDH, *A., B. et C. c. Irlande*, *op. cit.*

<sup>77</sup> Voir *supra*.

<sup>78</sup> Cour EDH, 30 octobre 2012, *P. et S. c. Pologne*, req. n° 57375/08 ; *A., B. et C. c. Irlande*, *op. cit.*

<sup>79</sup> Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76.

<sup>80</sup> Cour EDH, 6 juin 2000, *Magee c. Royaume-Uni*, req. n° 28135/95.

<sup>81</sup> « 50. La Cour rappelle que l'article 14 de la Convention protège contre le traitement discriminatoire de personnes placées dans des situations analogues en matière d'exercice des droits et libertés reconnus par la Convention et ses Protocoles. Elle observe à cet égard que dans certains domaines les différents territoires composant le Royaume-Uni ne partagent pas toujours la même conception de la législation. Le point de savoir si une personne peut ou non revendiquer un droit découlant de la législation peut par conséquent dépendre de la portée géographique de la

*Uni* jugée le 16 mars 2010<sup>82</sup>, la Cour estime que le lieu de résidence représente un critère pertinent de discrimination ; toutefois il s'agissait en l'espèce de différencier les résidents au Royaume-Uni et les expatriés<sup>83</sup>, ce qui est un critère en lien avec l'objectif de la législation fiscale sanctionnant les exilés fiscaux. En revanche, s'agissant de la législation relative à l'avortement, le critère territorial n'est pas en lien avec l'objectif du législateur. Certains auteurs évoquent même une violation de l'article 3 de la Convention<sup>84</sup>, ce que partagent deux juges de la Cour suprême britannique (Lord Kerr and Lord Wilson) dans leurs opinions dissidentes sous l'affaire précitée de 2018<sup>85</sup>. La Cour européenne pourrait donc estimer qu'il existe des obligations positives à la charge du Royaume-Uni de protéger la santé des femmes ou leur intégrité physique.

Ensuite, le droit à l'avortement est envisagé sous l'angle du droit pénal au Royaume-Uni, ce qui est susceptible d'être contesté<sup>86</sup>. Dans de nombreux pays, le droit à l'interruption de grossesse est rattaché au droit à la santé<sup>87</sup> ou est inscrit dans le code de la santé publique<sup>88</sup>.

Toutefois, au-delà même d'un sujet relatif à la santé publique, l'avortement est avant tout relatif aux droits des femmes, à leur liberté individuelle, et donc aux droits fondamentaux<sup>89</sup>. Or, en l'absence de constitution formelle au Royaume-Uni, c'est au Parlement de *Westminster* qu'il revient de protéger ces droits. Dans un pays régi par le principe de la souveraineté parlementaire, il est toutefois curieux que le gouvernement britannique ait pu instaurer un cadre juridique de dépénalisation de l'avortement par voie réglementaire (*Regulations* précitées de 2020 et 2021), alors que le Parlement de *Westminster* peut à tout moment récupérer une compétence dévolue. Aucun débat n'a véritablement été mené sur la concrétisation régionale du droit à l'avortement au sein du Parlement, ce qui est plus que surprenant pour un tel sujet. Il en a d'ailleurs été de même s'agissant du mariage entre personnes de même sexe, car le [Northern Ireland \(Executive Formation etc\) Act 2019](#) (section 8)<sup>90</sup> renvoie également au secrétaire d'État

---

législation en question et du lieu où se trouve l'intéressé au moment des faits. Pour autant que les suspects détenus soient traités différemment, en ce qui concerne les questions évoquées par le requérant, selon qu'ils relèvent de l'ordonnance de 1988 ou de la législation de l'Angleterre et du pays de Galles, cette distinction ne s'explique pas par des caractéristiques personnelles telles que l'origine nationale ou l'appartenance à une minorité nationale, mais par la situation géographique du lieu où l'intéressé est arrêté et détenu. Ainsi la législation peut-elle tenir compte de différences et de caractéristiques régionales de nature objective et raisonnable. En l'espèce, cette distinction ne constitue pas un traitement discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention ».

<sup>82</sup> Cour EDH, GC, 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 42184/05.

<sup>83</sup> « 90. La Cour estime donc que les requérants, qui se sont expatriés dans des pays non liés au Royaume-Uni par des accords de réciprocité en matière de sécurité sociale prévoyant la revalorisation des pensions, ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle des pensionnés résidant sur le territoire britannique ou dans des pays signataires de tels accords. Partant, elle conclut à l'absence de discrimination en l'espèce, et donc à la non-violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 ».

<sup>84</sup> B. Ni Ghrainne, A. McMahon, *op. cit.*

<sup>85</sup> [2018] UKSC 27.

<sup>86</sup> B. Hewson, « Abortion should be taken out of the criminal law », *Solicitors Journal*, 2012, 156(39), p. 11.

<sup>87</sup> Par exemple en Espagne : *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*.

<sup>88</sup> Par exemple en France, articles L. 2212-1 s. du Code de la santé publique.

<sup>89</sup> Z. L. Tongue, « Evaluating the need to reform Northern Ireland's abortion law from a human rights perspective », *Cambridge Law Review*, 2019, 4, pp. 121-150.

<sup>90</sup> P. Devine, G. Kelly, M. McAuley, « Equality and Devolution in the United Kingdom : A Story in Three Acts and a Sequel », *Social Policy & Society*, 2021, pp. 1-15.

à l'Irlande du Nord le soin d'adopter des mesures réglementaires pour autoriser ces unions (*Marriage (Same-sex Couples) and Civil Partnership (Opposite-sex Couples) (Northern Ireland) Regulations 2019* du 19 décembre 2019, entrées en vigueur le 13 janvier 2020).

L'absence de débat sur ce sujet au Parlement de *Westminster* semble problématique. On pourrait même se demander si ce ne serait pas aux citoyens britanniques ou nord-irlandais de décider de la question. C'est la voie choisie par la République d'Irlande<sup>91</sup>, sous la forme originale de l'assemblée citoyenne. L'expérience des assemblées citoyennes se généralise dans ce pays, puisque quatre assemblées citoyennes ont été réunies au niveau national à ce jour, et plusieurs référendums ont été organisés sur des sujets de société<sup>92</sup>. Ainsi, une convention constitutionnelle est instaurée en 2012<sup>93</sup>, composée de 66 citoyens tirés au sort et de 33 élus issus des différents partis politiques, plus un président. Cette convention délibère sur des sujets de révision de la Constitution, notamment celui du mariage entre personnes de même sexe, ce qui a conduit à l'organisation d'un référendum le 22 mai 2015, lors duquel 62.1 % des votants ont approuvé la révision envisagée.

Ensuite, le 13 juillet 2016<sup>94</sup>, les deux chambres du Parlement votent une résolution créant une nouvelle assemblée citoyenne de 99 personnes censées représenter toutes les catégories de la population, supervisée par un président. L'assemblée réunie entre octobre 2016 et avril 2018 est chargée d'élaborer des recommandations relatives à cinq grands sujets de société et institutionnels : la légalisation de l'avortement, le changement climatique, le vieillissement de la population, l'organisation de referenda et le rôle du Parlement. Elle rend son rapport le 18 avril 2018<sup>95</sup>. S'agissant de l'avortement, un référendum est organisé le 5 mai 2018, et recueille 68 % de voix favorables. La modification de la Constitution entre en vigueur le 18 septembre 2018<sup>96</sup>, et la loi

---

<sup>91</sup> D. Courant, « [Les assemblées citoyennes en Irlande. Tirage au sort, référendum et constitution](#) », La vie des idées, publié le 5 mars 2019 [dernière consultation le 13 mars 2021] ; L. Devaney, D. Torney, P. Brereton, M. Coleman, « Ireland's Citizens' Assembly on Climate Change : Lessons for Deliberative Public Engagement and Communication », *Environmental Communication*, 2020, pp. 141-146 ; O. Doyle, R. Walsh, « Deliberation in constitutional amendment : reappraising Ireland's deliberative mini-publics », *E.C.L. Review*, 2020, 16(3), pp. 440-465.

<sup>92</sup> En 2011, un projet mené par un collectif de chercheurs (*We the Citizens*) permet d'installer une première assemblée fondatrice (*pilot assembly*). Sa composition est originale puisqu'un institut de sondage tire au sort un échantillon de 100 personnes, lesquelles sont réunies à Dublin durant un week-end pour discuter de trois grandes questions : le rôle des députés, la profession d'homme ou de femme politique et les questions budgétaires dans le contexte de la sortie de crise financière. Elle rend son rapport en décembre 2011 (*Participatory democracy in action - a pilot*) et préconise d'institutionnaliser une assemblée citoyenne, qui pourrait notamment proposer des réformes constitutionnelles.

<sup>93</sup> J. Suiter, D. M. Farrell, C. Harris, « La première Convention constitutionnelle irlandaise (2013-2014) : un dispositif délibératif à forte légitimité ? », *Participations*, 2019/1 n° 23, pp. 123-146.

<sup>94</sup> *Dáil Éireann debate*, 13 juillet 2016, vol. 918 n° 1.

<sup>95</sup> *Third Report and Recommendations of the Citizens' Assembly, How the State can make Ireland a leader in tackling climate change*.

<sup>96</sup> Abrogeant le 8<sup>e</sup> amendement, voir *supra*.

légalisant l'interruption volontaire de grossesse<sup>97</sup> entre quant à elle en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019<sup>98</sup>.

Cette expérience n'est pas inconnue au Royaume-Uni, puisqu'une assemblée citoyenne sur le climat a été missionnée en juin 2019 par six commissions parlementaires de la Chambre des communes<sup>99</sup> pour répondre à la question suivante : « comment le Royaume-Uni peut-il atteindre un objectif de neutralité carbone en 2050 ? ». Elle est composée de 108 membres tirés au sort. L'assemblée rend son rapport le 10 septembre 2020<sup>100</sup>. Des assemblées régionales ont également été mises en place, comme en Écosse, où la création d'une assemblée citoyenne sur le climat est prévue par le *Scotland's Climate Change Act 2019* (un rapport intermédiaire a été rendu le 24 mars 2021<sup>101</sup>). Une telle assemblée pourrait ainsi être réunie sur le thème de l'avortement, soit en Irlande du Nord, soit sur l'ensemble du territoire.

En toute hypothèse toutefois (référendum ou assemblée citoyenne), le Parlement de *Westminster* devra toujours concrétiser le résultat de la consultation dans une loi, ce qui ne semble pas insurmontable puisque les majorités à la Chambre des communes et à la Chambre des Lords sont largement favorables à une évolution dans cette matière comme l'ont montré les votes récents sur ce sujet (voir *supra*). En tout état de cause, le sujet de l'avortement ne peut pas être traité en catimini et varier en fonctions des majorités politiques nationales ou régionales.

---

<sup>97</sup> *Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018*. La loi autorise l'avortement dans les douze premières semaines de grossesse, ou au-delà à certaines conditions.

<sup>98</sup> A. McMahon, B. Ni Ghraíne, « After the eighth : Ireland, abortion and international law », *Medico-Legal Journal of Ireland*, 2019, 25(1), pp. 22-40.

<sup>99</sup> Énergie et industrie, Environnement, Logement, Sciences et technologies, Transports, Budget.

<sup>100</sup> *The path to net zero*.

<sup>101</sup> *Scotland's Climate Assembly, Interim report*.

## La discrimination positive dans certaines conventions internationales de protection des droits de l'homme

Syméon Karagiannis\*

Puisque tous « les êtres humains naissent [...] égaux », selon l'article 1<sup>er</sup> de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et, on l'imagine, ils devraient le rester durant toute leur vie, une discrimination ne peut qu'être « illégale » dans la mesure où elle rompt l'égalité innée auxdits êtres. Aussi une disposition comme celle de l'article 7 de la même Déclaration suivant laquelle « tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi » fait-elle, en droit strict, double jeu avec l'article 1<sup>er</sup> sauf à imaginer que, postérieurement à la naissance, l'égalité qui caractérisaient les humains au début de leur existence devait disparaître ou du moins être altérée. La situation ne change pas si l'on substitue au terme de « distinction » celui de « discrimination » comme le fait le même article 7 dans sa seconde phrase<sup>1</sup>. On n'arrivera pas vraiment à distinguer entre ces deux termes, « distinction » et « discrimination », même si le second semble, dans l'histoire des Nations Unies, être d'extraction plus récente puisque la Charte de San Francisco l'ignore alors qu'elle ne se sert pas moins de quatre fois du terme « distinction »<sup>2</sup>. Elle s'en sert d'ailleurs de manière stéréotypée, chaque fois dans la même expression « droits de l'homme et [...] libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion »<sup>3</sup>.

Pourtant, du moins dans la version française de différents textes sur les droits de l'homme, la fortune de la « discrimination » sera autrement mieux faite que celle de la « distinction ». Pour nous limiter au Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques, la « discrimination » fait son apparition sept fois alors que la « distinction » ne bénéficie que d'une seule mention<sup>4</sup>. Possiblement, une sorte de *Sprachgefühl* s'est développé suivant lequel la « discrimination » va plus droit au but que la « distinction », notion, cette dernière, plus abstraite et donc moins apte à stigmatiser certaines situations

---

\* Professeur à l'Université de Strasbourg.

<sup>1</sup> « Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination ».

<sup>2</sup> On ne doit pas oublier que, hormis quelques conventions – très – thématiques, le premier traité international à placer une telle emphase sur la « jouissance » des droits de l'homme et à condamner certaines distinctions fut la Charte des Nations Unies, le Pacte de la Société des Nations ayant été singulièrement plus abstrait, timide, presque embarrassé en la matière (cf. S. Karagiannis, « À propos des droits de l'homme dans la Charte des Nations Unies », *Journal du droit international [Clunet]*, 2018, pp. 733-800, spéc. p. 742 et s).

<sup>3</sup> Articles 1 §3 ; 13 §1, litt. b ; 55, litt. c ; 77, litt. c.

<sup>4</sup> À peine plus soucieuse d'équilibre, la version anglaise du même Pacte utilise six fois « discrimination » et deux « distinction ». Le score est identique dans la version espagnole mais la proportion sept contre un revient dans la version russe (au profit donc de « дискриминация » et aux dépens de « различие »). Ce sont ces quatre versions linguistiques qui seront étudiées tout au long de la présente étude lorsqu'il s'agira de conventions onusiennes.

intolérables<sup>5</sup>. Nul étonnement par conséquent que les deux grandes conventions onusiennes luttant contre de telles situations se servent de cet adjectif dans leur intitulé même. Si, dans cette étude, nombre de remarques sont faites au sujet de la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>6</sup> ainsi qu'au sujet de certains autres traités, tant universels que régionaux<sup>7</sup>, l'étude de certaines dispositions assez originales qui caractérisent par-dessus tout la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965<sup>8</sup> occuperont une place de choix.

Autant, toutefois, le dire tout de suite. La Convention sur la discrimination raciale n'attire plus, et depuis longtemps, l'attention autant que d'autres conventions des Nations Unies le font<sup>9</sup>. Ce n'est pas tant parce que son objet est relativement limité comparé à l'objet d'autres conventions. C'est, curieusement, le fait qu'elle fait, du moins sur un plan théorique et en ce qui concerne la plupart de ses dispositions, l'unanimité, cette Convention étant au demeurant l'une des plus largement ratifiées en droit international<sup>10</sup>. Un « handicap » de cette Convention est que son objet même est largement couvert, en principe, par des dispositions phares des deux Pactes de 1966. En effet, quiconque bannit la discrimination en général bannit aussi (et surtout !) la discrimination contre des groupes raciaux ; sans oublier que, le plus souvent, la prohibition des discriminations vise *expressis verbis* des discriminations pour des motifs de race<sup>11</sup>. L'un dans l'autre, ce qui sauve la Convention de 1965 de l'oubli, voire d'une suppression pure et simple dans une éventuelle tentative de « simplification » du système onusien de protection des droits de l'homme, est, tout d'abord, sa date d'adoption. Adoptée un an avant l'adoption de ce *Bill of Rights* universel que constituent

<sup>5</sup> Pour Marc Bossuyt, la « discrimination » est perçue comme « un traitement distinctif injustifié et la préférence est accordée, même en anglais, aux vocables “neutres” tels que “distinction” ou “différenciation”, quand on veut éviter la coloration péjorative du terme de discrimination » (*L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 26).

<sup>6</sup> Dorénavant CEDAW ou bien « Convention sur les femmes » ou encore « Convention de 1979 ».

<sup>7</sup> À noter qu'il est impossible d'étudier dans le cadre de la présente étude la pratique, y compris jurisprudentielle, de l'Union européenne dans le domaine de la discrimination, y compris dans celui de la discrimination positive concernant surtout les deux sexes. Sur « l'interprétation européenne des traitements préférentiels », tant à Luxembourg qu'à Strasbourg, voir les excellents développements de Manuela Brillat, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Paris, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 96 et s.

<sup>8</sup> Dorénavant CERD ou « Convention de 1965 » ou « Convention sur la discrimination raciale ».

<sup>9</sup> Sans parler de certaines conventions régionales.

<sup>10</sup> Elle bénéficie, en mars 2022, de 182 ratifications nationales contre 173 pour le Pacte civil et politique de 1966 et autant pour la Convention de 1984 contre la torture mais juste 24 pour la Convention de l'OIT de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux, une Convention qui porte sur un objet dont la Convention sur la discrimination raciale pourrait largement traiter. Seules la Convention relative aux droits des personnes handicapées de 2006 (184 ratifications), celle sur les femmes (189) et celle sur les droits de l'enfant (196) la dépassent en termes de popularité planétaire.

<sup>11</sup> Ainsi qu'on l'a vu, la Charte des Nations Unies ne prohibe la « distinction » que sur la base de quatre motifs. Un de ces motifs est, justement, la « race ». Tout en élargissant la liste des motifs à dix et tout en rendant cette liste non exhaustive, l'article 2 §1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme mentionne toujours le motif de la « race ». Il le mentionne d'ailleurs à la première place, ce qui, symboliquement, n'est pas innocent d'autant plus que la race occupe la première place aussi dans la liste équivalente que dresse chacun des deux Pactes, ou encore la Convention américaine des droits de l'homme (articles 1 §1 et 27 §1), la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (article 2) et la Charte arabe des droits de l'homme de 2004 (articles 3, *litt.* a et 34, *litt.* a) ; mais pas la Convention européenne des droits de l'homme qui, dans son célèbre article 14, met en tête de la liste des discriminations prohibées celle fondée sur le « sexe ».

les deux Pactes de 1966, la Convention sur la discrimination raciale fut tout simplement la première convention sur les droits de l'homme de l'ONU<sup>12</sup> et sa valeur symbolique, politique, sentimentale n'est plus à prouver. On ne supprime pas impunément une sœur aînée.

Plus pertinemment, néanmoins, la Convention sur la discrimination raciale comporte deux dispositions, originales, comme on l'a dit, et dont la substance n'aurait pas été facile<sup>13</sup> à extraire d'une interprétation ordinaire des dispositions des deux Pactes<sup>14</sup> ou d'autres conventions onusiennes ou régionales prohibant les discriminations sur la base de la race. La raison en est simple. Au lieu de se limiter à la condamnation de ces discriminations, les dispositions pertinentes de la Convention de 1965 peuvent être vues, selon une première et superficielle analyse, comme faisant exactement le contraire. À vrai dire pourtant, c'est cela le principe de toute discrimination dite positive : discriminer.

Les deux dispositions dont il sera largement question ici portent sur ce type particulier de discrimination, souvent appelée, dans des contextes aussi bien nationaux qu'internationaux, discrimination positive<sup>15</sup>, un concept qui a eu un impact durable sur

---

<sup>12</sup> On part de l'hypothèse, quoique parfois contestée, que la Déclaration universelle des droits de l'homme ne constitue qu'un *non binding agreement*. De même, il est toujours discutable de savoir si les quelques droits de l'homme, souvent tournant autour de l'idée d'égalité/non-distinction, que l'on trouve dans la Charte des Nations Unies, sont susceptibles d'être mis en œuvre par des juges nationaux dans des affaires litigieuses. Voir, notamment, pour les fortunes diverses de l'ambigu article 56 de la Charte dans la jurisprudence des États-Unis, S. Karagiannis, « À propos des droits de l'homme dans la Charte des Nations Unies », *op. cit.*, p. 789 et s.

<sup>13</sup> *Contra* Ruth Bader Ginsburg et D. Jones Merritt selon lesquelles, « if we take seriously the promises of employment, education, and sustenance made in the Universal Declaration of Human Rights, these discrepancies demand affirmative government attention. It seems implausible that such marked differences would occur with no discrimination lurking in the background. [...] And even without hard proof of discrimination, as I just noted, the Declaration's economic and social prescriptions suggest an affirmative obligation to address marked degrees of disadvantage » (« Affirmative Action : An International Human Rights Dialogue », *Cardozo Law Review*, 1999-2000, pp. 253-282, spéc. p. 268).

<sup>14</sup> Toutefois, il faut aussi compter avec la puissance d'imagination de certains Comités onusiens tentés parfois par le *praeter legem*. Ainsi, par exemple, dans sa première observation générale (1989), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels note que « le premier pas vers la concrétisation des droits économiques, sociaux et culturels consiste donc à prendre conscience de la situation réelle et à porter un diagnostic sur cette situation » (par. 3), ce qui signifierait, de l'avis de plusieurs experts, que la voie vers une discrimination positive est ainsi ouverte (ainsi, entre autres, M. Bossuyt, *La notion d'action positive et son application pratique*, Commission des droits de l'homme, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, rapport final, 2002, par. 42). Voir aussi sur le Comité des droits de l'homme, de plus en plus adepte de mesures d'*affirmative action*, S. Joseph et M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary*, Oxford, OUP, 3<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 809 et s. B.G. Ramcharan s'appuie sur les travaux préparatoires des deux Pactes pour conclure que « it was accepted during the drafting of both covenants that a prohibition of discrimination or distinction does not preclude positive measures taken in favor of disadvantaged groups » (« Equality and Nondiscrimination », in L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights : The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia UP, 1981, pp. 246-269, spéc. p. 259).

<sup>15</sup> A vrai dire, on ne sait pas comment la nommer. Des appellations telles que « discrimination positive », « discrimination à rebours », « discrimination compensatrice », « action positive », « *affirmative action* » (ou sa bizarre traduction en français d' « action affirmative »), voire « favorable discrimination » (N. Lerner, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 32) sont des appellations que l'on rencontre dans la doctrine ou, parfois, dans la jurisprudence et dans les observations générales de certains Comités onusiens chargés de la « gestion » de telle ou telle convention sur les droits de l'homme. Chacun de ces termes a ses détracteurs. La plupart des Conventions (ce qui veut dire pas toutes ...) renoncent à prévoir une appellation particulière et se contentent de périphrases (« mesures spéciales », etc.) qui, elles aussi, varient d'un instrument à l'autre. Avec le risque supplémentaire, néanmoins, de laisser le lecteur

la vie politique et juridique des États-Unis d'Amérique, surtout depuis la présidence de Lyndon Johnson (1963-1969)<sup>16</sup>, le président le plus imprégné d'*affirmative action*. On peut facilement entrevoir l'influence que l'administration américaine de l'époque a exercée sur les dispositions de la Convention qui portent sur la discrimination positive<sup>17</sup>.

Première à porter son regard sur cette sorte de discrimination à rebours, la Convention de 1965 ne l'en conçoit pas moins de deux façons différentes dans deux dispositions différentes. La première, celle de son article 1 §4, fait preuve à l'égard des mesures de discrimination positive d'une indifférence bienveillante allant, néanmoins, jusqu'à les complètement excuser, voire justifier (**Partie I**)<sup>18</sup>. La seconde, celle de son article 2 §2, se montre bien plus audacieuse et, par là même, perturbatrice pour le précepte classique de l'égalité en ce que, loin de l'indifférence polie de sa sœur jumelle, elle impose une obligation de renversement de l'inégalité de fait grâce à une inégalité en droit (**Partie II**). Passer, dans le même instrument, de la justification d'une *affirmative action* à l'obligation d'une *affirmative action* n'est sûrement pas évident. D'autant plus qu'il n'est pas facile de voir où peut se situer la ligne en deçà de laquelle on excuse de faire et au-delà de laquelle on n'excuse pas de ne pas faire.

Naturellement, des dispositions analogues de certaines autres Conventions seront également étudiées. Elles sont souvent conçues sur l'un ou l'autre modèle de pensée qu'offre la CERD. Cela n'exclut pas une certaine envie d'autonomisation de leur part.

---

confondre certaines mesures particulières avec une discrimination positive « authentique ». Car, on le verra, n'est pas discrimination positive qui veut. Certains critères existent pour qu'on puisse la reconnaître. L'ennui est qu'ils peuvent varier.

<sup>16</sup> O. Beaud, « L'*affirmative action* aux États-Unis : Une discrimination à rebours ? », *Revue internationale de droit comparé*, 1984, pp. 505-521 ; G. Calvès, *L'Affirmative Action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination positive*, LGDJ, 1998.

<sup>17</sup> Cela dit, l'*affirmative action* n'est pas un phénomène exclusivement américain, plusieurs États asiatiques et parfois africains en ayant expérimenté certaines formes avant même les États-Unis. Voir pour un passage en revue des lois et des résultats concrets d'une telle action en Inde, en Malaisie, au Sri-Lanka et au Nigéria T. Sowell, *Affirmative Action Around the World. An Empirical Study*, New Haven, Yale University Press, 2004. L'Afrique du Sud de l'après-apartheid constitue une autre terre d'élection de l'*affirmative action* (cf. O. Dupper, « Affirmative Action in South Africa : (M)Any Lessons for Europe ? », *Verfassung und Recht in Übersee*, 2006, pp. 138-265). En revanche, les États européens se montrent davantage réticents. Voir, entre autre, pour la France, F. David, *La notion de discrimination positive en droit public français*, thèse, Université de Poitiers, 2001 ; A. Levade, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, 2004/4, 55-71 ; A.-M. Le Pourhiet, « Discriminations positives ou injustice ? », *RFDA*, 1998, n° 3, p. 519 et s ; B. Majza, « Équité et droits fondamentaux », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2002, pp. 79-89 ; J. Chevallier, « Réflexions sur la notion de discrimination positive » in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 415-428.

<sup>18</sup> On peut se demander si on ne se trouve pas ici devant une problématique relevant du droit de la responsabilité internationale et, notamment, des circonstances susceptibles d'atténuer une responsabilité, ce qui supposerait, toutefois, que discriminer positivement, c'est toujours discriminer ; on verra qu'un courant de pensée, notamment dans divers Comités onusiens de droits de l'homme, pense autrement. Si, néanmoins, c'est bien le cas, on peut mentionner Federica Paddeu lorsqu'elle paraphrase (à peine) James Crawford, le dernier rapporteur spécial de la Commission du droit international sur le thème de la responsabilité : « If the defence is very convincing, then it is a justification, if it is less convincing then it is an excuse » (*Justification and Excuse in International Law. Concept and Theory of General Defences*, Cambridge, CUP, 2018, p. 48).

## Partie I – Une discrimination positive excusée

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale n'est pas le seul traité international à justifier la prise de mesures de discrimination positive. Une comparaison avec des instruments analogues peut s'avérer utile (B). Toutefois aussi bien elle-même que les instruments contenant des dispositions similaires partent du principe que la discrimination, « raciale » ou autre, est, en tant que telle, prohibée. Par conséquent, les conditions dans lesquelles elle accepte la discrimination positive (qui est une vraie discrimination...) ne peuvent être que fort limitatives (A).

### A. Conditions susceptibles de justifier une discrimination positive dans la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale

Première chronologiquement mais aussi – toujours – principale Convention à admettre des mesures d'action positive en faveur de certains « groupes raciaux », la CERD n'en pose pas moins certaines difficultés qui sont largement inconnues des autres Conventions tolérant, à leur tour, des mesures spéciales en faveur de groupes spéciaux. En effet, les groupes bénéficiaires des « mesures spéciales » dans la Convention de 1965 sont autrement plus difficiles à déterminer que dans les dispositions analogues d'autres Conventions. Le sujet est vaste, mais on ne peut passer sous silence les difficultés de définition de la « race », notion phare dans la CERD (a), avant de se pencher sur les particularités de l'*affirmative action* qu'elle se dispose à justifier (b).

#### a) La « discrimination raciale »: un concept difficile (ou impossible?) à cerner

Formellement, la définition de la discrimination est déjà donnée à l'article 1 §1 quoique non de manière abstraite, mais de manière adaptée à l'objet unique de cette Convention, la lutte contre la discrimination raciale. C'est donc, de manière entendue, que seule celle-ci est définie, essentiellement par les résultats qu'elle vise à atteindre :

« Dans la présente Convention, l'expression “discrimination raciale” vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique ».

On voit d'abord, dans cette définition, le subtil jeu entre « discrimination » et « distinction ». La seconde n'est plus que l'une des formes que peut revêtir la première à côté de l'« exclusion », de la « restriction » et de la « préférence ». Ce dernier trio semble aller décroissant en ce qui concerne l'intensité de la souffrance pour le discriminé même si « exclusion » et « restriction » visent directement ce dernier tandis que la « préférence » vise celui qui saura probablement profiter de la souffrance du discriminé. En effet, « exclusion » et « restriction » couvrent deux situations éminemment négatives alors que la « préférence » possède une valeur positive, du moins pour le préféré. Ce n'est qu'en creux, aux dépens des non-préférés, que cette dernière

situation pourra, logiquement, créer de la discrimination. On peut, en tout cas, se demander dans quelle mesure une « distinction » n'est pas elle-même, soit une « exclusion », soit une « restriction », soit une « préférence ». Probablement, elle l'est, ce qui pose la question de la place que le mot « distinction » occupe dans la définition fournie par l'article 1 §1. Une explication raisonnable est que la « distinction » assure un rôle de situation-balai. Serait, en d'autres termes, « distinction » ce qui obéit aux autres critères de la définition (que l'on verra) mais qui ne peut être réduite à une « exclusion », à une « restriction » ou à une « préférence »<sup>19</sup>.

Au-delà de ce premier élément définitionnel qui, il est vrai, ne mène pas très loin, la « discrimination raciale » de l'article 1 §1 est surtout caractérisée par le résultat, forcément négatif, qu'elle a pour les discriminés. À strictement parler, il ne s'agira pas seulement du résultat, de l'« effet » selon la terminologie de la Convention<sup>20</sup>, mais aussi du « but ». Ces deux termes étant séparés par la conjonction « ou », il suffira que l'on prouve l'existence, soit de l'un, soit de l'autre pour que la « discrimination » soit consommée. Naturellement, l'hypothèse la plus facile sera lorsque aussi bien le « but » que l'« effet » seront présents. Cela dit, sauf dans des cas rares, qui correspondront peu ou prou à de véritables régimes institutionnalisés, voire officiels, de discrimination raciale<sup>21</sup>, il sera presque impossible d'établir l'existence d'un « but »<sup>22</sup>. Chercher l'« effet » facilitera donc toujours les choses quoique constater un « effet » sans pouvoir le ramener à un « but » risque de créer un certain malaise, de faire croire, à tout le moins, que la discrimination produite est le fruit du hasard et, en tout cas, un résultat – presque – non voulu. De fil en aiguille, certains pourront se demander si telle constatation de discrimination est *in fine* sincère, honnête, objective. Bref, s'il y a eu discrimination.

Quoi qu'il en soit, l'effet ou bien le but des distinctions sont définis comme une destruction ou une compromission de « la reconnaissance, [de] la jouissance ou [de] l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés

<sup>19</sup> On voit ici, du moins dans les deux versions latines et en anglais, la différence qui peut séparer la « distinction » de la « discrimination ». Dans le « sens ordinaire » du terme, si cher à l'article 31 §1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, une « distinction » peut être non seulement d'essence négative mais posséder, le cas échéant, également une valeur positive. Ainsi, un « préféré » peut parfaitement être vu comme « distingué », mais beaucoup plus difficilement comme « discriminé ». C'est toute la difficulté d'ailleurs que l'on peut avoir pour admettre l'expression « discrimination positive ».

<sup>20</sup> La version espagnole parle sans ambages de « resultado », terme davantage compréhensible pour le profane.

<sup>21</sup> Auquel cas on basculera du côté de la Convention des Nations Unies de 1973 sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid. Par-delà une définition assez peu précise que cette Convention donne du crime d'apartheid dans son article 2, il convient de retenir qu'il doit s'agir d'une « politique ». Autant dire que des actes isolés s'inscrivant en dehors d'un véritable système préconçu ne peuvent constituer le crime en question.

<sup>22</sup> Selon Patrick Thornberry, le Comité de la discrimination raciale a souvent condamné des tentatives de juridictions nationales de chercher à établir une intention de discriminer (*The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. A Commentary*, Oxford, OUP, 2016, p. 114). La notion de « discrimination indirecte » est souvent utilisée par le Comité pour contourner la presque toujours impossible à rapporter preuve d'intention de discriminer. Dans son opinion du 7 mars 2005 dans l'affaire *L.R. c. Slovaquie*, le Comité définit la discrimination indirecte comme des « mesures qui ne sont pas discriminatoires à première vue mais le sont dans les faits et dans leurs effets » (*Sélection de décisions du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, vol. I, New York et Genève, 2012, p. 106). Pour les évaluer, le Comité « doit prendre pleinement en compte les circonstances et le contexte particuliers entourant la requête, puisque, par définition, la discrimination indirecte ne peut être démontrée que par des preuves indirectes » (point 10.4). Voir aussi A. Daniel, « The Intent Doctrine and CERD : How the United States Fails to Meet Its International Obligations in Racial Discrimination Jurisprudence », *DePaul Journal for Social Justice*, 2011, pp. 263-312.

fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique ». Les domaines envisagés se veulent vastes même si, pour l'essentiel, ce sont les droits dits de deuxième génération qui sont mentionnés (droits économiques, sociaux et culturels). Si l'on procède à une stricte classification des droits de l'homme, manquent à l'appel les droits que l'on appelle d'habitude (faute de mieux) « civils »<sup>23</sup>. On s'en doute que l'intention du rédacteur de cette définition n'était pas de les exclure et, en toute hypothèse, l'expression de « tout autre domaine de la vie publique » est là pour faire combler d'éventuelles lacunes ou pour corriger certaines maladresses. Toutefois, si l'on prend cette dernière expression au pied de la lettre, on est en droit de se demander ce qu'il en est de son antithèse, le « domaine de la vie privée ». Imposer l'interdiction de toute discrimination basée sur la « race » dans le domaine de l'intimité serait sans doute aller trop loin mais est-ce que le domaine « privé » doit se réduire au seul domaine de l'intimité personnelle ? Cela est fort peu probable. Une lecture stricte de la « vie publique » laisserait sans « couverture » certaines relations interpersonnelles qui, tout en ne relevant pas de l'institutionnel, n'en ont pas moins une extrême importance en matière de discriminations raciales. L'effet horizontal risquerait donc de manquer lors de la mise en œuvre de la Convention de 1965<sup>24</sup> alors qu'il est pris dûment en compte par certaines autres dispositions anti-discrimination dans le droit international des droits de l'homme<sup>25</sup>, à commencer d'ailleurs par la Convention interaméricaine de 2013 contre le racisme, la discrimination raciale et les formes connexes d'intolérance qui, dans sa définition de la « discrimination raciale », se réfère à la distinction, exclusion, restriction ou préférence « dans tout domaine de la vie publique ou privée » (article 1 §1, al. 1).

Sinon, « détruire ou compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme » est encore une expression qui appelle nombre d'observations. Si l'on peut, en effet, se féliciter du trio « reconnaissance »/« jouissance »/« exercice », qui vise, à juste titre, large, faire précéder « compromettre » de « détruire »<sup>26</sup> n'obéit qu'à une logique politique ou bien

<sup>23</sup> Cela dit, nombre d'articles de la Convention portent sur de tels droits « civils » comme le droit de se marier, d'hériter ou à la liberté de pensée et de conscience, etc. Egon Schwelb se demande en quoi de tels droits peuvent bien relever de la « vie publique » (« The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination », *ICLQ*, 1966, pp. 996-1068, spéc. p. 1006). Voir aussi la note suivante.

<sup>24</sup> Pour y remédier, certains ont pensé que tout ce qui est reflété dans le droit devient « public » dans le sens de « domaine de la vie publique » (T. Makkonen, *Equal in Law, Unequal in Fact : Racial and Ethnic Discrimination and the Legal Response Thereto in Europe*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 141). L'idée est intéressante mais peut-être aussi quelque peu radicale.

<sup>25</sup> Prudemment, le Comité de la discrimination raciale commence, toutefois, à aller *praeter legem* sur ce point (Thornberry, *op. cit.*, p. 131). Il se peut, toutefois, qu'il s'agisse d'un faux problème. Si l'on considère que la définition de la discrimination est défectueuse, l'article 2§1, *litt. d*, CERD semble pouvoir effacer, du moins en partie, ces défauts (« Chaque État partie doit, par tous les moyens appropriés, y compris, si les circonstances l'exigent, des mesures législatives, interdire la discrimination raciale pratiquée par des personnes, des groupes ou des organisations et y mettre fin »). Voir sur ce point une intéressante réserve des États-Unis d'Amérique. Il est vrai que Th. Meron, tout en ne limitant la « vie publique » à l'action gouvernementale, n'est pas prêt à feindre, et il n'a pas tort sur ce point, que « vie publique » et « vie privée » ne font qu'un (« The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination », *AJIL*, 1985, pp. 283-318, spéc. p. 292 et s.).

<sup>26</sup> Ce terme de la version française n'est peut-être pas le plus réussi puisqu'on « détruit » quelque chose qui existe déjà. Or, dans mainte hypothèse, les populations ciblées pourraient, hélas, ne pas avoir atteint un quelconque niveau de satisfaction de leurs besoins dans les domaines politique, économique, social, culturel ou autres qu'une pratique discriminatoire s'attacherait maintenant à démanteler. En effet, on « détruit » ce que l'on a déjà au

à un simple souci de pédagogie, pas, en tout cas, juridique. Si juste (si l'on peut dire) « compromettre » suffit pour qu'il y ait discrimination, on ne voit pas bien pourquoi le plus (« détruire ») ne serait pas clairement entendu dans le moins (« compromettre »). Cela dit, en dehors du fait que « compromettre » implique quelque chose de négatif, la signification exacte de ce verbe n'est pas facile à établir. Ce terme semble montrer une tendance, une direction<sup>27</sup>, alors même que le terme équivalent dans la version anglaise de la Convention (« to impair ») semble plutôt indiquer le résultat déjà atteint<sup>28</sup>. Avec « compromettre », on a une dynamique et donc aussi une incertitude quant au résultat final que « to impair » nous présente, en revanche, comme déjà atteint, en tuant ainsi toute incertitude.

On ajoutera que l'expression « détruire ou compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme » comporte quelque chose que l'on aurait pu qualifier d'amusant s'il ne s'agissait pas des droits de tout un groupe humain car il tombe sous le sens que, à partir du moment où il y a « exclusion » ou « restriction » pour d'aucuns ou « préférence » pour d'autres, il ne peut y avoir « jouissance », pour les premiers, « dans des conditions d'égalité » avec les seconds. Par ailleurs, « détruire [...] des droits de l'homme [...] dans des conditions d'égalité » constitue un rare moment de surréalisme juridique. Plus sérieusement, l'expression « dans des conditions d'égalité » ne peut, en bonne logique, se rapporter à la destruction ou compromission mais à « la reconnaissance, jouissance ou exercice ». Peut-être syntaxiquement mal placée, cette expression dévoile une problématique importante de toute discrimination, à savoir la comparaison des uns avec les autres<sup>29</sup>. Il est possible, toutefois, que la bataille de la comparaison soit une bataille perdue d'avance tout simplement parce que le groupe de référence, c'est-à-dire le groupe avantagé, peut parfaitement évoluer et ne point rester à la même place en matière de développement. Pour qu'il y ait traitement égal il faudrait que l'un progresse et l'autre stagne, voire

---

préalable construit. La version anglaise « to nullify », quoique non exempte de défauts, a au moins le mérite de ne pas avancer aussi loin que la version française dans la logique « construction/destruction ». Ce compliment vaut aussi pour les autres versions examinées ici (« anular » et « уничтожение » [=annulation]).

<sup>27</sup> « Mettre en danger, exposer à un dommage, à un préjudice » (<https://www.cnrtl.fr/definition/compromettre>). Ou encore « mêler quelqu'un dans une affaire de manière à l'exposer à des embarras ou à des préjudices » (<https://www.littre.org/definition/compromettre>) et « diminuer les possibilités de réussite » (<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/compromettre/17790>). À noter que, dans la Convention n° 111 de 1958 de l'OIT concernant la discrimination (emploi et profession), on a « altérer » à la place de « compromettre ».

<sup>28</sup> « Weaken or damage » selon Oxford (<https://www.lexico.com/definition/impair>), voire « spoil something or make it weaker so that it is less effective », selon *Cambridge* (<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/impair>), ce qui rapprocherait dangereusement de la « destruction » avec ceci comme résultat que les deux termes (« détruire » et « compromettre ») ne se distingueraient plus tout à fait dans la version anglaise. En règle générale, c'est le même sens, celui du résultat final indiqué, que possède le terme espagnol de « menoscabar » (« disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo » [<https://dle.rae.es/menoscabar>]) ou encore celui du terme russe de « умаление » (de « малый » [=petit], donc l'action de rendre plus petit, la réduction).

<sup>29</sup> Si la version espagnole est conçue de manière identique avec celle française (« en condiciones de igualdad ») et plus ou moins avec celle anglaise (« on an equal footing »), la version russe mérite d'être soulignée. « На равных началах » signifie littéralement « depuis une base de départ d'égalité », ce qui est particulièrement intéressant dans un contexte de « discrimination positive », un contexte qui souvent se réfère à des discriminations passées qui auraient provoqué le retard actuel du groupe concerné.

régresse. On peut facilement imaginer que l'acceptabilité sociale d'un tel schéma a peu de chances d'être acquise<sup>30</sup>.

Pour en venir, enfin, au cœur de la problématique « raciale », les distinctions et exclusions ou, au contraire, les préférences doivent impérativement obéir à un motif spécifique pour que l'on puisse quitter le domaine de la simple discrimination et atteindre celui de la « discrimination raciale », objet s'il en est de la Convention de 1965. Les actes condamnables mentionnés doivent, en effet, être fondés « sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique ». Gageons qu'il n'est guère facile de concevoir une liste de motifs de discrimination et que la relative<sup>31</sup> proximité de la Convention en la matière obéit à une intention louable, à savoir ne point laisser de situations condamnables échapper au champ d'application conventionnel *ratione materiae*. Il n'en reste pas moins que le nombre des motifs est limité et que la liste est exhaustive. Si une discrimination quelconque est fondée sur un motif autre que les quatre ou six mentionnés<sup>32</sup>, la CERD est condamnée à ne pas pouvoir jouer<sup>33</sup>. C'est ce que, par exemple, le Comité de la discrimination raciale a établi par rapport à des discriminations se rapportant à la religion<sup>34</sup>.

On ne pourra, toutefois, s'abstenir de se poser des questions sur la pertinence des termes utilisés pour déterminer les motifs d'une possible « discrimination raciale » au sens de l'article 1<sup>er</sup> CERD tout comme sur la relation de ces motifs entre eux. Si l'on est sévère, on pourra dire qu'il s'agit de variations sur le même motif et que le seul terme de « race » aurait pu largement faire l'affaire. *In vulgo*, la « race » a, tout d'abord, presque toujours<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Et Timo Makkonen d'estimer que cette disposition de la CERD prévoit « not a requirement of identical or similar treatment, but equal treatment, which allows a measure of differential treatment in order to accommodate genuine individual or group-based characteristics and needs » (*Equal in Law, Unequal in Fact, op. cit.*, p. 131). Cela dit, et sans vouloir approfondir ici ce délicat sujet, l'égalité, même si elle n'est pas identité, est cependant similitude. On peut se demander s'il n'y a pas ici confusion entre égalité et équité. Et, au-delà, si but d'une discrimination positive est juste l'équité. Or, il ne semble pas que les textes, celui *sub examine* non plus, se réfèrent jamais à l'équité. C'est, au contraire, l'égalité qui les intéresse.

<sup>31</sup> Toute relative, en effet, en comparaison d'autres listes de motifs de discrimination que l'on verra plus loin.

<sup>32</sup> On s'explique plus loin sur l'incertitude du nombre des motifs.

<sup>33</sup> Ainsi, explicitement, l'article 1 §2 CERD en ce qui concerne la distinction entre citoyens et non-citoyens. Voir aussi l'article 1 §3 CERD.

<sup>34</sup> Dans son opinion du 8 août 2007 dans l'affaire *A.W.R.A.P. c. Danemark*, le Comité est d'avis que « la Convention ne s'applique pas aux cas de discrimination sur la seule base de la religion, et que l'islam n'est pas une religion pratiquée par un groupe unique, qui pourrait être autrement identifié par la race, couleur, ascendance ou origine nationale ou ethnique ». Cette attitude du Comité a fait l'objet de diverses critiques. Sans revenir formellement sur sa position, ce qui impliquerait une réécriture de sa part de l'article 1<sup>er</sup> CERD, le Comité cherche à rattacher, lorsque cela est possible, une discrimination basée sur la religion à des motifs de discrimination inclus dans la définition donnée dans l'article 1<sup>er</sup> CERD comme, par exemple, la descendance ethnique. Il appelle cela « intersectionnalité » (Recommandation générale XXXII de 2009 sur la signification et portée des mesures spéciales dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, point 7). Voir aussi sur cette problématique D. Keane, « Addressing the Aggravated Meeting Points of Race and Religion », *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, 2006, pp. 367-406 ; J.A. Lindgren Alves, « Race and Religion in the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination », *University of San Francisco Law Review*, 2008, pp. 941-982 ; S.E. Berry, « Bringing Muslim Minorities within the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Square Peg in a Round Hole? », *Human Rights Law Review*, 2011, pp. 423-450.

<sup>35</sup> Presque, mais pas toujours. Ainsi, les albinos sont, dans nombre de sociétés traditionnelles, en proie à des discriminations, voire à des persécutions, alors qu'ils ne diffèrent de la « race » qui les discrimine que par la couleur

affaire liée avec la « couleur »<sup>36</sup> cependant que « couleur » ne veut pas dire grand chose en tant que critère pouvant, à lui seul, autoriser ou exclure l'applicabilité de toute la Convention. Il y a une variété infinie de « couleurs » qui, ajoutée à une variété infinie d'autres caractéristiques extérieures des personnes, peut conduire à l'obtention d'un nombre de « races » infini<sup>37</sup>.

Avec les motifs « ascendance ou origine nationale ou ethnique », on touche à une autre difficulté d'interprétation<sup>38</sup>. Ces deux substantifs accompagnés de deux adjectifs, séparés chaque fois de la conjonction disjonctive « ou », font que les quatre croisements possibles donnent, en théorie, quatre motifs supplémentaires de « discrimination raciale ». Il se peut, néanmoins, que le mot « ascendance » ne soit pas qualifié par « nationale » ou « ethnique », ces deux épithètes se rapportant à la seule « origine »<sup>39</sup>. Quelle que soit la syntaxe, la question qui se pose est, avant tout, de savoir si l'on peut vraiment distinguer entre « ascendance »<sup>40</sup> et « origine » et, de manière plus subtile, entre « national » et « ethnique », « ethnos » (« ἔθνος ») n'étant que le mot grec pour dire « nation »<sup>41</sup>.

Quelles que soient les approximations dans telle ou telle version (ou dans toutes...), force est de convenir que le rapprochement entre « ascendance » ou « origine ethnique », etc. avec « race » ne peut être toujours établi et que, par voie de conséquence, des discriminations peuvent malheureusement exister entre, par exemple, groupes d'origine ethnique différente appartenant à la même « race ». Ainsi donc, contrairement à la « couleur », l'« origine ethnique » peut parfaitement constituer un motif de discrimination autonome par rapport à celui basé sur la « race ». Si c'est le cas, on peut, du moins formellement, se demander si avec une discrimination sur la base de l'origine ethnique on se trouve toujours dans le cadre d'une « discrimination raciale ».

---

de la peau. Voir la préoccupation légitime de l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 72/140 de 2017 (« personnes atteintes d'albinisme »).

<sup>36</sup> On sous-entend par-là la couleur de la peau même si cela n'est pas dit ; possiblement parce que « couleur » tout court passe mieux, dans un contexte de « politiquement correct », que « couleur de la peau ». La version russe constitue, à cet égard, une exception en mentionnant « цвет кожи » (=couleur de la peau). Sauf erreur, seule la Charte des Nations Unies ne fait accompagner le motif de discrimination « race » d'un motif « couleur ».

<sup>37</sup> La classification en quatre « races » (blanche, noire, métisse et asiatique) à laquelle procédaient les têtes pensantes (si l'on ose dire) de l'apartheid en Afrique du Sud avait quelque chose aussi bien de grotesque que de tragique. Une auteure sud-africaine soutient que, de l'avis même des concepteurs du système d'apartheid, les « races » retenues en vue de la classification étaient largement des constructions plutôt que des descriptions de la réalité (D. Posel, « Race as Common Sense : Racial Classification in Twentieth-Century South Africa », *African Studies Review*, 2001, pp. 87-113).

<sup>38</sup> Bien plus économe, la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1963 (résolution 1904 [XVIII] de l'Assemblée générale) évite toutes ces difficultés en se limitant à trois motifs de discrimination interdite : race, couleur, origine ethnique (article 1<sup>er</sup>).

<sup>39</sup> Ajoutons que ce doute concerne aussi l'autre version latine (« linaje u origen nacional o étnico »). La version anglaise est différemment conçue (« descent, or national or ethnic origin ») tout comme la version russe (« родового, национального или этнического происхождения »).

<sup>40</sup> Le motif « ascendance » est rare dans les textes internationaux portant sur la prohibition de discriminations. Un exemple (« ascendance nationale ») est à trouver dans l'article 1 §1 de la Convention n° 111 de l'OIT, mentionnée. Il s'agit de la première Convention portant spécifiquement sur les discriminations et elle a pu influencer sur plusieurs points la Convention de 1965. On lui doit, entre autres, la définition de la discrimination en tant que « toute distinction, exclusion ou préférence [...] ».

<sup>41</sup> On constate que ce manque de culture classique est pratiquement propre à la Convention de 1965 (et à sa sœur interaméricaine de 2013), les autres instruments de protection des droits de l'homme évitant cet écueil d'une manière ou d'une autre.

L'article 1 §1 de la Convention de 1965 ne laisse pourtant aucun doute sur ce point. Autrement dit, dans l'esprit de ses rédacteurs, la « discrimination raciale » n'a pas forcément quelque chose à voir avec la « race » proprement dite<sup>42</sup>. La « discrimination raciale » conventionnelle est bien plus large que la « discrimination raciale » réelle, ce qui en soi n'est bien entendu pas une mauvaise chose puisque cela permet à la Convention d'étendre son domaine d'application matérielle à des situations de discrimination connexe. Il n'empêche, on peut s'interroger sur la primauté que le motif discriminant « race » possède incontestablement dans la Convention.

Cette insistance sur la « race » qui va jusqu'à l'intitulé officiel de la Convention de 1965 finit, surtout avec le recul, par poser certains problèmes, à la fois juridiques, politiques et moraux<sup>43</sup>. En effet, même si définir la « nation » ou l'« ethnie » est, déjà, particulièrement difficile, définir la « race » est proprement impossible sans risquer de se livrer à une pratique raciale (susceptible, peut-être, de conduire à un racisme<sup>44</sup>) contestable politiquement, infondée scientifiquement et explosive socialement. Sans pouvoir approfondir ici le sujet, force est de se rendre compte que la révolte à l'encontre de l'utilisation du mot « race » augmente ; au point que les députés français ont, à l'unanimité, opté, le 12 juillet 2018, en faveur de la suppression de ce mot dans l'article 1<sup>er</sup>, al. 1, de la Constitution de 1958 dans le cadre d'une éventuelle future révision constitutionnelle<sup>45</sup>. Cette disposition énonce jusqu'à présent, dans sa deuxième phrase, que la France « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion »<sup>46</sup>. Le but de cette disposition est louable sauf que son promoteur en 1958, un tantinet paternaliste et condescendant, finit par faire accréditer l'idée que des races humaines distinctes existent réellement<sup>47</sup>. C'est le drame, d'une certaine manière, de tout combat antiraciste qui risque, à chaque instant, surtout s'il se

<sup>42</sup> Selon le bon mot de Thornberry (*op. cit.*, p. 136), « “racial discrimination” subsumes and transcends “race” ». Et la déclaration de la Conférence mondiale de Durban contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée (2001) d'aller au-delà de la « race » pour englober en tant que victimes des phénomènes qu'elle condamne les « groupes raciaux, culturels, linguistiques et religieux » (point 108) au mépris des quelques velléités de modération du Comité de la discrimination raciale *supra* note 34). Il est vrai, néanmoins, que l'objet de la Déclaration de Durban est plus large que celui de la CERD.

<sup>43</sup> Ces problèmes deviennent encore plus aigus en droit pénal, y compris en droit pénal international. Car comment être poursuivi pour des actions à l'encontre d'une race si l'on est incapable de définir l'élément de base d'un tel crime ? Car plusieurs crimes, y compris en droit international, brodent sur le concept (non défini) de « race » (*cf.* C. Lingaas, *The Concept of Race in International Criminal Law*, Londres, Routledge, 2020). Voir, néanmoins, *infra* note 64. Pour la sociologue Juliette Galonnier, « la race est une fiction mais ses conséquences sur le monde social sont bel et bien réelles » (*Le Monde*, 12 juillet 2019).

<sup>44</sup> Thornberry observe dans son magistral *Commentary* que « the thoroughgoing condemnation [par la CERD] of racist doctrines serves to discredit the notion of race itself » (*op. cit.*, p. 135).

<sup>45</sup> Curieusement, le préambule de la Constitution de 1946, partie intégrante du bloc de constitutionnalité, semble à l'abri d'une telle révision quoique, lui aussi, il se réfère (et même à deux reprises) à la « race ». Diminuer l'intolérable d'un tiers serait-il vu comme un début prometteur ?

<sup>46</sup> Elle deviendrait, si la révision constitutionnelle aboutissait, « [La France] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction de sexe, d'origine ou de religion ». Il va de soi que la Constitution de 1958 n'est pas la seule à comporter des références à la « race ». *Cf.* F. Borella, « Le mot race dans les Constitutions françaises et étrangères », *Mots*, n°33, décembre 1992, pp. 305-316.

<sup>47</sup> Voir, entre autres, M. Besson, « Analyser la suppression du mot “race” de la Constitution française avec la *Critical Race Theory* : un exercice de traduction ? », *Droit et Société*, 2021, pp. 367-382 ; L. Zevounou, « Raisonner à partir d'un concept de “race” en droit français », *Revue des Droits de l'Homme*, 2021, n°19.

montre maladroit ou naïf, de donner chair et os à l'idée même qu'il combat<sup>48</sup> car il est logiquement difficile d'interdire toute distinction entre « races » sans, au préalable, (faire) croire que des « races » existent. Ailleurs, il est vrai, le mot « race » (et, derrière le mot, inévitablement, le concept correspondant) ne fait pas peur et est, au contraire, ouvertement utilisé<sup>49</sup>. Ce n'est pas un hasard que les États-Unis d'Amérique, pays, par excellence, du racisme et de l'antiracisme, aient été, de plusieurs façons, à l'origine de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale<sup>50</sup>.

La difficulté est de savoir si la Convention de 1965 pourrait survivre à une opération chirurgicale d'ablation de toute référence à la « race ». Probablement pas<sup>51</sup>. Une telle révision<sup>52</sup>, à supposer que l'on puisse trouver à cet effet une majorité au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies, ouvrirait sans doute une importante boîte de Pandore mettant en cause, à tout le moins, l'important et anarchique empilement de conventions thématiques sur les droits de l'homme ainsi que les relations entre l'impressionnant nombre de Comités onusiens qui s'occupent de la protection des droits de l'homme sur une base générale ou thématique<sup>53</sup>. La question risque aussi de se poser, comme on y a fait allusion précédemment, de savoir s'il y a un réel intérêt de conserver un instrument qui prohibe la « discrimination raciale » alors même qu'une multitude d'autres instruments, au niveau universel ou régional, la prohibent également. En exagérant un peu, on pourrait dire que seules les dispositions de la CERD relatives à la discrimination positive peuvent, en bon droit, justifier le maintien en vie de ce traité. Il

---

<sup>48</sup> Pour C.A. Ford, « this dichotomy between the importance of race classification to anti-discrimination law and its fundamental indeterminacy creates what the author calls a core dilemma of modern race-conscious law » (« Administering Identity : The Determination of "Race" in Race-Conscious Law », *California Law Review*, 1994, pp. 1231-1285).

<sup>49</sup> Situait le débat dans le contexte français, le philosophe Étienne Balibar se demandait : « Comment faire pour que la proposition "les races n'existent pas" ne soit pas entendue comme "vous n'existez pas", ou même pour que la proposition "vous n'auriez jamais dû être discriminés au nom du concept pseudo-scientifique de race" ne soit pas entendue comme "vous n'auriez jamais dû exister autrement que nous" ? ». Et de penser que « l'on a négligé l'éventualité que, dans une conjoncture historique donnée, les victimes actuelles et potentielles de la discrimination collective aient paradoxalement besoin de ce "signifiant" impur, mais universellement répandu, comme d'une référence pour leur résistance à l'oppression, leur revendication d'égalité » (« Le mot race n'est pas "de trop" dans la Constitution française », *Mots*, n° 33, décembre 1992, pp. 241-256, spéc. p. 247).

<sup>50</sup> Même s'ils ont mis presque trente ans avant de la ratifier.

<sup>51</sup> Pragmatique et fonctionnaliste, Thornberry observe sur ce point que « avoiding mention of race is not guaranteed to lighten the task of combatting racist activity » (*op. cit.*, p. 135).

<sup>52</sup> Elle est théoriquement possible sur la base de son article 23. À supposer, néanmoins, qu'elle puisse être menée à bout, se posera la question de la ratification du traité de révision par tous les États actuellement parties à cette Convention. On peut craindre que cela ne soit jamais le cas, ce qui donnera automatiquement naissance à deux groupes d'États, ceux liés par l'ancienne Convention et ceux liés par la Convention révisée. La gestion de leurs relations sera, au vu du nombre des États impliqués, un véritable casse-tête en dépit du fait que la Convention n'est pas de nature synallagmatique.

<sup>53</sup> Parfois décriée, parfois admise au motif d'une saine « concurrence » entre Comités ne pouvant que faire relever progressivement les exigences en matière de droits de l'homme, la multiplication de tels organes (quasi-)juridictionnels peut également être vue comme une anarchie ou un chaos potentiel servant, au fond, les intérêts des États. En effet, de possibles (et en réalité, de plus en plus fréquentes) contradictions jurisprudentielles peuvent fournir aux États un commode argument d'inexistence de règle internationale sur un point précis. Cf. S. Karagiannis, « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique ? » in Société française pour le droit international, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, pp. 7-161, spéc. p. 158 et s. Voir aussi, dans le domaine spécifique des Comités onusiens sur les droits de l'homme, M. Mondélyce, « La coordination des mécanismes onusiens de surveillance des droits de la personne à l'ère du processus de Dublin : avancées et défis de la mise en œuvre de la réforme », *Revue québécoise de droit international*, 2013, pp. 83-122.

est, toutefois, intéressant de noter que les premiers commentaires de la CERD ne se sont guère attardés sur ces dispositions innovantes de l'instrument<sup>54</sup>. Ce qui est original est parfois voué à être ignoré dans un premier temps.

## **b) La (trop?) complexe détermination des discriminations positives acceptables**

Une des deux dispositions de la Convention de 1965 portant sur la question de la discrimination positive est celle de l'article 1 §4 qui a la teneur suivante :

« Les mesures spéciales prises à seule fin d'assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité ne sont pas considérées comme des mesures de discrimination raciale, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents et qu'elles ne soient pas maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient ».

Contrairement à d'autres instruments, rarissimes à vrai dire, qui se servent explicitement de l'expression de « discrimination positive », la Convention de New York ne qualifie point de cette manière (ou d'une quelconque autre manière) les mesures prises par un État partie afin de compenser une situation d'inégalité factuelle dont souffriraient les groupes bénéficiaires de ces mesures. Ce n'est pas que l'on fait ici de la prose sans le savoir mais les rédacteurs de la Convention ont préféré ne pas nommer<sup>55</sup> ces mesures sinon en les qualifiant de « spéciales ». En soi, cette qualification ne dévoile rien de la nature des mesures mais elle est loin d'être innocente car elle implique que les mesures en question soient dérogatoires par rapport à ce que l'État partie fait, normalement, au profit de ses citoyens en général et, en même temps, qu'elles soient ponctuelles. En d'autres termes, l'ensemble de ces mesures ne doivent pas pouvoir composer une politique systématique d'octroi de privilèges à un groupe donné mais doivent, au contraire, être prises sur une base cas par cas. On peut ajouter qu'elles pourront être différentes d'un groupe à l'autre et, naturellement, d'un domaine à l'autre.

Toujours est-il que ces mesures doivent pouvoir ne bénéficier qu'à un petit nombre sinon, cela tombe sous le sens, elles ne seraient pas vraiment « spéciales »<sup>56</sup>. Pouvoir

---

<sup>54</sup> C'est, sauf erreur de l'auteur de ces lignes, le cas du commentaire d'Egon Schwelb (*supra* note 23) qui, pendant un moment, était considéré comme un commentaire quasiment définitif de la CERD ; ainsi aussi B.V. Bitker, « The International Treaty Against Racial Discrimination », *Marquette Law Review*, 1970, pp. 68-93. De même, la monographie de Natan Lerner (*supra* note 15) est particulièrement indigente en ce qui concerne la discrimination positive dans la CERD. Tout autant que le cours de G. Ténékidès, « L'action des Nations Unies contre la discrimination raciale », *RCADI*, 1980, vol. 168, pp. 269-487.

<sup>55</sup> Ne pas nommer une chose est, parfois, refuser de l'admettre. Les esprits n'étaient-ils pas prêts à accepter la discrimination positive en 1965 ?

<sup>56</sup> Une (quasi-)généralisation de mesures de discrimination positive n'a, logiquement, aucun sens alors même que, il est vrai, nombre de groupes non bénéficiaires voient de plus en plus d'un mauvais œil des préférences accordées à d'autres groupes au risque pour eux-mêmes ou plutôt pour leur frange la plus fragile de finir par se trouver dans une position désavantagée. Selon la formule lapidaire et percutante de Marc Bossuyt, « il est probable que les programmes de mesures préférentielles créent de nouveaux groupes défavorisés » (*La notion d'action positive et son application pratique, op. cit.*, par. 12). Dans certains États, comme l'Inde, l'une des patries de la discrimination positive, on n'hésite plus, pour des raisons politiques et électoralistes, à étendre des avantages liés à des *affirmative*

déterminer les « heureux » bénéficiaires devient ainsi inévitable. L'article 1 §4 de la Convention les identifie non pas de manière directe mais en exprimant son souci que les « mesures spéciales » puissent assurer « le progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ou d'individus ». L'attention est d'abord attirée sur le fait qu'il s'agira principalement de « groupes ». Ce terme, qui, dans le texte conventionnel, se rencontre pour la première fois, justement, dans l'article 1 §4<sup>57</sup>, est, certes, assez vague, mais sa qualité première et incontestable est de – pouvoir – s'opposer, le cas échéant, à l'individu. Les relations entre individu et groupe ont toujours été d'une grande complexité mais on peut considérer que, en général, le cœur de la philosophie des droits de l'homme tels du moins qu'on les conçoit en Occident depuis les révolutions américaine et française de la fin du XVIIIe siècle est individualiste, ce qui signifie que les droits de l'homme peuvent s'inscrire en faux par rapport à la protection des groupes. Pour certains même, la protection du groupe ne peut que porter préjudice à la protection de l'individu<sup>58</sup> tout simplement parce que la protection de la cohésion du groupe<sup>59</sup> passera, du moins à certaines occasions, par la mise au pas de[s] tendances centrifuges des (ou d') individus le composant<sup>60</sup>. Confronté à cette problématique, l'article 1 §4 de la Convention sur la discrimination raciale prend essentiellement parti en faveur du groupe alors même que, en règle générale, les dispositions de la Convention contre la discrimination sont d'essence « droits-de-l'hommiste », en ce sens qu'elles confèrent un droit, celui de ne pas subir de discriminations, à l'individu. À titre d'exemple,

---

*actions* à un nombre croissant de groupes et d'individus au point que *The Economist* puisse titrer un de ses articles « Almost all Indians will soon qualify for affirmative action in India » (12 janvier 2019).

<sup>57</sup> Quitte à ce qu'il soit repris par la suite à pas moins de quinze reprises, soit dans l'expression « groupes raciaux ou ethniques », soit dans l'expression « groupes de personnes », soit, enfin, en tant que « groupe[s] » tout court.

<sup>58</sup> Cf. G. Haarscher, « La protection des minorités et ses paradoxes » in *Variations sur l'éthique Hommage à Jacques Dabin*, Bruxelles, presses de l'Université Saint-Louis, 1994, pp. 357-371 ; du même auteur, « Les droits collectifs contre les droits de l'homme », *RTDH*, 1990, pp. 231-234 ; P. Juviler, « Are Collective Rights Anti-Human ? », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1993, pp. 267-282 ; P. Jones, « Group Rights and Group Oppression », *Journal of Political Philosophy*, 1999, pp. 353-377 ; St. Kirste, « Individualism and Collectivism in the Foundation of Group Rights », *Prisma Juridico* (São Paulo), 2020, pp. 347-367. Assez souvent, mais pas exclusivement, la tension entre droits du groupe et droits de l'individu pourra concerner les droits des femmes. Cf. M. Deveaux, « Conflicting Equalities ? Cultural Group Rights and Sex Equality », *Political Studies*, 2000, pp. 522-539. Par ailleurs, il est juste que les droits collectifs sont à distinguer des mesures de discrimination positive qui, elles aussi, se réfèrent (et bénéficient) à des groupes. Une différence entre les deux est le caractère permanent des droits collectifs opposé au caractère éphémère d'une *affirmative action*. Voir les intéressantes observations sur ce point de M. Jovanović, *Collective Rights : A Legal Theory*, Cambridge, CUP, 2012, p. 131 et s.

<sup>59</sup> Or, un groupe sans un minimum de cohésion interne cessera, tôt ou tard d'être un groupe. Il s'agit donc pour lui d'une question existentielle.

<sup>60</sup> C'est, entre autres, le principal enjeu de la protection des minorités qui peuvent être vues, par excellence, comme des groupes. L'éventuelle contradiction entre protection de la minorité et protection des individus, peu envisagée durant l'entre-deux-guerres, âge d'or du droit international des minorités, est sérieusement prise en considération aujourd'hui essentiellement grâce au principe suivant lequel ce n'est pas la minorité en tant que telle qui est protégée mais les personnes appartenant à la minorité. Cette distinction, salutaire pour certains, ineffective pour d'autres, se trouve, par exemple, en bonne place dans l'article 27 du Pacte des Nations Unies de 1966 sur les droits civils et politiques ou encore dans la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires de 1992 ou encore dans la Convention-cadre du Conseil de l'Europe de 1995 sur la protection des minorités nationales (même si l'article premier de cette dernière se réfère à la « protection des minorités nationales et des droits et libertés des personnes appartenant à ces minorités »). La conciliation entre un groupe et ses membres dépendra de la possibilité pour l'individu de quitter « son » groupe, voire, peut-être, de le réintégrer à l'avenir. Toutefois, une telle liberté est plus facile à affirmer en théorie qu'à mettre concrètement en œuvre ainsi que le révèle la célèbre affaire *Sandra Lovelace c. Canada* examinée en 1981 par le Comité des droits de l'homme. Cf. A.F. Bayefski, « The Human Rights Committee and the Case of Sandra Lovelace », *Canadian Yearbook of International Law*, 1983, pp. 244-266.

l'article 1 §1 CERD, qui porte définition de la « discrimination raciale », ne se réfère point à un quelconque groupe.

Cette, *prima facie*, désindividualisation de la discrimination positive qu'opère l'article 1 §4 apparaît, néanmoins, nécessaire. Il faut, on l'a dit, que les avantages de la discrimination positive puissent concerner un nombre limité de personnes<sup>61</sup> et, immédiatement, se pose le problème de la détermination du cercle des bénéficiaires. Une détermination d'ensemble paraît inévitable et c'est évidemment ce que fait l'article 1 §4 en parlant du « progrès de certains groupes raciaux ou ethniques ». Cette désindividualisation des avantages doit cependant être comprise au plus juste. Si le groupe peut réellement tirer des avantages de telle ou telle « mesure spéciale », l'avantage ne concernera pas seulement le groupe en tant que tel mais aussi et, avant tout, ses membres. Derrière le groupe se trouvera toujours l'individu qui seul aura des besoins spécifiques en matière de santé, d'emploi, d'éducation<sup>62</sup>, etc. sauf que, en envisageant le groupe et non pas l'individu, on prend le risque que nombre d'individus appartenant au groupe, notamment les moyens ou les derniers de la cordée, ne bénéficient *in fine* pas d'avantages du tout ou alors dans une proportion limitée<sup>63</sup>. C'est d'ailleurs la critique adressée fréquemment à plusieurs mesures d'*affirmative action* aux États-Unis. Elles auraient, tout au plus, contribué à faire émerger une classe noire moyenne et, surtout, moyenne supérieure en négligeant la majorité des membres de la communauté.

Les groupes sélectionnés comme bénéficiaires sont au nombre fort limité puisqu'il s'agit uniquement de « certains groupes raciaux ou ethniques ». L'épithète « certains » est chargée d'opérer une limitation importante à l'intérieur de deux ensembles, celui des « groupes raciaux » et celui des « groupes ethniques ». On voit ici que le nombre des groupes bénéficiaires n'a plus grand-chose à voir avec le nombre des motifs de discrimination négative de l'article 1 §1. Seuls sont choisis les critères de « race » et d'« origine ethnique » pour que l'on construise une discrimination positive au sens de l'article 1 §4. Par exemple, l'« ascendance » ou l'« origine nationale », voire la « couleur » ne peuvent constituer, en elles-mêmes, une base suffisante en faveur d'une mise en place de « mesures spéciales ». Cela dit, on a eu l'occasion de dire qu'il ne sera pas évident de distinguer « race » et « couleur » ou « ascendance » et « origine », etc. tant et si bien que la volonté de limiter le nombre des groupes bénéficiaires de la discrimination positive s'avère, au fond, assez relative.

Pourtant, on se heurte ici à nouveau à la difficulté majeure de déterminer le « groupe racial » ou bien le « groupe ethnique » tout en considérant que, dans l'esprit du rédacteur de cette disposition, les deux groupes ne coïncident pas (en tout cas, pas toujours) de par leurs caractéristiques intrinsèques. On ne reviendra pas sur cette difficulté (ou

---

<sup>61</sup> Sans quoi les mesures ne seraient pas « spéciales ».

<sup>62</sup> En principe, une personne morale, à supposer qu'un « groupe racial » en soit une, n'a pas de problème de santé. Comme l'écrit Stélios Perrakis, en référence aux rapports groupe/individu, « la vulnérabilité humaine est et reste individuelle ; elle conditionne des personnes » (« La protection internationale au profit des personnes vulnérables en droit international des droits de l'homme », *RCADI*, 2021, vol. 420, pp. 1-489, spéc. p. 89).

<sup>63</sup> Pour Perrakis, « le classement des personnes à une catégorie comporte toutefois le risque de ne pas évaluer, *in toto*, chaque situation d'une personne vulnérable » (*op. cit.*, p. 91).

impossibilité ?) mais il convient d'être conscient que c'est une chose de vouloir lutter contre des discriminations tout court et une autre, bien différente, par certains côtés, de vouloir instituer des « mesures spéciales » en guise de discrimination compensatrice. Dans la seconde hypothèse, qui est évidemment celle de l'article 1 §4 CERD, on pourra bien moins se contenter des approximations habituelles de définition de la « race » ou de l'« ethnie »<sup>64</sup>. Une protection négative peut se permettre de ratisser large, d'être dans un relatif flou, voire de se tromper. Une protection positive peut se le permettre bien moins, non seulement à cause de la charge budgétaire considérable qu'elle peut impliquer mais aussi parce que, en se trompant de « cible », elle risque de se décrédibiliser, elle qui risque de ne jamais être totalement admise ou comprise par la majorité non bénéficiaire de celle-ci. Identifier donc tel ou tel « groupe racial » qui sera avantagé devient capital ; avec tous les risques, toutefois, qu'une telle identification peut faire naître. En effet, on ne peut plus, ici, faire semblant que des « races » n'existent pas. Elles existent forcément et concrètement puisque seules certaines d'entre elles seront les gagnantes (supposées ou réelles) d'une discrimination positive. Et il faudra bien pouvoir les séparer des autres, les non-bénéficiaires des « mesures spéciales ». Les vraies difficultés arrivent lorsqu'il s'agit d'établir des lignes de séparation<sup>65</sup>, forcément quelque peu arbitraires, surtout aux yeux de ceux qui n'auront pas accès à l'avantage matériel ou social compensateur. Il ne convient pas d'approfondir le débat sur ce point, débat, par certains côtés, plus politique et philosophique que juridique ni de tenter de déterminer des critères d'appartenance à tel ou tel « groupe racial » (ou bien « ethnique »)<sup>66</sup>. Une chose est à peu près sûre. Afin d'inaugurer une discrimination positive, fût-elle modérée et ponctuelle, il faut être prêt à affronter les difficultés juridiques, politiques, sociopsychologiques mentionnées. Des difficultés biologiques (au sens très large du terme) aussi ? On peut le craindre. Voir dans la « race » avant tout une construction sociale (une « altérité » ...) ou encore la détacher de toute référence d'apparence extérieure, comme nombre d'experts tentent de le faire, peut bien convenir à une lutte contre les discriminations mais bien moins à une politique de discrimination positive. C'est la discrimination positive qui racialise (et radicalise) par excellence le débat. Une prohibition de la « discrimination raciale » ne fait, au fond, qu'effleurer les difficultés<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Karl Josef Partsch privilégie une définition donnée par l'anthropologue américain P. van den Bergue : « Un groupe humain qui se définit et/ou est défini par d'autres groupes comme étant différent d'autres groupes en vertu de caractéristiques physiques innées et immuable » (« Les principes de base des droits de l'homme: l'autodétermination, l'égalité et la non-discrimination » in K. Vasak (dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1978, pp. 64-96, spéc. p. 85).

<sup>65</sup> Pourtant, et à juste titre, le préambule de la Convention s'insurge contre « l'existence de barrières raciales [qui] est incompatible avec les idéals de toute société humaine ». Voir aussi l'article 2§1, *litt. e*, qui assigne aux États parties la mission de faire « éliminer les barrières entre les races ».

<sup>66</sup> Une façon de concilier l'âpreté du débat, qui peut vite aller jusqu'à des détails superficiels et non scientifiques mais, en même temps fort intimes, voire humiliants et contraires à la dignité humaine, est d'opter en faveur d'un critère d'autosélection. De l'avis du Comité sur la discrimination raciale, l'« identification doit, sauf justification du contraire, être fondée sur la manière dont s'identifie lui-même l'individu concerné » (Recommandation générale VIII (1990)). Nombre d'abus pourront pourtant être ainsi commis ou, inversement, nombre de personnes qui auraient droit à tel avantage de « groupe » y renonceront par peur ou par dégoût d'être cataloguées comme appartenant au groupe bénéficiaire.

<sup>67</sup> On peut se demander comment les délégués nationaux ou encore les experts des Nations Unies aient pu accepter le terme « race » et lui accorder la place qu'il a dans la CERD (il y est mentionné, soit en tant que substantif, soit en tant qu'adjectif 42 fois !). Le concept n'a apparemment guère été discuté. On peut avancer l'explication que le débat actuel n'était guère présent à l'époque mais l'on peut tout aussi bien dire que le rôle de la Convention n'était

Avant, maintenant, d'examiner la réelle signification de l'épithète « certains » placée avant « groupes raciaux ou ethniques », force est de s'arrêter sur le troisième bénéficiaire potentiel d'une discrimination positive. En fait, celle-ci pourra viser le « progrès » non seulement de groupes (« raciaux » ou « ethniques ») mais aussi « d'individus ». Cet ajout surprend. Faut-il l'interpréter comme une tentative, incertaine et maladroite, de faire renouer le « groupe » et les « individus », qui nécessairement le composent<sup>68</sup>, et, de cette façon, de tenter de se faire réinscrire dans l'orthodoxie du caractère individualiste de la philosophie « occidentale » des droits de l'homme ? Ou faut-il réellement envisager les « individus » en tant que bénéficiaires *suis meritis* ? Si cela est le cas, il faudra s'extraire de la logique raciale qui caractérise, par définition, la CERD mais, ce faisant, on prend le risque de verser dans l'arbitraire en matière d'allocation des avantages même si ce risque pourra être limité au vu des conditions qui s'appliquent en la matière. De toute façon, la problématique de l'*affirmative action* ne se rapporte point à des individus mais à des groupes, ce qui, à la limite, signifie individus appartenant à un groupe. On pourrait plutôt conclure sur ce point que la rédaction de l'article 1 §4 est approximative. D'ailleurs, l'article 2 §2 CERD rectifie, comme on le verra plus loin, le tir.

« Certains » dans l'expression « certains groupes raciaux ou ethniques » affiche la volonté des négociateurs de la Convention de sélectionner les « groupes » bénéficiaires des « mesures spéciales » et, par là-même, ce qui est dans la logique des choses, limiter plus ou moins considérablement leur nombre<sup>69</sup>. Tout le problème consiste, toutefois, à élaborer des critères d'éligibilité, tâche difficile, fortement empreinte, on s'en doute, de considérations politiques, et à laquelle s'attache l'essentiel de la disposition examinée. Or, selon l'article 1 §4 de la Convention, le critère de sélection des groupes (ou des individus) se rapporte au « besoin de la protection qui peut être nécessaire pour leur garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions d'égalité ». On ne peut que comparer ce critère avec la définition même de la « discrimination raciale » dans l'article 1 §1, laquelle, comme on le sait déjà, « a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des

---

point de réfuter les « races » mais de réfuter, selon le préambule, « la supériorité ou la haine raciale, telles que les politiques d'apartheid, de ségrégation ou de séparation ». En quelque sorte, classifier des êtres humains par « races » peut, en soi, être innocent. On peut ne pas être d'accord avec une telle logique. On se rangera plutôt du côté de Theodor Meron selon lequel « distinctions made on the basis of race may be dangerous and subject to abuse for purposes of discrimination » (*op. cit.*, p. 291).

<sup>68</sup> Selon Bossuyt, « l'action positive concerne toujours un groupe cible donné composé d'individus qui ont tous une même caractéristique en commun sur laquelle se fonde leur appartenance à ce groupe et qui sont désavantagés. Cette caractéristique est souvent innée et inaliénable, telle que le sexe, la couleur de la peau, la nationalité ou l'appartenance à une minorité ethnique, religieuse ou linguistique, mais ce n'est pas forcément toujours le cas » (*La notion d'action positive et son application pratique, op. cit.*, par. 8).

<sup>69</sup> En revanche, « certains » ne qualifie pas le mot « individus ». La – nécessaire – limitation du nombre d'individus bénéficiaires de mesures de discrimination positive, à supposer que, en cette matière, on peut envisager des « individus » en dehors de « groupes » correspondants, est opérée grâce à l'article partitif ; « progrès [...] d'individus » n'est pas synonyme de « progrès [...] des individus ». Moins technique que la langue française, la langue anglaise est obligée de passer par l'expression « certain [...] individuals » tout comme d'ailleurs la langue espagnole (« progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas »). La langue russe en fait autant mais, plus riche que les deux dernières, peut se permettre deux mots différents pour qualifier les « groupes » et les « individus » (« прогресс некоторых расовых или этнических групп или отдельных лиц » ; nous soulignons).

libertés fondamentales ». Les termes sont largement identiques. Ce qui pose une question logique : si la « discrimination raciale », ainsi définie, est prohibée (et, après tout, le principal but de la Convention est de prohiber une telle « discrimination raciale »), pourquoi des groupes ou des individus auraient besoin d'une protection pour leur garantir la jouissance des droits de l'homme « dans des conditions d'égalité » ? La prohibition de la « discrimination raciale » n'est-elle pas elle-même la garantie de pouvoir jouir des droits « dans des conditions d'égalité » ? Visiblement, cela ne peut être le cas sinon la disposition de l'article 1 §4 n'aurait aucun sens véritable.

Formellement, certes, l'article 1 §4 se réfère à « la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales » quels que soient ces derniers, dans toute leur amplitude, tandis que l'article 1 §1 n'envisage que « la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice [...] des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique ». Toutefois, comme on l'a vu, il est difficile de voir dans les catégories mentionnées de droits et de libertés une vraie limitation de l'amplitude de ceux-ci même si on a pu se poser une question par rapport aux droits dans la sphère non « publique », bref l'application horizontale des dispositions relatives aux droits de l'homme. On peut probablement partir de l'hypothèse que les listes des droits sont les mêmes dans les paragraphes 1<sup>er</sup> et 4 de l'article 1<sup>er</sup>. On pourra conclure que la rédaction, sur le point examiné, de l'article 1 §4 n'est pas des plus réussies. À tout le moins il convient de chercher, dans cette disposition, d'autres critères susceptibles de mieux cerner les groupes bénéficiaires d'une discrimination positive.

Le principal critère conçu n'est, curieusement, pas directement rattaché aux groupes (ou aux droits) mais aux « mesures spéciales » dont les groupes bénéficieront. Dit autrement, ce n'est pas la nature des groupes qui les distinguera des autres groupes, eux non bénéficiaires de ces « mesures », mais la nature des « mesures » elles-mêmes. En effet, celles-ci doivent pouvoir « assurer » à ces groupes « comme il convient » leur « progrès ». C'est surtout ce dernier mot qui est précieux puisque si quelqu'un a besoin de « progresser », cela signifie que, au moment critique (par hypothèse, au moment où les « mesures spéciales » seront prises en sa faveur), il se trouve derrière les autres, ceux qui ne seront pas bénéficiaires. Dans un certain sens, le terme utilisé dans la version anglaise (« advancement ») semble plus éloquent et plus clair que le terme « progrès »<sup>70</sup>. La même observation vaut pour l'expression qui semble qualifier le « progrès » (« comme il convient »), expression passablement obscure si on la compare avec « adequate » (« advancement ») ou avec « adecuado » (« progreso »)<sup>71</sup>.

Ainsi, on obtient que la seule prohibition de la « discrimination raciale » ne suffirait pas pour que certains groupes puissent jouir des droits de l'homme à l'égal des autres

<sup>70</sup> Toutefois, aussi bien la version espagnole que celle russe utilisent le même terme que la version française (« progreso », « прогресс »).

<sup>71</sup> Cela vaut aussi pour la version russe (« надлежащий прогресс »). On ajoutera qu'il y a une nuance supplémentaire entre, d'une part, la version française et, d'autre part, les trois autres. Chacune des trois autres s'efforce de qualifier le « progrès » lui-même tandis que la version française qualifie non pas le substantif (le « progrès ») mais le verbe (« assurer »). Il se peut que « assurer adéquatement un progrès » et « assurer un progrès adéquat » ne soient pas tout à fait des expressions synonymes.

groupes. Quels sont les groupes bénéficiaires ? Ce sont les groupes qui, sans « mesures spéciales » en leur faveur, n'auraient pas pu jouir des droits de l'homme à l'égal des autres groupes ; ce qui serait presque parfaitement tautologique s'il n'y avait pas la notion d'une certaine « arriération » les caractérisant, « arriération » (mot que l'on prendra comme antonyme du « progrès ») qui est la cause ultime de leur impossibilité de jouir « normalement » des droits de l'homme. On dira, en résumé, que la détermination des groupes bénéficiaires de la discrimination positive est assez laborieuse et éminemment vague. Vague, elle n'en est pas pour autant forcément défectueuse puisque (on suppose que ceci était l'objectif des négociateurs) elle accorde une marge d'appréciation aux autorités de chaque État partie<sup>72</sup>. Il se peut aussi que derrière le caractère laborieux de la détermination des groupes bénéficiaires se trouve, et cela devient intéressant, une certaine gêne de la part des rédacteurs d'être précis et de nommer les choses par leur nom. Il est, en effet, gênant d'expliquer les raisons pour lesquelles un groupe serait légitimé de jouir de certains avantages pour cause d'infériorité alors que, justement, toute la Convention tourne autour de l'idée suivant laquelle, selon les mots du préambule, « toute doctrine de supériorité fondée sur la différenciation entre les races est scientifiquement fautive, moralement condamnable et socialement injuste et dangereuse ». Seules des conditions historiques précises, des accidents, en quelque sorte, de l'histoire, auraient pu ainsi produire une infériorité momentanée. Vu sous cet angle, ce n'est peut-être pas surprenant que l'article 1 §4 consacre davantage d'énergie à la description des « mesures spéciales » qu'à celle des groupes bénéficiaires. Il y a deux sortes de conditions pour que les mesures en question « ne so[ie]nt pas considérées comme des mesures de discrimination raciale ». Les unes prescrivent que les mesures doivent faire quelque chose et l'on peut les qualifier de positives, les autres prescrivent, au contraire, ce que les mesures ne doivent pas être ; on peut les appeler conditions négatives.

S'agissant des premières conditions, on constate, tout d'abord, que les *affirmative actions* doivent viser à « assurer » le progrès des bénéficiaires. Le mot « assurer » place la barre très haut puisqu'il signifie « rendre ferme, solide »<sup>73</sup> ou « garantir »<sup>74</sup>, voire faire en sorte qu'une chose « ne manque pas »<sup>75</sup>. On peut douter qu'un tel objectif puisse jamais être atteint ; cela d'autant moins que l'objectif est d'assurer « le » progrès des groupes raciaux désavantagés<sup>76</sup>. Cette extensivité des mesures spéciales, impressionnante *in abstracto*, est, toutefois, limitée par deux considérations. D'abord, celles-ci doivent être prises « à seule fin d'assurer » l'objectif mentionné ; puis, il leur faut venir en aide à des « groupes raciaux » ayant besoin d'une protection « nécessaire »

<sup>72</sup> Du reste, puisque l'on ne se trouve plus ici dans une optique pénaliste, le vague de la définition n'est pas gênant comme, en revanche, il le devient s'agissant de poursuites pénales à l'encontre de pratiques de « discrimination raciale » au sens de l'article 1§1 de la Convention. Voir ainsi l'article 4, *litterae* a et b. Voir aussi la réserve (attendue !) des États-Unis sur l'article 4, notamment en ce qui concerne la liberté d'expression.

<sup>73</sup> <https://www.cnrtl.fr/definition/assurer>.

<sup>74</sup> <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/assurer>.

<sup>75</sup> <https://www.littre.org/definition/assurer>.

<sup>76</sup> La version anglaise se montre, à cet égard, plus modérée, donc davantage réaliste, lorsqu'elle omet l'article définitif (« secur[e] adequate advancement »). En effet, il est difficile de concevoir le « progrès » comme quelque chose de fini que des « mesures », quelles qu'elles soient, pourraient jamais atteindre. Cela d'autant plus que le « progrès » ou bien l'« advancement » n'est toujours qu'une marche, pas un terminus. Toutefois, la version espagnole commet la même maladresse que celle française (« asegurar *el* adecuado progreso »).

pour garantir dans des conditions d'égalité la jouissance des droits de l'homme. Ainsi, les mesures en question ne peuvent évoluer que dans certaines limites contraintes. Dépasser ces limites les rendrait non conformes à la Convention<sup>77</sup>.

Nonobstant, la chose la plus importante est non pas le statut inerte mais le statut dynamique dans le temps des mesures de discrimination positive, à savoir les conditions négatives de leur compatibilité avec la Convention. Certes, ces conditions *ratione temporis* sont déjà implicitement comprises dans celle qui veut que les mesures visent à atteindre « le » (ou, plutôt, un) « adéquat avancement » des groupes bénéficiaires et que, au-delà de ce stade, bref lorsque cet « avancement » aura été atteint, les mesures deviennent invalides<sup>78</sup>. Vu cependant la sensibilité de la question, le paragraphe 4 de l'article 1<sup>er</sup> revient sur ce point avec une clarification supplémentaire ou, mieux dit peut-être, avec une explication de texte destinée à ceux pour qui les premières phrases de l'article ne seraient pas suffisamment claires. Ainsi, il ne faut pas que les mesures de discrimination positive « soient [...] maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient ». Logique et parfaitement compréhensible, cette phrase ne pose problème, si l'on peut dire, que lorsqu'on cherche à la voir s'appliquer dans la pratique. C'est ici que les difficultés affluent. Une première difficulté est celle de pouvoir identifier avec précision les « objectifs » que les mesures poursuiv(ai)ent mais, déjà, on pourra se demander s'il est permis, chemin faisant, de procéder à une modification ou à une adaptation des « objectifs » initiaux. La difficulté la plus grande sera, néanmoins, de pouvoir se prononcer sur le succès des mesures, succès qui, automatiquement, quoiqu'en théorie, les invalidera pour le moment d'après. Or, virtuellement, il s'avérera impossible de constater que les objectifs sont atteints et, surtout, déterminer le moment précis où ils l'auront été. Au-delà des difficultés pratiques, force est de noter qu'aucun critère n'est établi pour évaluer le succès ou l'insuccès des mesures à un moment donné. On n'oubliera pas qu'il s'agit, en principe, de procéder à une telle évaluation non pas par rapport à une personne mais par rapport à un ensemble, *a priori* numériquement important, de personnes. On y a fait allusion, rien ne garantit, c'est un euphémisme, que les personnes appartenant au « groupe racial » auront toutes évolué selon le même rythme ou que les mesures auront été également accessibles et profitables (ou même également connues) pour toutes ces personnes. Si l'on opte pour une différenciation au sein du groupe, quel devrait être le pourcentage de « réussite » ? Pourrait-on se contenter d'une dynamique vers le succès en lieu et place du succès, du moins pour un certain pourcentage de bénéficiaires ? Que faire pour les membres du groupe, même numériquement minoritaires, qui n'auront pas su profiter de l'*affirmative action* ? Pourrait-on diviser le groupe en sous-groupes dont certains, en fonction de leur (degré de) réussite, seraient déclarés insusceptibles de continuer d'en profiter ? *Quid*, enfin, si la réussite, soit du groupe, soit d'une portion de celui-ci, s'avère éphémère et, à la première difficulté, redevient « groupe racial [...] ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour [lui] garantir la jouissance et l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans des conditions

<sup>77</sup> Ou, selon N. Lerner, « en ningún caso debe la acción afirmativa degenerar en discriminación » (*Discriminación racial y religiosa en el derecho internacional*, Comisión nacional de los derechos humanos, Mexico, 1991, p. 289).

<sup>78</sup> Voir, néanmoins, la note précédente sur, ontologiquement, l'impossibilité d'atteindre un « progrès ». La disposition examinée aurait besoin d'être réécrite, aussi bien à cause de ses déficiences linguistiques qu'à cause de ces erreurs logiques et aberrations philosophiques.

d'égalité » ? Devrait-il y avoir, dans ce dernier cas, automaticité dans la reconduction des « mesures spéciales » ?

Répondre à toutes ces questions est, à la fois, indispensable et impossible. Cela risque de conférer à l'*affirmative action* une nature toute d'approximation en ce qui concerne sa mise en œuvre dans la mesure où savoir (et pouvoir) lui assigner un terme semble être une condition de sa mise en œuvre, à moins bien étendu que l'on parte de l'hypothèse que ces mesures vont être pérennes. Peut-elle pourtant une mesure permanente être encore qualifiée de « spéciale » ? Un certain arbitraire ou, dans le meilleur des cas, une certaine approximation risque de devenir le lot de la plupart des « discriminations positives ». Certes, intervient sur ce point, à savoir la nécessité d'échapper à l'arbitraire, une seconde condition négative. Les « mesures spéciales » se doivent de ne point avoir « pour effet le maintien de droits distincts pour des groupes raciaux différents ». Ce membre de phrase n'est pas non plus exempt de difficultés majeures d'interprétation ou d'application. Il introduit l'idée, absolument logique par ailleurs, que, le cas échéant, il faudra faire bénéficier de « mesures spéciales » non pas un seul « groupe racial » mais plusieurs, on suppose en même temps. C'est afin d'éviter l'arbitraire que ce membre de phrase exige que des « groupes raciaux » *a priori* bénéficiaires de l'*affirmative action* ne soient pas traités différemment. Naturellement, une première difficulté est déjà de pouvoir établir précisément les limites de différenciation (mais sur la base de quels critères ?) entre « groupes raciaux » avec tout ce que cela pourra impliquer comme approximation, arbitraire et *political incorrectness*.

Cependant l'observation la plus intéressante (et la plus troublante) est que la condition négative examinée n'interdit pas les traitements différenciés en général mais uniquement le « maintien » de ceux-ci. L'interprétation de ce terme ne va pas de soi. Il semble vouloir dire que des traitements différenciés peuvent parfaitement être établis durant une certaine période, naturellement impossible à déterminer, et que seulement leur validité continue après l'écoulement de cette période serait incompatible avec la Convention. Toutefois, du moment que cette période n'est point déterminée, ce subtil édifice politique et juridique tombe à plat. Il serait possible de lier cette condition à l'autre condition négative que l'on a déjà examinée, à savoir le fait que les « mesures spéciales » ne doivent pas être « maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient ». Cela donnerait que le traitement différencié prohibé ne puisse s'étendre au-delà du moment où les « objectifs » auront été atteints. Dans ce cas, on peut, néanmoins, se demander ce que la première condition négative (celle sur le non-maintien du traitement différencié) ajoute réellement à la seconde. La seule différence entre les deux conditions négatives de l'article 1 §4 pourrait être que la seconde s'applique à tous les bénéficiaires de cette disposition tandis que la première condition négative, le non-maintien de traitements différenciés pour des « groupes raciaux » différents, s'applique, justement, uniquement au cas de « groupes raciaux ». Les « groupes ethniques » ne seraient donc pas concernés par cette condition<sup>79</sup>. Toutefois, on a déjà vu que les « groupes raciaux » ne peuvent être facilement distingués des « groupes ethniques ». Ce *distinguo* a donc assez peu de signification et, encore une fois,

<sup>79</sup> Les « individus », éventuellement hors groupe, non plus. Ce qui ajoute au mystère de la détermination de ces bénéficiaires-là.

on peut s'interroger sur la clarté des énoncés de la Convention sur la discrimination raciale<sup>80</sup>. D'autres conventions internationales qui admettent la discrimination positive sont, heureusement, mieux conçues.

## **B. L'autorisation de la discrimination positive dans d'autres conventions internationales**

La principale autre Convention internationale à accepter la discrimination positive est la Convention des Nations Unies de 1979 sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes (a). Toutefois, les personnes handicapées semblent aussi bénéficier, dans la Convention des Nations Unies qui leur est consacrée, d'une acceptation de réglementations nationales cherchant à compenser la perte de chances qu'inéluctablement implique le handicap (b).

### **a) « Mesures spéciales » en faveur des femmes dans la Convention de 1979**

D'une certaine manière, déjà l'intitulé de la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes montre que, aux yeux de ses concepteurs, les femmes ne seraient pas actuellement à l'égal de l'autre sexe et que les différentes dispositions éparpillées dans un grand nombre de traités, tant régionaux qu'universels (à commencer par la Charte des Nations Unies et les deux Pactes de 1966), ne seraient pas suffisants pour éliminer toutes les discriminations dont les femmes pâtiraient. Toutefois, une affirmation suivant laquelle la lutte contre les discriminations est une affaire de nombre des dispositions la condamnant aurait quelque chose d'absolument pathétique. En fait, nombre de dispositions dans la Convention de 1979 se contentent de développer tel ou tel thème particulier mais leur substance aurait pu très facilement être extraite de dispositions plus générales interdisant la discrimination sur la base du sexe. Par rapport à ce grand principe, que l'on trouve, entre autres, dans l'article 2 §1 du Pacte sur les droits civils et politiques et même, *ex abundantia* (déjà !) dans l'article 3 du même Pacte, quel est en vérité, par exemple, l'apport supplémentaire de l'article 8 de la Convention de 1979 suivant lequel « les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que les femmes, [...] sans aucune discrimination, aient la possibilité de représenter leur gouvernement à l'échelon international [...] » ? Nombre de dispositions de cette Convention ont, avant tout, une signification pédagogique en

---

<sup>80</sup> Une des questions qui a alerté les experts dans ces domaines concerne les mesures positives prises dans certains États en faveur de minorités, notamment linguistiques (voir pour certaines prises de position doctrinales in Makkonen, *Equal in Law, Unequal in Fact, op. cit.*, pp. 133-134). Or, en dehors du fait que la langue n'est pas un motif de discrimination au sens de la définition de la « discrimination raciale » dans l'article 1 §1 CERD et donc, par voie de parallélisme, elle ne saurait concerner des « mesures spéciales » au sens de l'article 1§4 CERD, on peut aussi avancer l'hypothèse que les minorités devraient surtout être vues comme des « groupes ethniques », donc des groupes non concernés par le caractère non permanent des « mesures spéciales » de l'article 1§ 4 CERD. Ainsi, par exemple, il n'y a pas la moindre trace de « provisoire » dans la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du Conseil de l'Europe signée en 1992. En tout état de cause, le Comité de la discrimination raciale s'est senti obligé d'énoncer explicitement sa position suivant laquelle « les mesures spéciales ne doivent pas être confondues avec les droits spécifiques qui appartiennent à certaines catégories de personnes ou de communautés comme, par exemple, les droits des personnes appartenant à des minorités de vivre selon leur propre culture, de professer et de pratiquer leur propre religion et d'utiliser leur propre langue » (recommandation générale XXXII de 2009, point 15). Le Comité qualifie clairement les mesures nationales en faveur des minorités (mais aussi celles en faveur des peuples autochtones et des femmes) de mesures permanentes.

attirant, en d'autres termes, l'attention des gouvernements, voire celle des ONG, sur tel ou tel point où les discriminations seraient prétendument plus fréquentes ou plus insupportables. On peut, toutefois, se demander si des soucis – légitimes par ailleurs – de pédagogie peuvent être suffisants pour qu'une convention s'ajoute à un nombre déjà important de conventions onusiennes thématiques sur les droits humains même si la prolifération des conventions thématiques est postérieure à 1979. En cela, la Convention sur les femmes ressemble à la Convention sur la discrimination raciale parce que, dans cette dernière aussi, on ne voit pas quel supplément de droits apporte réellement au profit des discriminés nombre de dispositions particulières<sup>81</sup>. Nonobstant, il y a aussi une autre ressemblance entre ces deux conventions anti-discrimination. Elles se réfèrent à la discrimination positive en n'utilisant pas cette expression ou une autre expression analogue.

Le point de départ, dans la Convention de 1979 comme dans celle de 1965, est la définition de la discrimination. Elle se fait, dans les deux textes, dans des termes relativement proches puisque, selon l'article 1er CEDAW, la « discrimination à l'égard des femmes » est « toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine ». Ce n'est que dans un second temps, suivant aussi la logique de la Convention sur la discrimination raciale, que la Convention sur les femmes excuse certaines mesures que certains États voudraient bien adopter en faveur des femmes, mesures qui rompent, formellement, l'égalité entre les deux sexes et qui, par conséquent, seraient vues comme incompatibles avec la Convention en l'absence de leur autorisation explicite par cette dernière. L'article 4 §1 CEDAW a la teneur suivante :

« L'adoption par les États parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente Convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes ; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints ».

L'article 1 §4 CERD est conceptuellement très proche de cette disposition pour que les rédacteurs de cette dernière n'en soient pas inspirés. On y trouve, en effet, également les deux ensembles de conditions, les unes positives, les autres négatives, qui visent à asseoir la compatibilité des « mesures temporaires spéciales » avec la CEDAW. Toutes ces conditions doivent être réunies afin que de telles mesures ne soient *ab initio* ou ne finissent par devenir de la discrimination (prohibée) au sens de l'article 1<sup>er</sup> CEDAW. En ce qui concerne les conditions que l'on a qualifiées de positives, elles présentent de fortes ressemblances avec celles de l'article 1 §4 CERD mais l'on peut aussi noter

---

<sup>81</sup> Du moins, la Convention de 1965 avait le privilège de poser des règles dans un domaine essentiellement vierge au niveau universel si l'on exclut la quelque peu ambiguë position de la Charte des Nations Unies qui seule la précédait chronologiquement en matière de protection des droits de l'homme. En effet, si la Convention de l'UNESCO de 1960 peut être vue comme un traité de protection des droits de l'homme est une question ouverte au débat.

quelques dissemblances. Ainsi, dans les deux textes, on parle de « mesures spéciales », mesures que l'on pourrait donc qualifier de ponctuelles, intervenant dans tel ou tel domaine et, sans doute, adaptées au domaine concerné. Cette adaptation implique aussi que ces mesures soient proportionnées à l'objectif à atteindre bien que l'on notera que le texte de la Convention sur les femmes est caractérisé par une certaine économie de moyens (et donc de mots) en comparaison de l'article correspondant de la Convention de 1965. Des expressions un peu lourdes comme « groupes [...] ayant besoin de la protection qui peut être nécessaire pour [...] », « progrès comme il convient » ont été éliminées. Plus direct, l'article 4 §1 CEDAW énonce immédiatement l'objectif que doivent pouvoir poursuivre les « mesures spéciales ». Il s'agit pour elles de « viser à accélérer l'instauration d'une égalité ». On évite ainsi les circonlocutions inutiles et stylistiquement peu élégantes que comporte la Convention de 1965.

Une autre différence entre les deux textes, un peu plus intéressante, est que la Convention sur la discrimination raciale semble partir de l'hypothèse qu'aucune égalité n'existerait entre le groupe privilégié et le « groupe racial » désavantagé sans pour autant que cela signifie que, si un degré d'égalité existe (à supposer que l'on puisse parler de pourcentages d'égalité), des mesures d'*affirmative action* ne puissent être adoptées. En revanche, la Convention sur les femmes adopte d'emblée une position moins sobre. Une dose d'égalité ou les prémices de celle-ci existeraient déjà et les « mesures spéciales » ne viseraient qu'« à accélérer l'instauration d'une égalité »<sup>82</sup>. Toutefois, ici encore, au niveau du maniement des concepts, il y a une difficulté : l'égalité existe ou n'existe pas. Et si la version française prend soin, avec les moyens du bord, – de tenter – d'esquiver cet écueil<sup>83</sup>, d'autres versions semblent moins bien rédigées sur ce point (« measures aimed at accelerating [...] equality », « medidas encaminadas a acelerar la igualdad »)<sup>84</sup>.

Par ailleurs, l'article indéfini placé devant « égalité » peut, de prime bord, sembler singulier puisque, par définition, il implique qu'il peut y avoir plusieurs « égalités »<sup>85</sup>. Curieux ? C'est un fait pourtant. La Convention de 1979, en qualifiant l'égalité, que les « mesures spéciales » sont censées pouvoir instaurer, d'« égalité de fait » dévoile ouvertement la quintessence même de la philosophie de toute discrimination positive. Il y aurait, en d'autres termes, une égalité formelle, abstraite, purement juridique, et une autre que l'on pourrait qualifier de réelle, matérielle, substantielle. Les deux peuvent, certes, coïncider mais, visiblement, de l'avis des rédacteurs de la disposition examinée, cela ne sera pas toujours le cas. Il y a quelque chose d'indéniablement marxiste dans cette distinction entre le formel et le réel. Comparativement, la Convention sur les femmes dit les choses bien plus clairement que la Convention sur la discrimination raciale. À moins qu'objectif de cette dernière ne soit, dans son article 1 §4, l'acquisition, déjà, d'une égalité juridique ; sauf que, dans ce cas, on n'aurait pas besoin de passer par l'article 1 §4 car une prohibition des discriminations juridiques sur la base de la « race », objectif principal de la Convention de 1965, aurait été largement suffisante.

<sup>82</sup> Lexicalement, accélérer signifie que l'on ne part pas de zéro.

<sup>83</sup> Ainsi, « accélérer l'instauration d'une égalité » ne serait pas « accélérer une égalité ».

<sup>84</sup> La version russe suit, en revanche, la tentative de la version française (« направлены[e] на ускорение установления [...] равенства »).

<sup>85</sup> Ce n'est pas le cas des autres versions.

Enfin, une question importante est celle de savoir entre qui et qui l'« égalité de fait » doit pouvoir être atteinte. Cette question ne reçoit pas de réponse claire dans la Convention sur la discrimination raciale mais l'on peut supposer que l'égalité sera une égalité entre tel « groupe racial » *ex hypothesi* désavantagé et tel autre groupe, prétendument lui aussi « racial », avantagé par l'histoire, par les conditions économiques régissant la société, par des croyances même, etc. *Quid*, néanmoins, si l'on peut distinguer plusieurs « groupes raciaux » au développement et au statut, social, économique ou autre, inégal ? La lutte vers l'égalité doit-elle se poursuivre jusqu'à ce que tous les « groupes raciaux » atteignent le même niveau ou peut-on se permettre de considérer qu'atteindre un niveau moyen ou moyen supérieur ferait déjà largement l'affaire ? Les réponses de la Convention de 1965 ne sont pas claires alors même que, visiblement, ainsi qu'on l'a vu, elle part de l'hypothèse d'une pluralité de « groupes raciaux » dans un État donné nous privant, en quelque sorte, de point de référence car, lorsqu'il y a plusieurs points de référence, c'est qu'il n'y en a aucun. Comparée à la Convention sur la discrimination raciale, la Convention sur les femmes se présente, dans ce domaine, et par la force des choses, de manière bien plus simple. Le groupe femmes sera comparé au groupe hommes. On pourrait, certes, se demander si l'on ne pouvait pas distinguer entre plusieurs groupes de femmes au niveau de développement inégal mais tel ne semble pas être la perspective dans laquelle se situe globalement la Convention, les distinctions/discriminations ethniques, confessionnelles, raciales, sociales ou autres ne relevant pas de son ressort en dépit de la grande mode actuelle d'« intersectionnalité »<sup>86</sup>. La Convention sur les femmes envisage, peut-être naïvement, les femmes en tant que groupe homogène face à l'autre sexe<sup>87</sup>. Ponctuellement, elle distingue cependant des besoins spécifiques qu'auraient certaines catégories de femmes comme, par exemple, les « femmes dans les zones rurales » (article 14).

Toujours est-il que, contrairement à la Convention de 1965, celle de 1979 nomme clairement les groupes concernés, même si, à juste titre, elle évite d'utiliser le terme « groupe ». La question est de savoir, à partir du moment où les groupes au développement inégal sont identifiés, si un seul groupe est concerné par les éventuelles mesures de discrimination positive ; de savoir, en d'autres termes, si le groupe femmes peut en être l'unique bénéficiaire. Or, la disposition de l'article 4 §1 CEDAW ne semble pas dévoiler une telle intention même si toute la Convention tourne, bien évidemment, autour de l'idée que les femmes constituent le sexe désavantagé et qu'une discrimination positive ne peut, logiquement, bénéficier qu'à un groupe désavantagé. Comme le préambule l'énonce, « les femmes continuent de faire l'objet d'importantes discriminations ». La question se pose dans les conditions suivantes : doit-on privilégier

<sup>86</sup> Sur ce concept, entre autres, T. Makkonen, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination : Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Turku, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2002. Sur les hésitations européennes face à cette notion, Brillat, *op. cit.*, p. 241 et s.

<sup>87</sup> On s'abstiendra ici de considérer l'existence de « nouveaux sexes » cependant que, face à certaines revendications récentes, la Convention de 1979 pourrait finir par apparaître comme conservatrice, voire passéiste. Cela dit, sa position est moins tranchée que celle du Protocole africain de Maputo de 2003 relatif aux droits des femmes qui établit que l'on « entend par “femmes” les personnes de sexe féminin, y compris les filles » (article 1<sup>er</sup>, *litt. g*). Il est vrai pourtant que les promoteurs de l'idée de pluralité des sexes pourraient attirer l'attention sur le concept de « sexe féminin ». Devrait-on le construire uniquement sur la biologie ou également sur le vécu des individus, voire sur le regard des sociétés ?

la syntaxe, pourtant limpide, de l'article 4 §1 ou considérer que, de par cet énoncé du préambule et l'intitulé même de la Convention, cette dernière ne s'intéresse qu'aux femmes et n'entend contribuer qu'à l'égalité des femmes avec les hommes, jamais l'inverse. Or, il s'avère que, dans certains domaines, les hommes peuvent faire figure de groupe désavantagé. Pour faire bref, et à moins que l'on ne veuille voir dans la Convention de 1979 une convention « sexiste » ou « féministe », on peut considérer, en pleine conformité avec la syntaxe de l'article 4 §1, que l'*affirmative action* peut tout autant bénéficier aux hommes qu'aux femmes<sup>88</sup>.

Un peu plus clairement, l'article 4 §2 CEDAW semble porter sur une discrimination positive en faveur uniquement des femmes lorsqu'il énonce que « l'adoption par les États parties de mesures spéciales, y compris de mesures prévues dans la présente Convention, qui visent à protéger la maternité n'est pas considérée comme un acte discriminatoire ». Toutefois, ici encore, il y a des marges pour une interprétation différente<sup>89</sup>. La maternité est, certes, un don attribué par la nature (et par l'étymologie) aux seules femmes mais l'on peut s'interroger sur le sort réservé par la Convention à la paternité. En réalité, la Convention sur les femmes risque de passer pour éminemment conservatrice en négligeant le rôle du père contemporain dans l'éducation des enfants et en donnant donc de lui une image éminemment stéréotypée<sup>90</sup>. Finalement, tout dépend de ce que l'on doit entendre par « maternité ». Si l'on doit y voir la « fonction génératrice propre à la femme »<sup>91</sup>, il est manifeste que les « mesures spéciales » de l'article 4 §2 portent uniquement sur les femmes. Si, en revanche, on peut y voir (ou, plutôt, y voir aussi) les « rapports privilégiés d'amour et de tendresse entre une mère et [...] ses enfants »<sup>92</sup>, une possibilité pour que les pères tirent profit *per analogiam* de certaines « mesures spéciales » commence à s'entrevoir, sauf, à nouveau, si l'on conclut qu'aucune des dispositions de la Convention ne peut, par définition, jamais bénéficier

<sup>88</sup> Dans le cadre de l'Union européenne, tel est, en tout cas, le propos de l'article 157 §4 TFUE qui accepte des « mesures nationales prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle » (nous soulignons). Voir aussi l'article 3 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) in *JOUE L 204*, 26.7.2006, p. 23.

<sup>89</sup> Ce qui est certain est que le paragraphe 2 de l'article 4 se rapporte aux relations des femmes avec le[ur]s enfants. Les « mesures spéciales » adoptées dans ce cadre ne peuvent concerner une femme ne connaissant point les joies de la maternité, notion qui va bien entendu bien plus loin que la grossesse ou l'allaitement (voir pour cela l'article 12) et pose, entre autres, la question de l'adoption d'enfants ou celle, plus épineuse, des mères porteuses. En revanche, les « mesures spéciales » du premier paragraphe de l'article 4 concernent les femmes « in all fields of life » (Fr. Raday, « Article 4 » in M.A. Freeman, Chr. Chinkin, B. Rudolf (eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary*, Oxford, OUP, pp. 123-139, p. 124).

<sup>90</sup> On se croirait proche ici de l'article 6, *litt.* b, de la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam adoptée en 1990 par l'Organisation de la Conférence islamique (« La charge d'entretenir la famille et la responsabilité de veiller sur elle incombent au mari »). Commentant l'article 4 §2 CEDAW, Frances Raday (*op. cit.*, p. 126) n'est pas loin de penser la même chose sauf que, selon elle, cette disposition doit être lue en parallèle avec l'article 16§1, *litt.* d, qui se réfère aux « mêmes droits et mêmes responsabilités en tant que parents [...] pour les questions se rapportant à leurs enfants ».

<sup>91</sup> <https://www.cnrtl.fr/definition/maternit%C3%A9>. Voir, néanmoins, *infra* note 93.

<sup>92</sup> *Ibid.*

aux hommes<sup>93</sup>, celle-ci ne concernant pas l'égalité entre les deux sexes mais uniquement les droits de la femme<sup>94</sup>.

Au-delà des conditions positives pouvant justifier une discrimination positive, on trouve dans l'article 4 §1 CEDAW deux conditions négatives aussi. Tout comme dans la Convention de 1965, ces conditions négatives portent sur la durée des « mesures spéciales »<sup>95</sup>. Tout d'abord, « ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints ». Cette durée limitée dans le temps s'accorde parfaitement avec le caractère dérogatoire (vis-à-vis du principe de l'égalité) des mesures que le texte qualifie, justement, de « spéciales »<sup>96</sup>. La limite temporelle de ces mesures est le moment auquel une « égalité de chances » sera atteinte. En faisant abstraction de l'optimisme dont l'auteur de cette disposition fait preuve<sup>97</sup>, on peut se demander en quoi consiste une « égalité de chances » et quels sont les rapports de celle-ci avec l'égalité tout court. Il est tout de même particulier que, d'une part, les « mesures spéciales » peuvent entrer en vigueur en visant « l'instauration d'une égalité » mais, d'autre part, elles cessent lorsqu'elles atteignent une « égalité de chances ». Il se peut bien entendu qu'« égalité » et « égalité de chances » soient la même chose mais, dans ce cas, pourquoi se servir de deux terminologies différentes ? Toutefois, comme ce n'est pas seulement l'« égalité de chances » qui est l'objectif qui, une fois atteint, fait sortir de validité (ou, du moins, de compatibilité avec la Convention) les « mesures spéciales », mais également l'« égalité de traitement », on peut aussi se demander si, aux yeux du rédacteur de l'article 4 §1, l'« égalité » est, en réalité, une « égalité de traitement », qui peut correspondre à une prohibition de discriminations formelles, plus une « égalité de chances », qui peut correspondre à une « réelle » égalité, suivant d'ailleurs l'expression du préambule de la Convention<sup>98</sup>. Cela dit, il sera difficile

<sup>93</sup> Telle semble être la conception du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes lequel, dans sa recommandation générale n° 25 (point 16), fait référence, s'agissant de l'article 4 §2 CEDAW, aux « différences biologiques » qui feraient que « les femmes ne p[uisse]nt pas être traitées de la même façon que les hommes ». Et le Comité d'ajouter que les mesures de l'article 4 §2 sont des « mesures permanentes ». En revanche, les « mesures appropriées » envisagées par l'article 12 §2 CEDAW seraient temporaires, liées comme elles sont à la grossesse et à l'accouchement ou encore à la période qui suit l'accouchement.

<sup>94</sup> C'est possiblement ce qu'entend le Comité dans sa recommandation générale n° 25 (point 5), lorsqu'il énonce que « la Convention vise essentiellement la discrimination à l'égard des femmes » bien que, le diable se nichant dans les détails, l'adverbe « essentiellement » puisse donner lieu à diverses interprétations. L'évitant, les versions anglaise et espagnole du point 5 de la recommandation générale citée n'en deviennent pas pour autant davantage claires (« the Convention focuses on discrimination against women »; « la Convención se centra en la discriminación contra la mujer »).

<sup>95</sup> Si l'on est juriste tatillon, on observera que les deux Conventions sur la discrimination traitent les conditions négatives avec une légère différence. Dans la Convention de 1965, l'expression utilisée fait clairement apparaître la conditionnalité (« à condition toutefois que ») tandis que, dans la Convention de 1979, il s'agirait non pas tellement d'une condition définitionnelle que d'une condition de légalité (« mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence [...] »). Toutefois, la différence entre ce qui définit une dérogation (une « mesure spéciale », en l'occurrence) et ce qui la rend illégale n'est pas, à proprement parler, abyssale.

<sup>96</sup> De temps à autre, ce principe, pourtant basique, en vient à être contesté. Toutefois, comme l'écrit Marc Bossuyt, c'est « le principe de non-discrimination [qui] fixe les limites de toute mesure d'action positive » (*La notion d'action positive et son application pratique, op. cit.*, par. 113).

<sup>97</sup> Mais quiconque pratique la discrimination positive se doit, par nature, d'être optimiste et donc convaincu que ses « mesures » donneront des résultats.

<sup>98</sup> Il est vrai (vrai et curieux) que le seul considérant du préambule (le n° 14) qui se réfère à la « réelle égalité » traite du rôle de l'homme (« le rôle traditionnel de l'homme dans la famille et dans la société doit évoluer autant que celui de la femme si on veut parvenir à une réelle égalité de l'homme et de la femme »). On se rappelle, toutefois, de l'« égalité de fait » de l'article 4 §1, que l'on a déjà vue.

d'estimer que toutes les femmes (ou, le cas échéant, dans une optique moins « sexiste », tous les êtres humains) finiront au terme de validité des « mesures spéciales » par bénéficier d'une « égalité de chances ». Dans ce cas, il nous faudra nous contenter de moyennes, forcément approximatives et, par conséquent, frustrantes.

Reste le problème de l'autre condition négative suivant laquelle l'adoption des « mesures [...] ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes ». Tout comme dans la Convention de 1965, laquelle influence ici plus qu'ailleurs sa sœur de 1979, on s'interrogera sur la valeur ajoutée de cette clause. Peut-on, en effet, concevoir une obligation d'abrogation des « mesures » une fois les objectifs atteints et, en même temps, un maintien de « normes inégales ou distinctes » ?<sup>99</sup> Alors même que, assurément, les « mesures » consisteront en un certain nombre de « normes »<sup>100</sup> de cette nature ? Et si l'obligation de ne point maintenir vaut obligation d'« abroger », quel est le rôle que vient jouer l'obligation pour les « mesures spéciales » d'être « temporaires » ?<sup>101</sup> Est-ce que lire trois fois la même chose dans une même phrase renforce son impact dans les esprits ? À tout le moins, on voit dans cette triple répétition la peur des négociateurs de franchir le pas décisif et de briser le tabou de l'égalité alors que toute la Convention de 1979 est centrée sur l'impératif de l'égalité des sexes. Ce n'est, autrement dit, pas de gaieté de cœur qu'ils ont accepté une dérogation à l'égalité (fût-elle abstraite et formelle) que certains États parties pourraient avoir instauré, même pour la bonne cause, ou qu'ils seraient tentés d'instaurer à l'avenir. Et ils sont naturellement loin d'imposer aux parties des mesures de discrimination compensatrice. D'autres pourtant le font, comme on le verra.

Avant, il convient de porter l'attention sur le fait que, dans la Convention sur les femmes, les « mesures [...] doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints ». Le terme « abroger » sied bien à des mesures de nature juridique. Si l'on peut « abroger » une loi ou un règlement, on peut moins, d'un point de vue linguistique, « abroger » un « standard ». Or, « abroger » reste une particularité de la version française et le mélange qu'elle semble faire, dans l'article 4 §1 CEDAW, entre « normes » et « mesures spéciales » peut pleinement justifier l'abrogation de celles-ci. En revanche, la version anglaise, qui se sert du terme vague et indéterminé de « standards », énonce que « these measures shall be discontinued » (et non « abrogated »). Il y a aussi deux autres nuances entre « doivent être abrogées » et

<sup>99</sup> Une auteure voit dans le non-maintien de normes inégales ou distinctes une limitation de possibilités pour une *affirmative action* (J.L. Southard, « Protection of Women's Human Rights under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women », *Pace International Law Review*, 1996, pp. 1-90, spéc. p. 82). Toutefois, c'est lorsque l'*affirmative action* aura rempli ses objectifs qu'il sera question de son non-maintien.

<sup>100</sup> Ce terme mériterait que l'on s'y attarde un peu. En français, « normes », tout comme en espagnol (« normas »), est un terme qui renvoie à des mesures peu ou prou juridiques. Est-ce que lesdites « normes » correspondent de manière absolue aux « standards », terme dont se sert la version anglaise (ou encore aux « стандарты », le terme russe) ? Si un « standard » n'est pas tout à fait une règle juridique, une différence entre les deux conditions négatives *sub examine* pourrait être conçue. Mais, dans ce cas, se pose forcément la question de savoir en quoi consisteraient les « standards », qui pourrait les adopter et, s'ils n'ont pas de valeur juridique, en quoi leur maintien dérangerait. D'ailleurs, pas seulement leur maintien mais également leur établissement. Si l'on est indolore, incolore, innocent, on l'est, en principe, de bout en bout.

<sup>101</sup> Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes n'hésite pas à estimer que « leur caractère "temporaire" peut, dans les faits, se traduire par une application de très longue durée » des « mesures spéciales » (observation générale n° 25, point 20).

« shall be discontinued ». Premièrement, s'il est certain que, dans la langue anglaise, l'utilisation du futur simple implique une obligation, l'utilisation, dans la version française, du verbe « devoir » n'est peut-être pas tout à fait innocente. Elle sert, au contraire, à accentuer le caractère de cette obligation, laquelle devient, en quelque sorte, un impératif absolu<sup>102</sup>. Puis, dans la version française, il est sous-entendu que ce soit une autorité compétente qui procède formellement à l'« abrogation », ce terme ayant le sens qu'il a en droit constitutionnel et administratif. Par contre, la version anglaise est, visiblement, moins formaliste tandis que la version espagnole (« estas medidas cesarán ») n'implique point, elle non plus, que ce soit une autorité administrative ou bien le corps législatif qui fasse en sorte que ces mesures sortent de vigueur. Bien plus souples que la version française, les versions anglaise et espagnole peuvent par conséquent être interprétées comme autorisant un juge à se prononcer sur la cessation d'effets pour une mesure prise par le passé lorsque, à son avis, « les objectifs en matière d'égalité de chances et de traitement ont été atteints ». Cette nuance est, dans un système juridique national, tout sauf inintéressante et pave la voie à un intéressant quoique complexe contentieux judiciaire<sup>103</sup>.

La dernière question relative à l'« abrogation » des « mesures spéciales temporaires » concernera le moment précis où cette abrogation devra avoir lieu. Il est vrai que, si l'on conçoit l'abrogation au sens habituel que ce terme revêt en droit constitutionnel ou en droit administratif, ce moment sera, forcément, précis tandis que, si l'on se penche plutôt en faveur du sens véhiculé par les versions anglaise et espagnole, une « discontinuation » ou bien une « cesación », l'on sera fixé plutôt par rapport à une période donnée que par un moment précis. C'est probablement la période qui est envisagée par la recommandation générale n° 25 du Comité. Premièrement, la recommandation envisage, assez logiquement par ailleurs, une période de validité des « mesures » en fonction « des résultats de la mesure en réponse à un problème concret » et non<sup>104</sup> « en fonction de délais prédéterminés », qui, atteints, sortiront automatiquement de vigueur les « mesures »<sup>105</sup>. Deuxièmement, de manière plus originale, mais au fond logique, la recommandation générale tient compte non point d'un moment historique donné auquel les objectifs d'une « mesure spéciale temporaire » auront été atteints et donc sa sortie de vigueur suivrait automatiquement ou, en tout cas, très vite, mais elle envisage, au contraire, le maintien provisoire en vigueur de la mesure

<sup>102</sup> Il en va de même de la version russe, très proche, sur ce point, de la version française (« эти меры должны быть отменены » ; nous soulignons). En revanche, la version espagnole suit le « modèle », plus souple, de la version anglaise (« estas medidas cesarán »).

<sup>103</sup> Avec la version russe, il semble que l'on revient à la rigueur de la version française puisque le verbe « отменить » est, le plus souvent, utilisé dans le sens de « abroger une loi ». Peut-on, toutefois, « abroger » un « standard »/« стандарт » ?

<sup>104</sup> Mauvaise rédaction ou erreur typographique, le texte français de la recommandation générale n° 25 n'en dit pas moins sur ce point exactement le contraire de ce qu'il souhaiterait apparemment dire (« Cette durée devrait être déterminée sur la base des résultats de la mesure en réponse à un problème concret et en fonction de délais prédéterminés »). Comparez avec la version anglaise et celle espagnole (« The duration of a temporary special measure should be determined by its functional result in response to a concrete problem *and not* by a predetermined passage of time » ; « La duración de una medida especial de carácter temporal se debe determinar teniendo en cuenta el resultado funcional que tiene a los fines de la solución de un problema concreto y *no* estableciendo un plazo determinado » ; nous soulignons).

<sup>105</sup> Pour un administrativiste, la notion d'abrogation automatique d'un règlement donné et sans intervention de quelque autorité que ce soit serait assez originale...

« dès que le résultat escompté a[ura] été obtenu depuis un certain temps » (point 20). Ainsi, est sérieusement envisagé le maintien en vigueur d'une mesure d'*affirmative action* pendant une certaine période que l'on pourrait appeler probatoire. Et la recommandation de recommander : « Il faut continuellement suivre les lois, les programmes et les pratiques visant à instaurer l'égalité de fait ou réelle pour éviter la perpétuation d'un traitement différentiel de plus en plus difficile à justifier » (point 11)<sup>106</sup>.

## **b) Une discrimination positive admise en faveur des personnes handicapées**

La Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées signée en 2006, Convention très largement ratifiée<sup>107</sup>, se réfère largement aux discriminations dont des personnes handicapées sont souvent les victimes mais également à d'éventuelles mesures de discrimination positive. Après avoir condamné toute discrimination à l'égard des personnes handicapées<sup>108</sup>, elle énonce ceci dans son article 5 §4 :

« Les mesures spécifiques qui sont nécessaires pour accélérer ou assurer l'égalité *de facto* des personnes handicapées ne constituent pas une discrimination au sens de la présente Convention ».

La conception de la discrimination positive est ici à peu près la même que dans les Conventions de 1965 et de 1979 en ce qu'il s'agit, tout d'abord, de mesures dérogatoires au principe d'égalité de traitement des citoyens. L'expression « mesures spécifiques »<sup>109</sup> au lieu de « mesures spéciales » ne peut être vue comme une différence qui mériterait une analyse<sup>110</sup> de même que le fait que ces mesures doivent être « nécessaires » et donc,

---

<sup>106</sup> Cela dit, selon le point 20 de la recommandation générale, « les mesures en question peuvent être rapportées dès que le résultat escompté a été obtenu depuis un certain temps ». Ce qui sème le trouble est la présence, dans cette phrase, du verbe « pouvoir », un verbe susceptible de signifier que rapporter les mesures ne serait point imposé par la Convention mais que cela serait juste une faculté. En d'autres termes, lesdites mesures pourraient parfaitement s'éterniser au mépris de la philosophie générale de l'*affirmative action* laquelle n'admet que des mesures compensatrices temporaires. L'approximation de la version française de la recommandation générale est désespérante si on la compare avec les versions anglaise et espagnole (« Temporary special measures *must be discontinued* when their desired results have been achieved and sustained for a period of time » ; « Las medidas especiales de carácter temporal *deben suspenderse* cuando los resultados deseados se hayan alcanzado y se hayan mantenido durante un período de tiempo » ; nous soulignons).

<sup>107</sup> 184 parties en mars 2022 même si le Protocole facultatif de même date ne concerne « que » cent parties.

<sup>108</sup> Suivant son article 2, al. 3, « on entend par “discrimination fondée sur le handicap” toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a pour objet ou pour effet de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel, civil ou autres ». La définition est assez classique et on devra à nouveau observer qu'il aurait suffi de mentionner l'effet « compromettre » pour faire constituer une discrimination ; ajouter « détruire à néant » n'ajoute strictement rien si ce n'est au niveau politique et psychologique. La définition ajoute que « la discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable ». Qu'une discrimination comprenne toutes les formes de discrimination, cela s'entend facilement. Toutefois, le dernier membre de phrase de la disposition citée a une signification à part que l'on rencontrera à nouveau.

<sup>109</sup> Elles sont « spécifiques » aussi dans les versions anglaise et espagnole mais elles deviennent « concrètes » dans la version russe (« конкретные меры »). Il est douteux que cela constitue une réelle différence.

<sup>110</sup> Voir quand même pour un effort d'explication de cette volonté de la Convention de 2006 de se distinguer d'autres conventions R. Cera, « Article 5 (Equality and Non-Discrimination) » in V. Della Fina, R. Cera et G. Palmisano (dir.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities : A Commentary*, Springer, 2017, pp. 157-174, spéc. p. 171.

finalement, proportionnées<sup>111</sup>. Leur objectif, en revanche, qui détermine leur caractère de « nécessaires », comporte une certaine originalité puisque celui-ci combine l'objectif des « mesures spéciales » de la Convention sur la discrimination raciale (« assurer comme il convient le développement ou la protection ») et des « mesures spéciales » de la Convention sur les femmes (« accélérer l'instauration d'une égalité »). « Accélérer » renvoie à un processus tandis que « assurer » se réfère au résultat. Combiner les deux objectifs constitue une solution médiane, un compromis diplomatique qui cache probablement des dissensions internes à la conférence d'adoption de la Convention. Les « mesures spécifiques » peuvent, en d'autres termes, être « radicales » et tendre, par conséquent, à l'objectif idéal, à savoir « assurer l'égalité ». Elles peuvent aussi se montrer d'une moindre ambition et se limiter à rendre plus rapide la marche vers l'égalité sans pour autant forcément tendre à l'« assurer » *in fine*. Le choix dépend de chaque État partie. Que les mesures aillent jusqu'au bout ou qu'elles s'arrêtent à la moitié du chemin, l'égalité visée est toujours une égalité « de facto », caractéristique qui constitue la quintessence de toute *affirmative action*.

Ce qui attire l'attention à la lecture de l'article 5 §4 de la Convention sur les personnes handicapées est le fait qu'aucune « mesure spécifique » n'est envisagée sous un angle *ratione temporis* alors que toutes sortes de limite dans le temps caractérisent les « mesures spéciales » dans les deux autres Conventions examinées. Il est difficile de croire qu'il s'agit d'un oubli. Tout simplement, hélas, un handicap, en tout cas la plupart d'entre eux, crée une situation de désavantage non seulement profond mais aussi et, surtout, permanent<sup>112</sup>. C'est donc le maintien de telles « mesures spécifiques » qui seul peut faire qu'une certaine inégalité compensatrice puisse contribuer à effacer ou, pour être plus pragmatique, à atténuer le désavantage que crée automatiquement un handicap tel que défini dans l'article 1<sup>er</sup>, al. 2, de la Convention<sup>113</sup>.

De manière fort intéressante, l'observation générale n° 6 du Comité des droits des personnes handicapées, un des textes onusiens les plus inspirés en matière d'égalité et de non-discrimination, pose deux limites aux mesures d'« action positive » en faveur des personnes handicapées, une limite *ratione materiae* et une autre relative à la

<sup>111</sup> Ce n'est pas ainsi qu'entend le mot « nécessaires » une auteure selon laquelle une absence de telles mesures spécifiques « nécessaires » pourrait, suivant les situations, conduire à l'établissement d'une discrimination (J.L. Corsi, « Article 5 [Equality and Non-Discrimination] » in I. Bantekas, M. Ashley Stein et D. Anastasiou (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Oxford, OUP, 2018, pp. 140-170, spéc. p. 169).

<sup>112</sup> L'observation générale n° 6 de 2018 sur l'égalité et la non-discrimination du Comité des droits des personnes handicapées note sobrement que, « dans certains cas, des mesures spécifiques permanentes sont nécessaires, compte tenu du contexte et des circonstances, y compris en raison d'un handicap particulier ou des obstacles structurels de la société » (point 28).

<sup>113</sup> Aux termes de cette disposition, « par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres ». Dans son observation générale n° 6, le Comité des droits des personnes handicapées conçoit la « discrimination fondée sur le handicap » de manière large puisqu'une telle discrimination « peut viser des personnes qui ont un handicap, qui ont eu un handicap, qui sont prédisposées à avoir un handicap plus tard dans leur existence, dont on suppose qu'elles ont un handicap, ainsi que les personnes qui sont associées à une personne handicapée. Cette dernière forme de discrimination est dite “discrimination par association” » (point 20). Cet élargissement de la notion est, par certains côtés, problématique. Il est, de même, susceptible de rendre plus difficile le déploiement d'actions de discrimination positive.

procédure de leur adoption. Ces mesures « ne doivent pas conduire à la perpétuation de l'isolement, de la ségrégation, des stéréotypes, de la stigmatisation ou d'autres formes de discrimination à l'égard des personnes handicapées. Les États parties doivent donc consulter étroitement et faire activement participer les organisations qui représentent les personnes handicapées, lorsqu'ils adoptent des mesures spécifiques » (point 29). L'objectif de cette phrase est évident et assurément noble. S'il est aussi réaliste, cela est une autre question. Dès le moment qu'une mesure de discrimination positive bénéficie à un groupe, les membres de celui-ci peuvent être vus comme stigmatisés et ce n'est, hélas, pas une quelconque pédagogie imposée d'en haut qu'elle peut changer tel préjugé sociétal. La participation des organisations représentatives des personnes handicapées dans l'adoption des « mesures spécifiques », quoique manifestement utile, ne peut forcément changer grand-chose sur ce point. Elle sert, toutefois, à adouber les « mesures spécifiques » et, ce faisant, à atténuer la crainte ou les hésitations des autorités nationales qui les adoptent formellement. Si l'on en croit l'observation générale, il faut canaliser les États et, à la limite, faire en sorte que la discrimination positive décrétée n'aboutisse pas à des résultats inverses de ceux qu'ils souhaitent. L'idée est intéressante et pourrait être exportée au cas de nombreuses autres politiques d'*affirmative action*.

Enfin, on observera que la Convention des Nations Unies de 1989 sur les droits de l'enfant abonde, elle aussi, en références à des « mesures spéciales ». Toutefois, tant que celles-ci se réfèrent à l'ensemble des enfants, on ne peut raisonnablement parler de discrimination positive. Si tout le monde, même dans certaines limites d'âge, bénéficie de « mesures » compensatrices, personne, en réalité, n'en bénéficie. On notera une seule exception, seule de l'article 23 §2 qui reconnaît « le droit à des enfants handicapés de bénéficier de soins spéciaux », ce qui renvoie, à première vue, aux mesures de discrimination positive au profit des personnes handicapées et donc à la Convention spécifique des Nations Unies, adoptée, il est vrai, dix-sept ans plus tard. Toutefois, la discrimination positive au profit des enfants handicapés semble davantage limitée dans la Convention de 1989 que dans celle de 2006. Plus particulièrement, les « soins spéciaux » en faveur des enfants handicapés sont fonction des « ressources disponibles » dans chaque État partie. La Convention de 1989 cède, néanmoins, volontiers le pas devant une autre convention qui contiendrait des « dispositions plus propices à la réalisation des droits de l'enfant » (article 41), clause de « mieux disant » dont le modèle semble être l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>114</sup>. On remarquera aussi que le terme de la version française « soins spéciaux » au profit des enfants handicapés n'est pas des plus réussis en ce qu'il renvoie plus ou moins étroitement au domaine de la santé. Ce terme noie une tentative de discrimination positive dans une problématique plus générale et assez neutre puisque, c'est une lapalissade, ce sont des personnes malades qui ont besoin de « soins spéciaux », pour

---

<sup>114</sup> Encore faudra-t-il souligner que l'article 53 CEDH est rarement utilisé par la jurisprudence étant donné que, face au requérant devant la Cour de Strasbourg qui sert à protéger « son » droit, on a souvent les droits de l'ensemble social incarnés par l'action de l'État, celle-là même dont le requérant allègue la non-conformité à la CEDH (sur cette problématique, S. Karagiannis, « La Convention européenne des droits de l'homme drapée dans sa modestie ? À propos de l'article 53 CEDH », *Journal du droit international [Clunet]*, 2021, pp. 801-880, spéc. p. 868 et s). En revanche, l'article 41 de la Convention sur les droits de l'enfant échappe à cette juxtaposition/opposition de deux droits, celui du requérant et celui de la société. Sans doute, « l'intérêt supérieur de l'enfant » (article 3 §1) passe par là.

celles en bonne santé des « soins » normaux, essentiellement préventifs, pouvant largement suffire. Le terme anglais de « special care » semble davantage approprié<sup>115</sup>.

## Partie II – Une discrimination positive imposée

Tout comme par rapport à la discrimination positive autorisée, de même par rapport à la discrimination positive imposée, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale a une signification toute particulière. Non seulement, elle constitue le premier instrument international à y faire référence mais, probablement, nulle part ailleurs une obligation de discrimination positive n'est-elle aussi clairement énoncée si l'on excepte la récente Convention interaméricaine contre le racisme, la discrimination raciale et les formes connexes d'intolérance. Toutefois, cette obligation s'accompagne d'un certain nombre d'incertitudes, voire de difficultés substantielles d'interprétation de la disposition pertinente, incertitudes et difficultés qui peuvent faire que son impact s'en trouve diminué ou relativisé (A). Les ambiguïtés en la matière, quoique non d'une nature identique, se rencontrent également dans certains autres instruments qui, à leur tour, envisagent plus ou moins clairement une *affirmative action* obligatoire (B).

### A. Des obligations d'*affirmative action* face aux tolérances de l'*affirmative action*: un jeu risqué?

Concilier une permission avec une obligation n'a rien d'évident et la Convention de 1965 souffre de cette (apparente ?) contradiction (a)<sup>116</sup>. Ses homologues interaméricaines de 2013 semble se porter mieux de ce point de vue. Non seulement elle assume clairement une obligation de discriminer positivement mais, en plus, elle trouve un terrain d'entente entre autorisation et obligation même si tout n'est pas parfait en la matière (b).

#### a) L'obligation de discrimination positive dans la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale: une clarté obscure?

La Convention de 1965 comporte incontestablement une obligation pour les États parties de faire valoir, dans certaines situations, des mesures compensatrices en faveur de certains groupes que l'on estimera comme désavantagés. Du coup, cette obligation devra être comparée à l'autorisation de telles mesures spéciales énoncée dans l'article 1 §4 de cette Convention, que l'on a déjà analysé. Les mesures obligatoires de discrimination positive sont énoncées dans son article 2 §2 qui a la teneur suivante :

« Les États parties prendront, si les circonstances l'exigent, dans les domaines social, économique, culturel et autres, des mesures spéciales et concrètes pour assurer comme il convient le développement ou la protection de certains groupes

---

<sup>115</sup> Il en est de même de la terminologie russe (« особая забота ») tandis que celle espagnole se rapproche de la terminologie française (« cuidados especiales »).

<sup>116</sup> Au-delà du petit cercle des traités portant sur la discrimination positive, on constate que la déclaration de la Conférence mondiale de Durban contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée (2001) adopte, elle aussi, une position ambiguë en ce qu'elle appelle de ses vœux des « mesures spéciales et positives » dans son par. 107 et ce qu'elle déclare qu'il est nécessaire d'en adopter dans son par. 108.

raciaux ou d'individus appartenant à ces groupes en vue de leur garantir, dans des conditions d'égalité, le plein exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ces mesures ne pourront en aucun cas avoir pour effet le maintien de droits inégaux ou distincts pour les divers groupes raciaux, une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient ».

Même une première et rapide lecture de cette disposition rend évident que ses termes se reflètent, du moins en partie, dans les termes de l'article 1 §4 de la Convention. Les deux dispositions sont deux sœurs jumelles possédant pourtant chacune son propre caractère et souhaitant mener sa vie chacune à sa guise. La différence de caractère est particulièrement tranchée lorsque l'on considère que la disposition de l'article 1 §4 est permissive tandis que celle de l'article 2 §2 est autoritaire, du moins à première vue. Le fait que la seconde impose une obligation se manifeste par l'emploi du futur simple (« Les États parties prendront »). Comme le signale *Le Bon Usage*, « le futur simple peut s'employer au lieu de l'impératif »<sup>117</sup>. Certes, il y a plusieurs manières dans la langue française pour noter l'obligation, opposée à la faculté ou la possibilité, et l'on peut se demander si toutes véhiculent le même degré de contrainte. Il se peut que l'utilisation du verbe « devoir » ou de l'expression « être tenu à » soient à même d'intensifier la contrainte cependant que la contrainte est déjà présente dans l'emploi du futur simple. Du reste, cette conclusion est facile à corroborer si l'on regarde les versions anglaise (« States Parties shall [...] take ») et espagnole (« Los Estados partes tomarán ») de la même disposition. Toutes les deux se servent également du futur simple, mode verbal qui, dans les langues correspondantes, est par excellence la notation d'une obligation. Et si le moindre doute subsistait, la prise en considération de la version russe confirmera définitivement que l'article 2 §2 impose bel et bien une obligation juridique (« Государства-участники *должны* принимать »)<sup>118</sup>.

Cela dit, l'obligation en question est, d'une certaine manière, atténuée par l'expression qui suit immédiatement le verbe « prendront ». « Si les circonstances l'exigent » est typiquement une expression qui module une obligation et cela d'une double manière. En premier lieu, il doit y avoir des « circonstances » particulières, ce qui signifie que, en temps normal, l'article 2 §2 ne peut jouer. Puis, les « circonstances » se doivent d'être d'un tel degré qu'elles imposent la prise de mesures de discrimination positive<sup>119</sup>. La

<sup>117</sup> M. Grevisse, *Le Bon Usage*, Paris, Duculot, 12<sup>ème</sup> éd. par A. Goosse, 1986, p. 1297, n° 857.

<sup>118</sup> Nous soulignons. « Должны » signifie « doivent » ou « devront ».

<sup>119</sup> Il est possible que, avec le verbe « exiger », la version française place la barre encore plus haut que la version anglaise (« when the circumstances so warrant »). « To warrant » est parfois défini de manière ambiguë comme, par exemple, dans le Dictionnaire Merriam-Webster (« to give adequate ground or reason for » in <https://www.merriam-webster.com/dictionary/warrant>) ou bien dans le Dictionnaire Oxford (« to justify or necessitate » in <https://www.lexico.com/definition/warrant>). D'autres dictionnaires standard de langue anglaise rapprochent, néanmoins, ce verbe du haut degré d'impérativité qu'implique le verbe français « exiger ». Ainsi, pour Cambridge, il signifie « to make a particular activity necessary » (in <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/warrant>) et pour Collins « to make an action seem necessary or appropriate for the circumstances » (in <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/warrant>). Et, si la version russe est proche de la version française (« когда обстоятельства этого требуют »), la version espagnole semble vouloir prendre quelques distances avec les autres versions en ce qui concerne la qualité des « circonstances » (« cuando las circunstancias lo aconsejen »). En effet, « aconsejar » signifie à la fois « dar a alguien un consejo u opinión » mais aussi « hacer que alguien vea o comprenda que otra cosa es necesaria » (in <https://dle.rae.es/aconsejar>).

difficulté majeure restera, néanmoins, de savoir qui peut juger que les « circonstances exigent » (ou n'« exigent » pas) la prise des mesures dont il sera question. Dans le silence du texte, on peut, de prime abord, penser à chaque État partie qui, de manière individuelle et autonome, se doterait du pouvoir d'évaluer les « circonstances ». Cela s'accorde parfaitement avec les caractéristiques du droit international général qui impose aux États contractants d'« exécuter » les traités eux-mêmes, mais « de bonne foi »<sup>120</sup>. Dans cette optique, seul donc le principe *bona fide* limiterait le pouvoir de l'État partie à la CERD d'évaluer la présence de « circonstances [qui] exigent ». Il ne faut pas cependant oublier le rôle que peut jouer en la matière le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale que la Convention crée.

Avant d'examiner l'éventuel rôle du Comité en la matière, il est essentiel de comprendre comment l'article 2 §2 CERD conçoit l'obligation de la discrimination positive alors même que, dans son article 1 §4, la Convention se contente, lorsque certaines conditions sont satisfaites, d'entériner une discrimination positive mise en œuvre par un État sur sa propre initiative. Si une discrimination positive est un devoir, voire même une obligation juridique, il devient *a priori* incompréhensible comment elle peut, en même temps, être soumise à une procédure d'autorisation. Ce qui est obligatoire n'a pas besoin d'être autorisé mais aussi, inversement, ce qui est autorisé n'(en) est pas (pour autant) obligatoire. La seule issue à ces contradictions logiques est de penser que la discrimination positive dont parlent les deux dispositions de la Convention n'est pas la même. Une comparaison entre la mise en œuvre des deux dispositions devient ainsi indispensable.

S'agissant, tout d'abord, des bénéficiaires des « mesures », ils semblent, à première vue, être les mêmes dans les deux cas. Malgré tout, si l'on cherche dans les détails, on découvre que bénéficiaires des « mesures » imposées sont les seuls « groupes raciaux », à l'exclusion donc des « groupes ethniques ». À supposer que l'on puisse établir une vraie distinction entre les deux « groupes », force est de considérer que les rédacteurs de la Convention imposent la discrimination compensatrice uniquement par rapport aux premiers, le « développement » desquels constitue, après tout, si les mots ont un sens, la raison d'être de la Convention. Il est donc possible qu'un État partie n'ait pas à se livrer à titre obligatoire à une *affirmative action* lorsque le groupe reste uniquement « ethnique » et n'est pas en même temps « racial ». Cela serait, par exemple, le cas d'un groupe dont l'« ethnicité » distinctive passerait par une langue particulière, par des coutumes (y compris de nature juridique) particulières, etc. C'est donc ici qu'il devient indispensable de distinguer entre les deux groupes bénéficiaires, en égalité, de ce que prévoit l'article 1 §4. C'est ici aussi que la Convention sur la discrimination raciale se souvient qu'elle porte vraiment sur la discrimination « raciale », se permettant, ailleurs que dans l'article 2 §2, d'abriter sous ses ailes bienveillantes plusieurs groupes dont certains seulement seraient « raciaux »<sup>121</sup>.

Les « individus » sont également mentionnés parmi les bénéficiaires de l'article 2 §2, mais de manière bien plus rationnelle que dans le cadre de l'article 1 §4. Il ne s'agit plus

<sup>120</sup> Article 26 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

<sup>121</sup> Voir, toutefois, *supra* note 80.

d'« individus » de manière générale, expression qui, de par son caractère vague, porte préjudice à la crédibilité de la Convention, mais « d'individus appartenant à ces groupes [raciaux] »). La question est, néanmoins, comment et pourquoi on peut faire une distinction entre un ensemble et certains membres (lesquels par ailleurs ?) d'un ensemble. La seule solution à cette difficulté serait peut-être de considérer que la mention distincte des « individus » se réfère à des sous-groupes (mais, alors, de quelle importance numérique ?) dont certains ne pourraient *in fine* bénéficier des « mesures » au même rythme que la majorité du groupe<sup>122</sup>. La référence aux « individus » aurait ainsi quelque chose à voir avec le maintien en vigueur des « mesures » en faveur d'« individus » n'ayant pas su se « développer » à l'égal de la majorité du groupe. Certes, il n'est pas facile de distinguer entre sous-ensembles du même ensemble, ni juridiquement ni politiquement. Mais, justement, parce que ceci s'avère difficile pour plusieurs raisons, la référence à des « individus appartenant à ces groupes » « règle » la difficulté. Escamoter un problème est parfois considéré comme une manière pour le régler.

Quant aux conditions de sortie de validité des « mesures spéciales et concrètes », elles sont à peu près les mêmes que celles pour les « mesures spéciales » de l'article 1 §4. Les deux ensembles de « mesures » devraient, à un moment donné, être démantelées. De manière attendue, ce moment sera évalué de manière fonctionnelle (« une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient »<sup>123</sup>) et non pas de manière purement temporelle. On notera que, contrairement aux « mesures » de l'article 1 §4, dont la sortie de validité obéissait de manière illogique à deux critères séparés quoique fort proches (pas de « maintien de droit distincts » ; non « maintenues en vigueur une fois atteints les objectifs auxquels elles répondaient »), on revient, s'agissant des « mesures » de l'article 2 §2, à plus d'économie de mots tout en disant la même chose : les objectifs atteints, on se contente d'un non-maintien « de droits inégaux ou distincts pour les divers groupes raciaux »<sup>124</sup>. Il n'est pas certain qu'il y ait une différence entre « droits distincts » (article 1 §4) et « droits inégaux et distincts » (article 2 §2), les deux épithètes, eu égard au contexte, relevant probablement, dans cette dernière expression, de la redondance. On observera, enfin, que le « non-maintien » se rapporte chaque fois aux seuls groupes « raciaux », « individus » (article 2 §2) et « groupes ethniques » et « individus » (article 1 §4) disparaissant inexplicablement de toute considération de « non-maintien » de « droits ». Cela dit, et dans la stricte mesure où les objectifs des deux ensembles de « mesures » ne seraient pas les mêmes, on peut se demander si elles sont vouées à être révoquées simultanément. La question est de savoir si, par rapport à un même « groupe », une « mesure » de discrimination positive autorisée doit cesser au moment même où une « mesure » de discrimination positive identique (ou analogue) imposée cesse. Autrement dit, est-ce qu'il y aurait une marge pour un État partie de maintenir en vigueur une « mesure » à titre volontaire alors même que cette mesure ne lui serait plus imposée ? On pourrait répondre que cela devrait pouvoir être le cas mais,

<sup>122</sup> Voir pour une étude classique en Israël, N. Lerner, « Inter-Group Tensions in Israel : Are Legal Solutions Effective ? », *Israel Yearbook on Human Rights*, 1985, pp. 88-100.

<sup>123</sup> Et c'est une autre question que de savoir si les « objectifs » des deux ensembles de « mesures » peuvent être exactement les mêmes.

<sup>124</sup> Pour compenser, en quelque sorte, l'absence du double cliquet qui caractérise l'article 1§4, l'article 2§2 ajoute qu'un tel maintien de « mesures » ne se fera « en aucun cas ».

en étant plus attentif, on constate que les conditions de sortie de validité des « mesures » sont largement les mêmes dans les deux paragraphes examinés ici<sup>125</sup>. On peut, dans ce cas, se rapporter au domaine exact de leur application.

Or, regarder le domaine d'application *ratione materiae* de ces deux dispositions peut donner lieu à des surprises. On remarque ainsi que l'article 1 §4 se réfère aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales de manière générale alors même que les « mesures » de l'article 2 §2 se concentrent aux « domaines social, économique, culturel ». Certes, ces épithètes sont suivies des mots « et autres », mots qui peuvent être interprétés de manière large, mais il reste significatif que ce sont les droits dits de deuxième génération qui sont concrètement identifiés. De là, on pourrait conclure que l'obligatorité d'une discrimination positive viserait essentiellement, peut-être même exclusivement, les droits sur lesquels portent le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels, qui, certes, n'était pas encore conclu en 1965 mais qui était déjà très largement rédigé et sur le point d'être formellement adopté. Signe indicatif de cette tendance est aussi le fait que, contrairement à l'article 1 §4, l'article 2 §2 prévoit l'adoption de mesures non seulement « spéciales » mais aussi « concrètes ». Le « concret » va au-delà du théorique, de l'abstrait, du juridique et sied particulièrement bien à ces catégories de droits humains. Il en va probablement de même de l'objectif qui consiste dans le « développement » des groupes bénéficiaires des « mesures » de l'article 2 §2, terme, lui aussi, plus concret que le « progrès » de certains groupes auquel se réfère l'article 1 §4<sup>126</sup>. Une distinctivité *ratione materiae* entre les dispositions *sub examine* commence ainsi à être entrevue. Cela dit, chaque fois l'objectif final est le même (ou presque) : « la jouissance et l'exercice des droits de l'homme » (article 1 §4) ; « le plein exercice des droits de l'homme » (article 2 §2).

En ce qui concerne, maintenant, le rôle du Comité de la discrimination raciale, celui-ci est largement conçu sur le modèle de tous les Comités « gérant » les conventions onusiennes sur les droits de l'homme<sup>127</sup>. Il s'agit d'un rôle double. Pour – un petit – nombre d'États parties qui ont souscrit la déclaration de l'article 14 §1 de la Convention<sup>128</sup>, le Comité peut jouer un rôle d'organe (quasi-)judiciaire en recevant des communications de personnes (ou de groupes) se plaignant d'être victimes d'une violation par l'État partie mis en cause « de l'un quelconque des droits énoncés dans la présente Convention ». La question est, déjà, de savoir si l'article 2 §2 de la Convention crée un « droit », surtout un droit individuel, alors même que les mesures spéciales de

<sup>125</sup> On pourrait aussi répondre à cette question par une pirouette. Dans la mesure où un « groupe racial » ne serait pas un « groupe ethnique », l'État pourrait maintenir en vigueur une « mesure » en faveur d'un « groupe ethnique » même si la maintenir en faveur d'un « groupe racial » ne serait plus une obligation. *Quid*, néanmoins, si, dans les deux cas, un même « groupe racial » était concerné ?

<sup>126</sup> Avec son acuité habituelle, Meron (op. cit., p. 309 et s.) se penche sur le terme « développement » pour s'interroger si, à la longue, le « développement » et, peut-être encore plus le « progrès », n'entraînent un risque d'assimilation du groupe. Toutefois, il oppose l'objectif de « développement » à celui de « protection » du groupe. Une « protection » sauverait, à tout le moins, le groupe d'une disparition pure et simple induite par le biais d'une acculturation assimilatrice. On opposera seulement à cette intéressante construction du professeur américain que si la « protection » contrebalance (et complète) le développement » dans l'article 2 §2, aucune « protection » n'est disponible pour s'opposer au « progrès » dans l'article 1 §4.

<sup>127</sup> Enfin, c'est plutôt l'inverse au vu de l'antériorité de la CERD.

<sup>128</sup> 59 parties en mars 2022. Y compris la Palestine (depuis 2019).

discrimination positive s'adressent, certes, à des individus mais dans la mesure où ceux-ci appartiennent à l'un des « groupes » concernés<sup>129</sup>. En vérité, il y a eu certaines communications individuelles portées devant le Comité qui ont allégué une violation de l'article 2 §2. Sauf erreur, toutes ces communications ont été déclarées irrecevables<sup>130</sup> ou, jugées recevables, elles n'ont pas révélé, de l'avis du Comité, de violation de la Convention sur le fond sur le terrain de l'article 2 §2<sup>131</sup>. Il y a ici un manque de maîtrise du subtil mécanisme de cette disposition de la part des plaignants et de leurs conseils<sup>132</sup>.

Concernant, maintenant, le rôle, davantage traditionnel, que joue le Comité en tant qu'évaluateur des rapports périodiques que les parties se sont engagées à lui soumettre, il sera plus facile de constater des manquements par rapport à l'article 2 §2. Une question qui risque, néanmoins, de perturber son travail est sa connaissance même de situations susceptibles de relever d'une obligation de discriminer positivement. En principe, un tel manquement aurait dû être porté à la connaissance du Comité par ceux qui s'en prétendraient victimes (même à titre collectif) sauf que, dans ce cas, la voie de la communication leur serait ouverte. En quelque sorte, une soixantaine<sup>133</sup> de parties à la CERD échappent donc à la possibilité du Comité de prendre connaissance d'une éventuelle violation de l'article 2 §2 directement par les intéressés<sup>134</sup>. Restent les autres moyens que l'on peut imaginer, notamment la prise de connaissance d'une telle violation par le Comité par ses propres moyens au risque, toutefois, que cette connaissance soit floue, approximative, biaisée quelle que soit par ailleurs la qualité du dialogue du Comité avec les représentants de l'État partie auteur du rapport périodique. Parfois, le Comité demande au gouvernement de l'informer sur l'éventuelle existence de « groupes raciaux » qui, s'ils existent et s'ils sont défavorisés, auraient droit à des mesures de discrimination positive.

Malgré tout, si l'article 2 §2 CERD impose une obligation d'agir, l'inertie de l'État partie devrait inciter le Comité à recommander sur ce point une action des autorités nationales. Il est évidemment impossible dans le cadre de cette étude de se pencher un tant soit peu sur l'évaluation des rapports nationaux par le Comité CERD mais une impression générale est que l'article 2 §2 est largement discuté quoique non, le plus souvent, en des termes d'obligation juridique qui n'aurait pas été respectée. Il est vrai (et naturel) que le ton feutré des diplomates l'emporte le plus souvent. Le débat de fond, qui existe, est parfois obéré de considérations qui portent sur nombre de domaines connexes, peut-être même pas tous relevant du domaine d'application de la CERD

<sup>129</sup> Au point de vue de la procédure, et contrairement au cas du Protocole facultatif de 1966 au Pacte sur les droits civils et politiques, une communication au sens de l'article 14 CERD peut émaner non seulement de « personnes » mais également de « groupes de personnes » (paragraphe 1<sup>er</sup>). Dans l'un et l'autre cas, il faut que les plaignants « relèv[e]nt de la juridiction » de l'État contre lequel la communication est adressée.

<sup>130</sup> Voir, par exemple, l'opinion du Comité dans l'affaire *D.S. c. Suède* (2001).

<sup>131</sup> Voir, par exemple, l'opinion du Comité dans l'affaire *A.M.M. c. Suisse* (2014) ou *V.S. c. Slovaquie* (2015).

<sup>132</sup> Une ou deux allégations de violation de l'article 1 §4 CER sont purement anecdotiques. On ne voit pas, en effet, comment un plaignant s'estimant victime d'une discrimination raciale pourra sérieusement prétendre qu'une discrimination positive dont lui ou d'autres seraient bénéficiaires puisse violer la CERD.

<sup>133</sup> Voir *supra* note 128.

<sup>134</sup> Même si l'on ne peut exclure que tel individu ou tel groupe écarte la voie « judiciaire », encombrée, il est vrai, de difficultés procédurales (épuisement des recours internes, etc.), au profit d'une plainte informelle ou d'une dénonciation au Comité.

(langues, religions, situation des étrangers, droits des réfugiés et des immigrants...) en dépit des miracles que produit l'intersectionnalité. Une chose semble, en tout cas, certaine. Le Comité s'intéresse bien plus à l'instauration de mesures de discrimination positive sans se soucier vraiment de la temporalité de celles-ci ou encore des conditions qui les rendent conformes à la Convention. Il est vrai que les États se montrent souvent hésitants, voire perplexes en la matière. Inversement, le Comité ne semble pas s'intéresser particulièrement au sujet des mesures affirmatives déjà en place ou leur éventuelle conformité à la Convention. Dans les évaluations du Comité, il est très souvent question de l'article 2 §2, beaucoup moins de l'article 1 §4 CERD<sup>135</sup>.

Pour être plus complet en ce qui concerne l'action des organisations universelles dans le domaine de lutte contre la discrimination raciale, il faudra aussi envisager brièvement deux autres instruments. Aucun des deux n'a la nature d'un traité international. Pour commencer, la déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée en 1963<sup>136</sup> fait figure, d'emblée, de texte ayant préparé la CERD, adoptée, elle, sous le même intitulé, deux ans plus tard. Suivant l'article 2 §3 de la Déclaration,

« Des mesures spéciales et concrètes devront être prises dans des circonstances appropriées pour assurer le développement ou la protection adéquate des personnes appartenant à certains groupes raciaux en vue de garantir à ces personnes la pleine jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ces mesures ne devront en aucun cas avoir pour conséquence le maintien de droits inégaux ou distincts pour différents groupes raciaux ».

On constate, du premier coup d'œil, les ressemblances conceptuelles entre la Déclaration et la Convention. On constate, toutefois, aussi nombre de dissemblances qui, globalement, ne militent pas en faveur de la Convention. Sans entrer dans les détails, on voit immédiatement que le texte de 1963 est conçu de manière bien plus simple et stylistiquement plus élégante. Point ici de jeu compliqué entre « groupes raciaux » et « individus » appartenant à ceux-ci. En lieu et place de « pour assurer comme il convient le développement », on a tout simplement « pour assurer le développement [...] adéquat ». De même, à la place de « si les circonstances l'exigent », on lit « dans des circonstances appropriées », expression probablement moins contraignante que celle de 1965 et imposant par conséquent plus largement une obligation d'adoption de « mesures spéciales et concrètes ». L'obligatorité est d'ailleurs exprimée sans ambages (« Des mesures [...] devront être prises »). Lesdites mesures concerneront, au demeurant, n'importe quel domaine et non pas certains domaines énumérés, quoique, on l'a vu, pas limitativement, dans l'article 2 §2 CERD. Ce qui constitue, en tout état de cause, la

---

<sup>135</sup> Il existe des exceptions, toutefois. Ainsi, par exemple, « à propos des mesures prises par le Costa Rica pour promouvoir le développement économique, social et culturel de la population indigène, tout en la protégeant contre les communautés plus avancées, les membres du Comité ont exprimé quelque inquiétude, craignant que des mesures de protection excessives en fassent "une pièce de musée" au lieu de l'intégrer à la vie nationale, ce qui répondrait certainement davantage aux intérêts du pays » (*Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, New York, 1981, p. 91, n° 281). Au-delà de cette approche furieusement assimilationniste, qui aurait pu moins facilement être avancée aujourd'hui dans ces mêmes termes, force est de noter que le Comité n'hésite pas, à l'occasion, à évaluer, dans les grandes lignes, la compatibilité d'une *affirmative action* avec l'article 1§4 même si cet article est rarement cité.

<sup>136</sup> Résolution 1904 (XVIII) de l'Assemblée générale.

grande différence entre la Déclaration et la Convention est le fait que la première ne connaît que l'hypothèse d'une discrimination positive imposée, point celle d'une discrimination positive autorisée. Cela simplifie incontestablement les choses en même temps que cela rend la Déclaration bien plus radicale que la Convention. Il est possible que, deux ans après l'adoption de la Déclaration, ceux en charge de la négociation de la Convention se sont aperçus de cette radicalité qu'ils se sont proposé d'opposer/juxtaposer à la simple autorisation d'actions nationales positives par le biais de l'article 1 §4 dont l'équivalent dans la Déclaration n'existe tout simplement pas. Mais, d'une certaine manière, cela cadre bien avec les natures juridiques différentes des deux textes. Lorsqu'on assume des obligations politiques ou morales, on se permet souvent d'être généreux, radical, révolutionnaire. C'est lorsque l'on est sur le point d'assumer des obligations juridiques et concrètes, bref des obligations, que l'on devient timoré même si la prudence retrouvée ne peut totalement effacer la radicalité d'antan.

Le caractère politique et moral des obligations prévues est également apparent dans la Déclaration de l'UNESCO de 1978 sur la race et les préjugés raciaux sans toutefois atteindre la clarté qui caractérise la Déclaration de 1963. Les bons sentiments anti-discrimination sont nombreux, essentiellement dans l'article 9 de la Déclaration de l'UNESCO, mais, juridiquement, à supposer, déjà, que cette Déclaration possède une réelle valeur juridique, ce qui est fort douteux<sup>137</sup>, il y a des généralités fort gênantes qui en diminuent autant l'« exploitabilité » du texte par les juristes. Il n'y a aucune définition de la « discrimination raciale », terme que l'on rencontre dans l'article 9 §1, et il n'est pas certain que la considération, correcte, dans la même disposition, suivant laquelle « le principe de l'égalité en dignité et en droits de tous les êtres humains [...], quelles que soient leur race, leur couleur et leur origine, est un principe généralement accepté et reconnu en droit international » serve un tant soit peu à combler cette lacune.

En revanche sont intéressantes deux dispositions que l'on pourrait qualifier d'*affirmative action*. L'article 9 §1 la Déclaration de 1978 parle de « mesures spéciales » lesquelles « doivent être prises en vue d'assurer l'égalité en dignité et en droits des individus et des groupes humains partout où cela est nécessaire en évitant de leur donner un caractère qui pourrait paraître discriminatoire sur le plan racial ». On est indéniablement ici sur un terrain connu et, pourtant, nombre d'observations critiques devront être formulées. Au-delà du caractère obligatoire<sup>138</sup> de la prise de « mesures spéciales », ce qui sonne immédiatement bizarrement est le domaine d'application de cette *affirmative action* : « partout où cela est nécessaire » (« wherever necessary » ; « dondequiera que ello sea necesario »). Il est difficile de se montrer plus vague. À partir de là, la Déclaration aurait pu devenir juste un vœu pieux, à mille lieues de standards juridiques élémentaires, n'eût été la seconde phrase du même article 9 §2. Selon celle-ci, « une attention particulière doit être accordée aux groupes raciaux ou ethniques

<sup>137</sup> Pour Bossuyt, « cette déclaration fait désormais partie intégrante du droit international relatif aux droits de l'homme en tant qu'instrument international de portée générale (*La notion d'action positive et son application pratique, op. cit.*, par. 62). Il n'est pas facile de comprendre la portée de cette affirmation en ce qui concerne le droit positif. Voir aussi pour une évaluation enthousiaste du texte, N. Lerner, « New Concepts in the UNESCO Declaration on Race and Racial Prejudice », *Human Rights Quarterly*, 1981, pp. 48-61.

<sup>138</sup> Cela dit, être obligatoire dans un texte qui n'est pas obligatoire n'a pas forcément beaucoup de sens. Voir, toutefois, la note qui précède.

socialement ou économiquement défavorisés ». Est ici formulée, en toute franchise, la justification véritable de toute politique de discrimination positive, rare à trouver en droit international aussi clairement exprimée (par peur de stigmatisation des intéressés ?). Seuls des « groupes raciaux ou ethniques » sont éligibles pour obtenir une « attention particulière ». Celle-ci intrigue doublement. Par elle-même, c'est-à-dire par son manque singulier de substance mais aussi par rapport aux non-bénéficiaires de ladite « attention » alors même que tous les « individus » et tous les « groupes humains » sont bénéficiaires des « mesures spéciales »<sup>139</sup>. Le fait que cette « attention » est « particulière » ne signifie, du reste, pas que les autres (qui ne sont pas forcément des groupes mais peuvent aussi être des « individus », on suppose hors groupe) ne bénéficient d'aucune « attention ». La distinction entre une « attention » de droit commun et une « attention particulière » est vouée à demeurer le grand mystère de la disposition examinée.

Au-delà, alors que les « mesures spéciales » visent à « assurer l'égalité en dignité et en droits », programme vaste et vague, l'« attention particulière »<sup>140</sup> vise, en premier lieu, à « assurer [aux intéressés], en pleine égalité et sans discrimination ni restriction, la protection des lois et règlements ». En vérité, on est ici bien moins dans une perspective d'*affirmative action* que dans une perspective d'interdiction de discriminations juridiques. Le mélange des deux situations est, d'un point de vue juridique, sociologique et politique, préoccupant mais l'« attention particulière » visera aussi à « assurer [aux intéressés] le bénéfice des mesures sociales en vigueur, notamment en matière de logement, d'emploi et de santé »<sup>141</sup>. L'identification de ces domaines est assurément la bienvenue après l'effroyable généralité du « partout où cela est nécessaire ». Il reste que l'on ne voit pas comment une « attention particulière » ou même, plus généralement, des « mesures spéciales » sont aussi impliquées puisque le texte parle clairement de « mesures sociales en vigueur ». Le moins que l'on puisse dire est que des « mesures spéciales » ne peuvent juste être, dans le cadre d'une *affirmative action*, ce qui est déjà disponible<sup>142</sup>. Sans oublier que si, dans la version française, l'« attention particulière » dont il est question « doit être accordée », la même « attention », dans la version anglaise, « should be paid ». Le conditionnel change virtuellement tout<sup>143</sup>.

<sup>139</sup> On rappelle : « Des mesures spéciales doivent être prises en vue d'assurer l'égalité en dignité et en droits des individus et des groupes humains partout où cela est nécessaire » (article 9 §2).

<sup>140</sup> Pourrait-on y voir des « mesures » encore plus « spéciales » que d'ordinaire ?

<sup>141</sup> Est aussi ajoutée comme mission (on est quand même dans un cadre UNESCO) celle « de faciliter, en particulier par l'éducation, leur promotion sociale et professionnelle ». En revanche, le principal texte émanant de l'UNESCO en la matière, la Convention de 1960 contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, ne semble pas se référer à une quelconque *affirmative action* en dépit du fait qu'elle contient quelques dispositions prévoyant des systèmes d'enseignement séparés, lesquels ne formeraient pas de la discrimination (ainsi aussi Lerner, *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, *op. cit.*, p. 39).

<sup>142</sup> Et la condition que les « groupes raciaux et ethniques » doivent pouvoir bénéficier des mesures « en vigueur » « en pleine égalité et sans discrimination ni restriction » ne change strictement rien.

<sup>143</sup> La version espagnole suit, en revanche, la version française (« se deberá prestar una atención particular »). Le même conditionnel caractérise aussi, dans la version anglaise de la Déclaration de l'UNESCO, le bénéfice que « les groupes de la population d'origine étrangère, notamment les travailleurs migrants et leurs familles, [...] devront [tirer] de mesures adéquates destinées à leur assurer la sécurité et le respect de leur dignité [...] et à leur faciliter l'adaptation au milieu d'accueil et la promotion professionnelle ». En effet, on lit, dans le texte anglais, que les intéressés « should benefit from appropriate measures designed to [...] ». Même dans le conditionnel, même en se demandant en quoi une « mesure spéciale » peut différer d'une « mesure adéquate », cette disposition

## b) Les Conventions interaméricaines de 2013: assumer sans ambages?

En 2013, l'Organisation des États américains a adopté deux conventions jumelles portant sur une problématique proche. La première, qui sera pour l'essentiel étudiée ici, est contre le racisme, la discrimination raciale et les formes connexes d'intolérance (Convention A-68) tandis que la seconde est contre toute forme de discrimination et d'intolérance (Convention A-69). Leur architecture les rapproche singulièrement ainsi que nombre de définitions portant sur la discrimination à tel point que l'on peut se demander pourquoi l'Organisation de Washington n'a pas adopté une seule convention à la place des deux<sup>144</sup>. Probablement, l'explication réside dans le fait qu'elle a souhaité souligner tout particulièrement l'importance de la lutte contre la discrimination raciale au lieu de banaliser celle-ci au sein d'un traité unique sur les discriminations. La définition de la « discrimination raciale » dans l'article 1 §1 de la Convention A-68 bénéficie du débat qui a pu se dérouler pendant plusieurs décennies au sujet de la définition de cette expression dans la CERD<sup>145</sup>. La définition de la « discrimination » dans l'article 1 §1 de la Convention A-69 est similaire sauf qu'elle ne se réfère pas aux motifs caractéristiques de la « discrimination raciale » que l'on trouve dans la définition de l'autre Convention de 2013. À la place de « la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique », on trouve, en revanche, une interminable liste de motifs (vingt-cinq !)<sup>146</sup> pouvant fonder une « discrimination » prohibée.

Un autre trait commun, que les deux Conventions empruntent à la CERD, est le jeu autorisation/imposition de la discrimination positive. Toutes les deux utilisent par ailleurs explicitement cette terminologie (« mesures spéciales ou de discrimination positive »)<sup>147</sup> dans leurs articles (respectivement, article 1 §5 et article 1 §4) portant sur l'autorisation ou bien la terminologie « politiques spéciales et mesures de discrimination positive » dans leurs articles portant sur l'obligation de discriminer positivement (chaque fois, article 5). Certes, ces deux ensembles terminologiques ne sont pas identiques. Ils restent, néanmoins, très proches même si la référence à des « politiques » peut signifier une plus grande systématisation et institutionnalisation s'inscrivant aussi dans le temps long. Passer d'une autorisation à une obligation<sup>148</sup> de discriminer positivement ne va pas de soi ainsi que l'on a eu l'occasion de le remarquer en étudiant

---

(article 9§3) est originale mais non reprise là où on l'attendrait, à savoir dans la Convention des Nations Unies de 1992 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

<sup>144</sup> Ce qui les rapproche aussi est leur peu de succès auprès des membres de l'Organisation des États américains. En mars 2022, la Convention sur la discrimination raciale liait six États, sa sœur jumelle à peine deux. Eu égard au nombre minimal de ratifications exigées pour leur entrée en vigueur (deux), toutes les deux sont en vigueur.

<sup>145</sup> « La discrimination raciale s'entend de toute distinction, exclusion, restriction ou préférence, dans tout domaine de la vie publique ou privée, ayant pour but ou pour effet d'annuler ou de restreindre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur un plan d'égalité, d'un ou de plusieurs droits de la personne et libertés fondamentales consacrés dans les instruments internationaux applicables aux États parties. La discrimination raciale peut être fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique ».

<sup>146</sup> Et encore cette liste n'est qu'indicative.

<sup>147</sup> « Special measures or affirmative action » ; « medidas especiales o acciones afirmativas » ; « medidas especiais ou de ação afirmativa ».

<sup>148</sup> Même si, dans l'article 5, on ne se sert pas du verbe « devoir » ou du futur simple, les expressions utilisées dénotent une obligation (« Les États parties s'engagent à » ; « The States Parties undertake to » ; « Los Estados Partes se comprometen a » ; « Os Estados Partes comprometem-se a »).

la CERD. Malheureusement, les difficultés d'appréhender le binôme autorisation/obligation sont présentes dans les Conventions de 2013 aussi<sup>149</sup>.

Une première difficulté, première mais essentielle, concerne l'identification des bénéficiaires d'une *affirmative action* autorisée. En sont bénéficiaires « des groupes qui requièrent une telle protection ». Le verbe « requérir » souligne le caractère de nécessité de la discrimination positive mais, à part cela, il est difficile de comprendre en quoi peut consister la « protection » en question. On peut juste imaginer, en creux, qu'il doit s'agir de « groupes » qui sans la « protection » que leur vaut la discrimination positive ne sauraient jouir de (ou exercer), « dans des conditions d'égalité, [...] un ou [...] plusieurs droits de la personne et libertés fondamentales ». Il est difficile d'être plus vague mais, justement, cela accorde une plus grande liberté aux États parties d'adopter des « mesures spéciales ». Ce qui est surprenant est, néanmoins, le fait que ces « mesures », dit le texte, « ne sont pas réputées constituer une discrimination raciale ». Cette surprise signifie, au fond, que les groupes bénéficiaires sont eux-mêmes des « groupes raciaux ». Probablement, le texte aurait gagné en le disant clairement.

L'article 5, qui porte sur la discrimination positive obligatoire, semble, à première vue, plus clair s'agissant des bénéficiaires de telles politiques. Il s'agit « des personnes ou groupes sujets au racisme, à la discrimination raciale et aux formes connexes d'intolérance ». Cet article définitif embrasse, à l'évidence, la totalité des personnes et groupes qui possèdent les caractéristiques décrites, ce qui veut dire qu'un État partie ne peut distinguer à l'intérieur de cette masse de personnes et groupes ceux qu'il fera accéder aux avantages de sa politique de discrimination positive. On doit distinguer entre avantagés et désavantagés, mais point entre désavantagés. L'intention semble louable et limitative d'éventuels arbitrages sauf lorsqu'on prend en considération les trois autres versions faisant foi. Chaque fois, l'article définitif cher à la version française est absent<sup>150</sup>, ce qui signifie qu'un État partie, sur la base des autres versions, peut, implicitement, désavantager un désavantagé par rapport à ses compagnons d'infortune, tout simplement en lui accordant moins d'avantages qu'aux autres. Sinon, les personnes et les groupes concernés sont ceux sujets aux fléaux que la Convention A-68 cherche à combattre, à savoir la « discrimination raciale », le « racisme » et<sup>151</sup> les « formes connexes d'intolérance ». La « discrimination raciale » est définie avec un certain luxe de détails qui font inclure dans la notion des concepts comme la « discrimination raciale indirecte » ou encore la « discrimination multiple ou aggravée ». Si l'« intolérance » est – tant bien que mal – définie<sup>152</sup>, on voit, en revanche, beaucoup moins bien en quoi peut

<sup>149</sup> Dorénavant, on se référera, sauf exceptionnellement, à la seule Convention 1-68.

<sup>150</sup> Voir, par exemple, la version anglaise : « special policies and affirmative actions needed to ensure the enjoyment or exercise of rights and fundamental freedoms of persons or groups ». La construction dans les versions espagnole et portugaise est analogue.

<sup>151</sup> Il ne faut pas prendre le mot « et » au pied de la lettre. Ne pas être bénéficiaire d'une discrimination positive parce qu'on n'est pas frappé des trois maux simultanément est absurde. Il aurait fallu avoir « ou » à la place de « et ». Curieusement, seule la version espagnole est correctement rédigée.

<sup>152</sup> Article 1 §6 : « L'intolérance est un acte ou une série d'actes ou d'expressions dénotant le manque de respect, le rejet ou le mépris de la dignité, des caractéristiques, des convictions ou des opinions de certaines personnes parce qu'elles sont différentes ou opposées. Elle peut se manifester sous forme de marginalisation et d'exclusion de groupes dans des conditions de vulnérabilité de la participation à tout domaine de la vie publique ou privée, ou

consister une « forme connexe d'intolérance » les victimes de laquelle doivent avoir droit à une discrimination positive. Des interrogations analogues peuvent être soulevées s'agissant de la définition du « racisme », fléau défini comme « toute théorie, doctrine, idéologie ou ensemble d'idées qui affirment l'existence d'un lien de causalité entre les caractéristiques phénotypiques ou génotypiques d'individus ou de groupes et leurs caractéristiques intellectuelles et culturelles ainsi que leurs traits de personnalité, y compris le concept faux de supériorité raciale » (article 1 §4, al. 1). Il n'est sûrement pas facile de définir juridiquement le « racisme » et cette définition est loin de démériter. Le problème est, toutefois, que l'on voit mal, d'un pur point de vue juridique, comment on doit faire bénéficier d'avantages concrets quelqu'un, dans le cadre d'une politique de discrimination positive, si celui-ci est victime d'une « théorie » ou d'une « doctrine ». Le problème n'est pas la « doctrine », si détestable soit-elle, mais les éventuelles conséquences qui peuvent faire qu'une personne ou un groupe soient désavantagés. Ces conséquences seront communément qualifiées de « discrimination raciale » tant et si bien que la présence du « racisme » dans l'article 5 est largement inutile, voire même nuisible à la bonne appréhension des groupes à protéger. Par ailleurs, la distinction entre « groupes » et « personnes » est, tout comme dans la CERD, difficile à expliquer. Si une « personne » est victime d'une « discrimination raciale », c'est parce qu'elle appartient à un « groupe racial » discriminé. Extraire du groupe des personnes individuelles n'a, ici, pas beaucoup de sens.

La comparaison de la raison d'être des mesures de discrimination positive autorisée et de celles de discrimination positive imposée est par ailleurs indispensable pour mieux comprendre leurs différences. Les premières visent à « garantir la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, d'un ou de plusieurs droits de la personne et libertés fondamentales ». Les secondes sont conçues « pour garantir la jouissance ou l'exercice des droits et libertés fondamentales ». À première vue, il n'y a aucune différence. Toutefois, ajoute l'article 5, les mesures d'*affirmative action* imposée ont aussi un but, celui « de promouvoir des conditions équitables pour l'égalité des chances, l'inclusion et l'avancement de ces personnes ou groupes ». On ne s'attardera pas sur ces notions qui ont déjà été étudiées dans le cadre de l'analyse de la CERD. Ce qui est intéressant, en revanche, perspective qui est moins clairement exprimée dans la CERD, est que « la jouissance ou l'exercice des droits et libertés fondamentales » n'est, dans la logique de l'article 5, que – presque – un épiphénomène secondaire par rapport au vrai but, celui de faire en sorte que, grâce à l'égalité des chances » ou à l'« avancement », ladite « jouissance » et ledit « exercice » des droits de l'homme deviendra automatique ne nécessitant plus les béquilles d'une quelconque *affirmative action*.

Quant aux conditions de terminaison de validité des politiques et mesures de discrimination positive, les solutions de la Convention A-68 sont assez classiques même si elles sont exprimées avec une plus grande clarté en comparaison d'autres instruments. Ainsi, les « mesures » autorisées par l'article 1 §4 le sont « à condition [qu'elles] n'aboutissent pas au maintien de droits distincts pour différents groupes et qu'elles ne

---

sous forme de violence à leur endroit ».

soient pas prorogées une fois leurs objectifs atteints ». En revanche, l'article 5 comporte un trait d'originalité dans la mesure où une *affirmative action* imposée « ne saurai[t] aboutir au maintien de droits distincts pour différents groupes et ne saurai[t] être prorogée au-delà d'une période raisonnable ou après la réalisation de cet objectif ». Ce qui attire l'attention est bien sûr le fait que sa sortie de validité peut advenir à deux moments différents. En d'autres termes, elle peut cesser au moment où ses objectifs, à savoir la création d'une égalité des chances ou d'un avancement du groupe désavantagé, sont remplis. Toutefois, on a déjà vu, en étudiant d'autres instruments, que ces termes peuvent être interprétés de différentes manières tandis que le moment où un groupe bénéficiaire aura acquis un « avancement » (« progress », « progreso » et « progresso », dans les autres versions) ne saura jamais être déterminé de manière précise. Reste donc l'alternative, celle d'une validité pendant une « période raisonnable ». La raisonnable est à peine moins facile à déterminer que le progrès. En l'admettant, on signifie, néanmoins, qu'une politique de discrimination positive peut cesser de produire ses effets et répandre ses avantages même si elle n'a pas atteint ses objectifs. Au fond, on signifie aux désavantagés qu'ils n'ont pas su saisir leur chance. L'idée est assez paternaliste et condescendante. Toutefois, aider à « avancer » l'est-il moins ?<sup>153</sup>

## **B. Les ambiguïtés d'une discrimination positive obligatoire dans divers autres traités internationaux**

On répétera que, si l'on excepte les conventions interaméricaines de 2013, le cas de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale est unique puisque, en elle-même, est contenue à la fois une autorisation de mesures d'*affirmative action* et une obligation d'en instaurer, avec, il est vrai, une possible différenciation entre ces deux branches de l'apparent paradoxe suivant leur domaine d'application matérielle ; sauf que la différence entre les deux domaines d'application matérielle n'est pas très claire. D'autres conventions échappent à ce déchirement logique de manière fort simple. Soit elles se bornent à justifier, sous certaines conditions, des « mesures spéciales », soit, inversement, elles obligent les États parties, dans des conditions, logiquement, davantage strictes, à en adopter. Toutefois, cette impeccable logique ne se rencontre pas toujours dans toute sa rigueur. De la Charte arabe des droits de l'homme (a) à des conventions sur les droits des femmes (c), en passant par la Convention sur les personnes handicapées (b), le droit international semble souvent hésiter.

### **a) À l'ombre des lois divines: discrimination positive et Charte arabe des droits de l'homme**

Des dissensions internes au sein des conférences d'adoption des textes pertinents conduisent parfois à des compromis politiques dont la traduction juridique fait que des interprétations divergentes peuvent également trouver des appuis textuels. En

<sup>153</sup> L'idée d'un « avancement », d'un « progrès », est séduisante mais, en même temps elle place des repères et des points de référence qui peuvent être très différents d'un « groupe » à l'autre ou d'une personne à l'autre. Dans un certain sens, la Déclaration de 1978 de l'UNESCO n'a pas tort d'apporter une dose de relativisme culturel en insistant sur le fait que les « mesures adéquates » dont devront bénéficier « les groupes de la population d'origine étrangère, notamment les travailleurs migrants et leurs familles » seront « destinées à [...] assurer [...] le respect de leur dignité et de leurs valeurs culturelles » (article 9 §3).

complément, des maladroites (voulues, le cas échéant ?) ajouteront à l'incertitude de certaines solutions. Un exemple, à cet égard, constitue la Charte arabe des droits de l'homme de 2004. Dans son article 3, *litt. a*, elle impose une, à première vue, assez classique interdiction de discrimination par rapport à la jouissance des droits et libertés que la Charte consacre. Pour qu'elle puisse être interdite, une discrimination doit pouvoir s'appuyer sur une impressionnante série de motifs (quatorze !), entre autres la race, la couleur, la croyance religieuse, l'origine nationale, voire le handicap physique ou mental. En contrepartie, cette liste est une liste exhaustive<sup>154</sup>, ce qui tranche sur le modèle de bien d'autres instruments, à commencer par la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>155</sup>. Ainsi, par exemple, si une discrimination fondée sur le sexe est prohibée, une discrimination fondée sur les préférences sexuelles risque de ne pas pouvoir l'être aussi. Ce qui retient l'attention est, néanmoins, le fait que la Charte arabe de 2004 semble imposer une dose de discrimination positive sans, au préalable, justifier des mesures de discrimination positive qu'un État partie prendrait de sa propre initiative.

Passer, ainsi, immédiatement à la vitesse supérieure est original en comparaison de la CERD, d'autant plus que la Charte arabe a été, jusqu'à l'adoption des deux conventions interaméricaines en 2013, le seul instrument à nommer « discrimination positive » l'ensemble de ces mesures compensatrices. La Charte se réfère à deux reprises à la discrimination positive en des termes à la fois proches et différents. Tout d'abord, on lit dans son article 3, *litt. b*, que :

« Les États parties à la présente Charte prennent les mesures requises pour garantir l'égalité effective dans l'exercice de tous les droits et de toutes les libertés consacrés par la présente Charte, de façon à assurer une protection contre toutes les formes de discrimination fondées sur l'un quelconque des motifs mentionnés au paragraphe précédent »<sup>156</sup>.

Prendre, dans l'objectif de lutter contre des discriminations, « les mesures requises pour garantir l'égalité effective » est un signe caractéristique de toute *affirmative action*. On trouve le caractère de nécessité (« requises ») qui conditionne traditionnellement la « légalité » de ce type de mesures de même que l'on voit apparaître clairement la distinction, intrinsèque à la philosophie de l'*affirmative action*, entre « égalité effective » et égalité tout court, c'est-à-dire égalité abstraite, juridique, formelle. Dans ce dernier domaine, la Charte arabe va d'ailleurs très loin lorsqu'elle énonce que ce sont précisément ces « mesures » qui visent « à assurer une protection contre toutes les formes de discrimination fondées sur l'un quelconque des motifs mentionnés au paragraphe précédent ». Bref, une lutte anti-discrimination sans mesures de discrimination positive serait, pour la Charte, inconcevable. Le concept, surtout lorsqu'il est si clairement énoncé, est proprement révolutionnaire et fait que, *a priori*, la Charte

<sup>154</sup> Sur ce point, M. Hilal, *La Charte arabe des droits de l'homme. Incertitudes et ambiguïtés en matière d'application*, thèse, Université de Strasbourg, 2017, p. 196 et s.

<sup>155</sup> On trouve, néanmoins, des listes exhaustives dans la Charte des Nations Unies et dans la Convention de l'UNESCO de 1960 sur la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement (article 1 §1).

<sup>156</sup> Nous utilisons ici la traduction en français publiée sur le site du Haut Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies (<http://www.didh.ma/sites/default/files/2016-12/%D9%81%D8%B1%D9%86%D8%B3%D9%8A.pdf>). Voir aussi le texte français in *Journal officiel de la république algérienne*, n° 08 du 15 février 2006. Seule la version arabe fait foi.

arabe<sup>157</sup> puisse occuper d'emblée une place de choix parmi les instruments de protection des droits de l'homme, abstraction faite de nombre de points faibles dont l'absence réelle de tout mécanisme de surveillance internationale n'est, bien évidemment, pas le moindre<sup>158</sup>. Est-il si sûr, néanmoins, que la Charte va jusque là ?

Ce qui gêne est le fait que deux autres caractéristiques de la doctrine de la discrimination positive ne se retrouvent point dans l'article 3, *litt. b*. Il s'agit, d'abord, du fait qu'aucune condition *ratione temporis* n'est fixée, même de manière approximative. Or, prolonger éternellement un ensemble de mesures de discrimination compensatrice (une absence de délai est une possible définition de l'éternité) n'est, *primo*, pas très sérieux, *secundo*, fait douter de la volonté d'imposer une réelle politique de discrimination positive, et, *tertio*, fait apparaître, dans le meilleur des cas, un profond pessimisme, à savoir que des mesures compensatrices ne réussiront jamais à compenser, d'où la nécessité de les maintenir en vigueur pour toujours<sup>159</sup>. Or, un politicien adepte de l'*affirmative action* se doit d'être optimiste. L'*affirmative action* n'est pas (qu') une philanthropie, laquelle, quelles qu'en soient les vertus et la nécessité, aboutit toujours à maintenir des inégalités criantes. La philanthropie pourra se perpétuer parce qu'elle n'entend pas éliminer les inégalités mais juste en atténuer les effets. Inversement, le rêve de toute *affirmative action* est de pouvoir disparaître, son objectif atteint.

L'autre doute que fait naître l'article 3, *litt. b*, de la Charte arabe de 2004 quant à la sincérité de ses rédacteurs au sujet d'une *affirmative action* rendue obligatoire a trait à l'absence de groupes bénéficiaires. Or, si tout le monde bénéficie d'une discrimination positive, c'est que personne n'en bénéficie. La discrimination positive est ce qu'elle est : discriminante. Et la disposition examinée de la Charte arabe s'avère totalement incapable, à supposer que tel fût l'objectif de ses promoteurs, de discriminer entre groupes de personnes. Sa fortune pourrait, néanmoins, être meilleure s'agissant du second cas où elle s'aventure dans le domaine délicat de la « discrimination positive » (« الإيجابي لتميز » [altamyiz al'ijabi]). C'est d'ailleurs ici que cette terminologie apparaît *expressis verbis*.

En effet, suivant l'article 3, *litt. c*, première phrase, de la Charte,

<sup>157</sup> Cela ne vaut pas pour la Charte Arabe des droits de l'homme dans sa version de 1994 (qui n'est jamais entrée en vigueur), un texte qui se limitait, dans son article 2, à énoncer une très classique interdiction des discriminations fondées sur un certain nombre de motifs. Toutefois, contrairement à ce qui se passe avec la version de la Charte arabe de 2004, actuellement en vigueur, la liste des motifs de distinctions interdites était une liste indicative et non exhaustive.

<sup>158</sup> Le statut de la Cour arabe des droits de l'homme adopté en 2014 n'a pu, pour le moment, entrer en vigueur alors même que, dès l'origine, ce texte a suscité des controverses concernant sa compatibilité avec les standards internationaux en la matière. Cf. Commission internationale des juristes, *The Arab Court of Human Rights : A Flawed Statute for an Ineffective Court*, Genève, 2015 ; K. Magliveras et G. Naldi, « The Arab Court of Human Rights : A Study in Impotence », *Revue québécoise de droit international*, 2016, pp. 147-172. Voir, néanmoins, pour un point de vue différent, en ce qui concerne, notamment, l'absence de saisine de la Cour par des requêtes individuelles, A. Almutawa, « The Arab Court of Human Rights and the Enforcement of the Arab Charter on Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2021, pp. 506-532 et, en partie, T. Majzoub et F. Quillère Malzoub, « De l'utilité de la future Cour arabe des droits de l'homme : de quelques réflexions sur son statut », *RTDH*, 2015, pp. 645-671.

<sup>159</sup> On a vu pourtant que le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes flirte parfois (dangereusement ?) avec l'idée de « mesures spéciales » permanentes (*supra* note 93).

« l'homme et la femme sont égaux sur le plan de la dignité humaine, des droits et des devoirs dans le cadre de la discrimination positive instituée au profit de la femme par la charia islamique et les autres lois divines et par les législations et les instruments internationaux ».

On ne s'attardera guère sur les références de cette disposition au concept de la dignité ou à celui de l'égalité<sup>160</sup> ou même à celui, plus original des « devoirs », concept toujours perturbant dans un contexte de protection de droits humains<sup>161</sup>. L'attention sera, en revanche, retenue, à juste titre, par le concept de « discrimination positive » par rapport, spécifiquement, aux relations homme/femme. Les rédacteurs de la Charte situent d'emblée le débat de l'égalité entre les deux sexes dans le cadre de cette inégalité compensatrice. Ils n'ont sûrement pas tort et, ce faisant, ils suivent la ligne claire de la Convention des Nations Unies de 1979 mais, contrairement à cette dernière, ils ne s'abstiennent point d'énoncer explicitement que les compensations devront œuvrer en faveur des – seules – femmes. Ce qui est remarquable est, en tout cas, l'adoption, sur ce point, d'une position que l'on pourrait qualifier de passive. La Charte arabe ne ferait, en d'autres termes, que constater un fait, à savoir que, en dehors de mesures de discrimination positive, il ne peut y avoir égalité ni dignité pour les femmes.

Cette constatation obéit à un *a priori* politique et anthropologique enraciné dans des sociétés patriarcales et plus ou moins corroboré par la réalité mais, en même temps, il semble y avoir une seconde constatation, à savoir que le cadre de la discrimination positive existe d'ores et déjà et que, en principe, il s'avère suffisant. Au point de vue de la grammaire, cela résulte, en grande partie, du fait de l'utilisation du participe passé « instituée »<sup>162</sup>. « Instituée » par qui ? C'est le texte même qui donne la réponse : c'est la charia islamique qui est censée jouer le premier des rôles en la matière (ce n'est pas un hasard si elle est mentionnée la première). La charia, citée ici pour l'unique fois dans toute la Charte<sup>163</sup>, est secondée, dans la disposition examinée, par « les autres lois divines », que l'on aurait du mal à identifier clairement même si l'on peut raisonnablement supposer qu'il s'agit d'autres lois religieuses, principalement celles auxquelles semble faire référence le deuxième considérant du préambule de la Charte (« Afin de concrétiser les principes éternels de fraternité, d'égalité et de tolérance entre

<sup>160</sup> Cela dit, l'égalité entre les deux sexes était bien moins présente en tant que concept et en tant qu'objectif dans la Charte arabe de 1994. De ce point de vue, la Charte de 2004 accomplit un grand bond en avant. Cf. A. Mahiou, « La Charte arabe des droits de l'homme », p. 13 (in <https://www.cawtarclearinghouse.org/storage/4678/La-charte-arabe-des-droits-de-l%27Homme-Par-Ahmed-MAHIOU.pdf>).

<sup>161</sup> Même s'il n'atteint pas, dans la Charte arabe, les dimensions vertigineuses qui le caractérisent dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 ou encore dans la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948.

<sup>162</sup> Ou, dans une traduction anglaise, du participe passé « established » (« Men and women are equal in respect of human dignity, rights and obligations within the framework of the positive discrimination established in favour of women by the Islamic Shariah, other divine laws and by applicable laws and legal instruments » traduction du Commissariat des droits de l'homme Nations Unies in <https://digitallibrary.un.org/record/551368?ln=fr>). Il se peut qu'une traduction espagnole (in <https://aci.hl.org/res/documents/CARTA-%C3%81RABE-DE-DERECHOS-HUMANOS.2004.pdf>) soit encore plus claire sur le fait que cette discrimination positive existe déjà : « Los hombres y las mujeres son iguales en dignidad humana, en derechos y deberes, dentro del marco de discriminación positiva en favor de las mujeres que establecen la Islamic Shari'a' y otras leyes divinas, legislación e instrumentos internacionales » (nous soulignons).

<sup>163</sup> Rien à voir donc avec les quatorze mentions dont la charia bénéficie dans la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam adoptée en 1990 par l'Organisation de la Conférence islamique.

les êtres humains consacrés par l'islam et les autres religions révélées »)<sup>164</sup>. Tout aussi intéressante est la référence aux « législations et [...] instruments internationaux » et c'est cette dernière référence qui doit être vue de plus près. Si ce sont les législations nationales qui assurent la discrimination positive, sans laquelle il ne peut exister de dignité ou d'égalité pour la femme, alors il n'est pas possible qu'un État revienne sur une telle législation. En quelque sorte, la situation est gelée par l'article 3, *litt. c*, première phrase, de la Charte au profit, plus particulièrement, du *statu quo*. À cela contribue aussi l'article 43 de la Charte aux termes duquel « aucune disposition de la présente Charte ne sera interprétée de façon à porter atteinte aux droits et aux libertés protégés par les lois internes des États parties ou énoncés dans les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'Homme que les États parties ont adoptés ou ratifiés, y compris les droits de la femme, de l'enfant et des personnes appartenant à des minorités »<sup>165</sup>. Il va de soi que le premier instrument international qui vient à l'esprit est la Convention des Nations Unies de 1979. Sauf que, à première vue (mais l'on reviendra sur cette question), cette Convention ne semble pas imposer aux États parties une obligation d'adopter des mesures de discrimination positive tout en les autorisant à en prendre sous certaines conditions. En revanche, la Charte arabe, comme on l'a vu aussi précédemment, n'impose aucunement de conditions pouvant justifier des mesures de discrimination positive, surtout pas de conditions *ratione temporis*, à moins qu'elle ne le fasse implicitement par son renvoi tacite à la Convention de 1979.

On n'examinera pas l'affirmation de la disposition analysée suivant laquelle les lois divines accordent une discrimination positive en faveur de la femme. Un tel examen est virtuellement impossible<sup>166</sup>. On se bornera à rappeler que des réserves ou déclarations à nombre de dispositions de la Convention sur les femmes formulées par plusieurs États à majorité musulmane<sup>167</sup> ont suscité une controverse, notamment dans le monde occidental, comme il est attesté par un nombre élevé d'objections<sup>168</sup> à de telles réserves ou encore par une doctrine abondante et dubitative<sup>169</sup>. Et la question est de savoir si la

<sup>164</sup> On laissera bien sûr aux seuls théologiens le soin d'identifier la « révélation ».

<sup>165</sup> Cf. M.Y. Mattar, « Article 43 of the Arab Charter on Human Rights : Reconciling National, Regional, and International Standards », *Harvard Human Rights Journal*, 2013, pp. spéc. pp. 91-147, pp. 107-108.

<sup>166</sup> Critique, la Commission internationale des juristes invite, dans son commentaire, « les auteurs de la Charte arabe des droits de l'homme à donner des illustrations de la discrimination positive instituée au profit de la femme par la Charia de façon à clarifier cette notion » (*Adoption du texte de la Charte arabe des droits de l'homme. Commentaires*, Genève, 2004, p. 8). Et un auteur algérien d'ajouter qu'« il sera d'autant plus intéressant de suivre la mise en œuvre de ces dispositions qu'elles vont s'insérer dans des sociétés où le poids de la culture et de l'histoire se manifeste fortement et où une interprétation conservatrice des prescriptions de la *shari'a* sont tellement prégnantes que peu d'États ont osé s'en affranchir ou les contourner » (Mahiou, *op. cit.*, pp. 13-14). Sur les risques, peut-être exagérés, d'une mauvaise interprétation de l'article 3, *litt. c*, par certains États, voir M. Rishmawi, « The Revised Arab Charter on Human Rights : A Step Forward ? », *Human Rights Law Review*, 2005, pp. 361-376, spéc. p. 375 et Mattar, *op. cit.*, p. 106.

<sup>167</sup> Un exemple pertinent est celui de la réserve saoudienne suivant laquelle, « en cas de divergence entre les termes de la Convention et les normes de la loi musulmane, le Royaume n'est pas tenu de respecter les termes de la Convention qui sont divergents ». De même, Brunéi « exprime des réserves concernant ces dispositions de ladite Convention qui peuvent être contraires à sa Constitution et aux croyances et principes de l'Islam ».

<sup>168</sup> Ainsi, par exemple, selon une objection allemande, « la réserve concernant la compatibilité entre les termes de la Convention et les normes de la loi musulmane jette le doute sur la volonté du Royaume d'Arabie saoudite de respecter la Convention. Le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne considère que cette réserve est incompatible avec l'objet et le but de la Convention ».

<sup>169</sup> Voir, entre autres, R. Cook, « Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women », *Virginia Journal of International Law*, 1990, pp. 643-716 ; B. Clark, « The Vienna Convention

référence aux « instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'Homme que les États parties ont adoptés ou ratifiés » vise réellement ces instruments ou bien ces instruments altérés par les réserves dont il est question.

Quoi qu'il en soit, une question demeure : si aucune dignité et égalité de la femme ne peuvent être assurées en dehors d'un cadre de discrimination positive assuré par les lois divines et humaines mentionnées, peut-on concevoir qu'un État accède à la Charte sans assurer une telle discrimination compensatrice ? La question doit être étudiée en tenant compte de la seconde phrase de l'article 3, *litt. c*, de la Charte qui énonce que, « en conséquence, chaque État partie à la présente Charte s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la parité des chances et l'égalité effective entre l'homme et la femme dans l'exercice de tous les droits énoncés dans la présente Charte ». L'expression « discrimination positive » n'est pas reconduite dans cette phrase mais il appert du contexte que c'est bien d'elle dont il est question. Des mots tels que « mesures nécessaires », « parité des chances », « égalité effective » ne trompent point. Toutefois, indépendamment de l'absence de toute condition régissant ces « mesures », notamment quant à la terminaison de leur validité<sup>170</sup>, l'apport de la seconde phrase à la première est loin d'être clair. Tout d'abord, on observera que la relation entre les deux phrases est forte ainsi que le démontre l'expression « en conséquence »<sup>171</sup>. Grammaticalement, cette expression relie étroitement ce qui suit à ce qui précède et montre, plus particulièrement, la marche à suivre pour que les objectifs qui précèdent puissent être réalisés. Or, le problème est que ce qui précède, bref la première phrase, ne pose aucun objectif mais se contente, au contraire, d'affirmer un état des lieux. Puis, que pourrait-on faire de plus que les lois divines en la matière ? À supposer que la Charte arabe ne soit pas irrévérencieuse, ce dont on s'en doute sans difficulté, il n'y aurait plus que des questions de détail à régler au niveau des législations nationales puisque, de toute façon, l'essentiel est fait. À en croire l'article 3, *litt. c*, déjà depuis treize siècles. Même ainsi, à la marge, la Charte demeure pourtant un des rares textes internationaux à pousser, voire à obliger, les États parties à entamer une politique de discrimination positive du moins en ce qui concerne les rapports entre les sexes<sup>172</sup>. Cela malgré les quelques maladresses rédactionnelles signalées.

---

Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women », *AJIL*, 1991, pp. 281-321 ; L. Lijnzaad, *Reservations to UN Human Rights Treaties : Ratify and Ruin ?*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995 ; M. de Pauw, « Women's Rights : from Bad to Worse ? Assessing the Evolution of Incompatible Reservations to the CEDAW Convention », *Utrecht Journal of International and European Law*, 2013, pp. 51-65.

<sup>170</sup> Devraient-elles donc être conçues pour l'éternité ? Ce faisant, n'est-on pas en train d'estimer que jamais une femme ne pourra être l'égale de l'homme en matière d'exercice des droits prévus par la Charte ? S'agit-il d'une conception foncièrement pessimiste des rapports entre les sexes ? Ou, plus prosaïquement, d'une vision paternaliste et patriarcale faisant peu ou prou référence à la biologie ?

<sup>171</sup> « Consequently » dans la traduction anglaise dont on s'est déjà servi (*supra* note 162). Le terme arabe est « لثلك تبعاً » (taba'an lithalika).

<sup>172</sup> Ainsi aussi G. Guarino, « La Charte arabe des droits de l'homme dans le système universel des droits de l'homme » in Cl. Zangui et R. Ben Achour (dir.), *La nouvelle Charte arabe des droits de l'homme. Dialogue italo-arabe*, Turin, Giappichelli, 2005, pp. 85-376, spéc. p. 105.

## b) Une discrimination positive obligatoire en faveur des personnes handicapées?

Un autre traité international obligeant les États parties à adopter des mesures de discrimination positive semble être la Convention sur les personnes handicapées de 2006. Pourtant, on a déjà vu que cette Convention accepte, dans un premier temps, de ne point considérer comme relevant d'une discrimination interdite des mesures de discrimination positive éventuellement adoptées par les États parties. Si, en plus, elle oblige à adopter de telles mesures elle serait, à l'égal de la CERD, un traité jouant, non sans certaines contradictions, sur les deux tableaux, la tolérance et l'obligation. La réalité est plus complexe. Selon son article 5 §3, « afin de promouvoir l'égalité et d'éliminer la discrimination, les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés ».

Il ne fait aucun doute que cette disposition impose une obligation ainsi que le présent indicatif (ils « prennent ») le montre. Toutefois, c'est le contenu même de cette obligation qui fait que la Convention de 2006 échappe à la cruelle contradiction « autorisation ou obligation » qui caractérise la Convention sur la discrimination raciale. En effet, l'obligation de discrimination positive que l'on évoque est matériellement limitée tout en étant cruciale pour ses bénéficiaires. Il s'agit pour les États parties de « faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés ». Cette dernière expression<sup>173</sup> est définie dans l'article 2, al. 4, de la Convention comme « les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou indue apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales ».

On observera que, tout comme dans l'article 5 §4 de cette Convention, il n'y, en la matière, aucune limite dans le temps. Ceci n'est pas gênant dans la mesure où, malheureusement, de telles mesures ne seront jamais à même de placer les personnes handicapées sur un absolu pied d'égalité matériel avec les personnes ne souffrant pas d'un handicap. Sauf miracle de la médecine, le handicap caractérisera toujours une personne handicapée et des « aménagements raisonnables » seront toujours nécessaires afin que les bénéficiaires puissent exercer parfois même des droits humains élémentaires. Malgré cette particularité, on peut, néanmoins, se demander s'il s'agit là d'une vraie mesure de discrimination positive. À partir du moment où le handicap contre lequel est censé lutter un « aménagement raisonnable » est à la fois permanent et intrinsèque, on s'éloigne de la philosophie générale de l'*affirmative action* suivant laquelle il y a toujours l'espoir que celle-ci puisse, à terme, éliminer une inégalité de fait<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> Ce concept a d'abord été conçu aux États-Unis (« reasonable accommodation ») en référence aux pratiques religieuses d'employés face aux exigences de leurs employeurs (R. Cera, « Article 2 (Definitions) » in V. Della Fina, R. Cera et G. Palmisano (eds.), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities : A Commentary*, Springer, 2017, pp. 107-118, spéc. p. 114 ; E. Bribosia, J. Ringelheim et I. Rorive, « Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse », *RTDH*, 2009, pp. 319-373.

<sup>174</sup> Certains auteurs se refusent, toutefois, de voir dans les « aménagements raisonnables » une quelconque forme de discrimination positive en s'appuyant essentiellement sur le fait que, justement, lesdits « aménagements » ne

C'est pourtant la Convention elle-même qui se charge de la réponse à cette difficulté puisque, après avoir fourni une définition plus ou moins classique de la discrimination, plus particulièrement, ici, de la « discrimination fondée sur le handicap », son article 2, al. 3, ajoute que « la discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable ». Bref, ce n'est pas que l'adoption d'« aménagements raisonnables » constitue une mesure de discrimination positive ; c'est le refus d'en adopter qui est constitutif d'une discrimination tout court<sup>175</sup>. Le jeu, toujours subtil, entre discrimination positive et discrimination « ordinaire » prend ici des dimensions et une originalité que l'on ne rencontre pas ailleurs si, toutefois, l'on insiste à considérer que l'adoption des « aménagements raisonnables » est une forme de discrimination positive.

Il a été, toutefois, observé que, si le refus d'« aménagements raisonnables » forme une « discrimination fondée sur le handicap », comme l'article 2, al. 3, le dit, l'adoption de tels « aménagements » saurait difficilement être vue comme une discrimination positive tout simplement parce que l'interdiction des discriminations en général est un classique droit civil et politique. Comme la grande majorité des droits de cette « génération », elle n'a pas, en principe, besoin de mesures positives pour s'affirmer (et encore moins de mesures de discrimination positive). En d'autres termes, « the principle of progressive realization does not apply »<sup>176</sup> à une interdiction de discriminer. L'idée est séduisante mais elle se heurte malheureusement à la dure réalité. Alors que, en règle générale, les droits civils et politiques à effet immédiat imposent des obligations de ne pas faire, il est évident que l'adoption d'« aménagements raisonnables » au profit des personnes handicapées impose une obligation de faire. Et en cela elle se rapproche typiquement des droits sociaux.

Ce rapprochement prend, au demeurant, une forme assez explicite puisque lesdits « aménagements », outre qu'ils sont « nécessaires » et adaptés à chaque situation particulière, « n'impos[e]nt pas de charge disproportionnée ou indue ». Cette référence aux finances publiques<sup>177</sup> n'est pas sans rappeler une clause traditionnelle dans des

---

peuvent s'inscrire dans une durée limitée (O. Mikola, *Reasonable Accommodation and Disability*, mémoire, Budapest, Central European University, 2015, p. 38). Cette position semble trop dogmatique d'autant plus qu'en même temps elle semble refuser qu'une discrimination positive puisse être autre que simplement « allowed ».

<sup>175</sup> Pour un auteur, l'inclusion du refus d'aménagements raisonnables dans la définition de la discrimination est la majeure innovation de la Convention (Ph. Reyniers, « A Note on the Experimentalist Nature of the Rights of Persons with Disabilities » in D. Estrada-Tanck (eds.), *Human Rights of Persons with Disabilities in International and EU Law*, EUI Working Papers, 2016, pp. 77-91, spéc. p. 77). Pour R. Cera, il s'agit d'une forme de discrimination *sui generis* (« Articolo 5. Eguaglianza e non discriminazione » in Istituto di Studi Giuridici Internazionali, *La Convenzione delle Nazioni Unite del 2007 sui diritti delle persone con disabilità. [SEP] modalità di recepimento, attuazione a livello nazionale e regionale, strumenti di monitoraggio*, rapport final, 2008, pp. 85-101, spéc. p. 87).

<sup>176</sup> R. Cera, « Article 5 (Equality and Non-Discrimination) », *op. cit.*, spéc. p. 167.

<sup>177</sup> Il reste à voir si les finances privées de personnes non handicapées mais qui sont censées offrir des prestations à des personnes handicapées peuvent être pareillement régies par la clause du « disproportionné ou indu ». En principe, toutefois, c'est la collectivité qui se charge des *affirmative actions*, pas les particuliers et, si ces derniers sont parfois en première ligne, des subventions ou une fiscalité allégée pourraient compenser les frais exposés. Voir pour une intéressante discussion sur l'impact financier des « aménagements raisonnables », qui, après tout, en permettant aux personnes handicapées de travailler, épargnent à la collectivité d'autres sortes de subsides qui devraient leur être alloués, A. Nilsson, « Article 2 (Definitions) » in I. Bantekas, M. Ashley Stein et D. Anastasiou

instruments sur les droits économiques, sociaux et culturels. Ainsi, par exemple, selon l'article 2 §1 du Pacte des Nations Unies portant sur ces droits, un État partie « s'engage à agir [...] en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte » « au maximum de ses ressources disponibles »<sup>178</sup>. Implicitement, il y a, dans le Pacte comme dans la Convention sur les personnes handicapées, une limitation de l'effort à accomplir puisque les « ressources disponibles » ne sont jamais illimitées<sup>179</sup>. Toutefois, il s'agit, dans le Pacte, d'utiliser, à cette fin, le « maximum » de ces ressources. C'est cet effort maximal qui fait défaut dans la Convention de 2006<sup>180</sup> puisque, se situant – forcément – dans le cadre des ressources disponibles, on introduit, au surplus, la notion de « charge disproportionnée ou indue »<sup>181</sup>. Et si l'on peut comprendre (ou admettre) la notion de « charge disproportionnée », celle de « charge indue » demeure mystérieuse à plus d'un titre. « Indue » par rapport à quoi ? On ne peut avoir un droit et, en même temps, entendre que ce droit est, dans nombre de circonstances, non dû<sup>182</sup>. Or, il paraît que cette « réserve » du rédacteur de la Convention est utilisée largement par un grand nombre d'États parties<sup>183</sup>. On ajoutera que c'est déjà l'épithète « raisonnable » qui peut paraître suspecte dans un hypothétique cadre de droits civils et politiques<sup>184</sup>. « Raisonnable » pourrait aussi être rapproché de la « charge disproportionnée ». Cette épithète pourrait même éclairer et justifier cette réserve dans la définition même des « aménagements »<sup>185</sup>, le tout sans oublier la présence de l'article

---

(eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Oxford, OUP, 2018, pp. 63-83, spéc. p. 80 et s.

<sup>178</sup> L'article 1<sup>er</sup> du Protocole interaméricain de San Salvador de 1988 est conçu de manière analogue : « Les États parties au présent Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme s'engagent à adopter les mesures nécessaires [...], selon les ressources disponibles et compte tenu de leur degré de développement, pour parvenir progressivement, et conformément à la législation interne, à assurer le plein exercice des droits reconnus dans le présent Protocole ».

<sup>179</sup> Dans « disponible », il y a toujours une référence au limité, au fini.

<sup>180</sup> Ce qui est curieux est que la Convention sur les personnes handicapées contient elle-même une disposition reflétant l'article 2 §1 du Pacte. Son article 4 §2 énonce que, « dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, chaque État Partie s'engage à agir, au maximum des ressources dont il dispose [...] en vue d'assurer progressivement le plein exercice de ces droits, sans préjudice des obligations énoncées dans la présente Convention qui sont d'application immédiate en vertu du droit international ».

<sup>181</sup> La notion a pu faire l'objet de critiques plus ou moins sévères. Voir pour les débats académiques la concernant Cera, « Article 2 (Definitions) », *op. cit.*, p. 115. Et, pour les débats jurisprudentiels, *Marie-Louise Jungelin c. Suède*, opinion du Comité du 2 octobre 2014.

<sup>182</sup> On présume que « indu » est l'antonyme de « dû ». L'indu est « ce qu'on ne doit pas », nous apprend le *Littre* (<https://www.littre.org/definition/indu>) ou, pire, selon le *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, ce qui est « contraire à la règle » ou « ce qui n'est pas conforme à la loi » (<https://www.cnrtl.fr/definition/indu>). Il se peut que la version française ait accepté sans beaucoup de réflexion le terme anglais de « undue » qui signifie, selon le Oxford, « unwarranted or inappropriate because excessive or disproportionate » (<https://www.lexico.com/definition/undue>) ou bien, selon Macmillan, « not necessary or reasonable » (<https://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/undue>). Dans ce cas, on peut se demander, néanmoins, quelle peut être la différence (ou même la nuance) entre « disproportionate » and « undue », les deux termes qui qualifient « burden » dans la version anglaise de la Convention.

<sup>183</sup> Voir des observations ainsi qu'un bref aperçu de l'examen des rapports nationaux par le Comité des droits des personnes handicapées in C. Pyaneandee, *International Disability Law : A Practical Approach to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Londres, Routledge, 2018 (dans son commentaire de l'article 5).

<sup>184</sup> Il va de soi, par exemple, que l'interdiction des traitements inhumains ou du travail forcé, la protection de la vie humaine, voire même le respect du domicile, de la liberté de pensée et d'autres droits « civils » n'ont que faire du « raisonnable ». La « raison » se réfère presque exclusivement à des droits sociaux, économiques et culturels.

<sup>185</sup> *Contra* Corsi selon laquelle « “reasonable” should be understood as referring to effectiveness, rather than as an exception clause related to cost » (*op. cit.*, p. 165).

indéfini dans la phrase « les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour faire en sorte que *des* aménagements raisonnables soient apportés » tout comme on se réfère dans la définition de la « discrimination fondée sur le handicap » au « refus d'aménagement raisonnable »<sup>186</sup>, tout cela laissant une marge d'appréciation non négligeable aux États parties. Le fait qu'ils « prennent *toutes* les mesures appropriées » peut difficilement contrebalancer cette marge importante<sup>187</sup>.

On peut conclure en disant que, à supposer que la Convention de 2006 impose une discrimination positive<sup>188</sup>, en dépit de la lettre de l'article 5, al. 4, celle-ci est bien particulière et se réfère uniquement aux « aménagements raisonnables » alors que la discrimination positive autorisée de l'article 2, al. 3, peut couvrir n'importe quel autre domaine. Au fond donc, en dépit de certaines maladresses, ce traité ne comporte pas de contradiction interne criante entre autorisation et obligation comme cela pourrait, en revanche, être reproché à la Convention sur la discrimination raciale et, dans une moindre mesure, aux deux Conventions interaméricaines sur la discrimination de 2013, puisque les domaines couverts par l'obligation et l'autorisation sont assez clairement différenciés.

### **c) Une discrimination positive obligatoire en faveur des femmes? Entre incertitudes universelles et quasi-certitudes africaines**

Il restera à parler, à nouveau, de la Convention sur les femmes de 1979. Si celle-ci se montre *a priori* adepte de la seule autorisation de mesures de discrimination positive, certaines prises de position du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes peuvent (légèrement ?) semer le doute.

La position de ce Comité est essentiellement exposée dans sa recommandation générale n° 25 portant sur l'article 4 §1 de la Convention de 1979. On y trouve une volonté affichée d'imposer aux États parties des obligations de discriminer positivement ou, selon la phraséologie à la fois de l'article 4 §1 et de la recommandation générale, d'adopter des « mesures temporaires spéciales visant à accélérer la réalisation d'un objectif concret ». La difficulté est que, très clairement, la Convention, notamment son article 4 §1, ne va pas jusque-là et se borne à accepter, tolérer ou excuser des mesures prises volontairement par les États en ce sens. Transformer une autorisation en obligation est ni plus ni moins une tentative de réécrire la Convention. Conscients de ce risque, les auteurs de la recommandation générale n° 25 cherchent à s'appuyer sur la Convention même quoique, pour des raisons évidentes, pas tellement sur son article 4 §1 dont le texte est assez clair<sup>189</sup>. L'interprétation à laquelle se livre le Comité se base sur

---

<sup>186</sup> Nous soulignons.

<sup>187</sup> Nous soulignons.

<sup>188</sup> Des auteurs expriment des doutes quant à l'imposition de mesures de discrimination positive par la Convention tout en considérant que le Comité sur les personnes handicapées s'avance petit à petit vers une affirmation de cette obligatorité (T. Teklé, « An International Perspective of Affirmative Action » in O. Dupper et K. Sankaran (dir.), *Affirmative Action. A View from the Global South*, Stellenbosch, Sun Press, 2014, pp. 89-117, spéc. p. 105).

<sup>189</sup> Ce sont des obligations, explique une auteure, « derived from the object and purpose of the Women's Convention » (R. Cook, « Obligations to Adopt Temporary Special Measures under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women » in I. Boerefijn, F. Coomans, J. Goldschmidt, R. Wolleswinkel et R. Holtmaat (eds.), *Temporary Special Measures : Accelerating de Facto Equality of Women*

l'idée que « la Convention est un instrument évolutif » (point 3) et qu'il faut pouvoir l'interpréter à la lumière de son objectif et de son but général (point 4) qui, manifestement, n'est autre que celui « d'éliminer toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes » (point 14). Ajouter, toutefois, immédiatement après ce dernier membre de phrase les mots « notamment les causes et les conséquences de leur inégalité *de facto* ou réelle » est, probablement, aller *praeter legem*. Ajouter ensuite que « les mesures temporaires spéciales envisagées dans la Convention sont un moyen d'instaurer l'égalité *de facto* ou réelle » est sans doute correct mais l'on retombe dans une interprétation « idéologique » avec l'affirmation que l'adoption de telles mesures ne constitue pas « une exception aux règles de la non-discrimination et de l'égalité » (point 14). Le fait que, selon le Comité lui-même, la prise de telles mesures ne peut être la règle (or, communément, ce qui n'est pas la règle est une exception à la règle...) résulte de l'affirmation de la recommandation générale que les mesures « temporaires » ne « doivent pas être considérées comme nécessaires à tout jamais » (point 20)<sup>190</sup>. Au-delà de cette tautologie, la recommandation générale s'attelle aussi à expliquer que les mesures sont qualifiées de « spéciales » non pas parce qu'elles sont dérogoires au principe d'égalité mais parce qu'elles « sont prises aux fins de la réalisation d'un objectif particulier » (point 21)<sup>191</sup>. En vérité, on peut rarement voir des mesures dérogoires qui ne viseraient pas un objectif particulier. En conclusion, la recommandation générale n° 25 indique que « les États parties devraient expliquer pourquoi, le cas échéant, ils n'ont pas adopté de mesures temporaires spéciales », notamment dans les rapports qu'ils soumettent périodiquement au Comité. Or, le seul fait que le conditionnel est utilisé ici signifie une certaine absence de conviction profonde du Comité quant à l'interprétation de l'article 4 §1 qu'il suggère. En même temps, sauf erreur, nulle part la recommandation générale n'envisage qu'une obligation de discrimination positive soit imposée tout court par la Convention. Tourner autour de cette idée est un aveu que l'idée n'est pas encore imposée en même temps que cela constitue une préparation psychologique pour d'évolutions futures.

---

*Under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 123-142, spéc. p. 130 et s.).

<sup>190</sup> G. Calvès, parle d'un dispositif théoriquement temporaire (*La discrimination positive*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 4<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 40 et s.). Il est intéressant de noter avec Nicole M. Lederer que la quasi-totalité des législations nationales s'abstiennent d'envisager concrètement la fin de leur validité (*Affirmative Action : A Never-Ending Story ?*, thèse, Université d'Adélaïde, Australie, 2013, p. 41 ; même constatation chez Bossuyt (*La notion d'action positive et son application pratique*, *op. cit.*, par. 106) même si la question de la terminaison n'est plus un tabou, notamment dans certaines décisions de la Cour suprême des États-Unis. Lederer donne comme contre-exemple la législation indienne en faveur, notamment, des intouchables, les mesures censées leur venir en aide étant d'une durée de dix ans, à ceci près que ces mesures peuvent être tacitement reconduites, ce qui advient constamment depuis l'indépendance de l'Inde en 1947 (*ibid.*, p. 40). Pour plus de détails sur cet État qui a ancré l'affirmative action dans sa Constitution même S. Parikh, *The Politics of Preference. Democratic Institutions and Affirmative Action in the United States and India*, Ann Arbor, Michigan University Press, 1997 ou encore M. Varn Chandola, « Affirmative Action in India and the United States : the Untouchable and Black Experience », *Indian International and Comparative Law Review*, 1992, pp. 101-133 et A. Deshpande, *Affirmative Action in India*, New Delhi, Oxford India, 2013. Pour nombre d'auteurs, l'Inde est le précurseur absolu en matière de discriminations positives (cf. U. Somer et V. Asal, « Political and Legal Antecedents of Affirmative Action : A Comparative Framework », *Journal of Public Policy*, 2019, pp. 359-391).

<sup>191</sup> Voir pour une brève discussion sur ce point Fr. Raday (*op. cit.*, pp. 127-128). La professeure israélienne, pleinement d'accord avec l'interprétation extensive du Comité, estime que les « mesures spéciales temporaires » sont « an integral element of de facto equality and not an exception to non-discrimination principles ».

Au-delà des ambiguïtés de la Convention de 1979 sur les femmes, (ré)interprétée par la recommandation générale analysée, force est de s'arrêter brièvement sur un traité régional concernant les droits du « deuxième sexe ». Le Protocole de Maputo de 2003 relatif aux droits des femmes, déjà mentionné<sup>192</sup>, semble bien instituer une obligation de discrimination positive en ce que les États parties « s'engagent à [...] prendre des mesures correctives et positives dans les domaines où des discriminations de droit et de fait à l'égard des femmes continuent d'exister » (article 2 §1, *litt.* d). Il est certain que, affectée d'une certaine généralité, cette phrase n'attire pas immédiatement l'attention mais, si l'on se penche de plus près sur ce texte, on découvre certains éléments bien connus des politiques de discrimination positive. Déjà l'épithète « positives » en dit long tout comme celui de « correctives » qui, manifestement, visent à modifier la situation des femmes là où celles-ci souffrent de désavantages<sup>193</sup>. Si ces derniers sont de nature purement juridique (« de droit », dit le texte), tenter de les éliminer ne relèvera sûrement pas d'une discrimination positive mais d'une lutte ordinaire contre des discriminations négatives. Lorsque, en revanche, le même texte fait mention de « discriminations [...] de fait », on semble être plus proche d'une problématique d'*affirmative action*. Le fait que les deux sortes de discriminations, celles « de droit » (« in law », « na lei ») et celles « de fait » (« in fact », « de facto ») sont allégrement mélangées est sans doute gênant et contribue à diminuer l'impact du texte en ce qui concerne l'*affirmative action*. Il n'empêche, la prise en considération de l'élément *ratione temporis* est la bien venue puisque, on l'a déjà dit, on ne peut concevoir de mesures de discrimination positive *ad vitam aeternam*. Certes, cette prise en considération est timide mais elle existe puisque les « mesures correctives et positives » sont à prendre là où les « discriminations [...] de fait à l'égard des femmes continuent d'exister ». Implicitement, ce membre de phrase signifie que, lorsque lesdites « discriminations [...] de fait » cessent d'exister, leur *ratio* disparaît aussitôt et quelqu'un (on suppose les autorités nationales compétentes<sup>194</sup>) devra les sortir de vigueur.

Par ailleurs, l'article 2 §1, *litt.* d, du Protocole de Maputo prend sûrement fait et cause en faveur d'une obligation de discrimination positive dans les conditions que l'on vient de voir. L'indicatif du présent dans l'expression « les États [...] s'engagent à prendre des mesures correctives et positives » milite en ce sens. Toutefois, à y regarder de plus près, cette obligation n'est pas aussi directe que si elle était formulée « les États [...] prennent des mesures correctives et positives ». La médiatisation de l'obligation qu'implique le verbe « s'engager à » diminue quelque peu la force de l'obligation<sup>195</sup>.

<sup>192</sup> Formellement, il s'agit d'un Protocole additionnel à la Charte africaine des droits et des peuples. Selon son article 27, l'interprétation de ses termes ainsi que son application en cas de litige relève des compétences de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Sauf erreur, c'est la première fois qu'un organe incontestablement de nature judiciaire, pourra être appelé à prendre position sur des mesures d'*affirmative action*.

<sup>193</sup> Les deux autres versions linguistiques du Protocole sont conçues (légèrement ?) différemment. La version anglaise parle de « corrective and positive action » en sachant que « action » est un terme plus général que « mesures ». Coupant la poire en deux, la version portugaise mentionne, elle, des « medidas correctivas e acções positivas ». Elle pose, toutefois, la question de savoir en quoi les « medidas » différeraient des « acções ».

<sup>194</sup> Du fait pourtant que la Cour d'Arusha peut connaître des litiges relatif à l'application du Protocole (note précédente), les autorités nationales sont soumises à un contrôle de la part de cette Cour même s'il s'avèrera extrêmement difficile (ou audacieux) pour une Cour internationale d'estimer que telle discrimination de fait a disparu.

<sup>195</sup> Cette observation vaut aussi pour la version portugaise du Protocole (« Os Estados partes [...] comprometem-se a [...] tomar ») mais déjà, il est vrai, pas pour la version anglaise (« States Parties [...] shall [...] take »).

Cela mais aussi les autres remarques formulées auparavant peuvent mener à la conclusion suivante. Les États membres de l'Union africaine hésitent à imposer sans ambages une obligation d'*affirmative action* généralisée, ce qui dévoile probablement des dissensions internes sur ce point – éternellement – délicat. D'où aussi certaines dispositions spécifiques du Protocole de Maputo qui imposent une telle obligation dans des domaines déterminés comme, par exemple, dans le domaine de la parité dans les processus électoraux<sup>196</sup>. En fait, si une *affirmative action* est imposée de manière générale, comment apprécier le fait qu'une *affirmative action* est imposée dans des domaines spécifiques aussi ? En principe, on distingue le spécifique par rapport au général lorsque le premier cherche à contrarier le second. Pas lorsqu'il se conforme à lui.

\*\*

« Politique de rattrapage entre groupes inégaux »<sup>197</sup>, la discrimination positive gagne du terrain en droit international alors que, pendant longtemps, elle fut cantonnée dans la seule CERD, une Convention dont le texte est parfois contradictoire, presque toujours ambigu, souvent maladroit. Il est vrai que nombre de conventions, universelles ou régionales, qui lui ont succédé, sans aucunement la remplacer, contiennent des formules revues et corrigées. C'est, en grande partie, le cas de conventions thématiques sur les droits de l'homme. L'observation est presque tautologique. Ce sont de telles conventions dont le nombre a pu monter prodigieusement durant les années 1990 et 2000 (les choses se sont calmées un peu depuis) qui se sentent plutôt à l'aise avec la discrimination positive à tel point que, assez souvent, ce sont leurs dispositions y portant qui constituent une des principales innovations de ces textes, innovations qui justifient, parfois, presque leur existence elle-même. En revanche, les conventions « généralistes » se gardent, à l'instar de la Convention européenne des droits de l'homme, à bonne distance de cette discrimination compensatrice<sup>198</sup>. Si elles pouvaient être interprétées comme contraires à l'idée de la discrimination positive, un nouveau champ de rivalité pourrait s'ouvrir entre textes s'en tenant à une idée convenue et quelque peu désincarnée de l'égalité et textes, certes un peu moins prestigieux (mais pas forcément moins ratifiés), qui, pour paraphraser un philosophe, ne se contenteraient plus d'interpréter le monde mais viseraient à le transformer<sup>199</sup>.

<sup>196</sup> Suivant l'article 9 §1 du Protocole, « les États entreprennent des actions positives spécifiques pour promouvoir la gouvernance participative et la participation paritaire des femmes dans la vie politique de leurs pays, à travers une action affirmative et une législation nationale et d'autres mesures » visant, entre autres, à ce que « les femmes soient représentées en parité avec les hommes et à tous les niveaux, dans les processus électoraux ». Il se peut que les termes forts utilisés ici (« actions positives spécifiques », « promouvoir », « action affirmative ») servent à compenser la relative faiblesse de la disposition générale de l'article 2 §1, *litt.* d, du Protocole de Maputo. Mais qui compense une faiblesse en souligne en même temps l'existence. Voir aussi dans la même veine l'article 23, *litt.* a, du Protocole portant sur les femmes handicapées.

<sup>197</sup> G. Calvès, *La discrimination positive*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 4<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 9.

<sup>198</sup> Les Comités créés par les deux Pactes de 1966 n'osent pas aller assez loin dans la voie de la discrimination positive en dépit de certaines velléités qu'ils manifestent dans certaines observations générales.

<sup>199</sup> Selon le texte original, « Die Philosophen haben die Welt nur verschieden interpretiert ; es kommt drauf an, sie zu verändern » (11<sup>ème</sup> thèse sur Feuerbach, 1845).

## La conciliation de l'universalité avec la diversité culturelle. Un enjeu majeur du droit international

Jean Moise\*

Après avoir été souvent reléguée au rang de préoccupation secondaire pendant des décennies, la question de la diversité des cultures connaît un regain d'intérêt et constitue désormais l'un des axes fondamentaux du débat international autour de la mondialisation. Elle occupe les premières loges dans les instances internationales - l'UNESCO au premier chef qui a adopté une série d'instruments sur le sujet, dont la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de 2005. Au-delà du souci de sauvegarder des intérêts économiques dans le domaine culturel, la convention de 2005 traduit surtout la nécessité de s'adapter au nouveau contexte post-guerre froide marqué par un glissement du « politique » vers le « culturel », où les questions de culture, d'identité, d'économie et de développement s'entremêlent et s'entrechoquent, et par conséquent, fait de la protection des cultures et des identités un enjeu nouveau qui suppose un encadrement juridique plus poussé<sup>1</sup>.

Le débat autour de la question de la diversité culturelle n'est en revanche pas nouveau. Il remonte à l'élaboration de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948<sup>2</sup> et se cristallise autour de l'universalisme et du pluralisme. En effet, au moment de l'adoption de la Déclaration, les divergences furent vives entre ceux qui défendaient un rationalisme et un humanisme laïc et universel des droits de l'homme et ceux qui en revendiquaient une vision transcendantale et particulariste ou axée sur les réalités sociales et économiques de chaque Etat. Entre les Etats européens et américains d'une part, et les Etats communistes et arabo-musulmans d'autre part, les différences idéologiques étaient des plus expressives<sup>3</sup>. Les représentants arabo-musulmans ont remis en cause la plupart des articles du projet de la Déclaration<sup>4</sup>. Le projet de l'article 13 par exemple a fait l'objet de vives contestations, notamment de la part du représentant de l'Arabie saoudite qui estimait que la formulation qui autorisait tout individu à circuler librement à l'intérieur d'un Etat ne cadrerait pas avec la doctrine

---

\* Chargé d'enseignement aux Universités Picardie Jules Vernes et Paris Nanterre.

<sup>1</sup> Article premier – Objectifs de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, CLT.2005/CONVENTION DIVERSITE-CULT REV.2, 2005. V. aussi E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011, p. 175.

<sup>2</sup> A ce propos, voir notamment S. Kassas, *Droits de l'homme et Islam*, Paris, Harmattan, 2011, pp. 22-30.

<sup>3</sup> V. par exemple les termes mis en avant par le Représentant de l'URSS pour qualifier ces divergences, UN Doc. A/PV.183, 10 décembre 1948, p. 929.

<sup>4</sup> Sur ce désaccord, v. entre autres, V. Zuber, « 1948 : les 70 ans de la DUDH, un anniversaire en demi-teinte », in A. Boza et Co (dir.), *Histoire et postérité de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Nouvelles approches*, PUR, 2022, p. 32 et s.

musulmane, « laquelle n'est pas unanime lorsque se pose la question du droit d'accès du non-musulman au territoire sacré que constitue La Mecque »<sup>5</sup>.

Les Etats communistes à l'époque (la Biélorussie, la Pologne, la Tchécoslovaquie, l'Ukraine, l'URSS et la Yougoslavie) avaient aussi formulé quelques réserves au texte de la Déclaration. Ils considéraient, contrairement aux Etats-Unis ou aux Etats européens qui défendaient les droits civils et politiques, que les rédacteurs devaient mettre davantage l'accent sur les devoirs de l'individu et les droits socio-économiques<sup>6</sup>. Le Représentant de la Yougoslavie par exemple insista sur le fait que la Déclaration devrait assurer une protection plus complète à l'être humain, pris non seulement comme individu, mais aussi en tant que membre des divers groupes sociaux. En tant que moyen de codification internationale, la Déclaration n'ouvrait pas suffisamment « à l'individu des horizons nouveaux dans le vaste domaine des droits sociaux »<sup>7</sup>, selon lui. Les deux pactes de 1966 sur les droits civils et politiques d'une part, et sur les droits socio-économiques et culturels d'autre part, ont entériné cette interprétation concurrente sinon divergente des droits de l'homme.

En dépit des divergences de conceptions, la Déclaration - facilitée sans doute par les circonstances de l'après-guerre - a été adoptée avec un large consensus<sup>8</sup>. Mais on comptait à l'occasion seulement 58 Etats à Paris au Palais de Chaillot. Tous les Etats colonisés n'étaient pas représentés<sup>9</sup>. Après leur indépendance, ces pays ont dû se positionner par rapport à ce que le professeur Frédéric Sudre qualifie d'« instrument pré-juridique »<sup>10</sup> qui a été le ferment de création du droit international des droits de l'homme. Ainsi, ces Etats et des courants de pensée dans le monde arabe remettent en question la Déclaration. Ils lui reprochent d'être trop occidentale, voire « chrétienne »<sup>11</sup>. Selon eux, l'Occident serait peut-être moins l'« inventeur » des droits de l'homme qu'un simple continuateur<sup>12</sup>. Ils accusent la Déclaration d'ignorer les spécificités culturelles des autres civilisations et pire... de n'être qu'une façade cachant mal les visées colonisatrices d'un occident puissant, méprisant et expansionniste<sup>13</sup>. Pour marquer à l'encre forte leur opposition, le Conseil islamique d'Europe a proclamé le 19 septembre 1981 une Déclaration universelle des droits de l'homme alors que l'Organisation de la coopération islamique (OCI) a adopté le 5 août 1990 la Déclaration du Caire des droits de l'homme

---

<sup>5</sup> S. Kassas, *Droits de l'homme et Islam*, op. cit., p. 25.

<sup>6</sup> V. le document consignait les déclarations des Etats le jour du vote du projet : UN Doc. A/PV.183, 10 décembre 1948 ; voir aussi G. Johnson et J. Symonides, *La Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Paris, Unesco/Harmattan, 1991, p. 78.

<sup>7</sup> UN Doc. A/PV.183, 10 décembre 1948, pp. 913-915.

<sup>8</sup> La résolution a été adoptée par 44 voix, avec 8 abstentions.

<sup>9</sup> V. Zuber, « Les soixante-dix ans de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Un anniversaire en demi-teinte », *Le Débat*, 2018/4 (n° 201), p. 106-121, spéc. p. 114.

<sup>10</sup> F. Sudre, « La dimension internationale et européenne des libertés et des droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 9e éd., Dalloz, 2003, pp. 29-46, spéc. p. 30.

<sup>11</sup> A. Abdelrahman, *Monde arabe et droits de l'homme : vers l'émergence d'un système régional de protection des droits de l'homme ?* Thèse de doctorat en droit, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille (Aix-en-Provence, 2004), p. 180.

<sup>12</sup> N. Mekki, « Les Etats Arabes et la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme », *Arab Law Quarterly*, 2009, vol. 23(3), pp. 307-328, p. 310.

<sup>13</sup> *Ibid.*

en Islam<sup>14</sup>. Ces deux textes revendiquent un fondement religieux des droits de l'homme contrairement à la Déclaration de 1948 qui les fonde sur l'individu et les idéaux des Lumières.

C'est donc un fait que l'universalité des droits de l'homme a été questionnée concrètement dès leur proclamation internationale et au cours des années qui ont suivi<sup>15</sup>. Mais cette contestation a été surtout l'œuvre des Etats dits non-alignés et des courants de pensées qui leur sont proches. Depuis près d'une vingtaine d'années, on assiste en revanche à un fléchissement. Le rejet de l'universalité ne se manifeste plus uniquement hors des murs de l'occident. Il l'est en son sein même, à la fois dans le champ académique<sup>16</sup> et dans la sphère politique. Dans un article qu'elle a publié récemment<sup>17</sup>, le professeur Laurence Burguorge-Larsen montre avec de nombreux exemples que les discours anti-universalisme dépassent de très loin le cercle des penseurs et politiques non-occidentaux pour imprégner largement la pensée et la pratique en occident. Elle a cité notamment la Française Chantal Delsol, professeur émérite de philosophie et membre de l'Académie des Sciences morales et politiques qui dans un essai très critique<sup>18</sup> dénonce avec virulence la volonté de l'Occident d'imposer par n'importe quel moyen sa vision au reste du Monde.

Mais au-delà de ces essais très récents qui de toute évidence relancent le débat public autour de cette épineuse question, cela fait près de deux décennies que de nombreux auteurs occidentaux attirent l'attention sur l'ampleur toujours plus impressionnante des contestations de l'universalisme occidental, et réclament ainsi une nouvelle interprétation, une réadaptation, voire une nouvelle rédaction de la Déclaration de 1948 afin de prendre en compte les spécificités régionales. Cette nouvelle approche des droits de l'homme axée sur la conciliation de l'universalité avec les particularités serait, selon ces auteurs, un moyen de redonner au droit sa légitimité et un facteur d'harmonie et de paix entre les différentes civilisations du monde. Dans un entretien accordé au Journal *Le Monde* le 16 décembre 2010, le politologue Bertrand Badie a appelé à réécrire la Déclaration, qui d'après lui, « serait salutaire »<sup>19</sup>, une déclaration qui fait écho à celle déjà formulée et assumée par les professeurs Joseph Yacoub<sup>20</sup> ou Norbert Rouland<sup>21</sup>. Dans la conclusion de son célèbre article publié en 1994, Samuel Huntington avait déjà

<sup>14</sup> Ces textes sont consultables sur ce lien : <https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/religion/dossier/point-de-vue-de-lislam/declarations-islamiques-des-dh/>

<sup>15</sup> Pour plus de détails, v. J. Lacroix et J.-Y. Pranchère, *Le procès des droits de l'homme*, Paris, Seuil, 2016 ; M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983.

<sup>16</sup> N'en déplaise à l'éminent juriste Alain Pellet qui croit que ces contestations sont surtout l'œuvre « d'auteurs qui ne se consolent pas de l'éclipse, plus ou moins profonde, plus ou moins durable, de la partie du monde à laquelle ils appartiennent, à la splendeur passée ». V. A. Pellet, « Le droit international à la lumière de la pratique : l'introuvable théorie de la réalité. Cours général de droit international public », *RCADI*, vol. 414, 2021, p. 144.

<sup>17</sup> L. Burguorge-Larsen, « Le basculement de l'histoire ? Les attaques contre l'universalisme des droits de l'homme », *RDLF*, 2021 chron. n° 06.

<sup>18</sup> C. Delsol, *Le crépuscule de l'Universel. L'Occident postmoderne et ses adversaires, un conflit mondial des paradigmes*, Paris, Les éditions du Cerf, 2020.

<sup>19</sup> G. Minassian, « Bertrand Badie : Il serait salutaire de réécrire la Déclaration des droits de l'homme », *Le Monde*, 16 décembre 2010.

<sup>20</sup> J. Yacoub, *Réécrire la Déclaration des droits de l'homme*, Desclée de Brouwer, 2008.

<sup>21</sup> N. Rouland, « A propos de droits de l'homme : un regard anthropologique », *Droits fondamentaux*, n° 3, décembre-janvier 2003.

fait remarquer que l'Occident devra « parvenir à une meilleure compréhension des convictions religieuses et philosophiques de base qui constituent le substrat des autres civilisations »<sup>22</sup>. Plus récemment les professeurs Rusen Ergec et Emmanuelle Jouannet ont pactisé, avec un accent plus nuancé, avec la même perspective<sup>23</sup>.

Dès lors, une interrogation s'impose : en quoi la diversité culturelle et religieuse constitue-t-elle un enjeu international suffisamment pertinent pour être pris en compte dans la formulation et/ou l'application du droit ? En quoi l'intégration de la diversité des cultures dans la norme internationale des droits de l'homme favoriserait-elle l'équilibre et la paix ? L'objectif de cette contribution est de tenter de répondre à ces questions. Elle s'articule à cet effet autour de deux idées fondamentales : d'une part, la réaffirmation de la diversité culturelle dans la pratique contemporaine (**Partie I**), et d'autre part, la pertinence d'un système conciliant les diverses traditions culturelles (**Partie II**).

## **Partie I – L'émergence des revendications culturelles dans la pratique internationale**

Depuis la fin de la guerre froide, on assiste à une véritable réactivation de l'argument culturel dans le discours international relatif aux droits de l'homme (A). Il ne s'agit plus du vieux clivage portant sur les droits civils et politiques *versus* droits économiques, sociaux et culturels qui antagonisait l'Est et l'Ouest, mais un désaccord entre les non-occidentaux et les occidentaux sur la place des cultures non-occidentales et de leurs spécificités dans le système universel de protection des droits de l'homme. Au nom de leurs différences culturelles et leurs pratiques traditionnelles, les non-occidentaux rejettent l'universalisme de la Déclaration universelle considéré comme un héritage occidental. Ce rejet de « l'esprit de 1948 » ainsi que son ferment - le libéralisme - se manifeste aussi dans la pratique de certains pays occidentaux (B).

### **A. La réaffirmation de la diversité culturelle et religieuse**

A l'heure actuelle, l'idée de la diversité culturelle connaît un très net rebondissement à tel point que certains parlent de sa « renaissance »<sup>24</sup>. Elle est même considérée comme l'un des grands enjeux de la mondialisation<sup>25</sup>. D'ailleurs, personne n'ose se déclarer contre la diversité, qui serait « une source d'enrichissement mutuel pour la vie culturelle de l'humanité »<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> S. Huntington, « Le choc des civilisation », *Commentaire*, 1994, vol. 66(2), pp. 238-252.

<sup>23</sup> Ils se montrent clairement favorables à la prise en compte de la diversité des cultures dans le cadre d'un aménagement du système international de protection des droits de l'Homme. V. R. Ergec avec la collaboration de M. Happold, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, 3<sup>e</sup> édition / Bruxelles : Larcier, DL 2014, pp. 38-39 ; E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, *op. cit.*, pp. 239-242.

<sup>24</sup> V. C. Napoli Claudia, « La renaissance des droits culturels dans le système international de protection », *in Humanisme et droit - Offert en hommage au professeur Jean Dhommeaux*, Pedone, 2013, pp.341-356.

<sup>25</sup> V. J. Nowicki, M. Oustinoff et S. Proulx, *L'épreuve de la diversité : introduction*, Hermès, 51, Paris, 2008, pp. 9-14.

<sup>26</sup> *Promotion du dialogue, de l'entente et de la coopération entre les religions et les cultures au service de la paix*, UN Doc. A/RES/72/136, 11 décembre 2017.

Selon Bernard Wicht<sup>27</sup>, deux types de situations expliquent cette nouvelle préoccupation internationale : d'une part, la fragmentation croissante des sociétés et, d'autre part, les discussions autour de la question de l'exception culturelle. Pour le professeur Emmanuelle Jouannet, la renaissance, voire la « reconnaissance » de la diversité culturelle s'explique par les rapprochements et les échanges mais aussi par « les conflits entre des cultures diverses et plurielles qui ne sont plus étouffées sous le clivage binaire idéologique de la guerre froide »<sup>28</sup>. Comme le constate la Convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle précitée, si les processus de mondialisation, facilités par l'évolution rapide des technologies de l'information et de la communication, créent les conditions inédites d'une interaction renforcée entre les cultures, ils représentent aussi un défi pour la diversité culturelle, notamment au regard des risques de déséquilibres entre pays riches et pays pauvres<sup>29</sup>. La diversité culturelle ou diversité des expressions culturelles devient alors un instrument de sauvegarde des « cultures de chaque pays face à la domination d'un modèle culturel »<sup>30</sup>.

A ces explications, s'ajoute une autre, de type culturaliste et essentialiste portée notamment par Samuel Huntington. Pour cet auteur, trois éléments fondamentaux expliquent la réaffirmation des cultures, des valeurs et des institutions notamment non-occidentales. Le premier est l'accroissement des moyens économiques, militaires et politiques des Etats non-occidentaux<sup>31</sup>. Le deuxième est la conception nouvelle du monde non-occidental de la notion de « succès » : si depuis des siècles, les sociétés non-occidentales cherchaient les clés du succès dans les valeurs et les institutions occidentales, dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix « cette attitude kémaliste a changé en Extrême-Orient ». Désormais, ces sociétés renvoient leur réussite économique à leur adhésion à leur propre culture<sup>32</sup>. Le troisième est le « paradoxe démocratique »<sup>33</sup>. D'après S. Huntington, les hommes politiques des sociétés non-occidentales ne réussissent plus ou ne gagnent plus des élections parce qu'ils sont occidentalisés, mais parce qu'ils sont populaires et se montrent éthiques, nationalistes et religieux. Ce renouveau culturel s'accompagne d'un autre phénomène qui est celui de la réaffirmation de la religion, ce qu'il appelle « la revanche de Dieu »<sup>34</sup>.

Les affirmations culturelles et religieuses se manifestent sous des formes diverses. On les retrouve particulièrement dans les discussions au sein des organes internationaux ou dans les déclarations politiques des Etats ou des groupes non-étatiques ou religieux et dans les travaux de la doctrine<sup>35</sup>. Elles se manifestent quelques fois avec agressivité et

<sup>27</sup> B. Wicht, « La diversité culturelle. L'ambiguïté d'une notion », *op. cit.*

<sup>28</sup> E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011, p. 175.

<sup>29</sup> V. le préambule.

<sup>30</sup> R. K. Koude, « Reconnaissance de la diversité des cultures », *Global justice*, avril 2015 [dernière consultation le 12 mars 2022].

<sup>31</sup> S. Huntington, *Le choc des civilisations*, Paris, Odile Jacob, 2007, p. 98.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>35</sup> V. notamment Y. Onuma, « A Transcivilizational Perspective on International Law Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century » (Volume 342), *RCADI*, 2009; C. Delsol, *Le crépuscule de l'Universel. L'Occident postmoderne et ses adversaires, un conflit mondial des paradigmes*, Paris, Les éditions du Cerf, 2020.

révolte. On peut penser en particulier aux escalades suscitées par « l'affaire des caricatures de Mahomet » : violentes manifestations « l'Islam en colère », menaces de mort, propos haineux, boycott, embrasement d'ambassades et de consulats à Damas, au Beyrouth, à Téhéran, etc.<sup>36</sup> Les Etats visés par ces actes ont été mis en demeure d'écarter leur conception (occidentale) de la liberté d'expression au profit d'un strict respect de la loi islamique, qui interdit la représentation du Prophète<sup>37</sup>. L'attentat contre le Journal Charlie Hebdo en janvier 2015 en est aussi une puissante démonstration puisqu'il s'inscrit dans la continuité des actes visant à « venger le Prophète »<sup>38</sup>.

Sous prétexte de préserver sa spécificité culturelle face à une culture dominante, on assiste au déploiement d'un repli identitaire, de mouvements ultranationalistes, de violences inouïes. Dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye (2009), le professeur Yasuaki Onuma a expliqué que la plupart des musulmans croient que leur civilisation islamique a déjà été attaquée par la civilisation occidentale ou capitaliste, et justifient ainsi leurs actes de violence contre l'Occident et alliés, en particulier les États-Unis et Israël, par le jihad, les qualifiant d'actes défensifs ou de contre-attaques contre la « civilisation occidentale agressive »<sup>39</sup>. C'est dans ce contexte que Dusan Sidjanski a fait remarquer que « la culture est souvent un motif pour faire émerger des guerres, des conflits, enfin le choc des civilisations »<sup>40</sup>.

La communauté internationale prend acte de ce nouvel enjeu de société, et s'attelle depuis une vingtaine d'années à y apporter des réponses juridiques. L'UNESCO par exemple a adopté au début des années 2000 une Déclaration universelle sur la diversité culturelle (2001) et une Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (2005). L'Assemblée générale des Nations Unies a, de son côté, adopté une série de résolutions dans lesquelles elle appelle les Etats à prendre les mesures nécessaires pour promouvoir le respect des cultures et des religions afin de décourager l'intolérance et les violences basées sur la conviction<sup>41</sup>. Dans sa résolution 72/136 du 11 décembre 2018, l'Assemblée générale « encourage les États Membres à examiner, selon qu'il conviendra, les initiatives à prendre pour mettre en évidence des domaines d'action dans tous les secteurs et à tous les niveaux de la société en vue de promouvoir le dialogue, la tolérance, l'entente et la coopération entre les religions et les

---

<sup>36</sup> Pour une synthèse des controverses suscitées par cette affaire, voir notamment D. Avon, « 'L'affaire des caricatures'. Chronologie et mise en perspective » in *La caricature au risque des autorités politiques et religieuses*, Presses universitaires de Rennes, 2010 [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>37</sup> V. R. Letteron, « L'Etat de droit face au terrorisme », *AFRI*, Volume IX, 2008, pp. 245-261, spéc. p. 245.

<sup>38</sup> Selon Al-Qaida au Yémen qui a revendiqué l'attentat, il s'agissait de venger le prophète Mahomet. « Al-Qaida au Yémen revendique l'attentat contre Charlie Hebdo », *Le Figaro*, 14 janvier 2015 [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>39</sup> Y. Onuma, « A Transcivilizational Perspective on International Law Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century », *op. cit.*, p. 142.

<sup>40</sup> D. Sidjanski, *Dialogue des cultures à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1-2. Le thème « choc de civilisation », forgé par Samuel Huntington, évoque la possible confrontation à grande échelle entre les grandes civilisations du monde en raison de l'incompatibilité de leurs valeurs respectives.

<sup>41</sup> V. par exemple les résolutions n° 54/160 du 17 décembre 1999, n° 55/91 du 4 décembre 2000, n° 57/204 du 18 décembre 2002, n° 58/167 du 22 décembre 2003, n° 60/167 du 16 décembre 2005, n° 62/155 du 18 décembre 2007 et n° 64/174 du 18 décembre 2009, n° 54/113 du 10 décembre 1999, n° 55/23 du 13 novembre 2000 et n° 60/4 du 20 octobre 2005, n° 66/154 du 19 décembre 2011, n° 74/159 du 18 décembre 2019, n° 73/129 du 12 décembre 2018, n° 72/170 du 19 décembre 2017, n° 70/156 du 17 décembre 2015.

cultures »<sup>42</sup>. Ces Conventions et résolutions ne résolvent cependant pas le problème. Elles ne traduisent que partiellement la vraie complexité de la question des différences. La crise continue. Et dans ce premier quart du XXI<sup>e</sup> siècle, les « cultures holistes » partent en guerre contre l'universalisme<sup>43</sup>.

## **B. L'universalité des droits de l'homme à l'épreuve de la diversité culturelle**

Le renouveau du discours sur la diversité culturelle s'accompagne d'une remise en question de l'universalité « sur plusieurs fronts et de plusieurs façons »<sup>44</sup>. La contestation la plus radicale que la doctrine qualifie de « différentialiste » s'appuie sur des revendications culturelles et religieuses. Elle est portée par les Etats islamiques regroupés au sein de l'Organisation de la Conférence islamique et l'orthodoxie russe. Alors que tous les instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme adoptés jusqu'ici en Europe ou en Amérique, et en Afrique, dans une moindre mesure, rendent hommage à l'universalité et en particulier à la Déclaration universelle de 1948, la pratique arabo-musulmane témoigne en revanche d'une toute autre réalité. Les Etats islamiques affichent une résistance, voire une indifférence quand ce n'est pas un rejet en bonne et due forme de l'universalité et donc de la Déclaration de 1948. Ce rejet se manifeste à la fois dans leurs déclarations unilatérales et dans leurs instruments contraignants ou non-contraignants.

Lors de sa 142<sup>e</sup> Réunion, le 7 septembre 2014, le Conseil de la Ligue des Etats arabes a adopté, par sa résolution n° 7790<sup>45</sup>, le Statut de la Cour Arabe des Droits de l'Homme. Dans cet instrument, aucune référence expresse, aucun hommage n'est rendu à l'universalité des droits de l'homme. Au niveau du préambule, on peut lire en revanche : « Procédant de leur foi dans la dignité de l'homme que Dieu a honoré, et afin de réaliser la justice, l'égalité, la primauté du droit et son rôle dans la protection des droits de l'homme », formule très ambiguë par laquelle ces Etats entendent fonder la création de la Cour. Selon le professeur Paul Tavernier, ce texte « laisse planer un risque de relativisme des droits de l'homme, revendiqué et pratiqué par les Etats arabes »<sup>46</sup>. Ces derniers manifestent dans le Statut « une grande méfiance à l'égard de la Cour dont ils redoutent l'indépendance et l'autonomie. En cela, ils sont également cohérents avec la défiance qu'ils manifestent à l'encontre des organes universels de contrôle du respect des normes relatives aux droits de l'homme »<sup>47</sup>. Pour d'autres auteurs, l'attitude des Etats arabes traduit un certain rejet par ces derniers de ce qu'il conviendrait d'appeler

<sup>42</sup> *Promotion du dialogue, de l'entente et de la coopération entre les religions et les cultures au service de la paix*, UN Doc. A/RES/72/136 du 11 décembre 2017.

<sup>43</sup> C. Delsol, *Le crépuscule de l'Universel. L'Occident postmoderne et ses adversaires, un conflit mondial des paradigmes*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>44</sup> D. Lochak, « IV. L'universalité des droits de l'homme : évidence ou mystification ? », in D. Lochak (dir.), *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, Presses Universitaires de France, « Les voies du droit », 2010, p. 180.

<sup>45</sup> V. La version française du Statut de la Cour arabe des droits de l'homme (traduction non-officielle du Centre Arabe pour l'Éducation au Droit International Humanitaire et aux Droits Humains).

<sup>46</sup> V. P. Tavernier, « Les ambiguïtés de l'universalité des droits de l'homme. A propos du Statut de la Cour arabe des droits de l'homme », in *Réciprocité et universalité. Source et régime du droit international des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur du professeur Emmanuel Decaux*, Paris, Pedone, 2017, p. 883.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 892.

l'universalité « procédurale » et « institutionnelle », c'est-à-dire l'acceptation de la compétence des organismes de contrôle onusiens et universels<sup>48</sup>.

Ce dernier-né des textes arabes en matière des droits de l'homme doit être considéré comme la réaffirmation du désaccord des Etats arabo-musulmans avec l'idéal de 1948, car il s'inscrit dans une longue tradition de proclamation qui va dans le même sens. Le signal a été envoyé avec la Déclaration du Caire des droits de l'homme en Islam adoptée par l'Organisation de la coopération islamique (OCI), une association de 57 États d'inspiration islamique, lors de la 19<sup>e</sup> Conférence islamique des ministres des Affaires étrangères, le 5 août 1990<sup>49</sup>. Cet instrument juridiquement non contraignant a une signification hautement symbolique et une grande importance dans la politique des droits de l'homme des Etats arabes. Il constitue en quelque sorte un contre-projet islamique par rapport à la Déclaration de 1948.

La Déclaration du Caire confirme le caractère divin et sacré des droits de l'homme qui trouvent leurs sources d'inspiration dans tous les livres révélés aux prophètes. Elle affirme que les Etats membres de l'OCI sont convaincus que les droits fondamentaux et les libertés publiques en Islam, font partie « de la Foi islamique », car ce sont les droits et les libertés dictées par Dieu « dans ses Livres révélés », et qui sont l'objet du message du dernier Prophète Muhammad. L'article 25 fait de la Charia « l'unique référence pour l'explication ou l'interprétation de quelconque des articles ».

Lors de la Conférence mondiale des droits de l'Homme des Nations Unies en 1993, les Etats arabes ont à nouveau rejeté l'universalité<sup>50</sup>. Réunis lors d'une conférence régionale organisée en amont de la Conférence de Vienne, ils ont adopté la Déclaration de Bangkok, qui affirme que l'universalité des droits de l'Homme implique le respect des particularismes : « Si les droits de l'homme sont par nature universels, ils doivent être envisagés dans le contexte du processus dynamique et évolutif de fixation des normes internationales, en ayant à l'esprit l'importance des particularismes nationaux et régionaux comme des divers contextes historiques, culturels et religieux »<sup>51</sup>.

Cette affirmation a été reprise dans la déclaration finale de la Conférence de Vienne qui réaffirme cependant le caractère universel des droits de l'homme : « Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des Etats,

---

<sup>48</sup> T. Majzoub et F. Quilleré-Majzoub, « De l'utilité de la future Cour arabe des droits de l'homme. De quelques réflexions sur son Statut », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 103, juillet 2015, pp. 645-671, spéc. p. 659.

<sup>49</sup> Disponible sur : [https://www.oic-iphrc.org/fr/data/docs/legal\\_instruments/OIC\\_HRRIT/942045.pdf](https://www.oic-iphrc.org/fr/data/docs/legal_instruments/OIC_HRRIT/942045.pdf)

<sup>50</sup> N. Rouland, « A propos de droits de l'homme : un regard anthropologique », *Droits fondamentaux*, n° 3, décembre-janvier 2003.

<sup>51</sup> Article 8 de la Déclaration.

quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales »<sup>52</sup>.

Selon le professeur Robert Nouland, cette formule synthétique peut être interprétée de deux façons. Soit on y voit une « position de compromis qui reflète un consensus illusoire. Soit il porte en germe un programme spécifique, pour ce début du XXI<sup>e</sup> siècle, en proposant une nouvelle méthode de compréhension des droits de l'Homme universels ; cette méthode permet de prendre en compte de manière dynamique des facteurs particuliers tels que la culture de l'individu »<sup>53</sup>. Dans un sens nuancé mais traduisant à peu près la même préoccupation, le professeur Rusen Ergec croit que cette énonciation de la conférence de Vienne donne écho à la problématique de la diversité des cultures<sup>54</sup>.

La Charte arabe des droits de l'homme du 15 septembre 1994 révisée en 2004 et entrée en vigueur en 2008 marque une exception notable par rapport à la Déclaration du Caire ou la Déclaration de Bangkok. Elle fait référence expressément à l'universalité et à la Déclaration de 1948 : « [...] ayant foi également dans la primauté du droit et dans sa contribution à la protection des droits de l'homme envisagés dans leur universalité et leur complémentarité [...] »<sup>55</sup>. Dans le paragraphe suivant, on lit : « consciente du lien étroit existant entre les droits de l'homme et la paix et la sécurité internationales, réaffirmant les principes de la Charte des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme et les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et tenant compte de la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam ».

Le fait d'associer ces trois derniers textes, surtout la Déclaration du Caire, aux Pactes internationaux soulève cependant la question de la compatibilité de la Déclaration du Caire avec les normes internationales protégeant les droits de l'homme<sup>56</sup>. Car, comme il est montré plus haut, la Déclaration du Caire est en contradiction avec les textes universels. Non seulement elle ne les mentionne pas mais elle comporte de nombreuses références à la charia. Ce texte se place essentiellement dans une perspective religieuse. Dès lors, l'association de la Déclaration du Caire avec les textes universels apparaît comme une manière de rejeter subtilement l'universalité.

L'universalité est aussi questionnée par l'orthodoxie russe. Lors du dixième Concile mondial du peuple russe (VRNS), qui s'est tenu du 4 au 6 avril 2006 à Moscou, le patriarcat de Moscou a assimilé l'universalité des droits de l'homme à une forme d'hégémonie des valeurs occidentales et libérales, contradictoires avec celles de la nation et de l'orthodoxie russes : « Sous couvert du concept de droits de l'homme se

---

<sup>52</sup> Déclaration et programme d'action de Vienne, A/CONF.157/23, 12 juillet 1993, par. 5. [En ligne] Disponible sur : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/34/PDF/G9314234.pdf?OpenElement>

<sup>53</sup> N. Rouland, « A propos de droits de l'homme : un regard anthropologique », *op. cit.*

<sup>54</sup> R. Ergec, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>55</sup> Préambule. V. la Charte en ligne : [https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/061015\\_Projet-Charte-arabe.pdf](https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/061015_Projet-Charte-arabe.pdf)

<sup>56</sup> Sur ce point, v. M. A. Al-Midani, « La nouvelle Charte arabe des droits de l'homme est entrée en vigueur le 15 janvier 2008 », cité par Paul Tavernier, *op. cit.*, p. 890.

cachent le mensonge et l'insulte aux valeurs religieuses et nationales », a avancé le métropolite Cyrille de Smolensk et Kaliningrad<sup>57</sup>. A cette occasion, l'orthodoxie a adopté une Déclaration sur les droits et la dignité de l'homme<sup>58</sup>. L'un des prélats a affirmé que « La déclaration élaborée par le Concile est une tentative de fonder le concept de droits de l'homme en Russie dans une interprétation asiatique et non européenne, privilégiant la communauté par rapport à l'individu »<sup>59</sup>. Misant sur les contestations patriarcales, la Russie tente d'opposer ses « valeurs traditionnelles » des rapports entre les hommes et les femmes aux valeurs universelles des droits de l'homme<sup>60</sup>, en dépit des résistances du Comité consultatif des droits de l'homme qui soutient l'égalité des femmes et des hommes face aux « pratiques traditionnelles »<sup>61</sup>.

Outre cette contestation de nature *différentialiste*, existe une autre forme de contestation qu'on qualifie de *souverainiste*. Celle-ci émane d'un ensemble d'Etats très divers du point de vue géographique, idéologique, de leur régime politique ou religieux. On y retrouve les pays de culture confucéenne (la Chine, la Corée du Nord), arabes (l'Iran, la Syrie) d'Afrique (le Rwanda), d'Amérique (le Venezuela, Cuba) ou même de l'Europe (la Pologne, la Hongrie). Selon la plupart de ces Etats, il incombe à chaque Etat, au nom de sa souveraineté, de définir et de garantir les droits de l'homme tels qu'il les conçoit et comme il l'entend<sup>62</sup>.

Pour le souverainisme absolu, l'Occident se trompe en soutenant que le principe de souveraineté cède devant le principe de l'universalité des droits de l'Homme<sup>63</sup>. Chacun est maître de sa souveraineté en matière de droits de l'Homme. Ainsi, la protection internationale des droits de l'Homme doit viser tout d'abord à promouvoir la coopération internationale dans le respect des principes de chacun. Selon la Chine, « il faut, en ce qui concerne les droits de l'Homme, accorder la même importance aux droits économiques, sociaux et culturels qu'aux droits civils et politiques, et changer cet état

<sup>57</sup> Courrier international, « Russie. Les droits de l'homme revus et corrigés par l'Eglise orthodoxe », 07 avril 2006 [dernière consultation le 14 mars 2022].

<sup>58</sup> V. en ligne sur : <http://www.patriarchia.ru/db/text/103235.html>

<sup>59</sup> Courrier international, « Russie. Les droits de l'homme revus et corrigés par l'Eglise orthodoxe », *op. cit.*

<sup>60</sup> Selon la vision russe, les homosexuels n'ont pas droit de cité. La « promotion des relations sexuelles non traditionnelles » est érigée en infraction passible d'une amende. v. Cour EDH, 20 juin 2017, *Bayev et autres c. Russie*, req. n° 67667/09.

<sup>61</sup> V. E. Decaux, « Le vide ou le trop plein : Le droit international des droits de l'homme, vingt ans après la Conférence mondiale de Vienne », in *Unité et diversité du droit international/Unity and Diversity of International Law*, Leiden, The Netherlands : Brill | Nijhoff, 2014, p. 745.

<sup>62</sup> V. D. Lochak, « L'universalité des droits de l'homme : évidence ou mystification ? », *op. cit.*, pp. 180-181.

<sup>63</sup> Ces préoccupations remontent à l'élaboration de la Déclaration de 1948. V. par exemple la déclaration du Représentant de l'URSS : « On soutient maintenant une certaine théorie, déjà avancée par quelques Membres à la session précédente ; c'est la théorie, entièrement fautive, d'après laquelle le principe de la souveraineté nationale serait une idée réactionnaire et périmée et la répudiation de ce principe serait une condition essentielle de la coopération internationale. Le projet de déclaration des droits de l'homme semble faire sienne cette opinion nettement réactionnaire dirigée contre la notion de la souveraineté nationale et, partant, totalement incompatible avec les principes de l'Organisation des Nations Unies. On a parfois prétendu que la déclaration des droits de l'homme ne devrait pas toucher aux questions dont la portée s'étend au plan national, car elle serait consacrée aux droits des êtres humains en tant qu'individus. Il est impossible de partager cette opinion, ne serait-ce que du fait qu'on ne peut concevoir les droits de l'homme en dehors de l'Etat ; la notion même du droit et de loi est liée à celle de l'Etat. Les droits de l'homme n'ont aucun sens s'ils ne sont garantis et protégés par l'Etat », UN Doc. A/PV.183, 10 décembre 1948, pp. 923-924.

de choses qui privilégie l'un des deux volets des droits de l'Homme aux dépens de l'autre »<sup>64</sup>.

Récemment Paul Kagame a rejeté « les leçons de démocratie occidentale »<sup>65</sup>, et affirmé que « la démocratie est un principe auquel chacun de nous veut être associé, du moment que le contexte, l'histoire et la culture d'un pays le permettent. Mais l'Occident dit à tout le monde de rentrer dans le moule de la démocratie occidentale, or ce n'est pas possible ». Il a ajouté que « l'Occident parle aussi beaucoup de liberté et donne des leçons sur ce sujet, mais le fait d'imposer aux gens la façon dont ils devraient vivre leur vie revient justement à nier la liberté des peuples »<sup>66</sup>. De leur côté, la Pologne et la Hongrie ne cessent de remettre en question l'Union européenne qui selon eux veut coûte que coûte leur imposer sa vision de démocratie libérale protectrice de l'Etat de droit et des droits de l'homme. A la vision libérale européenne, ces Etats entendent opposer une « démocratie illibérale »<sup>67</sup>. On se souviendra encore longtemps du bras de fer que ces deux Etats ont engagé à la fin de l'année passée contre les institutions européennes en raison du mécanisme conditionnant le financement européen au respect de l'Etat de droit<sup>68</sup>. Ces deux Etats européens se seraient effrayés à l'idée de perdre leur identité de pays chrétiens blancs<sup>69</sup>.

En plus de ces deux types de contestations, il y a une troisième un peu plus récente qu'on pourrait considérer comme *conjoncturelle*. Cette contestation tire sa légitimité de ce que le professeur Laurence Burgogues-Larsen appelle la « duplicité de l'Ouest »<sup>70</sup>. En effet, il se trouve qu'en même temps que les Etats occidentaux prônent un discours moralisateur, protecteur des droits de l'homme et de la légalité internationale au sens large, certaines de leurs pratiques ne reflètent pas toujours ce discours. Ces vingt dernières années ont été marquées par des pratiques particulièrement néfastes pour l'état de droit international. Que ce soit l'intervention américaine en Afghanistan ou en Irak, les actes de torture et de détention illégale dans les geôles d'Abu Ghraib ou dans le camp de Guantánamo<sup>71</sup>, l'utilisation des mercenaires pour faire obstacle à l'exercice du droit à l'autodétermination ou déstabiliser certains gouvernements étrangers<sup>72</sup>, l'utilisation des drones qui tuent à la fois des combattants et des civils sont autant de faits qui

<sup>64</sup> Document de position de la République populaire de Chine sur la réforme de l'ONU, 7 juin 2005, disponible [En ligne] sur <https://www.senat.fr/rap/r08-246/r08-2463.html>

<sup>65</sup> Jeune Afrique, « A New York, Kagame rejette les leçons de démocratie des pays occidentaux », 20 septembre 2017, [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> D. Dakowska, « L'Europe centrale à l'heure du repli souverainiste », *Études*, 2017/5 (Mai), p. 19-30, spéc. p. 28. V. également K. Blay-Grabarczyk, « Les mécanismes de suivi à l'épreuve de la pratique : l'exemple de la Pologne », *RTDEur.*, 2019/2, n° 2, p. 321

<sup>68</sup> Toutefois, le mécanisme a été adopté et leur recours en annulation a été rejeté par la Cour de justice. V. CJUE du 16 février 2022, Affaire C-156/21, *Hongrie c. Parlement et Conseil*.

<sup>69</sup> A. Bodnar, « Protection of Human Rights after the Constitutional crisis in Poland », S. Baer, O. Lepsius, C. Schönberger, C. Waldhoff, C. Walter (eds.), *Jahrbuch des öffentlichen rechts der Gegenwart*, Mohr Siebeck, 2018, pp.639-662.

<sup>70</sup> L. Burgogues-Larsen, « Le basculement de l'histoire ? Les attaques contre l'universalisme des droits de l'homme », *op. cit.*

<sup>71</sup> <https://www.amnesty.ch/fr/themes/torture/guantanamo>

<sup>72</sup> V. *Utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination*, UN Doc. A/75/259, 28 juillet 2020. V. aussi UN Doc. E/CN.4/RES/2005/2, 07/04/2005, par. 11.

illustrent la profondeur des béances entre le discours et la réalité. Ces écarts entre les bonnes paroles occidentales et ces pratiques inadmissibles ont pour conséquence de « pousser les autres cultures à s'affranchir d'un universalisme vu comme profondément inique et impérialiste »<sup>73</sup>.

La crise est donc à son paroxysme. Face à ces contestations qui sont de plus en plus croissantes, d'aucuns suggèrent une conciliation de l'universalisme occidental d'avec les valeurs particularistes des sociétés contestataires.

## **Partie II – Vers une conciliation des valeurs universelles avec la diversité des valeurs culturelles**

On assiste, à l'heure actuelle, dans les instances internationales comme dans la pratique générale des Etats, à une division permanente entre, d'un côté, les Occidentaux, conduits par les Etats-Unis et les Etats de l'Union européenne et, de l'autre, le bloc d'Etats de tendance socialiste et les Etats de l'OCI. Les positions exprimées sont si clivantes qu'elles interpellent la doctrine qui de plus en plus en appelle à une prise en compte des particularités non-occidentales afin de donner plus de légitimité à la norme internationale (A) et ainsi de réduire les tensions entre les nations (B). La question de la prise en compte des différences dans le système international de protection des droits ne va pas par contre sans soulever certaines préoccupations (C).

### **A. La conciliation de l'universalité avec la diversité, gage de la légitimité du droit**

Lors d'une séance de travail de la Sous-Commission des Nations Unies pour la prévention des mesures discriminatoires et de la protection des minorités au Palais des Nations, à Genève, la République islamique d'Iran s'est exprimée en ces termes :

« La Déclaration et les Pactes sont en grande partie le produit du libéralisme. Au moment de leur adoption, les régimes [...] occidentaux représentaient la majorité de la communauté internationale. Mais aujourd'hui, cette majorité est formée par les États nouvellement indépendants d'Asie et d'Afrique qui possèdent un riche héritage philosophique, idéologique et culturel. Par conséquent, la Déclaration doit être modifiée, le document laïc et occidental devant faire place à un instrument qui soit mieux accepté universellement et donc plus facilement applicable universellement »<sup>74</sup>.

L'Iran avait fait cette déclaration pour protester contre la résolution n° 22/1984 dans laquelle la Sous-Commission avait demandé aux États qui pratiquaient l'amputation de la main de « se conformer à l'article 5 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme qui interdit la torture ainsi que les peines ou traitements cruels ou inhumains » et à l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>75</sup>. Cette

---

<sup>73</sup> L. Burgorgue-Larsen, « Le basculement de l'histoire ? Les attaques contre l'universalisme des droits de l'homme », *op. cit.*

<sup>74</sup> Cité par S. A. Abu Ashlieh, « La définition internationale des droits de l'homme et l'islam », *RGDIP*, 1998, p. 627 et s.

<sup>75</sup> V. le Compte rendu analytique de la 23<sup>e</sup> séance de la Sous-Commission de la prévention des mesures discriminatoires et de la protection des minorités, 37<sup>e</sup> session, tenue au Palais des Nations, à Genève, le 21 août 1984, Doc. E/CN.4/Sub.2/1984/SR.23.

déclaration faite en 1984 illustre à elle seule toute la méfiance des Etats arabomusulmans avec ce que François Julien appelle l'« universalité arrogante » des droits de l'homme<sup>76</sup>. Sans langue de bois, la République islamique d'Iran appelle à la modification de la Déclaration de 1948 afin qu'elle soit mieux acceptée et donc plus facilement applicable universellement.

Près de 40 ans après, les Etats non-occidentaux continuent d'exiger la prise en compte des valeurs particularistes pour donner plus de légitimité au droit. Lors de la Soixante-neuvième session de l'Assemblée générale, le Koweït qui s'exprimait au nom des Etats arabes du Golfe a justifié ses réserves concernant la résolution n° 27/32 du Conseil des droits de l'homme intitulée 'Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre' en ces termes :

« Le Royaume d'Arabie saoudite, les Émirats arabes unis et le Koweït ont voté ensemble, au cours du vote enregistré, contre cette résolution, en tant que membres du Conseil de coopération du Golfe, en raison de la profonde préoccupation qu'ils ressentent à l'égard du fait que certains États tentent d'imposer sur la question leurs points de vue et principes contestables [...] et s'obstinent à les incorporer dans les résolutions de l'ONU sans tenir compte du contexte religieux, social et culturel des différents pays et populations concernés »<sup>77</sup>.

Les Etats arabes s'opposent à l'Occident sur un certain nombre de sujets dont la liberté des femmes, la liberté d'expression, l'avortement et la peine de mort. Sur la peine de mort, les positions exprimées par certains Etats lors du vote des résolutions intitulées 'Moratoire sur l'application de la peine de mort' à l'Assemblée générale montrent la réaffirmation de cette recherche constante de prise en compte des différences. L'Égypte qui a voté contre la résolution n° 62/149 'Moratoire sur la peine de mort'<sup>78</sup>, estime qu'elle est en contradiction avec la charia qui interdit aussi l'avortement, sauf dans des circonstances très rares et nécessaires<sup>79</sup>.

Plus réfractaire encore, la Chine regrette que l'Assemblée générale ait été contrainte d'examiner la question de la peine de mort en séance plénière : « La résolution 62/149 intitulée 'Moratoire sur l'application de la peine de mort' est le résultat de pressions exercées par certains pays qui utilisent la peine de mort comme prétexte », a précisé son Représentant<sup>80</sup>. Il a aussi ajouté que « Chaque pays a le droit de décider, sur la base de son système juridique et de son arrière-plan historique et culturel, quand il convient d'appliquer une forme ou une autre de sanction et de décréter un moratoire ou d'abolir »<sup>81</sup>. Dans le même sens, la République arabe de Syrie estime que la résolution « empiète sur le droit souverain de chaque pays à choisir son propre système politique,

<sup>76</sup> F. Julien, *De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, Fayard, 2008, p. 186.

<sup>77</sup> UN Doc. A/69/PV.73, 18 décembre 2014, pp. 6-7.

<sup>78</sup> UN Doc. A/RES/62/149 du 18 décembre 2007.

<sup>79</sup> Selon son représentant, « Comme d'autres religions, l'islam respecte la dignité humaine et le caractère sacré de la vie, car la vie est un don de Dieu à tous les êtres humains sans distinction. La peine de mort est donc limitée aux crimes les plus graves au regard de la loi islamique. Elle ne peut être prononcée qu'au terme d'une procédure régulière, de manière à garantir que le châtiment soit compatible avec les dispositions juridiques et religieuses et que personne ne soit arbitrairement privé de sa vie », UN Doc. A/62/PV.76, 18 décembre 2007, p. 25.

<sup>80</sup> UN Doc. A/62/PV.76, 18 décembre 2007, p. 26.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 27.

social, culturel et juridique. Appeler les États à établir un moratoire sur la peine de mort revient à leur demander de modifier leurs systèmes judiciaires, qui constituent l'aboutissement de leurs spécificités politique, historique, religieuse et culturelle »<sup>82</sup>.

Pour justifier leur opposition à un projet de résolution du même genre, les Maldives ont avancé que « l'article 10 de la Constitution des Maldives stipule que l'islam doit constituer la base de toutes les lois nationales » tout en soulignant que « les mesures juridiques prévues par la charia islamique concernant l'application de cette peine doivent être rigoureusement et méticuleusement examinées dans le contexte du cadre judiciaire afin que l'application des peines ne soit pas arbitraire »<sup>83</sup>.

Ces déclarations renseignent très clairement de l'ampleur de la mésentente. En contestant l'universalité, il apparaît cependant que ce n'est pas tant le principe des droits de l'Homme que les pays non-occidentaux veulent désapprouver que sa formulation dans la Déclaration de 1948. Ce qu'ils revendiquent, c'est un dialogue entre les diverses traditions spirituelles et morales de l'humanité - ce que Yasuaki Onuma appelle dans un sens plus nuancé « A Transcivilizational Perspective »<sup>84</sup> -, afin de dégager un terrain de conciliation sur laquelle on puisse fonder les droits de l'homme. Leur objectif est donc, pour reprendre les termes de Samuel Huntington, de « désoccidentaliser » les droits de l'homme. Selon le professeur Danièle Lochak, cette réadaptation de la norme internationale apparaît vitale pour sa légitimité. Dans le cas contraire, « l'universalité des droits risque de rester théorique et abstraite »<sup>85</sup>. D'ailleurs, rares sont les États arabes qui la mentionnent dans leurs textes constitutionnels comme l'idéal vers lequel devraient tendre leurs législations internes en matière de droits de l'homme<sup>86</sup>.

Si une partie de la doctrine occidentale s'oppose à cette démarche voire le combat, comme Paul Tavernier par exemple qui rejette toute réécriture de la Déclaration de 1948 qui selon lui fragiliserait tout l'édifice international et régional des droits de l'homme mis en place depuis 1945<sup>87</sup> ou Alain Pellet qui va encore plus loin en estimant qu'un tel raisonnement « revient à remettre en cause la positivité même du droit international public – tel qu'il existe – et à affaiblir son rôle dans la normalisation (et donc la

---

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>83</sup> UN Doc. A/73/PV.55, « Moratoire sur l'application de la peine de mort », 17 décembre 2018, p. 24.

<sup>84</sup> Selon Y. Onuma, la *perspective transcivilisationnelle* est une perspective par laquelle on cherche à proposer des solutions aux idées, activités, phénomènes et problèmes transcendant les frontières nationales, en développant un cadre cognitif et évaluatif basé sur la reconnaissance de la pluralité des civilisations et des cultures qui ont longtemps existé dans l'histoire de l'humanité. V. Y. Onuma, « A Transcivilizational Perspective on International Law Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century », *op. cit.*, p. 131. Il soutient que pour que les droits de l'homme soient reconnus par une plus grande partie de l'humanité, y compris les non-Occidentaux, ils doivent être re-conceptualisés, répondant aux divers désirs, opinions, perspectives et propensions des peuples de cultures, de religions et de civilisations différentes. Il doit être libéré d'un excès de liberté-centrisme et d'un individualisme-centrisme, qui ont été ses principales caractéristiques en raison de son origine européenne moderne et de son développement centré sur l'Occident, *Ibid.*, p. 347.

<sup>85</sup> D. Lochak, « IV. L'universalité des droits de l'homme : évidence ou mystification ? », *op. cit.*, pp. 184-185.

<sup>86</sup> Sur le même sujet, voir N. Mekki, « Les États Arabes et la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme », *Arab Law Quarterly*, 2009, vol. 23(3), pp. 307-328.

<sup>87</sup> V. P. Tavernier, « Les ambiguïtés de l'universalité des droits de l'homme. A propos du Statut de la Cour arabe des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 886.

pacification) des relations internationales »<sup>88</sup> ou encore Mireille Delmas-Marty qui, moins tranchante, met en avant les concepts de « droits universalisables » ou « droits communs à tous les êtres humains »<sup>89</sup>, l'idée d'une adaptation de la norme internationale aux particularismes locaux est de plus en plus soutenue par une autre partie de la doctrine qui est favorable à la prise en compte des évolutions et des réalités particulières des sociétés contemporaines.

Le professeur Bertrand Badie par exemple avance qu'« il serait salutaire de réécrire cette Déclaration, non pas pour abandonner la précédente mais pour l'enrichir, et surtout, réunir tous les Etats du monde, puisqu'en 1948 ce n'était pas l'humanité tout entière qui était regroupée derrière ce beau texte. Cet enjeu n'est pas seulement symbolique. Notre mondialisation est arrivée à un seuil où l'interdépendance devient telle qu'un contrat social universel est nécessaire »<sup>90</sup>. Pour Rusen Ergec « le monde d'aujourd'hui est travaillé par une profonde diversité culturelle dont il serait dangereux de ne pas tenir compte dans l'aménagement d'un système international de protection des droits de l'homme. Un tel système doit reposer sur des standards internationaux valables dans le monde entier, laissant pour le surplus une certaine place aux particularismes locaux. En d'autres termes, hormis les droits intangibles comme l'interdiction de la torture ou le droit à la vie, la plupart des droits de l'homme sont affectés d'une certaine relativité dans l'espace »<sup>91</sup>.

Cette vision se retrouve aussi dans la jurisprudence internationale. Dans son arrêt *E.S. c. Autriche* du 25 octobre 2018 où elle a confirmé le verdict de la justice autrichienne condamnant la requérante, en l'occurrence Mme E.S, pour « dénigrement de doctrines religieuses », la Cour EDH a fait observer que certaines « des déclarations litigieuses dépendent, dans une certaine mesure, de la situation qui prévalait dans le pays au moment où elles ont été faites et du contexte dans lequel elles s'inscrivaient »<sup>92</sup>. La Cour estime en conséquence que « les autorités nationales disposaient en l'espèce d'une ample marge d'appréciation... car elles étaient mieux placées que la Cour pour apprécier quelles déclarations étaient susceptibles de troubler la paix religieuse dans leur pays ». En d'autres termes, les déclarations publiques, même si elles sont légales voire morales, doivent, selon la Cour, prendre en compte les situations nationales ou régionales particulières de leur énonciation ; elles ne doivent en principe pas négliger les divers contextes historiques, culturels et religieux de leur formulation.

<sup>88</sup> A. Pellet, « Le droit international à la lumière de la pratique : l'introuvable théorie de la réalité. Cours général de droit international public », *op. cit.*, p. 145.

<sup>89</sup> M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Le Seuil, 1998, p. 25.

<sup>90</sup> G. Minassian, « Bertrand Badie : Il serait salutaire de réécrire la Déclaration des droits de l'homme », *Le Monde*, 16 décembre 2010 [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>91</sup> R. Ergec avec la collaboration de M. Happold, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 38-39. Dans le même sens, Danièle Lochak considère que « l'évolution des droits de l'homme depuis qu'ils ont été énoncés pour la première fois en 1789, leurs réécritures successives faites d'enrichissements, de mutations, de métamorphoses même, devrait suffire à nous convaincre que l'universalité à laquelle ils prétendent n'est pas une donnée immuable et intangible », D. Lochak, « IV. L'universalité des droits de l'homme : évidence ou mystification ? », *op. cit.*, p. 185. V. également J. Yacoub, « Pour un élargissement des droits de l'homme », *Diogène* 2004/2 (n° 206), pp. 99-121.

<sup>92</sup> Cour EDH, GC, 25 octobre 2018, *Affaire E. S. c. Autriche*, req. n° 38450/12, par. 50

Ce raisonnement de la Cour peut être interprété comme une sorte de consécration de l'idée de l'adaptation de la norme internationale aux diverses traditions locales<sup>93</sup>. On peut penser aussi à l'article 4.2 du Traité de l'Union européenne qui consacre le principe de l'identité nationale. De son côté, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a pris en compte des valeurs et des traditions des communautés indigènes d'Amérique du Sud, leur « cosmovision », dans plusieurs de ses arrêts<sup>94</sup>. Dans l'arrêt *Peuple Indigène Kichwa de Sarayaku c. Equateur* du 27 juin 2012, la Cour a même consacré un « droit à l'identité culturelle »<sup>95</sup>.

Etant donné l'enjeu que représente la question des droits de l'homme et l'ampleur des controverses qu'il suscite, il semble que la réadaptation de la norme internationale en fonction des particularismes peut être aussi une condition de la paix et de la stabilité dans le monde.

## **B. La conciliation de l'universalisme avec la diversité, facteur de coexistence pacifique**

A l'Assemblée générale des Nations Unies le 19 décembre 2016, un Etat a déclaré s'opposer « à la politisation des questions relatives aux droits de l'homme, comme à l'exercice de pressions sur certains pays au prétexte de questions relatives aux droits de l'homme »<sup>96</sup>. Il a ajouté : « nous sommes également opposés aux résolutions portant expressément sur la situation des droits de l'homme dans certains pays. Nous espérons que les actions de la communauté internationale seront propices à la paix et à la stabilité dans la péninsule coréenne et n'auront pas l'effet inverse »<sup>97</sup>. Cette déclaration visait à protester contre la résolution n° 71/202 du 19 décembre 2016, concernant la situation des droits de l'homme en République populaire démocratique de Corée. Dans cette résolution, l'Assemblée générale se dit « Profondément préoccupée par la gravité de la situation des droits de l'homme, la culture d'impunité généralisée et le non-établissement des responsabilités pour les violations des droits de l'homme en République populaire démocratique de Corée »<sup>98</sup>. Dans la Déclaration sur les droits et la dignité de l'homme, adoptée par l'orthodoxie russe le 6 avril 2006, le Conseil national russe se dit « Conscient du fait que le monde se trouve à un tournant de l'histoire, il fait face à la menace d'un conflit de civilisations qui ont une compréhension différente de l'homme et de sa mission - le Conseil populaire mondial russe, au nom de la civilisation russe d'origine, accepte cette déclaration »<sup>99</sup>.

Il s'agit bien du choc des idéologies qui fait penser notamment à la thèse de Samuel Huntington. En effet, celui-ci avait fait remarquer sur l'islam que son problème n'est ni

---

<sup>93</sup> V. aussi Cour EDH, GC, 18 mars 2011, *Lautsi et autres c. Italie*, req. n° 30814/06 (concernant la présence des crucifix dans les salles de classes italiennes).

<sup>94</sup> V. en particulier *Peuple Indigène Kichwa de Sarayaku c. Equateur* (2012), *Communauté indigènes Yakye Axa et Sawhoyamaya c. Paraguay* (2006), *Communauté Moiwana c. Suriname* (2005-2006), *Bamaca Velasquez c. Guatemala* (200-2002).

<sup>95</sup> Texte disponible en ligne sur [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_245\\_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_245_ing.pdf)

<sup>96</sup> Déclaration de la Chine, v. AGNU, A/71/PV.65, 19 décembre 2016, p. 46.

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> Voir le préambule de la résolution, UN Doc. A/RES/71/202, 19 décembre 2016.

<sup>99</sup> <http://www.patriarchia.ru/db/text/103235.html>

la CIA ni le ministère américain de la Défense, mais « l'Occident, civilisation différente dont les représentants sont convaincus de l'universalité de leur culture et croient que leur puissance supérieure, bien que déclinante, leur confère le devoir d'étendre cette culture à travers le monde. Tels sont les ingrédients qui alimentent le conflit entre l'islam et l'Occident »<sup>100</sup>. Il avait affirmé en outre que dans un monde traversé par les conflits ethniques et les chocs entre civilisations, la croyance occidentale dans la vocation universelle de sa culture est dangereuse « pour le reste du monde par ce qu'il pourrait être à tout moment à l'origine d'une guerre entre les Etats phares de civilisations différentes »<sup>101</sup>.

A la tribune des Nations Unies, les Philippines ont déclaré que « Le monde d'aujourd'hui est en proie à des idéologies et à des manifestations de méfiance et de défiance mutuelles. Chaque jour, nous avons l'occasion de nous rendre compte de la nécessité de coopérer étroitement les uns avec les autres pour surmonter les craintes mutuelles, infondées mais solidement ancrées, qui trouvent leur source dans un manque de compréhension des différentes religions et cultures et des points de vue des uns et des autres »<sup>102</sup>. Ainsi, pour s'attaquer efficacement à ce problème, cet Etat prône le dialogue entre les cultures et les religions : « seul le dialogue nous permettra de mieux nous comprendre et de promouvoir une culture de la paix »<sup>103</sup>.

Même si la plupart des organisations internationales ne se montrent pas ouvertement en accord avec une telle compréhension des choses, elles n'ignorent pas cependant l'enjeu majeur que représentent à l'heure actuelle les revendications identitaires et culturelles. Dans sa résolution n° 66/154, l'Assemblée générale des Nations Unies reconnaît que toutes les cultures et toutes les civilisations contribuent à enrichir l'humanité. Afin de promouvoir la paix et la sécurité internationales, elle se dit « déterminée à promouvoir partout le bien-être, la liberté et le progrès et à encourager la tolérance, le respect, le dialogue et la coopération entre les cultures, les civilisations et les peuples »<sup>104</sup>. De même, elle a reconnu dans sa résolution n° 73/129 du 12 décembre 2018 que « le respect des différences culturelles, ethniques, religieuses et linguistiques contribue à la paix, à l'entente et à l'amitié entre personnes de cultures et de nations différentes, et que ces différences devraient être prises en compte dans les initiatives visant à favoriser le dialogue interculturel et interreligieux »<sup>105</sup>. A l'occasion de la Journée mondiale de la diversité en 2011, l'ancien Secrétaire général des Nations Unies, Ban Ki-moon, a affirmé que « le monde ne connaîtra la paix et la solidarité que s'il accepte et célèbre la diversité »<sup>106</sup>.

---

<sup>100</sup> S. Huntington, *Le choc des civilisations*, op. cit., p. 239.

<sup>101</sup> *Ibid.*, pp. 343-344.

<sup>102</sup> Le Représentant des Philippines, UN Doc. A/66/PV.92, 23 décembre 2011, p. 3.

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Droits de l'homme et diversité culturelle*, UN Doc. A/RES/66/154, 19 décembre 2011.

<sup>105</sup> *Promotion du dialogue, de l'entente et de la coopération entre les religions et les cultures au service de la paix*, UN Doc. A/RES/73/129, 12 décembre 2018.

<sup>106</sup> Déclaration du Secrétaire général des Nations unies Ban Ki-moon, à la journée mondiale de la diversité culturelle, UN Doc. SG/SM/13579-DEV/2896-OBV/994, 18 mai 2011.

### C. L'enjeu de la conciliation de l'universalité avec la diversité

Aussi intéressante qu'elle soit, la question de l'adaptation culturelle des droits de l'homme soulève certaines préoccupations – et pas des moindres. Hormis les difficultés d'ordre conceptuel qu'elle risque de poser dans l'élaboration et/ou l'aménagement des instruments, et les problèmes qui peuvent découler des négociations en vue de leur adoption<sup>107</sup>, une difficulté d'ordre plus général – qui a été largement débattue au niveau de la doctrine – nous a apparue devoir être rappelé ici. En effet, de nombreux auteurs mettent en garde contre un retournement possible de situation. On craint que la consécration d'une définition axiologique des droits de l'homme ne serve de caution à une interprétation et une application des droits de l'homme à des fins intégristes, cloisonnant les cultures et les civilisations sur elles-mêmes et définissant l'homme non pas en fonction de ses appartenances plurielles mais sur une base exclusivement ethnoculturelle voire ethno-raciale. Danièle Lochak par exemple a soutenu que toute officialisation, toute cristallisation des différences comporte des risques : le risque de figer les appartenances et les identités ; le risque d'enfermer les différences et le statut à part les membres du groupe minoritaire ou défavorisé, et le risque de renforcer par là-même les stigmatisations<sup>108</sup>. Dans ces conditions, au lieu de favoriser la paix, l'officialisation des différences risquerait paradoxalement de « raviver les conflits entre des groupes, des minorités ou des Etats qui percevraient leur culture de façon totalement irréductible aux autres et où chacun tendrait à vouloir faire prévaloir son propre système culturel de valeurs »<sup>109</sup>. De plus, on redoute que l'argument culturel ne soit utilisé comme bouclier justifiant des pratiques culturelles néfastes, que ce soit l'excision, l'esclavage ou les mariages forcés. Déjà en 1997 l'ancien Secrétaire général des Nations Unies, Boutros Boutros-Ghali, l'un des plus illustres tenants de la paix, la démocratie et le développement<sup>110</sup>, avait dénoncé ces pratiques sous couvert de l'exception culturelle<sup>111</sup>.

Il s'agit ici d'importantes préoccupations qu'on ne saurait minimiser voire banaliser. Quoiqu'imparfaits, les acquis de 1948 sont quand même à protéger. Toutefois, si l'approche « culturaliste radicale » des droits de l'homme axée sur la différence risque de conduire à des impasses, on ne peut tout de même ignorer l'importance des revendications culturelles qui sont elles-mêmes un problème réel, une source de tension constante entre les nations et/ou entre groupe d'individus et des Etats. L'affaire *SAS c. France* qui a mis aux prises cet Etat qui entendait coûte que coûte maintenir un de ses

<sup>107</sup> On rappellera que la Déclaration de 1948 a été adoptée à une époque qui était favorable à la construction du multilatéralisme. On venait juste de sortir de la guerre, il était plus facile de s'entendre sur des questions divergentes. L'expérience de ces trente dernières années de la pratique des négociations multilatérales et l'examen des questions relatives aux droits de l'homme dans les enceintes internationales montre que s'aventurer sur le terrain d'une renégociation d'un cadre normatif international relatif aux droits de l'homme, c'est s'aventurer dans une voie complexe semée d'embûches dans laquelle la communauté internationale risque de ne pas sortir indemne.

<sup>108</sup> D. Lochak, « Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité », *Droit et cultures*, n° 49, 2005-1 [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>109</sup> E. Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, op. cit., p. 187.

<sup>110</sup> V. B. Boutros-Ghali, *Paix, développement, démocratie. Trois agendas pour gérer la planète*, Paris, Pedone, 2002.

<sup>111</sup> UN Doc. A/51/761, 17 janvier 1997, par. 4.

principes fondateurs - l'universalisme républicain - et l'expression publique de la foi religieuse d'un individu de confession musulmane, qui désirait porter la burqa en tout lieu en fut une puissante manifestation<sup>112</sup>. Or, cette « guerre des valeurs n'est pas prête de s'éteindre », croît le professeur Laurence Burgorgue-Larsen qui dans un élan prophétique écrit que les années à venir vont être marquées par une crispation croissante. Car, si l'universalisme des droits a déjà été traversé par diverses crises, celle-là lui paraît très préoccupante. « Le combat sera long et difficile afin de préserver les acquis de 1948 »<sup>113</sup> prédit-elle.

Le constat est donc sombre. Si on ne souhaite pas en rester à une conception strictement libérale et occidentale des droits de l'homme abîmée et rejetée à la fois hors de l'Occident et en son sein même, il paraît envisageable qu'on commence à réfléchir sur la meilleure option à suivre pour parvenir à une décrispation. Pour le professeur Rusen Ergec, ce dégel passera inévitablement par une conciliation entre l'universalisme occidental et le relativisme non-occidental, en conservant les droits qui ne sont pas susceptibles d'interprétation variée (les droits intangibles), tout en laissant la place pour les particularités nationales et régionales<sup>114</sup>. Boutros Boutros-Ghali se reconnaissait également d'une certaine manière dans cette logique lorsqu'il précisait dans son rapport de synthèse sur l'interaction entre démocratie et développement que « [...] la reconnaissance de valeurs universelles ne signifie pas qu'il faille, pour autant, occulter les spécificités historiques, religieuses et culturelles qui font le génie propre de chaque société, de chaque Etat-nation »<sup>115</sup>.

\* \*

En définitive, la conciliation de l'universalité des valeurs avec la diversité des cultures apparaît comme un besoin pressant du système international de protection des droits de l'homme. C'est l'un des grands enjeux du XXI<sup>e</sup> siècle, comme l'a souligné à juste titre le professeur Emmanuel Decaux<sup>116</sup>. Cet agencement apparaît comme une condition nécessaire à la légitimité du droit et à son efficacité. Les cultures ont besoin de se nourrir les unes des autres ; mais pour se faire, une reconnaissance mutuelle s'impose.

<sup>112</sup> Cour EDH, GC, 1<sup>er</sup> juillet 2014, *SAS c. France*, req. n° 43835/11.

<sup>113</sup> L. Burgorgue-Larsen, « Le basculement de l'histoire ? Les attaques contre l'universalisme des droits de l'homme », *op. cit.*

<sup>114</sup> R. Ergec avec la collaboration de M. Happold, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 38-39.

<sup>115</sup> B. Boutros-Ghali, *L'interaction démocratie et développement : rapport de synthèse*. Panel international sur la démocratie et le développement (PIDD), Paris : UNESCO, 2003, p. 8. V. également la déclaration de l'ancienne Commission des droits de l'homme qui insiste sur la protection de l'ensemble des droits fondamentaux, mais souligne en même temps qu'« il importe, aux fins d'une coopération internationale accrue dans le domaine des droits de l'homme, de préserver la richesse et la diversité de la communauté internationale des nations et des peuples et de respecter les particularités nationales et régionales ainsi que les divers contextes historiques, culturels et religieux », UN Doc. E / CN.4 / RES / 2005/57, 20 avril 2005, par. 5.

<sup>116</sup> Pour cet auteur, « la recherche d'un développement durable, intégrant progrès social et équilibre naturel, est sans doute un des grands défis du XXI<sup>e</sup> siècle, pour concilier le local et le global » : E. Decaux, « Le vide ou le trop plein : Le droit international des droits de l'homme, vingt ans après la Conférence mondiale de Vienne », *in Unité et diversité du droit international/Unity and Diversity of International Law*, Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2014, p. 746.

Toutefois, le projet – bien que séduisant – apparaît difficilement réalisable. Sa concrétisation peut être délicate. Mais, si même il a lieu, ne doit-on pas imaginer le pire avec la naissance d'un monde éclaté où les particularismes culturels et religieux se dressent les uns contre les autres ? Ne doit-on pas s'attendre à un système moins protecteur des droits de l'homme que le système actuellement critiqué ne l'est, malgré ses limites apparentes, avec notamment une consécration indirecte des pratiques culturelles indéfendables ? Néanmoins, il est tout de même judicieux d'espérer une société internationale où les diverses cultures coexistent mutuellement. Cette cohésion marquerait – avec tous ses risques et périls - une page nouvelle dans l'histoire de la démocratie internationale, car la démocratie c'est aussi la reconnaissance des valeurs des autres.

## **FOCUS**

## L'activation de la directive 2001/55/CE relative à la protection temporaire dans le contexte de la crise ukrainienne

Aikaterini Angelaki\*

À situation exceptionnelle, mesures exceptionnelles. Depuis le début de l'invasion militaire de l'Ukraine par la Russie le 24 février 2022, un nombre exponentiel de personnes a été contraint à abandonner son foyer et à quitter l'Ukraine. Cette situation sans précédent oblige l'Union européenne à tirer parti de toutes ses capacités pour se montrer solidaire avec les personnes qui fuient la guerre dans son voisinage<sup>1</sup>. Pour faire face à la crise, il a ainsi été décidé en un temps record d'activer la directive 2001/55/CE relative à la protection temporaire<sup>2</sup>.

Adopté lors de la première phase du régime d'asile européen commun (RAEC), ce texte prévoit un dispositif de protection et de répartition en cas d'afflux massif de personnes déplacées. Ainsi qu'il est indiqué dans le deuxième considérant de la directive, il s'agit d'un « dispositif exceptionnel assurant une protection immédiate et de caractère temporaire à ces personnes ». Son application vise à éviter que les autorités chargées de l'asile du ou des États membres de premier accueil ne soient pas submergées et ne puissent pas protéger efficacement ceux qui en ont besoin.

Le dispositif prévu par la directive a été évoqué sans succès à plusieurs reprises. En 2011, à l'aube du printemps arabe, la Commission européenne indiquait qu'elle suivrait avec attention l'évolution de la situation et pourrait décider, si les conditions exigées sont réunies, l'activation de la directive<sup>3</sup>. Suite au nombre de plus en plus important d'arrivées de personnes en besoin de protection sur le territoire européen en 2015 et les tragédies dans la Méditerranée, le Parlement européen invitait la Commission et le Conseil à envisager la possibilité d'appliquer la protection temporaire<sup>4</sup>. En 2021, tant le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité<sup>5</sup> que

---

\* Maître de conférences à l'université Paris-Est Créteil, Laboratoire MIL.

<sup>1</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Solidarité européenne avec les réfugiés et les personnes fuyant la guerre en Ukraine », COM(2022) 107 final.

<sup>2</sup> Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO 212 du 7 août 2001, p. 12 (ci-après, la directive).

<sup>3</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Communication sur la migration », COM(2011) 248 final, p. 7.

<sup>4</sup> Résolution du Parlement européen du 12 avril 2016 sur la situation en Méditerranée et sur la nécessité d'une approche globale des migrations de la part de l'Union européenne (2015/2095(INI)), P8\_TA(2016)0102, points 40-42 ; Résolution du Parlement européen du 29 avril 2015 sur les récentes tragédies dans la Méditerranée et les politiques de migration et d'asile de l'Union européenne, P8\_TA(2015)0176, point 7.

<sup>5</sup> « [Could the EU use an old, obscure law to manage a new refugee influx from Afghanistan?](#) », *Euronews*, 25 août 2021 [dernière consultation le 29 mars 2022].

les eurodéputés<sup>6</sup> envisageaient l'application de la directive dans le contexte de la reprise du pouvoir par les Talibans en Afghanistan.

Or, ce n'est qu'en 2022 que le Conseil a décidé de déclencher pour la première fois l'octroi d'une protection temporaire dans les États membres liés par la directive<sup>7</sup>, conformément à la procédure prévue par son article 5. Désormais, la directive devrait être lue en parallèle avec la décision d'exécution (UE) 2022/382 du Conseil<sup>8</sup> et les lignes directrices présentées par la Commission pour assister les États membres à la mise en œuvre de la protection temporaire dans le cas de la crise ukrainienne<sup>9</sup>. Ces lignes directrices se veulent un document destiné à refléter la situation sur le terrain, qui sera mis à jour régulièrement en fonction des questions qu'auront soumis les États membres. Justifiée par l'ampleur de la crise ukrainienne, la décision sans précédent de déclencher l'octroi d'une protection temporaire est donc « à présent traduite dans la pratique »<sup>10</sup>.

Sans pouvoir présenter à l'exhaustivité cette première application de la directive, il convient de s'intéresser aux raisons qui ont conduit à l'activation de la protection temporaire pour les personnes déplacées en provenance d'Ukraine (**Partie I**), avant de présenter les traits essentiels de cette protection (**Partie II**).

## **Partie I – La justification de l'activation de la protection temporaire**

Pour comprendre l'absence d'application de la directive 2001/55/CE pendant plus de vingt ans, il est nécessaire de revenir sur le contexte de son adoption. La naissance de cet instrument est le fruit des enseignements tirés des années 1990, lorsque plusieurs États membres de l'Union ont fait face à des arrivées massives de personnes déplacées en raison du conflit en ex-Yougoslavie, puis au Kosovo. En réponse aux appels du Haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés, les États membres ont introduit dans leurs droits nationaux des régimes relatifs à l'octroi d'une protection temporaire pour faire face à la crise. Or, le manque de coordination au niveau communautaire a fait surgir deux questions épineuses : celle du niveau variable de protection dans chaque État membre et celle de la répartition déséquilibrée entre les États du nombre des personnes en état de protection.

---

<sup>6</sup> Résolution du Parlement européen du 16 septembre 2021 sur la situation en Afghanistan (2021/2877(RSP)), P9\_TA(2021)0393, point 41.

<sup>7</sup> Le Royaume-Uni avait choisi d'exercer un *opt-in* à la directive – même si cela est évidemment sans objet depuis le retrait britannique de l'Union. L'Irlande est d'abord restée à l'écart, puis a exercé un *opt-in* à la directive en 2003. Le seul État membre à ne pas être lié par la directive est le Danemark, qui bénéficie d'un *opt-out* à l'égard des politiques qui relèvent de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

<sup>8</sup> Décision d'exécution (UE) 2022/382 du Conseil du 4 mars 2022 constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire, JO L 71 du 4 mars 2022, p. 1 (ci-après, la décision d'exécution).

<sup>9</sup> Communication de la Commission relative aux lignes directrices opérationnelles pour la mise en œuvre de la décision d'exécution 2022/382 du Conseil constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire, JO C 126 du 21 mars 2022, p. 1 (ci-après, les lignes directrices de la Commission).

<sup>10</sup> Nous reprenons ici les termes du vice-président de la Commission M. Schinas (voy. Réfugiés en provenance d'Ukraine : [Lignes directrices opérationnelles afin d'aider les États membres à appliquer la directive relative à la protection temporaire](#), Communiqué de presse du 18 mars 2022 [dernière consultation le 29 mars 2022]).

De 1992 à 1996, une série de mesures a ainsi été adoptée au niveau communautaire pour coordonner l'action des États membres face à la crise yougoslave<sup>11</sup>. Après ces premières réactions, l'entrée en vigueur des traités d'Amsterdam et de Nice a préparé le terrain pour la mise en place des normes minimales relatives à la protection temporaire des personnes déplacées et des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts des États membres<sup>12</sup>. Entretemps, les conclusions du sommet de Tampere engageaient le Conseil à intensifier ses efforts en vue de parvenir, sur la question de la protection temporaire, à un accord basé sur la solidarité entre les États membres<sup>13</sup>. C'est dans ce contexte que la directive 2001/55/CE a été adoptée le 20 juillet 2001 avec un double objectif : celui « d'instaurer des normes minimales relatives à l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées en provenance de pays tiers qui ne peuvent rentrer dans leur pays d'origine, et de contribuer à un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de l'accueil »<sup>14</sup>. Destiné à la gestion des crises, cet instrument visait la création d'un statut de protection temporaire basé sur des critères communs dans l'ensemble des États membres liés par la directive. Il constituait également une première concrétisation de la solidarité entre les États membres, avant même que cette dernière s'érige en principe régissant l'ensemble des politiques d'asile, d'immigration et de contrôle des frontières extérieures de l'Union<sup>15</sup>.

Le dispositif prévu par la directive de 2001 est toutefois resté « lettre morte » pour plus de vingt ans, malgré la pression conséquente sur les systèmes d'asile de certains États membres pendant les crises que l'Union a affrontées ces dernières années. L'obsolescence<sup>16</sup> de cet instrument peut ainsi apparaître surprenante. Plusieurs éléments permettent, néanmoins, de justifier l'absence de sa mise en œuvre avant la crise ukrainienne. Un rapport élaboré par la DG migration et affaires intérieures de la Commission européenne en 2016<sup>17</sup> identifiait certains inconvénients de cet instrument, comme les définitions elliptiques contenues dans la directive et notamment celle de « l'afflux massif »<sup>18</sup> de personnes qui conditionne le déclenchement de son dispositif.

---

<sup>11</sup> Cons. 3 et 4 de la directive.

<sup>12</sup> Voir l'article 63, point 2, sous a) et b) du traité instituant la Communauté européenne (TCE), qui a servi de base juridique pour l'adoption de la directive.

<sup>13</sup> Voy. le point 16 des conclusions de Tampere.

<sup>14</sup> Art. 1 de la directive.

<sup>15</sup> Ces politiques sont régies par le chapitre 2 du titre V de la troisième partie du TFUE, dont l'article 80 prévoit que « les politiques de l'Union visées au présent chapitre et leur mise en œuvre sont régies par le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les États membres, y compris sur le plan financier. [...] ». Il est notable que l'article 63, paragraphe 2, sous b), TCE, qui a servi de base juridique pour l'adoption de la directive, ne citait pas de manière expresse la solidarité mais prévoyait l'adoption des « mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres ». Ce libellé générique peut être considéré comme étant l'antécédent de l'actuel article 80 TFUE. Voy. sur ce point, A. Caiola, « Une base juridique pour la solidarité : l'article 80, seconde phrase, TFUE », *CDE*, vol. 54, n° 2, 2018, pp. 437-493, spéc. p. 456.

<sup>16</sup> M. Ineli Ciger, « Has the Temporary Protection Directive become obsolete? An examination of the Directive and its lack of implementation in view of the recent asylum crisis in Mediterranean », in C. Bauloz, M. Ineli-Ciger, S. Singer, V. Stoyanova (eds.), *Seeking Asylum in the European Union: Selected Protection Issues Raised by the Second Phase of the Common European Asylum System*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, pp. 225-247.

<sup>17</sup> H. Beirens, S. Maas, S. Petronella, M. van der Velden, [Study on the Temporary Protection Directive](#), Final Report, 2016 [dernière consultation le 29 mars 2022].

<sup>18</sup> En vertu de art. 2 sous d) de la directive, cette notion est définie comme « l'arrivée dans la Communauté d'un nombre important de personnes déplacées, en provenance d'un pays ou d'une zone géographique déterminés, que

Bien que l'absence de précision de cette notion ait le mérite de couvrir un large éventail de différents types d'afflux de personnes affectant les systèmes nationaux d'asile, son interprétation est soumise à une appréciation politique, ce qui peut être source de désaccords et empêcher l'activation de la directive<sup>19</sup>. Par ailleurs, le même rapport identifiait à la procédure d'activation une des principales raisons du manque d'attractivité de la directive<sup>20</sup>. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, cette procédure est prévue par l'article 5 de la directive, lequel prévoit la constatation de l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées par une décision du Conseil adoptée à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission. Cette dernière peut agir *ex officio* ou suite à la demande d'un État membre, alors que le Parlement européen est seulement informé. Or, tant le monopole d'initiative de la Commission que la longueur de la procédure contrastent avec l'objectif de la directive, à savoir fournir une solution exceptionnelle pour soulager rapidement les États membres qui supportent le poids de l'afflux massif de personnes.

Les faiblesses inhérentes à la directive n'avaient donc pas convaincu jusqu'à présent les institutions et les États membres sur sa valeur ajoutée. Ce désintérêt a été couplé au développement de dispositifs alternatifs afin d'alléger la pression sur les régimes d'asile des États membres, comme l'adoption en 2015 pendant la crise migratoire d'un programme de relocalisation au profit de l'Italie et la Grèce<sup>21</sup>. Ainsi que l'a reconnu la Cour de justice, en l'occurrence, « le choix opéré [...] d'accorder une protection internationale plutôt qu'un statut conférant des droits plus limités, tel que celui de la protection temporaire prévu par la directive 2001/55, est un choix essentiellement politique dont l'opportunité ne saurait être examinée par la Cour »<sup>22</sup>.

Par ailleurs, en 2016, la Commission indiquait que sa réforme proposée afin de faire face aux déficiences structurelles du RAEC permettrait d'envisager l'abrogation de la directive relative à l'octroi d'une protection temporaire<sup>23</sup>. Plus récemment, la même approche a été privilégiée à la relance du processus de réforme de RAEC avec la publication du nouveau pacte sur la migration et l'asile : la Commission a toujours l'intention de proposer l'abrogation de la directive de 2001<sup>24</sup>, étant donné que le nouveau pacte comprend une approche structurée de gestion des crises. Une nouvelle proposition législative qui accompagne le pacte prévoit ainsi la possibilité pour les États membres

---

leur arrivée dans la Communauté soit spontanée ou organisée, par exemple dans le cadre d'un programme d'évacuation ».

<sup>19</sup> *Study on the Temporary Protection Directive*, préc., p. 15 et suiv.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 19 et suiv.

<sup>21</sup> Décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, JO L 239 du 15 septembre 2015, p. 146 ; décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce, JO L 248 du 24 septembre 2015, p. 80.

<sup>22</sup> CJUE, 6 septembre 2017, *République slovaque et Hongrie c. Conseil*, aff. jtes C-643/15 et C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, point 257.

<sup>23</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Vers une réforme du régime d'asile européen commun et une amélioration des voies d'entrée légale en Europe », COM(2016) 197 final, p. 7.

<sup>24</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au CESE et au Comité des régions sur un nouveau pacte sur la migration et l'asile, COM(2020) 609 final, p. 12.

d'accorder un statut de protection immédiate dans des situations de crise<sup>25</sup>. Des indicateurs plus clairs et précis y sont prévus pour constater une telle situation de crise susceptible de déclencher l'octroi d'une protection immédiate, alors que le processus d'activation repose à la seule Commission et non plus au Conseil.

Par conséquent, la première activation de la directive intervient alors qu'une réflexion a déjà été entamée dans le cadre de l'Union afin de remplacer le statut de protection temporaire par un statut de protection immédiate, dont les modalités rendraient son usage potentiellement plus attractif. Comment justifier ce changement de perspective ? Il convient ainsi de s'interroger sur la particularité de la crise ukrainienne par rapport aux autres épisodes de crise que l'Union a dû affronter ces dernières années, sans avoir recours à la protection temporaire.

Plusieurs arguments permettent de justifier cette particularité, tels que la proximité de la guerre sur le théâtre ukrainien avec l'Union européenne : quatre États membres, dont trois États de l'espace Schengen, partagent des frontières extérieures avec l'Ukraine. Pour la première fois depuis l'adoption de la directive en 2001, une crise se localise sur le continent européen, ce qui rend le risque d'afflux de personnes plus pressant. Aucun État tiers à l'Union ne peut en outre jouer le rôle de l'intermédiaire pour freiner l'arrivée des personnes déplacées, comme c'était le cas de la Turquie pendant la crise syrienne<sup>26</sup>. Par ailleurs, les Ukrainiens bénéficient déjà d'un régime d'exemption de visa pour des courts séjours au sein de l'espace Schengen<sup>27</sup>. Les chiffres des personnes déplacées en provenance d'Ukraine ne laissent du reste aucun doute sur l'existence d'un afflux massif : selon le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, plus de 4 millions de personnes, essentiellement des femmes et des enfants, auraient déjà fui vers les pays voisins depuis le 24 février 2022 et ce nombre ne cesse d'augmenter<sup>28</sup>. Il s'avère donc que le contexte géopolitique est sensiblement différent de celui de la crise migratoire de 2015.

Enfin, la pratique montre que les estimations sur la lourdeur du processus d'activation de la directive se sont avérées excessives. Un large soutien politique a été exprimé dans le cas de l'Ukraine, ce qui a conduit à l'activation de la directive en un temps record : à l'occasion d'une réunion extraordinaire du Conseil JAI le 27 février 2022, le ministre français de l'intérieur annonçait que la France, qui assure la présidence du Conseil depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2022, allait soutenir l'activation de la directive<sup>29</sup>. Le 4 mars 2022, à la suite d'une proposition présentée la veille par la Commission, le Conseil JAI adoptait la décision permettant l'activation du dispositif de la directive. Il est également

---

<sup>25</sup> Voy. le chapitre V de la proposition d'un nouveau règlement visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile, COM(2020) 613 final.

<sup>26</sup> M. Ineli Ciger, « [5 Reasons Why: Understanding the reasons behind the activation of the Temporary Protection Directive in 2022](#) », eumigrationlawblog, 7 mars 2022 [dernière consultation le 29 mars 2022].

<sup>27</sup> L'Ukraine figure sur la liste de l'annexe II du règlement (UE) 2018/1806 du Parlement européen et du Conseil (JO L 303, du 28 novembre 2018, p. 39), et ses ressortissants sont exemptés de l'obligation de visa lors du franchissement des frontières extérieures des États membres pour des séjours n'excédant pas 90 jours sur toute période de 180 jours.

<sup>28</sup> <https://www.unhcr.org/fr-fr/urgence-ukraine.html> [dernière consultation le 29 mars 2022].

<sup>29</sup> M. Pollet, « [La France va proposer l'activation de la directive européenne de « protection temporaire » face à la vague de réfugiés ukrainiens](#) », Euractiv, 28 février 2022 [dernière consultation le 29 mars 2022].

utile de souligner que la décision d'exécution (UE) 2022/382 du Conseil a été adoptée à l'unanimité<sup>30</sup>, alors que la majorité qualifiée aurait été suffisante aux termes de l'article 5 de la directive de 2001.

Bien que justifiée par l'ampleur de la crise ukrainienne, la première activation de la directive soulève néanmoins des interrogations légitimes sur les deux poids et mesures dans l'approche de l'Union vis-à-vis les demandeurs de protection internationale. Certes, la réaction unanime et solidaire de l'Union en si peu de temps peut être saluée après les déceptions de la gestion de la crise de 2015. On peut toutefois s'interroger, à l'instar de S. Peers, sur les « doubles standards » qui s'appliquent à ceux qui fuient la guerre ou la persécution<sup>31</sup>. En effet, au vu de la proximité du conflit, la tragédie de la situation ukrainienne s'est fait ressentir plus intensément dans l'espace européen. Cette différence de traitement par rapport aux individus qui fuient les théâtres des opérations en Afrique, en Asie et au Moyen-Orient pourrait toutefois traduire la persistance d'une vision de « solidarité systémique inégale [*systemic unequal solidarity*] »<sup>32</sup> dans les politiques d'immigration et d'asile de l'Union.

En tout état de cause, l'octroi d'une protection temporaire pour les personnes qui fuient la guerre en Ukraine constitue bien une première. Il convient de s'intéresser par la suite aux traits essentiels de l'activation du dispositif de la directive.

## Partie II – La concrétisation du dispositif de protection temporaire

Trois éléments doivent être mis en exergue : les bénéficiaires et le contenu de la protection temporaire, ainsi que les modalités de répartition des bénéficiaires entre les États membres.

S'agissant tout d'abord des bénéficiaires, conformément à la directive, il appartient au Conseil de préciser dans sa décision les groupes spécifiques de personnes déplacées auxquels s'applique la protection temporaire<sup>33</sup>. Il faut toutefois noter que la définition des personnes déplacées, qui est contenue dans la directive, inclut uniquement les personnes qui quittent leur pays ou région d'origine et qui peuvent relever du champ d'application de la Convention de Genève, et en particulier des personnes fuyant des zones de conflit armé ou de violence endémique, ou des personnes qui ont été victimes de violations systématiques ou généralisées des droits humains ou sur lesquelles pèsent de graves menaces à cet égard<sup>34</sup>. À l'évidence, cette définition restrictive peut couvrir les ressortissants Ukrainiens fuyant le conflit armé, mais elle pourrait être interprétée comme excluant les ressortissants de pays tiers résidant en Ukraine. Or, même les

---

<sup>30</sup> [“Ukraine: Council unanimously introduces temporary protection for persons fleeing the war”](#), Press Release 216/22, 4 mars 2022.

<sup>31</sup> S. Peers, [“Temporary Protection for Ukrainians in the EU? Q and A”](#), *EU Law Analysis*, 27 février 2022 [dernière consultation le 29 mars 2022].

<sup>32</sup> S. Carrera, M. Ineli Ciger, L. Vosyliute, L. Brumat, [“The EU grants temporary protection for people fleeing war in Ukraine. Time to rethink unequal solidarity in EU asylum policy”](#), *CEPS Policy Insights*, n° 2022-09, p. 2 [dernière consultation le 29 mars 2022].

<sup>33</sup> Art. 5, § 2, sous a) de la directive.

<sup>34</sup> Art. 2 sous c) de la directive.

personnes non-originares de l'Ukraine ont besoin de fuir le pays suite à son invasion par la Russie.

C'est en ce sens que la décision d'exécution (UE) 2022/382 du Conseil n'exclut pas complètement les citoyens non ukrainiens. Elle inclut ainsi dans le champ d'application personnel de la protection temporaire les catégories suivantes : les ressortissants ukrainiens résidant en Ukraine avant le 24 février et les membres de leur famille, ainsi que les apatrides et les ressortissants de pays tiers qui ont bénéficié d'une protection internationale ou d'une protection nationale équivalente en Ukraine avant le 24 février ainsi que les membres de leur famille<sup>35</sup>. La protection temporaire doit également être accordée aux ressortissants de pays tiers en possession d'un titre de séjour permanent en Ukraine avant le 24 février<sup>36</sup>. Sans être obligés, les États membres peuvent enfin accorder la protection temporaire à d'autres personnes, y compris celles qui étaient en séjour régulier en Ukraine, s'il est établi qu'elles ne sont pas en mesure de rentrer dans leur pays ou leur région d'origine dans des conditions sûres et durables<sup>37</sup>. Soumise à la discrétion des États membres, cette dernière catégorie des bénéficiaires peut concerner un nombre non négligeable des étrangers qui ont séjourné légalement en Ukraine bien que sans résidence permanente, dont des nombreux étudiants provenant de pays d'Afrique ou d'Asie. Il est aussi utile de souligner que les États membres sont encouragés à envisager d'étendre la protection temporaire aux personnes qui ont fui l'Ukraine peu avant le 24 février 2022 et qui ne peuvent donc pas être techniquement couvertes par la décision d'exécution<sup>38</sup>.

S'agissant par la suite du contenu de la protection offerte, l'activation de la directive permet de fournir aux bénéficiaires mentionnés ci-dessus un statut harmonisé de protection dans les États membres. Il s'agit d'une protection « immédiate et temporaire »<sup>39</sup>, dont la durée d'application est d'un an minimum, et peut être prorogée par période de six mois pour une durée maximale de deux ans au total<sup>40</sup>. Elle prendra fin soit à la fin de la durée maximale ou suite à une décision du Conseil, sur proposition de la Commission, laquelle constatera que la situation dans le pays d'origine permet un retour sûr et durable des personnes ayant bénéficié de la protection temporaire<sup>41</sup>.

Les obligations des États membres envers les bénéficiaires de la protection temporaire sont énumérées dans le Chapitre III de la directive et précisées davantage dans les lignes directrices de la Commission. Les États membres doivent accorder des titres de séjour aux bénéficiaires pendant toute la durée de la protection<sup>42</sup>. Dans sa transposition en droit français, ce titre de séjour consiste, par exemple, à un document provisoire de séjour assorti, le cas échéant, d'une autorisation provisoire de travail<sup>43</sup>. Les droits attachés à la

---

<sup>35</sup> Art. 1 § 1 de la décision d'exécution. Les personnes considérées comme membres de la famille sont énumérées dans le § 4 du même article.

<sup>36</sup> Art. 2 § 2 de la décision d'exécution.

<sup>37</sup> Art. 7 de la directive et art. 2 § 3 de la décision d'exécution.

<sup>38</sup> Lignes directrices de la Commission, p. 6.

<sup>39</sup> Art. 2 sous a) de la directive.

<sup>40</sup> Art. 4 de la directive.

<sup>41</sup> Art. 6 de la directive.

<sup>42</sup> Art. 8 § 1 de la directive.

<sup>43</sup> Art. L581-3 CESEDA.

protection temporaire sont l'exercice d'une activité professionnelle et l'accès à la formation professionnelle<sup>44</sup>, l'accès à un logement approprié et la réception d'une aide sociale et de subsistance ainsi que des soins médicaux<sup>45</sup>. Les enfants ont accès au système éducatif<sup>46</sup>. De plus, si certains membres d'une même famille bénéficient de la protection temporaire dans différents États membres, ou si certains membres ne sont pas encore sur le territoire de l'Union, ils doivent aussi bénéficier du regroupement familial<sup>47</sup>.

Ainsi entendu, le statut de protection temporaire se différencie clairement de celui des réfugiés ou des personnes sous protection subsidiaire. L'objectif même de la directive de 2001 consiste à la création d'un statut distinct, qui permet d'offrir une voie plus rapide et simplifiée pour accéder à une protection et éviter de submerger les autorités nationales d'asile<sup>48</sup>. Il se peut toutefois que les personnes sous protection temporaire ressentent le besoin de déposer une demande d'asile. En effet, dans le contexte de la crise ukrainienne, il est estimé que la moitié des Ukrainiens qui arriveront dans l'Union rejoindront des membres de leur famille ou chercheront un emploi dans l'Union, tandis que l'autre moitié demandera une protection internationale<sup>49</sup>. La directive envisage alors l'articulation des demandes d'asile avec la protection temporaire. Les bénéficiaires d'une protection temporaire doivent pouvoir déposer à tout moment une demande d'asile auprès du pays d'accueil<sup>50</sup>. Par ailleurs, l'expiration de la durée de la protection temporaire ne saurait justifier l'abandon de l'examen de la demande<sup>51</sup>. Il appartient aussi à la discrétion des États membres de décider que le statut de protection temporaire ne pourra être cumulé avec celui de demandeur d'asile pendant l'instruction de la demande<sup>52</sup>, comme c'est le cas en France<sup>53</sup>. En tout état de cause, à l'issue de l'examen d'une demande, si aucune protection n'est accordée, les droits attachés à la protection temporaire sont maintenus par le demandeur<sup>54</sup>.

S'agissant enfin de la répartition des bénéficiaires entre les États membres, le système prévu par la directive repose sur un double volontarisme : celui de l'État d'accueil et de la personne déplacée.

D'un côté, conformément à la directive, les États membres déclarent librement leurs capacités d'accueil « de façon chiffrée ou en termes généraux »<sup>55</sup> et ces informations sont incluses dans la décision du Conseil<sup>56</sup>. Or, dans la décision d'exécution (UE) 2022/382 du Conseil, il a été seulement indiqué de manière sommaire que « sur la base

---

<sup>44</sup> Art. 12 de la directive.

<sup>45</sup> Art. 13 de la directive.

<sup>46</sup> Art. 14 de la directive.

<sup>47</sup> Art. 15 de la directive.

<sup>48</sup> Cf. le cons. 16 de la décision d'exécution.

<sup>49</sup> Cons. 6 de la décision d'exécution.

<sup>50</sup> Art. 17 § 1 de la directive.

<sup>51</sup> Art. 17 § 2 de la directive.

<sup>52</sup> Art. 19 § 1 de la directive.

<sup>53</sup> Art. L581-4 CESEDA.

<sup>54</sup> Art. 19 § 2 de la directive.

<sup>55</sup> Art. 25 § 1 de la directive.

<sup>56</sup> Art. 5 § 3 sous c) et 25 § 1 de la directive.

des informations communiquées par quelques États membres dans le cadre du réseau de préparation et de gestion de crise en matière de migration de l'Union, les capacités d'accueil [...] excèdent 310 000 places »<sup>57</sup>. Au lieu de mettre l'accent sur les données chiffrées relatives à la répartition, la décision d'exécution a plutôt insisté sur la nécessité de coopération et d'échange d'information entre les États membres<sup>58</sup>. Cette coopération devrait avoir lieu par le biais des canaux qui ont été récemment créés par l'Union dans le cadre du pacte sur la migration et l'asile et plus précisément le réseau de préparation et de gestion de crise en matière de migration<sup>59</sup>. Une « plateforme de solidarité » créée par la Commission permet également de coordonner la réaction opérationnelle des États membres<sup>60</sup>. En outre, ainsi qu'il a déjà été souligné, le système prévu par la directive constituait une première concrétisation de la solidarité entre les États membres. Le chapitre VI de la directive, intitulé solidarité, prévoit ainsi non seulement le soutien financier aux États membres<sup>61</sup>, mais également la possibilité d'adopter de mesures appropriées si le nombre des personnes pouvant bénéficier de la protection temporaire dépasse les capacités d'accueil déclarées par les États membres<sup>62</sup>. Reste à voir si, dans le cas de la crise ukrainienne, de telles mesures seront adoptées par le Conseil au profit des États membres qui ont des frontières avec l'Ukraine.

De l'autre côté, les États membres veillent à ce que les personnes pouvant bénéficier de la protection temporaire manifestent leur volonté d'être accueillies sur leur territoire<sup>63</sup>. Répondant à un souci de pragmatisme, ce système du libre choix de l'État d'accueil présente des avantages tangibles car il épargne aux autorités étatiques d'appliquer des procédures de relocalisation complexes<sup>64</sup>. Sur le plan pratique, il peut toutefois poser des questions relatives au droit des personnes concernées de circuler dans les États membres où ils entendent se prévaloir leurs droits. Ces aspects pratiques ont été adressés en détail dans les lignes directrices publiées par la Commission. Il est ainsi recommandé aux autorités des États membres de première entrée d'utiliser le réseau de préparation et de gestion de crise en matière de migration afin de communiquer les informations relatives aux personnes qui souhaitent se rendre dans un autre État membre et qui n'ont pas encore obtenu un titre de séjour conformément à la directive<sup>65</sup>. S'agissant des personnes qui ont déjà obtenu un titre de séjour par un État membre, elles peuvent également se rendre dans d'autres États membres pour une période de 90 jours sur une période de 180 jours. Si elles y reçoivent un autre titre de séjour en vertu d'une protection temporaire, le premier titre de séjour et les droits qui en découlent doivent

---

<sup>57</sup> Cons. 20 de la décision d'exécution.

<sup>58</sup> Cons. 20 et art. 3 de la décision d'exécution.

<sup>59</sup> L'objectif de ce plan est de mettre à disposition un cadre opérationnel permettant de suivre et d'anticiper les flux migratoires et les situations migratoires, de renforcer la résilience et d'organiser une réaction adaptée à la situation en cas de crise migratoire. Voy. la Recommandation (UE) 2020/1366 de la Commission du 23 septembre 2020 relative à un mécanisme de l'Union européenne de préparation et de gestion de crise en matière de migration (plan de préparation et de gestion de crise en matière de migration), L 317 du 1<sup>er</sup> octobre 2020, p. 26.

<sup>60</sup> Cons. 20 de la décision d'exécution et lignes directrices de la Commission, p. 1.

<sup>61</sup> Art. 24 de la directive.

<sup>62</sup> Art. 25 § 3 de la directive.

<sup>63</sup> Art. 25 § 2 de la directive.

<sup>64</sup> Voy. D. Thym, "[Temporary Protection for Ukrainians : The Unexpected Renaissance of 'Free Choice'](#)", *Verfassungsblog*, 5 mars 2022 [dernière consultation le 29 mars 2022].

<sup>65</sup> Lignes directrices de la Commission, p. 8.

expirer et être retirés<sup>66</sup>. Il convient de noter aussi qu'en vertu de l'article 11 de la directive, si les bénéficiaires de protection temporaire séjournent ou cherchent à entrer sans autorisation sur le territoire d'un autre État membre, le premier État a l'obligation de les reprendre. Toutefois, les États membres peuvent ne pas appliquer cette disposition sur la base des accords bilatéraux. Afin de soutenir les États qui supportent le poids de l'afflux massif de personnes déplacées en provenance de l'Ukraine, tous les États membres sont en effet convenus, dans une déclaration politique<sup>67</sup>, qu'ils n'appliqueraient pas la règle de transfert. Il s'agit d'encore un signe de la réponse unie et solidaire de l'Union à la crise ukrainienne. Reste à espérer que cet élan de solidarité ne sera pas anéanti dans le temps...

---

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>67</sup> Cons. 15 de la décision d'exécution.

## **Abattage rituel versus bien-être animal, le bien-être animal l’emporte!**

**(A propos de l’arrêt *Central Israëlitisch Consistorie van België e.a.* rendu  
par la Cour de justice de l’Union européenne le 17 décembre 2020)**

---

**Florence Benoît-Rohmer\***

A lire le proverbe de Gandhi cité par l’Avocat général Wahl selon lequel « La grandeur d’une nation et ses progrès moraux peuvent être jugés par la manière dont ses animaux sont traités »<sup>1</sup>, l’on peut se poser la question de savoir si l’arrêt *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.* de la Cour de justice de l’Union européenne (« Cour ») ne contribue pas à la réalisation de l’idéal de Gandhi. Celui-ci constitue sans conteste une victoire pour les associations qui luttent contre les maltraitances animales et montre qu’avec le temps la protection du bien-être des animaux devient une préoccupation majeure de l’Union européenne et de ses États membres. Les citoyens européens sont en effet de plus en plus attentifs à la promotion du bien-être animal et attendent de l’Union et des États membres que des règles minimales pour améliorer celui-ci soient respectées notamment lors de leur abattage<sup>2</sup>.

C’est pour tenir compte de ces évolutions récentes que le traité d’Amsterdam a introduit en 1997 un protocole (n° 33) « sur la protection et le bien-être des animaux » annexé au Traité instituant la Communauté européenne. Ce texte est devenu l’article 13 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne (TFUE) actuellement en vigueur qui « consacre la nécessité pour l’Union comme pour les États membres de tenir compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu’êtres sensibles »<sup>3</sup>. Le règlement n° 1099/2009 sur la protection des animaux lors de leur mise à mort s’inscrit dans le cadre de ces exigences. Il a pour objectif d’épargner aux animaux toute douleur, détresse ou souffrance lors de l’abattage et des opérations annexes et établit des règles applicables à la mise à mort des animaux élevés ou détenus pour la production de

---

\* Professeur émérite à l’Université de Strasbourg, Professeur au Collège d’Europe (Bruges).

<sup>1</sup> Conclusions de l’avocat général, Nils Wahl, 21 janvier 2016, Affaire C-469/14, *Masterrind GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-469/14, paragraphe 1.

<sup>2</sup> V. par ex. C. Vial, « De la diversité des droits comparés à l’harmonisation par le droit européen », *RSDA*, 2018, p. 437.

<sup>3</sup> L’article 13 TFUE prévoit que « Lorsqu’ils formulent et mettent en œuvre la politique de l’Union dans les domaines de l’agriculture, de la pêche, des transports, du marché intérieur, de la recherche et développement technologique et de l’espace, l’Union et les États membres tiennent pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu’êtres sensibles, tout en respectant les dispositions législatives ou administratives et les usages des États membres en matière notamment de rites religieux, de traditions culturelles et de patrimoines régionaux ». Néanmoins l’Union ne dispose pas d’une compétence générale pour agir en la matière, ni même d’une compétence implicite sur le fondement de l’article 352 du TFUE. Le Tribunal de l’Union européenne (5 avril 2017, *HB c. Commission*, T-361/14) a confirmé l’absence d’une base générale de compétence en ces termes : « la compétence de l’Union pour améliorer la protection des animaux, en établissant une réglementation et en la faisant respecter, se limite aux domaines de la politique de l’Union énumérés à l’article 13 TFUE ».

denrées alimentaires. Il impose que les animaux soient mis à mort uniquement après étourdissement et qu'ils soient maintenus dans un état d'inconscience et d'insensibilité jusqu'à leur mort (art. 4, paragraphe 1). La seule possibilité de dérogation à l'étourdissement préalable concerne « les animaux faisant l'objet de méthodes particulières d'abattage prescrites par des rites religieux, [...] pour autant que l'abattage ait lieu dans un abattoir » (art. 4, paragraphe 4). Il prévoit toutefois la possibilité en son article 26 que les États membres puissent prendre des mesures visant à assurer une plus grande protection des animaux. Les réglementations nationales sont aujourd'hui disparates en la matière et certains États comme la Belgique, la Suède, la Slovaquie, la Finlande ou le Danemark ont imposé des contraintes plus strictes, allant pour certains jusqu'à interdire l'abattage sans étourdissement préalable en prévoyant parfois la possibilité d'un étourdissement réversible ou d'un étourdissement post-jugulation.

Au cœur du litige justifiant la saisine de la Cour de justice figure un décret pris en 2017 par le gouvernement flamand qui, en application de l'article 26, paragraphe 2, du règlement n° 1099/2009<sup>4</sup>, impose l'étourdissement des animaux avant leur abattage, mais qui prévoit que le procédé d'étourdissement doit être réversible et qu'il n'entraîne pas la mort de l'animal lorsque la mise à mort fait l'objet de méthodes particulières d'abattage prescrites par un rite religieux. Le législateur flamand a en effet considéré que cette disposition répondait aux souhaits des communautés religieuses, les préceptes religieux imposant que l'animal ne soit pas mort au moment de son abattage et qu'il se vide complètement de son sang sont respectés tout en préservant le bien-être animal<sup>5</sup>. Ce n'est pas l'avis du Consistoire central israélite de Belgique, qui, avec d'autres organisations juives et musulmanes, ont saisi la Cour constitutionnelle belge de recours en annulation contre le décret. Pour eux, le décret flamand rend impossible à l'ensemble de leurs croyants de se procurer de la viande provenant d'animaux abattus conformément à leurs préceptes et porte atteinte à leur liberté religieuse. En effet, les rites alimentaires imposés par leur religion exigent que la viande consommée provienne d'animaux vivants et conscients au moment de l'abattage et qu'ils meurent par hémorragie. A leur demande, la Cour constitutionnelle belge a saisi la Cour de justice à titre préjudiciel afin que celle-ci détermine si d'une manière générale le droit de manifester sa religion garanti par l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux s'oppose à la réglementation d'un État membre qui impose, conformément à l'article 26 du règlement de l'Union, dans le cadre de l'abattage rituel, un procédé d'étourdissement réversible et insusceptible d'entraîner la mort de l'animal. La question posée à la Cour est celle de la compatibilité d'une législation nationale supprimant ou atténuant la portée de la dérogation prévue par l'article 4, paragraphe 4, du règlement n° 1099/2009 avec le droit d'exprimer ses convictions religieuses garanti par l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Règlement n° 1099/2009 du Conseil du 24 septembre 2009 sur la protection des animaux au moment de leur mise à mort.

<sup>5</sup> Pour les auteurs du décret, l'application de l'étourdissement réversible, non léthal, lors de la pratique de l'abattage rituel constitue une mesure proportionnée qui respecte l'esprit de l'abattage rituel dans le cadre de la liberté de religion et tient compte au maximum du bien-être des animaux concernés.

<sup>6</sup> Les communautés religieuses requérantes invoquaient également la violation des principes d'égalité, de non-discrimination et de diversité religieuse, respectivement garantis aux articles 20, 21 et 22 de la Charte au cas où le règlement aurait été interprété comme autorisant les États membres à imposer le principe de l'étourdissement

Le dernier mot appartenant toujours à l'interprète, l'arrêt de la Cour de justice *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a.* était très attendu car il porte pour la première fois sur l'interprétation et la validité de l'article 26, paragraphe 2 du règlement. Le suspens était de mise car la préservation des rites religieux d'abattage des animaux est souvent difficilement conciliable avec les conceptions modernes du bien-être animal. En outre, l'ambiguïté des dispositions du règlement permettait des interprétations différentes, selon que le bien-être animal ou la liberté religieuse est privilégiée. La divergence radicale des solutions proposées par l'Avocat général Hogan et la Cour de justice montrent combien l'enjeu sociétal de l'affaire est brûlant. Alors que l'Avocat général considérait que les rites religieux devaient primer sur le bien-être animal, la Cour a finalement opté pour une solution protectrice du bien-être animal en concluant que l'adoption dans l'UE de législations nationales imposant un étourdissement réversible et non létal dans le cadre de l'abattage rituel constitue certes une restriction à l'exercice de la liberté religieuse garantie par l'article 10 de la Charte mais que cette restriction n'est pas disproportionnée car elle permet d'assurer un juste équilibre entre l'importance attachée au bien-être animal et la liberté des croyants juifs et musulmans de manifester leur religion (**Partie I**). Il s'agit là d'une solution audacieuse et progressiste qui devrait permettre d'adapter progressivement en Europe la pratique de l'abattage rituel aux exigences du bien-être animal et plus généralement d'ouvrir la voie à des évolutions favorables à la condition animale (**Partie II**).

### **Partie I – Le règlement n° 1099/2009 n'interdit pas aux États membres de prendre des mesures prévoyant un étourdissement préalable non létal pour l'abattage des animaux**

Pour la Cour le règlement ne procède pas lui-même à la conciliation nécessaire entre le bien-être des animaux et la liberté de manifester sa religion (A), il se borne à encadrer la conciliation qu'il revient aux États membres d'effectuer entre deux valeurs essentielles propres à l'Union européenne, d'une part, la protection du bien-être des animaux prévue à l'article 13 TFUE consacrée par la jurisprudence de la Cour en tant qu'objectif légitime d'intérêt général<sup>7</sup>, d'autre part, le droit fondamental à la liberté de religion garanti par l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux (B).

---

réversible lors de l'abattage rituel, tout en permettant la mise à mort d'animaux lors de la chasse, de la pêche ou de manifestations culturelles et sportives sans étourdissement préalable. La Cour a rapidement réfuté cet argument. Elle retient que les manifestations sportives et culturelles n'ont pas pour finalité de produire des denrées alimentaires. Elles n'entrent donc pas dans le champ de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup>, du règlement. Pour les produits de la pêche et de la chasse, elle souligne, que « sauf à vider de leur substance les notions de 'chasse' et de 'pêche récréative', ces activités ne sont pas susceptibles d'être pratiquées sur des animaux préalablement étourdis. »

<sup>7</sup> Cf. CJUE, 17 janvier 2008, *Viamex Agrar Handel et ZVK c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-37/06 et C-58/06, ECLI:EU:C:2008:18, pt 22 ; 19 juin 2008, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers et Andibel c. Belgische Staat*, C-219/07, ECLI:EU:C:2008:353, pt 27 ; 10 septembre 2009, *Commission c. Belgique*, C-100/08, ECLI:EU:C:2008:353, pt 91 ; CJUE, 23 avril 2015, *Zuchtvieh-Export*, C-424/13, ECLI:EU:C:2015:259 pt 35.

## A. Le principe de l'étourdissement préalable et la dérogation prévue par l'article 4§4

Pour la Cour le règlement n° 1099/2009 a pour objectif premier, comme l'indique son intitulé et son article 3, de protéger les animaux et de leur épargner toute douleur, détresse ou souffrance lors de l'abattage et des opérations qui lui sont connexes. Aussi l'article 4, paragraphe 1, constitue-t-il la pierre angulaire du règlement en ce qu'il prévoit sans équivoque possible que les animaux doivent être mis à mort uniquement après étourdissement. La Cour confirme que l'article 4, paragraphe 1, concrétise l'obligation claire prévue par la première partie de l'article 13 TFUE faite à l'Union et aux États membres de tenir pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles. Elle se fonde sur le considérant 20 du règlement qui prévoit que les méthodes de mise à mort sont douloureuses pour les animaux et l'étourdissement est nécessaire pour « provoquer un état d'inconscience et une perte de sensibilité avant la mise à mort ou au moment de celle-ci » et sur le fait que des études scientifiques ont établi que l'étourdissement constitue la technique portant le moins atteinte au bien-être animal au moment de l'abattage<sup>8</sup>.

Afin toutefois d'assurer un juste équilibre entre la liberté religieuse et la poursuite de la promotion du bien-être animal qualifié par la jurisprudence de la Cour de justice d'objectif légitime d'intérêt général, l'article 4, paragraphe 4, du règlement prévoit une dérogation au principe posé par le règlement, à savoir que la règle de l'étourdissement préalable n'est pas applicable à l'abattage rituel, pour autant que l'abattage ait lieu dans un abattoir<sup>9</sup>. Se référant au considérant 15 du règlement, la Cour justifie cette clause dérogatoire par la nécessité de garantir aux membres de certaines confessions religieuses la possibilité de préserver leurs rites religieux en consommant de la viande d'animaux abattus selon des méthodes prescrites par leur religion. Reprenant la formulation utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Cha'Are Shalom Ve Tsedek c. France*<sup>10</sup>, elle considère comme elle l'avait déjà fait dans l'arrêt *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e.a.*, que cette dérogation marque l'engagement positif du législateur de l'Union « d'assurer le respect effectif de la liberté de religion et du droit de manifester sa religion ou ses convictions par les pratiques et l'accomplissement des rites, notamment en faveur des musulmans et des juifs pratiquants »<sup>11</sup>. La Cour précise toutefois que les méthodes d'abattage prescrites par des rites religieux assurent une garantie moindre de bien-être animal, laissant déjà présager de la solution qu'elle allait retenir. Pour elle cette forme d'abattage n'est « pas de nature à atténuer toute douleur, détresse ou souffrance de l'animal aussi efficacement qu'un

<sup>8</sup> Cf. CJUE, 26 février 2019, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, C-497/17, EU:C:2019:137.

<sup>9</sup> L'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 1099/2009 prévoit, en tant que principe général, que, dans l'Union, les « animaux sont mis à mort uniquement après étourdissement ». Le paragraphe 4 de cet article dispose que, pour les animaux faisant l'objet de méthodes particulières d'abattage prescrites par des rites religieux, telles que celles liées à l'abattage rituel lors de la fête du sacrifice, « les prescriptions visées au paragraphe 1 ne sont pas d'application pour autant que l'abattage ait lieu dans un abattoir ».

<sup>10</sup> Cour EDH, GC, 27 juin 2000, *Cha'Are Shalom Ve Tsedek c. France*, req. n° 27417/95; voir la formule également utilisée dans l'arrêt du 26 février 2019, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, C-497/17, EU:C:2019:137, point 48.

<sup>11</sup> Voir, en ce sens, CJUE, GC, 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e.a.*, préc., pts 56 et 57.

abattage précédé d'un étourdissement, lequel [...] est nécessaire pour provoquer chez l'animal un état d'inconscience et de perte de sensibilité de nature à réduire considérablement ses souffrances » (pt 48) et les méthodes particulières d'abattage prescrites par des rites religieux, qui sont réalisées sans étourdissement préalable n'équivalent pas, en termes de garantie d'un niveau élevé de bien-être de l'animal au moment de sa mise à mort, à la méthode d'abattage avec étourdissement préalable [...] » (pt 50).

La Cour n'a donc pas interprété le règlement comme instaurant une hiérarchie entre le respect de la liberté de religion et la nécessaire promotion du bien-être animal, mais comme reflétant un équilibre entre ces deux valeurs européennes. Comme le notait l'avocat général Wahl dans ses conclusions sous l'arrêt *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen*, un tel arbitrage est « impossible » dans la mesure où il aurait abouti à instaurer une hiérarchie entre le respect de la liberté de religion et les objectifs de protection du bien-être animal, de la santé publique et de la sécurité alimentaire. Il estimait que la « prudence »<sup>12</sup> devait nécessairement être de mise en raison du risque élevé de stigmatisation qui caractériserait les débats relatifs à l'abattage rituel et de la nécessité d'éviter les reproches qui auraient pu leur être faits au cas où le bien-être animal aurait prévalu sur la liberté de manifester sa religion. Une telle mise en balance aurait très certainement été défavorable au bien-être animal compte tenu de l'importance et du poids que revêt aujourd'hui le droit à la liberté religieuse et du fait que la protection animale ne se rattache à aucun droit individuel.

Cette prudence avait guidé la Cour dans les deux arrêts déjà rendus en matière d'abattage rituel. Dans l'arrêt *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen*<sup>13</sup>, elle avait estimé que la réglementation belge qui impose l'obligation de procéder à des abattages rituels dans des abattoirs agréés n'est pas, en soi, de nature à porter atteinte au droit à la liberté de religion des musulmans pratiquants. Elle constitue un simple encadrement technique adopté par le législateur européen pour concilier à la fois son engagement positif d'assurer le respect effectif de la liberté religieuse et celles liées à la protection du bien-être animal et de la santé humaine. Dans l'arrêt ultérieur, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs* (OABA)<sup>14</sup>, qui concernait la traçabilité des denrées alimentaires, elle avait considéré que le logo biologique européen ne pouvait être apposé sur les viandes issues de l'abattage rituel sans étourdissement préalable, bien qu'un tel abattage soit permis à titre dérogatoire par le règlement n° 1099/2009, dans la mesure où de telles méthodes ne garantissent pas un niveau élevé de bien-être de l'animal au moment de sa mise à mort.

Dans ces arrêts, la Cour esquive habilement de confronter abattage rituel et bien-être animal, mais elle confirme que la protection du bien-être animal constitue un objectif légitime de l'Union dont les États doivent pleinement en tenir compte lorsqu'ils

---

<sup>12</sup> Voir les concl. de l'Avocat général Wahl sous l'arrêt *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e.a.*

<sup>13</sup> CJUE, GC, 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen*, préc.

<sup>14</sup> CJUE, 26 février 2019, *Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs*, préc., pt. 47.

formulent et mettent en œuvre la politique de celle-ci et qu'ils disposent de la possibilité d'imposer l'étourdissement non létal dans le domaine de l'abattage rituel.

## **B. La faculté reconnue aux États membres de restreindre la portée la dérogation prévue à l'article 4§4**

Tout en reconnaissant la dérogation au principe d'étourdissement préalable pour raisons religieuses, la Cour va reconnaître aux États la possibilité de l'atténuer au nom d'une meilleure prise en compte du bien-être animal et de l'intérêt des consommateurs européens. Pour ce faire, elle prend appui sur l'article 26 du règlement et la « flexibilité » qu'il reconnaît au législateur national pour assouplir le mécanisme de dérogation mis en place à l'article 4, paragraphe 4. Elle interprète en effet l'article 26 comme accordant aux États une marge de manœuvre importante, permettant à ceux qui le souhaitent de revenir sur les modalités traditionnelles de l'abattage rituel et d'imposer un étourdissement préalable réversible et non létal dans le but de protéger le bien-être animal. En effet, l'article 26 du règlement ouvre la possibilité aux États membres de maintenir ou d'adopter, dans l'intérêt du bien-être des animaux et pour autant que le marché intérieur n'en soit pas affecté, des mesures assurant aux animaux mis à mort une plus grande protection que celle prévue par le règlement, y compris dans le domaine de l'abattage rituel.

Elle justifie cette interprétation par la nécessité d'adopter une interprétation réaliste du règlement et acceptable par certains États afin de tenir compte de l'évolution des sensibilités de l'opinion publique en faveur du bien-être animal. En effet, les législations européennes sont disparates en matière d'abattage et certains États membres n'hésitent plus aujourd'hui à imposer la nécessité d'un étourdissement préalable même en matière d'abattage rituel. En outre, la protection du bien-être animal, y compris lors de leur transport ou au cours de leur mise à mort, constitue une préoccupation nouvelle et croissante des citoyens européens.

Les communautés religieuses requérantes faisaient également valoir que de plus en plus d'États membres interdisaient l'abattage sans étourdissement préalable, ce qui compromettrait l'approvisionnement de leurs membres en viande provenant d'animaux abattus conformément aux prescriptions de leur religion. La Cour oppose à cet argument le fait que ces interdictions n'auraient pas d'incidence sur la liberté religieuse dans la mesure où un État membre ne peut pas interdire ou entraver la mise en circulation sur le territoire d'un État membre de produits d'origine animale provenant d'animaux qui ont été abattus rituellement lorsque ces produits sont originaires d'un autre État membre ou d'un État tiers. En effet l'article 26, paragraphe 4, du règlement n° 1099/2009 prévoit que des règles plus restrictives ne sauraient faire obstacle à la libre circulation des produits d'origine animale provenant d'animaux qui ont été mis à mort dans un autre État membre assurant une moins grande protection au moment de leur mise à mort.

L'interprétation du règlement telle qu'effectuée par la Cour n'allait toutefois pas de soi. En témoigne d'abord le fait qu'elle ait systématiquement pris à contrepied les arguments de de l'Avocat général Hogan qui privilégiaient les rites religieux au détriment de la

protection du bien-être animal et qui remettait en cause les législations de certains États membres. Pour lui, la dérogation prévue à l'article 4, paragraphe 4 du règlement constitue certes « un choix de politique que le législateur de l'Union était habilité à faire », mais rend l'obligation d'étourdissement des animaux inapplicable aux abattages prescrits selon des rites religieux. Pour lui l'article 26 paragraphe 2 du règlement conférerait simplement la faculté aux États membres d'introduire dans leur législation des exigences techniques plus strictes visant à minimiser les souffrances des animaux et à promouvoir leur bien-être lors de l'abattage rituel sans étourdissement préalable, comme par exemple l'exigence de la présence d'un vétérinaire qualifié à tout moment pendant l'abattage rituel ou/et celle de la formation appropriée de la personne procédant à cette forme particulière d'abattage. Mais en aucun cas, les États membres ne pouvaient revenir sur la dérogation à l'étourdissement préalable à l'abattage prévue à l'article 4, paragraphe 4, du règlement sous peine de remettre en cause la raison d'être de la liberté religieuse et de restreindre l'exercice de la liberté religieuse par les membres des confessions juive et musulmane pour lesquels l'abattage rituel d'animaux est un élément essentiel de leur identité religieuse<sup>15</sup>.

L'interprétation du règlement développée par l'avocat général est d'ailleurs partagée par d'autres juridictions dont le Conseil d'État français pour qui le droit de l'Union rend « l'obligation d'étourdissement des animaux inapplicable aux abattages prescrits selon des rites religieux » et ne laisse « aux États membres qu'une faculté d'introduire des mesures visant à assurer une plus grande protection des animaux lors de leur abattage rituel sans étourdissement préalable »<sup>16</sup>. Elle est fondée sur l'idée qu'il faut donner une plus grande importance à la liberté religieuse dès lors que celle-ci constitue un droit fondamental qui est, de surcroît, considéré par la Cour européenne des droits de l'homme comme l'un des piliers fondamentaux d'une société démocratique.

Quant à l'argument tiré de la difficulté croissante de se procurer de la viande d'animaux abattus conformément aux rites religieux, il faut noter ici que la Cour reprend sur ce

---

<sup>15</sup> Comme l'avocat général Hogan le précise dans ses conclusions, « L'article 26, paragraphe 2, premier alinéa, sous c), du règlement n° 1099/2009 permet donc l'adoption de règles nationales plus strictes en vue de protéger le bien-être animal, pour autant qu'il ne soit pas porté atteinte au « noyau » de la pratique religieuse en question, à savoir l'abattage rituel. Il n'autorise donc pas les États membres à interdire l'abattage d'animaux tel que prescrit par des rites religieux et explicitement autorisé par l'article 4, paragraphe 4, de ce règlement ».

<sup>16</sup> CE, 4 octobre 2019, *OABA*, n° 423647, ECLI:FR:CECHR:2019:423647 :« 5. En premier lieu, l'article 4, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1099/2009 du Conseil rend l'obligation d'étourdissement inapplicable à la mise à mort dans des abattoirs des animaux selon les méthodes particulières d'abattage prescrites par des rites religieux et son article 26, paragraphe 2, ouvre aux États membres la faculté d'adopter en la matière des règles nationales plus protectrices des animaux au moment de leur mise à mort. Par suite, le droit de l'Union rendant l'obligation d'étourdissement des animaux inapplicable aux abattages prescrits selon des rites religieux et en ne laissant aux États membres qu'une faculté d'introduire des mesures visant à assurer une plus grande protection des animaux lors de leur abattage rituel sans étourdissement préalable, l'association requérante n'est pas fondée à soutenir que la réglementation existante méconnaîtrait le droit de l'Union dont l'article 13 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui impose aux États membres de tenir pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles ». Le Conseil d'État en déduit que la réglementation existante qui n'impose pas pour l'abattage rituel des bovins, soit un étourdissement irréversible immédiatement après la jugulation, soit un étourdissement réversible préalable à la jugulation, ne méconnaît pas « le droit de l'Union dont l'article 13 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui impose aux États membres de tenir pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles ; voir aussi CE, 5 juillet 2013, *OABA*, ECLI:FR:CESSR:2013:361441.20130705.

point le raisonnement suivi par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Cha'Are Shalom Ve Tsedek c. France*<sup>17</sup>. La Cour de Strasbourg considérait en effet qu'il ne pourrait y avoir ingérence dans la liberté de manifester sa religion si les fidèles pouvaient par ailleurs se procurer de la viande en provenance d'animaux qui seraient abattus conformément aux prescrits religieux. On s'étonnera toutefois de ce raisonnement qui autorise un État membre à imposer l'étourdissement lors de l'abattage rituel dès lors que la libre circulation des produits provenant d'autres États membres n'est pas entravée et permet aux communautés religieuses en cause de se procurer de la viande issue d'abattages rituels réalisés sans étourdissement. Curieuse conception de la liberté religieuse qui considère qu'un État peut autoriser ou non l'abattage rituel et ainsi restreindre la liberté religieuse selon que les communautés religieuses concernées ont ou non la possibilité de se procurer de la viande conforme aux rites religieux à l'étranger...<sup>18</sup>

La solution de la Cour a toutefois un mérite essentiel, celui de mettre en exergue le bien-être animal et de faire évoluer les mentalités en matière de pratique d'abattage rituel et d'adapter les pratiques religieuses afin que celles-ci tiennent compte des souffrances et de la détresse des animaux.

Mais pour la Cour, le règlement ne procède pas lui-même à une conciliation entre l'objectif du bien-être animal et le respect de la liberté religieuse et n'a pas pour objet d'unifier le droit des États membres, lesquels peuvent imposer des contraintes plus strictes, voire interdire l'abattage sans étourdissement préalable. Il fixe simplement le cadre législatif dans lequel les États membres doivent effectuer cette conciliation, en leur imposant toutefois de veiller à ce que les mesures prises ne portent pas une atteinte disproportionnée à la liberté religieuse consacrée par l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux. En effet, conformément à l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, les États membres sont tenus de respecter les droits fondamentaux consacrés par celle-ci lorsqu'ils mettent en œuvre cette possibilité.

## **Partie II – Les mesures nationales prévoyant un étourdissement préalable non légal doivent toutefois être conforme à la liberté religieuse**

L'un des principaux arguments avancés par les associations requérantes pour soutenir que le décret flamand qui imposait un procédé d'étourdissement alternatif pour l'abattage effectué dans le cadre d'un rite religieux était qu'il restreignait excessivement leur liberté religieuse en ce qu'il remettait en cause les modalités d'abattage prescrites par les préceptes juifs et musulmans (A). La Cour de justice a cependant considéré qu'une réglementation nationale qui autorise l'abattage des animaux fondé sur un étourdissement réversible et non légal dans le domaine de l'abattage rituel, constitue une restriction proportionnée à la liberté religieuse justifiée par la protection du bien-être animal garantie par l'article 13 TFUE (B).

---

<sup>17</sup> Cour EDH, GC, 27 juin 2000, *Cha'Are Shalom Ve Tsedek c. France*, req. n° 27417/95.

<sup>18</sup> Voir en ce sens l'opinion dissidente commune des juges Bratza, Fischbach, Thomassen, Tsatsa-nikolovska, Pantiru, Levits et Traja sous l'arrêt de la Cour EDH, *Cha'Are Shalom Ve Tsedek*, préc..

## A. Une restriction de la liberté religieuse

La Cour de justice accorde aux communautés religieuses requérantes qu'en imposant, dans le cadre de l'abattage rituel, l'étourdissement préalable de l'animal en contradiction avec les prescrits religieux des croyants juifs et musulmans, le décret flamand adopté sur le fondement de l'article 26 du règlement 1099/2009 emporte une limitation du droit à la liberté de manifester leur religion, telle que garantie à l'article 10, paragraphe 1, de la Charte<sup>19</sup>.

Pour justifier la solution retenue, la Cour relève d'abord que la mesure flamande relève du champ d'application de la liberté religieuse. En effet, comme elle avait eu l'occasion de l'indiquer par le passé à plusieurs reprises, elle rappelle que la Charte retient à l'instar de la Convention européenne des droits de l'homme une acception large de la notion de « religion », susceptible de couvrir tant le forum *internum*, à savoir le fait d'avoir une conviction, que le forum *externum* qui implique la liberté de toute personne de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public, ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement de différents rites qu'elle comporte<sup>20</sup>.

Aussi en imposant, dans le cadre de l'abattage rituel, l'étourdissement préalable de l'animal contrairement aux prescrits religieux des croyants juifs et musulmans, le décret emporte bien une limitation du droit à la liberté de ces croyants de manifester leur religion. En effet, comme l'expliquent les requérants au principal, l'abattage rituel répond à des préceptes religieux spécifiques exigeant que les croyants ne consomment que de la viande d'animaux abattus sans étourdissement préalable, aux fins d'assurer qu'ils ne soient soumis à aucun procédé de nature à entraîner la mort avant l'abattage et qu'ils se vident de leur sang.

Si toutes les pratiques motivées par des prescrits religieux ne relèvent pas du forum *externum*<sup>21</sup>, la Cour confirme que l'abattage rituel constitue bien une manifestation liée à celui-ci et qu'il peut, à la différence du forum *internum* faire l'objet de restrictions. Elle l'avait déjà reconnu dans l'arrêt du 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamistische Organisaties Provincie Antwerpen e. a.*<sup>22</sup> qui, s'agissant de l'obligation imposée par l'État flamand de procéder aux abattages rituels dans un abattoir agréé, indiquait que l'abattage rituel relève de la notion de rite religieux au sens où l'entend

---

<sup>19</sup> Cet article prévoit que toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, et précise que ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

<sup>20</sup> Cf. CJUE, 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamistische Organisaties Provincie Antwerpen e.a.*, préc. pts. 44 et 49 ; voir aussi CJUE, GC, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203, pt. 27; CJUE, GC, 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH*, C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204, pt. 29.

<sup>21</sup> Cf. CJUE, 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamistische Organisaties Provincie Antwerpen e.a.*, préc. pt. 51; Voir aussi l'arrêt de la Cour EDH, *Cha'Are Shalom Ve Tsedek*, préc. qui précise que le droit à la liberté religieuse ne saurait aller jusqu'à inclure le droit de procéder personnellement à l'abattage rituel.

<sup>22</sup> CJUE, 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamistische Organisaties Provincie Antwerpen e.a.*, préc..

l'article 4, paragraphe 4, du règlement<sup>23</sup>. Elle soulignait que l'existence de divergences théologiques entre les différents courants religieux sur la nature absolue ou non de l'obligation de procéder à l'abattage sans étourdissement préalable des animaux<sup>24</sup> n'infirmait pas cette qualification en tant que « rite religieux » de la pratique relative à l'abattage rituel, estimant indispensable de se conformer au devoir de neutralité religieuse propre à toute juridiction.

Le décret flamand emportant une limitation du droit à la liberté de certains croyants juifs et musulmans de manifester leur religion, il est revenu à la Cour de déterminer si celle-ci est justifiée au regard des exigences posée non seulement par l'article 52, paragraphe 1, mais aussi par l'article 52, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux, lues en combinaison avec l'article 13 TFUE. En effet, l'article 52, paragraphe 3, de la Charte « vise à assurer la cohérence nécessaire entre les droits contenus dans cette dernière et les droits correspondants garantis par la CEDH, sans porter atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne ». Il prévoit que dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère la Convention. La Cour tiendra compte de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit la liberté religieuse en vue de l'interprétation de l'article 10 de la Charte<sup>25</sup>.

## **B. Une restriction assurant un juste équilibre entre la liberté religieuse et l'importance attachée au bien-être animal**

Pour constater que l'étourdissement réversible non létal lors de l'abattage rituel constitue une limitation à la liberté religieuse justifiée au regard de la Charte, la Cour vérifie si les conditions posées par l'article 52, paragraphe 1, de celle-ci sont remplies<sup>26</sup>. On sait que cet article prévoit que, pour qu'une limitation à l'exercice d'un droit garanti par la Charte soit reconnue, elle doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel de ce droit. Elle doit également, dans le respect du principe de proportionnalité, être nécessaire et répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et des libertés d'autrui.

La Cour constate d'abord que l'imposition de l'étourdissement préalable lors de l'abattage rituel est prévue par la loi, en l'occurrence le décret flamand, et qu'elle respecte le contenu essentiel du droit de la liberté religieuse car le procédé mis en cause

---

<sup>23</sup> À cet égard, il convient de souligner que la notion de « rite religieux », visée à cette disposition, est définie à l'article 2, sous g), du règlement n° 1099/2009, comme « une série d'actes associés à l'abattage d'animaux et prescrits par une religion ».

<sup>24</sup> Toutes les communautés juives et musulmanes ne sont pas hostiles au principe de l'abattage réversible non létal. Cf. F. Marchadier, « L'abattage, le bien-être de l'animal et la labellisation 'agriculture biologique' », D. 2019. 805 ; A. Peters, « L'abattage religieux et le bien-être animal revisités », *Cahiers de droit européen*, 2020/1, p. 128.

<sup>25</sup> Cf. les Explications relatives à l'article 10 de la Charte.

<sup>26</sup> Article 52, paragraphe 1<sup>er</sup> : « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

se limite à restreindre un aspect de l'acte rituel spécifique, à savoir celui de l'abattage, et n'interdit pas ce dernier en tant que tel. L'avocat général avait pourtant exprimé un avis inverse. Elle considère ensuite que la réglementation litigieuse a eu pour objectif de garantir la protection du bien-être animal, objectif d'intérêt général de l'Union garanti par l'article 13 du TFUE<sup>27</sup>. Visiblement, la Cour n'a pas souhaité mobiliser les motifs prévus par la Convention européenne des droits de l'homme permettant de justifier une restriction de la liberté religieuse. En effet, conformément à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, la Cour aurait pu se référer aux objectifs énoncés à l'article 9, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, à savoir la sécurité publique, la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Elle aurait ainsi pu se fonder comme l'a fait la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Cha'Are Shalom Ve Tsedek c. France*, le seul arrêt que la Cour de Strasbourg ait eu l'occasion de rendre en matière d'abattage rituel, sur la protection de la santé et de l'ordre publics, « dans la mesure où l'organisation par l'État de l'exercice d'un culte concourt à la paix religieuse et à la tolérance »<sup>28</sup>. La Cour de justice n'a pas souhaité reprendre cette motivation et a préféré se fonder sur l'article 13 TFUE et l'objectif du bien-être animal en considérant ce dernier comme un principe consacré par les traités, le plaçant sur un pied d'égalité juridique avec un droit reconnu par la Charte, celui de la liberté religieuse. Elle enrichit ainsi la liste des motifs permettant une ingérence dans le droit de manifester sa religion prévus par l'article 9, paragraphe 2, de la Convention et confirme l'autonomie du droit de l'Union en prenant en considération les objectifs spécifiques poursuivis par cette dernière.

Le cœur du raisonnement de la Cour a toutefois porté sur la question de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure imposant l'étourdissement préalable non létal lors de l'abattage rituel. Comme le rappelle la Cour, lorsque plusieurs droits fondamentaux et principes consacrés par les traités doivent être mis en balance tels que, en l'occurrence, le droit de manifester sa religion garanti à l'article 10 de la Charte et le bien-être des animaux consacré à l'article 13 TFUE, elle doit opérer le test de proportionnalité « dans le respect de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection des différents droits et principes en cause et d'un juste équilibre entre eux<sup>29</sup> ». Elle conclut de cet examen que la mesure litigieuse permet au législateur flamand, sans excéder la marge d'appréciation qui lui est reconnue d'assurer un juste équilibre entre l'importance attachée au bien-être animal et les exigences de la liberté des croyants juifs et musulmans de manifester leur religion.

Pour justifier cette conclusion, la Cour emprunte aux méthodes d'interprétation dégagées par la Cour européenne des droits de l'homme. D'abord à celle de la marge

<sup>27</sup> La Cour qualifie la protection du bien-être des animaux « d'objectif légitime d'intérêt général » et, depuis 2012, s'appuie sur l'article 13 TFUE pour développer des interprétations constructives du droit de l'Union à cet égard.

<sup>28</sup> Voir Cour EDH, 27 juin 2000 *Cha'Are Shalom Ve Tsedek c. France*, préc., § 84. La Cour EDH a ainsi considéré que si le régime dérogatoire français visant à encadrer la pratique de l'abattage rituel et à la réserver aux seuls sacrificateurs habilités par des organismes religieux agréés, avait constitué une ingérence dans la liberté de manifester sa religion – ce qu'elle a réfuté, cette ingérence aurait en toute occurrence poursuivi un but légitime, celui de la protection de la santé et de l'ordre publics.

<sup>29</sup> Voir, entre autres, CJUE, 22 janvier 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, EU:C:2013:28, pt. 60 ; CJUE, 19 décembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe*, C-752/18, EU:C:2019:1114, pt. 50.

d'appréciation qui joue dans la jurisprudence strasbourgeoise un rôle important dans le domaine délicat des rapports entre les communautés religieuses et l'État et sur lesquelles « de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique »<sup>30</sup>. En effet, en l'absence de consensus entre les États, la Cour de Strasbourg juge nécessaire d'accorder une marge de latitude au décideur national qu'elle estime mieux placé qu'elle pour apprécier la manière dont il convient de répondre aux exigences de la Convention<sup>31</sup>. Reprenant à son compte cette technique d'interprétation, la Cour de Luxembourg souligne qu'en faisant référence à l'existence de « perceptions nationales » différentes vis-à-vis des animaux ainsi qu'à la nécessité de laisser « une certaine flexibilité » ou encore « un certain degré de subsidiarité » aux États membres, le règlement a entendu reconnaître à chaque État membre « une ample marge d'appréciation » dans le cadre de la conciliation nécessaire de l'article 13 TFUE et de l'article 10 de la Charte, « aux fins d'assurer un juste équilibre entre, d'un côté, la protection du bien-être des animaux lors de leur mise à mort et, de l'autre, le respect de la liberté de manifester sa religion ». L'originalité de la démarche est à souligner car l'utilisation de la marge d'appréciation est peu usuelle dans la jurisprudence de la Cour de justice qui raisonne plus volontiers par référence au principe de subsidiarité<sup>32</sup>.

Mais marge d'appréciation ne signifie pas absence de tout contrôle et la Cour de Luxembourg le rappelle en précisant qu'elle doit être soumise à un contrôle qui doit porter tant sur la justification de la mesure nationale ainsi que sur sa proportionnalité. Dans le cadre du contrôle de la nécessité de la mesure en cause, la Cour considère qu'un consensus scientifique s'est formé sur le fait que l'étourdissement préalable constitue le « moyen optimal » pour réduire la souffrance de l'animal au moment de sa mise à mort et qu'en conséquence le législateur flamand a pu, sans excéder la marge d'appréciation qui lui est reconnue, considérer que l'ingérence apportée à la liberté de manifester sa religion, en imposant un étourdissement préalable réversible et insusceptible d'entraîner la mort de l'animal, satisfait à la condition de nécessité.

Quant au caractère proportionné de l'ingérence de la mesure litigieuse dans l'exercice de la liberté religieuse, la Cour de Luxembourg se fonde sur deux arguments. D'abord, elle écarte l'argument principal des communautés religieuses requérantes qui craignaient que la mort de l'animal soit causée par la technique de l'étourdissement préalable et non par la saignée. La Cour constate que le législateur flamand s'est fondé sur des recherches scientifiques démontrant que l'étourdissement n'affecte pas négativement la saignée. Selon ces études, la technique de l'électroanesthésie aboutit à un

<sup>30</sup> Voir Cour EDH, GC, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, préc., § 84.

<sup>31</sup> L'amplitude de la marge d'appréciation accordée aux États peut être plus ou moins large. Comme la Cour de Strasbourg l'a souvent relevé : « d'une part, lorsque le sujet ne fait pas consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, et compte tenu du caractère sensible des intérêts en jeu, surtout lorsque l'affaire soulève des problèmes éthiques ou moraux, la marge d'appréciation est étendue. D'autre part, lorsque le sujet soulève une question liée à l'identité, la liberté d'appréciation est restreinte » (pt 204). À s'en tenir aux critères développés par la Cour, les autorités publiques bénéficient d'une liberté d'appréciation d'autant plus « étendue » que le sujet « divise » au sein des pays européens.

<sup>32</sup> Certains arrêts de la CJUE mentionnent toutefois l'existence d'une marge d'appréciation, notamment lorsque des considérations d'ordre moral sont en jeu. Cf. S. Barbou des Places, N. Deffains, « Morale et marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence des cours européennes », in S. Barbou des Places, R. Hernu et Ph. Maddalon (dir.), *Morale(s) et droits européens*, Bruylant, Pedone, 2015, pp. 49-72.

étourdissement réversible et non létal de sorte que si l'animal est égorgé immédiatement après avoir été étourdi, son décès sera purement dû à l'hémorragie. En outre pour la Cour, le législateur flamand s'est inspiré de l'objectif poursuivi par le règlement, à savoir « privilégier la méthode de mises à mort autorisée la plus moderne, lorsque des progrès scientifiques significatifs permettent de réduire leur souffrance lors de leur mise à mort ».

La Cour de justice se fonde ensuite sur la théorie de l'instrument vivant, chère à la Cour européenne des droits de l'Homme et largement utilisée par celle-ci. En effet, pour la Cour strasbourgeoise, la Convention européenne des droits de l'homme doit être considérée comme un « instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle », ce qui a permis d'ajuster les dispositions conventionnelles au changement social, à l'évolution de la science et des techniques mais aussi des mœurs et des mentalités. Par mimétisme et pour justifier la prise en compte des préoccupations liées à la protection du bien-être animal, la Cour de justice a considéré que 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 »<sup>33</sup> 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. Or, du point de vue de la Cour, le bien-être animal est une valeur sociétale nouvelle « à laquelle les sociétés démocratiques contemporaines attachent une importance accrue depuis un certain nombre d'années » et « peut, au regard de l'évolution de la société, être davantage pris en compte dans le cadre de l'abattage rituel et contribuer ainsi à justifier le caractère proportionné d'une réglementation » telle que celle prise par le législateur flamand. Il peut, au regard de l'évolution de la société, être davantage pris en compte dans le cadre de l'abattage rituel et contribuer ainsi à justifier le caractère proportionné d'une réglementation telle que celle en cause au principal.

Au-delà de la solution propre à l'espèce, l'arrêt témoigne d'un étroit rapprochement entre les démarches de la Cour de Luxembourg et de celle de Strasbourg. S'il n'est pas étonnant que les deux Cours se réfèrent à la théorie du droit vivant pour justifier une interprétation au regard de l'évolution sociale, il est intéressant de voir la Cour de justice faire appel à l'existence d'une marge d'appréciation. Il n'en demeure pas moins qu'en application de principe d'autonomie de l'Union, la Cour, en présence d'un droit garanti également par la Convention européenne des droits de l'homme, se refuse de faire référence aux motifs de limitation prévus par celle-ci, mais préfère recourir aux objectifs d'intérêt général de l'Union.

\* \*

Pour la Cour, les États membres peuvent au vu de règlement n° 1099/2009 imposer l'étourdissement préalable non létal lors de l'abattage rituel dans la mesure où il assure un juste équilibre entre l'importance attachée au bien-être animal et la liberté des croyants juifs et musulmans de manifester leur religion. La solution n'allait pas de soi comme en témoigne les conclusions contraires de l'Avocat général Hogan et

---

<sup>33</sup> Voir, par analogie, Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, § 102, et jurisprudence citée.

l'interprétation donnée du règlement n° 1099/2009 a pu surprendre les croyants touchés par cette mesure. Elle traduit toutefois la volonté de valoriser le bien-être animal à une époque où les atteintes à celui-ci sont nombreuses et de remédier aux défauts d'une législation européenne en la matière dénoncée pour son absence d'effectivité<sup>34</sup>. Le message envoyé par la Cour est clair puisque dorénavant le bien-être animal doit être considéré comme un principe du droit de l'Union équivalent à la liberté religieuse et qui peut désormais venir restreindre cette liberté. La majeure partie de l'opinion publique européenne n'a pu que se réjouir de cette jurisprudence. En effet, si la Cour avait conclu à une contrariété avec l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux, toute évolution du droit de l'Union en vue de protéger les animaux aurait été rendue plus difficile, voire impossible. En tout cas, les États membres n'auraient jamais pu revenir sur la clause dérogatoire de l'article 4, paragraphe 4, du règlement selon laquelle la règle de l'étourdissement préalable n'est pas applicable à l'abattage rituel et imposer le principe de l'étourdissement préalable réversible qui ne provoque pas la mort de l'animal lors de l'abattage rituel.

---

<sup>34</sup> CF. C. Maubernard, « Conclusions du Conseil de l'Union européenne : le bien-être animal entre consécration de haut niveau et vacuité des considérations matérielles », *Revue semestrielle de droit animalier*, 2020/1, pp. 131-133.

# « Parce que le droit le commande »<sup>1</sup>. Libre-propos sur le rôle essentiel du juge dans un Etat de droit

Manuela Brillat\*  
Ellen Penninckx\*\*

“Ce n’est pas ailleurs que dans l’un des pays les plus cultivés d’Europe, produisant les plus grands philosophes, aimant la musique plus que tous les autres, cultivant les arts et la pensée d’un haut niveau culturel et éducatif, c’est là qu’a été conçu, réalisé, conduit Auschwitz. [...] Il faut continuer, mais sans illusion.”<sup>2</sup>

Il y a des mots qui passent, il y en a certains qui blessent, il y en a, de plus en plus, qui interpellent. Il y a tous ceux qui passent sur nous sans laisser de traces, et puis il y a ceux que l’on retient, quand les mots rappellent à nous des vérités profondes, de celles qui ne devraient plus être discutées – « et pourtant, elle tourne !<sup>3</sup> » - et que l’on redécouvre fragiles : « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit »<sup>4</sup>.

Lorsqu’il conclut dans l’affaire *X et X c. État belge* le 7 février 2017, Monsieur l’Avocat Général Mengozzi termine ses propos en rappelant l’une de ces vérités que l’on souhaiterait indiscutées. Il propose à la Cour de justice de l’Union européenne de consacrer la voie légale d’accès à la protection prévue par le droit de l’Union à travers l’octroi d’un visa pour raisons humanitaires. Ce faisant, il prend soin de préciser que la solution qu’il suggère s’impose, non pas « parce que l’émotion [la] dicte », mais « parce que le droit [la] commande ». Ce rappel à l’ordre - passé inaperçu et *in fine* non suivi par la Cour de justice de l’Union européenne<sup>5</sup> - est l’occasion et le point de départ d’une

<sup>1</sup> Le titre de cet article fait référence aux conclusions de l’avocat général Mengozzi dans l’affaire CJUE C-638/16, *X et X c. État belge*, conclusions présentées le 7 février 2017, § 175, ECLI:EU:C:2017:93 : « Que l’on ne se méprenne pas : ce n’est pas parce que l’émotion le dicte, c’est parce que le droit de l’Union le commande ».

\* Avocate au barreau de Strasbourg, Docteur en droits de l’Homme de l’Université de Strasbourg. Parmi d’autres publications: M. Brillat, *Le principe de non-discrimination à l’épreuve des rapports entre les droits européens*, Institut Universitaire Varenne, Collection des Thèses, décembre 2015, 522 p.

\*\* Juriste référendaire au greffe de la Cour européenne des droits de l’Homme. Co-auteur de l’ouvrage: C. Dubois et E. Penninckx, *La procédure devant la Cour européenne des Droits de l’Homme et le Comité des Ministres*, Editions Wolters Kluwer, coll. Pratique du droit, juin 2016, 629 p. L’auteur s’exprime à titre strictement personnel et n’engage en aucun cas la Cour.

<sup>2</sup> R. Badinter, *C’est à vous*, émission télévisée du 27 janvier 2020, France 5. Raymond Aron posait déjà cette question : « pourquoi, par quelles circonstances, un peuple de haute culture s’est-il livré à un démagogue tel Hitler et l’a suivi jusqu’au dénouement, presque jusqu’au suicide national ? », R. Aron, « Existe-t-il un mystère nazi ? », *Commentaire*, 1979, n° 7, p. 343.

<sup>3</sup> Propos attribués à Galilée et qu’il aurait tenus lors de son procès en 1633.

<sup>4</sup> Déclaration universelle des droits de l’homme (« DUDH »), adoptée à Paris le 10 décembre 1948 par l’Assemblée générale des Nations Unies.

<sup>5</sup> CJUE C-638/16, *X et X c. État belge*, 7 mars 2017, ECLI:EU:C:2017:93, la juridiction de l’Union européenne a estimé que la question préjudicielle qui lui était posée ne relevait pas du droit de l’Union, mais seulement du droit national ; dans une affaire similaire soumise à la Cour européenne des droits de l’homme cette fois, la Cour de

réflexion sur les textes érigeant les droits de l'Homme en normes juridiques, ainsi que sur le rôle des juridictions chargées de garantir leur application.

Où en sommes-nous ? Surtout : où allons-nous ?

Le continent européen permet un voyage riche et instructif en raison du développement spécifique du droit des droits de l'Homme sur ses terres à travers la mise en place d'un système régional qui couvre la quasi-totalité des États<sup>6</sup> et qui s'ajoute au droit national<sup>7</sup>. Des décennies de pratique et des dizaines de milliers d'arrêts prononcés permettent de développer une idée assez précise des « grandes choses que nous avons faites ensemble »<sup>8</sup> et des questions encore laissées en suspens, souvent disqualifiées comme éminemment « droits de l'hommes »<sup>9</sup>.

Ce double niveau fait partie de la conscience du système européen<sup>10</sup> fondé sur les ruines de la seconde guerre mondiale pour répondre à une exigence politique, économique et sociale de paix. Si cette narration est encore politiquement proclamée par les États, sa mise en œuvre se fait de plus en plus à reculons, au rythme de critiques qui se veulent préoccupées et qui sont, en réalité, destructrices. Si la contestation n'est pas nouvelle<sup>11</sup>, ces critiques ne sont désormais plus uniquement idéologiques ou philosophiques. De toutes parts - gouvernements, politiques, universitaires, magistrats, avocats, citoyens -, des idées fusent pour trouver des raisons valables de remettre en cause ce qui a été conquis à un indicible prix<sup>12</sup>. Le constat est sans appel : « Si la Convention EDH n'existait pas en 2020, il n'y aurait, pour quelques bonnes raisons et beaucoup de mauvaises, strictement aucune chance pour qu'elle voie le jour »<sup>13</sup>.

Revenir à l'essentiel est de temps à autre indispensable. L'essentiel, pour les chantres que nous sommes<sup>14</sup>, c'est l'État de droit, cette construction qui fonde le « vivre ensemble » des démocraties<sup>15</sup>. L'on oublie parfois que l'État de droit n'est pas un état

---

Strasbourg jugea que les requérants ne relevaient pas de la juridiction de l'État belge au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention - Cour EDH, GC, 5 mai 2020, *M.N. et autres c. Belgique* (déc), req. n° 3599/18.

<sup>6</sup> La seule exception sur le continent européen est le Bélarus.

<sup>7</sup> P. Wachsmann, *Les droits de l'Homme*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> édition, 2018, p. 2 et suiv.

<sup>8</sup> Pour paraphraser E. Renan : « avoir fait de grandes choses ensemble et vouloir en faire encore, voilà les conditions essentielles pour être un peuple », *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Conférence en Sorbonne, 1882, publié dans *Discours et conférences*, 1887.

<sup>9</sup> Pour une réflexion sur les liens entre ce terme et l'anti-démocratie : J. Lacroix et J.-Y. Prenchère, *Procès des droits de l'homme : généalogie du scepticisme démocratique*, Le Seuil, 2017.

<sup>10</sup> *La conscience de l'Europe, 50 ans de la Cour européenne des droits de l'homme*, publication du Conseil de l'Europe, octobre 2010.

<sup>11</sup> Voir par exemple : L. Favoreu, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2016, p. 40 et suiv.

<sup>12</sup> D. Rousseau, « La CEDH, stop ? Non, encore ! », *Dalloz actualités*, 2016 ; Y. Lécuyer, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, chr. n° 53 ; L. Burgogue-Larsen, « La CEDH ne mérite pas d'être le bouc-émissaire du réductionnisme de la pensée », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2020, chr. n° 73.

<sup>13</sup> J.-P. Marguénaud, *Les 70 ans de la Convention européenne des droits de l'Homme : le passé d'un avenir*, *Recueil Dalloz*, 2020, p. 2129 et suiv.

<sup>14</sup> M. Kordeva, « Améliorer la santé au lieu d'affaiblir les droits fondamentaux ? : la liberté de réunion sous la surveillance de Karlsruhe », *Revue Générale du droit*, 2020, n° 51875 [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>15</sup> « Le 'bien vivre ensemble' est indéniablement le but recherché par un État de droit, libre et démocratique », Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 2 de 1956, in : Cour EDH, GC, 23 février 2017, *Tommaso c. Italie*, req. n° 43395/09, § 45.

auquel l'Homme serait naturellement enclin ; c'est une fiction qui, comme telle, doit être racontée de génération en génération pour survivre au temps.

Sa signification est connue<sup>16</sup>.

Au sens formel, l'État de droit indique que tous, y compris les pouvoirs étatiques, sont soumis au droit, à la règle commune<sup>17</sup>. Au sens matériel, il renvoie au contenu du droit, lequel doit protéger les individus contre l'arbitraire de l'État<sup>18</sup>. Ainsi, contrairement à d'autres branches du droit, les droits de l'Homme sont aussi un principe de validité du contenu de la norme, où qu'elle soit placée dans l'ordre juridique<sup>19</sup>.

Le système européen des droits renforce ces deux versants à travers à la fois la reconnaissance de droits spécifiques à l'individu et la mise en place d'un contrôle extérieur à l'État, capable d'assurer leur respect par le droit et la pratique internes des États parties à la Convention. À ce titre, le préambule de la Convention affiche la prééminence du droit comme élément commun du patrimoine des États parties<sup>20</sup>. Principe fondamental de la démocratie, et, donc, de la Convention<sup>21</sup>, la prééminence du droit est inhérente à l'ensemble des articles du texte conventionnel<sup>22</sup>. Ce principe n'en reste pas moins un choix, et c'est le choix affirmé par l'Europe du Conseil de l'Europe.

Certes, le système européen n'est, pour autant, pas parfait. Il doit être scruté avec l'esprit attentif qui accompagne toujours les ambitions délicates. De nombreuses interrogations existent et des difficultés, y compris d'envergure, sont à étudier de près pour permettre

---

<sup>16</sup> Voir, sur ce point, K. Lenaerts, « New Horizons for the Rule of Law Within the EU », *German Law Journal*, 2020, vol. 21, pp. 29-34, et F. Krenc, « L'État de droit : une exigence à clarifier, un édifice à préserver », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2021, 4, pp. 775-790.

<sup>17</sup> Définition de l'État de droit (*rule of law*) par Tom Bingham, *The Rule of Law*, Penguin, London, 2010, p. 8 ; définition également adoptée par la Commission pour la démocratie par le droit, dite Commission de Venise, dans son rapport sur la liste des critères de l'État de droit, adopté par la Commission de Venise les 11 et 12 mars 2016. Voir aussi V. Champeil-Desplats, « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des droits fondamentaux », *Jus Politicum*, 2012, n° 8, p. 4 : « Dans un rapport typiquement dialectique, l'État permet l'émergence des instruments de sa propre limitation » ; C. Colliot-Thélène, « Les masques de la souveraineté », *Jus Politicum*, 2012, n° 8, p. 2 : « La désignation des tenants des pouvoirs législatifs, exécutifs et, dans certains pays, judiciaires, par la procédure électorale, ne suffit pas, sinon dans l'imaginaire de la théorie juridique ou d'une certaine philosophie politique, pour ôter au pouvoir politique le caractère de la domination ».

<sup>18</sup> E. Fox-Decent, « Is the Rule of Law Really Indifferent to Human Rights? », *Law and philosophy*, 2008, vol. 27, p. 581 : « Rather, it helps us to see that the rule of law entails a commitment to human rights which politics requires a special justification to disturb » ; O. Jouanjan, « L'État de droit démocratique », *Jus Politicum*, 2019, n° 22.

<sup>19</sup> J. Callewaert, « What makes Fundamental Rights Fundamental? », A. Hoc, S. Wattier et G. Willemns (ed.), *Human Rights as a basis for reevaluating and reconstructing the law*, Bruylant, 2016, pp. 48-49. L'auteur explique que cet aspect existe tant au niveau européen que national.

<sup>20</sup> Voir aussi Cour EDH, GC, 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, § 61 ; ce concept figure également à l'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe où il est dit que chaque État membre doit accepter les principes de la primauté du droit, des droits de l'homme et de la démocratie.

<sup>21</sup> Cour EDH, GC, 5 avril 2018, *Zubac c. Croatie*, req. n° 40160/12, et Cour EDH, GC, 10 juillet 2020, *Mugemangango c. Belgique*, req. n° 310/15, § 67.

<sup>22</sup> Cour EDH, Plen., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, § 34, Cour EDH, GC, 25 mars 1999, *Iatridis c. Grèce*, req. n° 31107/96, § 58, et Cour EDH, GC, 10 juillet 2020, *Mugemangango c. Belgique*, req. n° 310/15, § 109. Voir aussi R. Spano, « L'État de droit – l'étoile polaire de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2021, n° 127, pp. 3-32.

au système de pleinement jouer son rôle, malgré les agitations des peuples qui le composent.

Parmi ces difficultés, les raisonnements visant à décrédibiliser le système et à l'affaiblir inquiètent particulièrement : d'un côté, ils entaillent le socle commun de règles sur lequel l'Europe s'est accordée depuis soixante ans ; de l'autre, ils détournent l'attention des véritables enjeux du système européen de protection des droits. En effet, lorsque l'on fait la liste des critiques le plus largement soulevées, le tableau qui en ressort laisse perplexe : l'impression est celle d'une suite d'excuses, de plus en plus élaborées, pour ne pas mettre (complètement) en œuvre les droits pourtant rattachés à la dignité humaine.

Au-delà des déclarations en faveur des droits et de leur protection, ce mouvement ne peut être durablement renversé que par une voix qui s'élèverait, légitime et vitale dans une démocratie, celle du juge – national et européen – dont le rôle de dire le droit acquiert, sur ce terrain, un sens particulier : être le gardien de la bonne foi des États parties qui, en adhérant au texte conventionnel, ont fait de l'individu un sujet de droit international doté de droits spécifiques. Ainsi, face aux déclinaisons de la mauvaise foi dans la garantie des droits (**Partie I**), le juge est, a présent et pour l'avenir, le garant obligé des promesses d'hier (**Partie II**).

### **Partie 1 – Les déclinaisons de la mauvaise foi dans la garantie des droits**

Soixante-dix ans de pratique des droits humains est un temps court par comparaison avec les principes du droit civil acquis, pour certains depuis l'époque romaine. De ce point de vue, il est normal que le sol soit encore mouvant. Nous assistons cependant à une « crise sans précédent »<sup>23</sup> qui conduit à une « érosion des droits de l'Homme »<sup>24</sup>. Il est ainsi possible de lister les moyens par lesquels l'on tente de ne pas appliquer ou de se soustraire au droit européen des droits de l'Homme. Les critiques adressées au juge sont aussi un élément de l'analyse, ce d'autant plus qu'elles émanent de plusieurs acteurs du système européen. Ces déclinaisons de la mauvaise foi – au sens juridique du terme<sup>25</sup> – sont encore largement répandues dans la pratique étatique, les écrits doctrinaux, ainsi que parmi les acteurs judiciaires, les médias et l'opinion publique. En somme, c'est à un raz-de-marée général que nous assistons et qui conduit à une remise en cause de l'importance et de la légitimité des droits humains<sup>26</sup>, alors même que nous pensions que l'Histoire avait répondu pour nous à cette interrogation<sup>27</sup>: la garantie des droits

---

<sup>23</sup> T. Jagland, *Situation de la démocratie, de l'État de droit et des droits de l'Homme en Europe*, Rapport établi par le Secrétaire général du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2014, p. 5 [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> L'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, signée à Vienne le 23 mai 1969, prévoit que tout traité doit être exécuté de bonne foi. Pour un historique de la notion de « bonne foi » en droit international, voir P.-M. Dupuy, *Droit international public*, coll. Précis, Dalloz, 15e éd., 2020, p. 337 et suiv.

<sup>26</sup> P. Lemmens, *The Protection of human rights; a noble task for courts*, Intersentia, Cambridge 2020, p. 55.

<sup>27</sup> Pour une position affirmée que nous partageons, voir, notamment: J.-P. Marguénaud, « Les 70 ans de la Convention européenne des droits de l'Homme : le passé d'un avenir », *Recueil Dalloz* 2020, pp. 2129 et suiv. : « C'est sans doute cet effet de surprise qui a poussé le Doyen Carbonnier à s'insurger, dans le célèbre passage précité de « Droit et passion du droit sous la Ve République », contre « les droits venus d'ailleurs » qui « sont des droits venus de nulle part, des droits qui n'ont ni histoire ni territoire ». Ils venaient bien de quelque

fondamentaux, parce qu'elle est respect de la dignité humaine, est la condition de la paix sociale et du développement<sup>28</sup>.

Le constat est sévère : « certaines autorités nationales parient sur l'échec du système européen des droits de l'Homme. Elles ne s'arrêtent devant aucun tabou »<sup>29</sup>. La spirale se dessine. L'on commence par se retrancher derrière la souveraineté (A), puis derrière le contenu des droits (B), avant de s'attaquer aux organes de contrôle (C), lesquels finissent par se restreindre d'eux-mêmes (D).

## A. La souveraineté

L'un des arguments terriblement classiques que l'on entend à propos du droit européen des droits de l'Homme, et à partir duquel les critiques se déclinent ensuite, consiste à prendre appui sur la souveraineté étatique pour justifier la mise à distance du texte conventionnel.

Comme caractéristique suprême du pouvoir<sup>30</sup>, la souveraineté n'admet pas qu'une autorité lui soit supérieure, l'entrave ou la subordonne<sup>31</sup>. Les réflexions et développements sur la souveraineté étatique ont conduit à une conclusion qui n'était pas celle des penseurs pourtant cités pour l'appuyer : la souveraineté étant la caractéristique essentielle de l'État, ce dernier ne peut se lier par un texte extérieur – fût-il de garantie des droits individuels – susceptible de s'imposer, juridiquement ou dans les faits, au droit national. Il faut reconnaître que « [l]es amoureux de la souveraineté sont rarement tendres avec la Cour européenne des droits de l'homme »<sup>32</sup>. Le Royaume-Uni illustre en grande partie les accusations portées contre le droit européen des droits de l'Homme sur ce terrain<sup>33</sup>.

---

part, de Strasbourg pour s'en tenir au siège des institutions du Conseil de l'Europe, et, plus gravement, des ruines des camps d'extermination nazis lesquels, à la différence du « point Godwin », ne se trouvent pas au bout d'une discussion qui s'enlise mais au départ d'une construction qui se réalise, à l'initiative des survivants immédiats de la barbarie, pour conjurer les risques d'un retour à leur indicible réalité. »

<sup>28</sup> Voir le premier considérant du préambule de la DUDH, *op. cit.*, « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ». Voir aussi le préambule de la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi que le préambule du Statut du Conseil de l'Europe, signé à Londres le 5 mai 1949.

<sup>29</sup> Cour EDH, GC, 28 juin 2018, *GIEM Srl et autres c. Italie*, req. n° 1828/06, opinion partiellement concordante du Juge Pinto de Albuquerque, point 70.

<sup>30</sup> R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome I, 1920, pp. 70-71.

<sup>31</sup> G. Jellinek, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, Paris, édition Panthéon-Assas, « Les introuvables », 2005 (1ère éd. 1913), p. 126.

<sup>32</sup> Y. Lécuyer, *op. cit.*

<sup>33</sup> Voir, notamment M. Jacot, « [Menaces sur la Cour européenne des droits de l'Homme](#) », *Le Monde*, 28 octobre 2011 [dernière consultation le 13 mars 2022]. Voir aussi, N.W. Barber, R. Ekins et P. Yowell (ed.), *Lord Sumption and the limits of law*, 2018, Hart Publishing, pp. 15 et suiv., reprenant la conférence de Lord Sumption en octobre 2014 à Oxford dans laquelle il remet ouvertement en cause la technique de l'interprétation évolutive ; P. Pinto de Albuquerque, « Is the ECHR Facing an Existential Crisis ? », Discours au Mansfield College, Oxford, 28 avril 2017. Le Royaume-Uni n'est cependant pas le seul. M. Carrillo, « La contestation épisodique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : le cas espagnol », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2020, n° 121, pp. 199-216 ; F. Krenc, « L'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les États parties : un défi permanent », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2020, n° 121, pp. 217-254.

Une autre version de ces réticences consiste à utiliser la Constitution comme arme de défense, bien que le droit des traités soit clair sur le caractère inopérant de cette justification<sup>34</sup>. Cet argument est, notamment, à l'œuvre dans l'affaire *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*<sup>35</sup>. Cette argumentation émane parfois même des juridictions nationales confrontées à l'exécution des arrêts de la Cour. C'est le cas en Russie où la Cour constitutionnelle a adopté un arrêt qui a fait couler beaucoup d'encre<sup>36</sup>: il faut dire que c'est le législateur qui avait autorisé la Cour constitutionnelle à déclarer non exécutoires des arrêts internationaux<sup>37</sup>. D'autres exemples existent<sup>38</sup> même s'ils sont parfois plus difficiles à identifier tant ils sont techniques ou déguisés, mais la logique est bien la même : « adhérer à la vision cosmopolite des droits ou embrasser la vision opposée du repli sur soi du droit interne en tant que réserve inexpugnable de la souveraineté »<sup>39</sup>. La subtilité consiste à invoquer fermement ces arguments au moment de l'exécution de l'arrêt et non devant la Cour européenne pour pouvoir ainsi feindre d'accepter le contrôle de la Cour tout en neutralisant ensuite son efficacité. Or la force obligatoire des arrêts de la Cour constitue « la garantie du système conventionnel lui-même »<sup>40</sup>.

Cette perspective n'est pas la bonne. Dans le monde tel que nous le connaissons<sup>41</sup>, elle ne peut être la bonne. La véritable souveraineté réside dans le choix que fait l'État<sup>42</sup>. Lorsqu'il ratifie un traité et accepte de se soumettre à un contrôle extérieur tel que celui de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'État exerce sa souveraineté<sup>43</sup>. Il aurait pu choisir de ne pas le faire ; il en a décidé autrement ; ce faisant, il exerce bien sa souveraineté. En effet, le système international n'est ni obligatoire ni définitif : un État n'est pas tenu de ratifier un traité et peut toujours s'en retirer<sup>44</sup>. C'est là même où se situe toute sa souveraineté car cette dernière « n'est pas un objet immuable et

<sup>34</sup> Article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, *op. cit.*

<sup>35</sup> Cour EDH, GC, 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, req. n° 27996/06. Dix ans après le prononcé de cet arrêt, les dispositions constitutionnelles n'ont toujours pas été modifiées malgré la procédure de surveillance soutenue appliquée par le Comité des Ministres. La dernière résolution intérimaire remonte à 2013 et exprimait déjà la « grave préoccupation » du Comité des Ministres (CM/ResDH(2013)259). Depuis 2009, trois élections ont eu lieu selon les modalités mises en causes par la Cour dans son arrêt. Voir aussi : Cour EDH, GC, 6 janvier 2011, *Parksas c. Lituanie*, req. n° 34932/04.

<sup>36</sup> Cour constitutionnelle russe, 16 avril 2016, n° 12-II/2016, et 19 janvier 2017, n° 1-II/2017. Pour une analyse du raisonnement voir, entre autres : K. Dzehtsiarou et F. Fontanelli, « Unprincipled Disobedience: the Doctrine of the Russian Constitutional Court after the Yukos case », *European Yearbook of Human Rights*, 2018, pp. 319-341. Sur un autre arrêt: G. Rosoux, « Offensive de la Russie contre l'autorité de la jurisprudence européenne relative au droit de vote des détenus: la Cour constitutionnelle russe et le contrôle du caractère 'exécutoire' d'un arrêt... », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2018, n° 109, pp. 53-88.

<sup>37</sup> P. Pinto de Albuquerque, « Plaidoyer for the European Court of Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 2018/2, n° 119, pp. 119-133.

<sup>38</sup> Voir pour le détail Cour EDH, GC, *GIEM Srl et autres c. Italie*, *op. cit.*, opinion partiellement concordante du Juge Pinto de Albuquerque.

<sup>39</sup> *Ibid.*, point 71.

<sup>40</sup> *Ibid.*, point 60.

<sup>41</sup> *Ibid.*, point 79.

<sup>42</sup> Cour permanente de Justice internationale, Affaire du Vapeur « Wimbledon », arrêt du 17 août 1923, série A n° 1, p. 25.

<sup>43</sup> Le principe *Pacta Sunt Servanda* s'applique. Pour une analyse récente de cette question, voir F.M. Palombino (ed.), *Duelling for supremacy- International law vs. National fundamental principles*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 446 p.

<sup>44</sup> C'est d'ailleurs ce qu'a fait la Grèce en 1970. Plus récemment, l'exclusion de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe a été précédée de près d'une déclaration de retrait russe.

statique »<sup>45</sup> : non située, elle reste vague et peu expressive<sup>46</sup>. Toute la question est donc de savoir comment cette souveraineté est exercée<sup>47</sup> et cet exercice implique des choix pouvant aller, pour l'État, jusqu'à restreindre sa marge de manœuvre<sup>48</sup> pour asseoir la garantie des droits. Une telle décision révèle un exercice courageux de la souveraineté puisque « [le] système de la Convention est évidemment incompatible avec une logique hypocrite NIMBY (« Not in my backyard ! », pas dans mon arrière-cour) qui prétendrait que les droits de l'homme universels sont une bonne chose pour les autres, mais une mauvaise chose pour soi-même »<sup>49</sup>.

Ainsi, l'État n'est pas pris au piège de la Convention qu'il décide de ratifier et confirme, chaque jour, son choix de faire partie de ce système régional de protection des droits fondamentaux. Il n'y a donc aucune fatalité dans le principe de souveraineté lequel est parfaitement compatible avec un engagement clair et solide de l'État en faveur du droit européen des droits de l'Homme.

L'argument de la souveraineté comporte une dimension à la fois philosophique et politique, ce qui explique qu'elle n'apparaisse pas souvent en tant que telle dans le quotidien de la mise en œuvre des droits. Elle est davantage présente dans certains discours politiques<sup>50</sup> et surgit, parfois, au gré de certaines décisions juridictionnelles prises au plus haut niveau<sup>51</sup>. Cette réflexion se décline cependant, en pratique, à travers d'autres indices de la mauvaise foi.

## **B. Distinguer les droits**

Un autre indice de la mauvaise foi dans l'application des traités relatifs aux droits humains consiste à faire naître une hiérarchie des droits qui conduit à en appliquer certains et à en laisser d'autres de côté.

L'on va ainsi, par exemple, distinguer entre droits absolus et dérogeables : les premiers ne peuvent connaître de restriction, les autres sont abordés de manière plus flexible. Cette distinction se retrouve tant dans la doctrine que dans la pratique de la Cour européenne qui accorde un traitement particulier aux affaires mettant en cause les droits dits absolus (traitement prioritaire des requêtes et accessibilité au prononcé de mesures provisoires). Cette théorie de l'absolu ne résiste cependant pas à l'analyse précise des situations : dans plusieurs arrêts, la Cour européenne a elle-même accepté des atteintes

---

<sup>45</sup> S. Saurrigger, « Théoriser l'État dans l'Union européenne ou la souveraineté au concret », *Jus Politicum*, n° 8, 2012, p. 2.

<sup>46</sup> A. Hamann, « Sur un "sentiment" de souveraineté », *Jus Politicum*, 2018, n°s 20-21, p. 190 : « à la connaissance se substitue le sentiment, et la souveraineté, semble-t-il, fait davantage appel au second ».

<sup>47</sup> S. Saurrigger, *op. cit.*

<sup>48</sup> A. Hamann, *op. cit.*, p. 193.

<sup>49</sup> Cour EDH, GC, *GIEM Srl et autres c. Italie*, *op. cit.*, opinion partiellement concordante du Juge Pinto de Alburquerque, point 80.

<sup>50</sup> Deux des principaux candidats à l'élection présidentielle française en 2017 prônait la sortie du mécanisme de la CEDH. Cet élément revient à la bouche d'hommes et femmes politiques dans d'autres pays européens également, surtout en période électorale.

<sup>51</sup> Plus en lien avec l'Union européenne d'ailleurs Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, arrêt dit « *Solange I* » du 29 mai 1974, et arrêt dit « *Solange II* » du 22 octobre 1986. Cour constitutionnelle russe, 16 avril 2016, n° 12-II/2016, et 19 janvier 2017, n° 1-II/2017.

au droit à la vie soit par une analyse de la proportionnalité de l'action policière<sup>52</sup> soit par la validation des décisions des juridictions nationales en matière de bioéthique<sup>53</sup>. Le débat a été lancé il y a plusieurs années<sup>54</sup> mais les conclusions récentes et les différentes réformes n'apportent pas de réel changement sur ce point. L'actuel Président de la Cour ; Robert Spano, a d'ailleurs eu l'occasion d'expliquer comment la Cour européenne fait usage de cette distinction dans sa jurisprudence<sup>55</sup>, prenant appui sur les invitations à distinguer même entre les dignités<sup>56</sup>. Bref, le génie est sorti de la lampe et personne ne sait comment le faire rentrer<sup>57</sup>.

En plus de créer une hiérarchie entre les droits, ce qui rend cette distinction d'absolus particulièrement insidieuse est qu'elle prend racine dans un présupposé plus général qui oppose la sphère publique (verticale) à laquelle les actes de torture se rattachent (et qui constitueraient, donc, le cœur des droits de l'Homme) et la sphère privée (horizontale) où le dommage règne en maître et qui constituerait, lui, le cœur du droit<sup>58</sup>. C'est ce raisonnement qui a empêché pendant longtemps l'émergence d'un droit des droits de l'Homme. Ainsi, la distinction des absolus qui affiche une apparente bonhomie pour ce qui est sacré – la vie – est en réalité un vestige d'un autre temps.

L'on va aussi distinguer entre droits justiciables et programmatoires. Des concepts tels que l'invocabilité ou l'effet direct de la règle vont alors entrer en jeu, tant au niveau international qu'interne, pour justifier ce qui n'est, en réalité, ni plus ni moins qu'une non-application d'un droit pourtant fondamental. Cet aspect est repris au sein de l'Union européenne dont la Charte des droits fondamentaux distingue entre droits et principes, sous validation de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>59</sup>. Derrière cette distinction technique se cache (à grands traits) la distinction entre catégories de droits : les droits de première génération, civils et politiques (parmi lesquels les droits absolus) retiennent toutes les attentions au détriment des droits de deuxième génération, économiques et sociaux. Tout le champ lexical est tourné vers la justification de cette distinction que l'on présente comme intellectuelle alors qu'elle n'est qu'une décision de mise en œuvre, un choix politique présenté aussi comme économique : les droits sociaux coûteraient chers alors que les droits civils et politiques n'exigeraient qu'une abstention de l'État. Cette catégorisation des droits fondamentaux est assez largement contestée depuis

<sup>52</sup> Voir, par exemple, Cour EDH, 30 avril 2020, *Castellani c. France*, req. n° 43207/16.

<sup>53</sup> Cour EDH, GC, 5 juin 2015, *Lambert et autres c. France*, req. n° 46043/14.

<sup>54</sup> N. Mavronicola, "Relatively Absolute? The Undermining of article 3 ECHR in Ahmad v. UK", *The Modern Law Review*, 2013, pp. 370-382.

<sup>55</sup> R. Spano, "The future of the European Court of Human Rights: subsidiarity, process-based review and rule of law", *Human Rights Law Review*, 18, 2018, p. 483.

<sup>56</sup> L. Valentini, "Dignity and Human Rights: a Reconceptualization", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, n° 4, 2017, pp. 862-885.

<sup>57</sup> S. Greer, "Is the prohibition against torture, cruel, inhuman and degrading treatment really "absolute" in international human rights law? A reply to Graffin and Mavronicola", *Human Rights Law Review*, 18, 2018, p. 307: "However, whatever anyone thinks, this particular genie is now out of the bottle and nobody, including Graffin and Mavronicola, has yet found a way of putting it back in. I doubt if anyone ever will. But if they can, I will gladly rejoin the absolutist cause".

<sup>58</sup> D. Augenstein, "Torture as tort? Transnational tort litigation for corporate-related human rights violations and the human right to a remedy", *Human Rights Law Review*, 2018, 18, p. 593.

<sup>59</sup> CJUE, Gde Ch., *Association de médiation sociale contre Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT Bouches-du-Rhône, Confédération Générale du Travail (CGT)*, aff. C- 176/12, 15 janvier 2014, ECLI:EU:C:2014:2.

plusieurs années dans la doctrine<sup>60</sup>, et les Nations Unies, en particulier, affichent une approche globale des droits à travers le triptyque : respecter, protéger et mettre en œuvre. Toutefois, l'existence de textes séparés<sup>61</sup> et d'organes de contrôle aux pouvoirs distincts continue de répandre sa perspective sur la pratique des droits : de textes séparés, les États déduisent souvent une justiciabilité différente<sup>62</sup>.

Ainsi, l'indivisibilité des droits, pourtant proclamée il y a des décennies<sup>63</sup>, n'est-elle pas vécue comme un principe de réalité. Or « Droits-libertés, droits sociaux, droits écologiques, droits de solidarité, tous ces droits relèvent de la même catégorie des droits et libertés relationnels et saisissent l'individu de la démocratie continue dans toutes ses dimensions sociales »<sup>64</sup>. La crise sanitaire vécue par tous les pays européens depuis le printemps 2020 démontre, si besoin était, cette affirmation, tout comme les mouvements de révoltes, aux États-Unis et ailleurs, pour dénoncer le fonctionnement racisé de la société englobant plusieurs aspects de la vie de l'individu.

### C. Dénigrer les organes de contrôle

Une autre expression de la mauvaise foi consiste à sauver le texte mais à dénigrer les organes de contrôle<sup>65</sup>. L'affirmation manque alors de loyauté parce qu'elle donne l'impression de soutenir les droits garantis alors qu'elle entaille tout le système qu'ils sous-tendent.

Un premier élément est le prolongement de la catégorisation des droits et consiste à distinguer entre la Cour européenne, composée de juges qui bénéficient du choix des mots, et les autres organes de protection qui ne seraient que des comités d'experts, qui ne rendent pas des arrêts mais des décisions ou, pire, des constatations. Certains s'en sortent par le qualificatif d'organes quasi-juridictionnels<sup>66</sup> mais, une fois encore, la distinction affaiblit leur autorité alors que tous ont pour mission de dire le droit, tâche commune à toute juridiction. La France a pourtant l'habitude de manier une

---

<sup>60</sup> En particulier O. De Schutter, « Les générations de droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », in *Juger les droits sociaux*, Actes du colloque organisé par ADEAGE le 19 octobre 2001, Les chroniques de l'OMIJ, PULIM, 2004, pp. 13-46. Voir aussi, K. Young, *The future of economic and social rights*, Cambridge University Press 2019, 706 p.

<sup>61</sup> Au sein des Nations Unies comme du Conseil de l'Europe, les différentes catégories de droits sont garanties par des textes séparés avec des systèmes de contrôle différents.

<sup>62</sup> L'invocabilité, par exemple, de la Charte sociale européenne devant les juridictions internes des États Parties est largement discutée ces dernières années en France, en Espagne et en Italie, notamment. Les juges prennent appui sur la distinction formelle qui existe entre les catégories de droits au niveau européen pour limiter l'efficacité des droits économiques et sociaux européens au niveau national. Voir, par exemple, J. Mouly, « Qui a peur du Comité européen des droits sociaux », *Droit social*, 2019, pp. 814-821. L'auteur explique que les divergences de jurisprudence de la Cour de cassation sur les différents engagements internationaux de la France en la matière ne s'expliquent que pour des raisons stratégiques. Voir aussi C. Nivard, « L'obscur clarté du rejet de l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne », *Droit social*, 2019, pp. 792-803.

<sup>63</sup> Déclaration de Vienne adoptée par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, 25 juin 1993.

<sup>64</sup> D. Rousseau, « Les droits de l'homme sont-ils anti-démocratiques ? », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, *Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2019, p. 660.

<sup>65</sup> B. de Lamy, « La légitimité du juge européen des droits de l'homme », in J. Raibault, J. Krynen, *La légitimité des juges*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2004, pp. 163-172 ; G. Ravarani, « Quelques réflexions sur la légitimité du juge de Strasbourg », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2019, n° 118, pp. 261-296.

<sup>66</sup> C'est souvent par ce qualificatif que l'on désigne le Comité européen des droits sociaux.

terminologie spécifique en fonction des juridictions : si la Cour de cassation rend des arrêts, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État rendent des décisions, ce qui ne les empêche pourtant pas d'avoir autorité sur les juridictions de leur ordre.

Un deuxième élément consiste, d'une manière plus générale cette fois, à pointer l'absence de légitimité démocratique des organes de contrôle<sup>67</sup>, ce qui conduit à remettre en cause leur autorité et, dans la foulée, les décisions prises. Cette remise en cause ne se fait pas uniquement sur le fondement du principe de souveraineté mais s'attaque, d'une manière plus générale, à l'autorité de la Cour européenne<sup>68</sup> et au principe de séparation des pouvoirs<sup>69</sup>. Alors que le texte de garantie des droits, tel qu'interprété par l'organe de contrôle, est contraignant au regard du droit international, le constat est celui d'une résistance des États<sup>70</sup> – de toutes parts – devenue partie intégrante du discours international<sup>71</sup>. Ainsi, vue comme une limite au pouvoir politique, la critique des droits de l'Homme conduit à la critique du « droit-de-l'hommisme »<sup>72</sup> : revêtus d'une dimension politique, ces droits devraient être maniés par des personnes bénéficiant de légitimité démocratique. A défaut, la bascule dans le gouvernement des juges<sup>73</sup> est dénoncée : « *More politics, less law !* »<sup>74</sup>. Ces critiques visent officiellement à rétablir dans son rôle un pouvoir judiciaire qui serait devenu « ivre de lui-même »<sup>75</sup> alors même que cette querelle, « théoriquement si faible et médiocre »<sup>76</sup>, ne rend aucunement justice au rôle du juge dans un État démocratique.

Un troisième élément pointe du doigt le risque de « forum shopping » – le choix de l'organe à la jurisprudence la plus favorable<sup>77</sup> – et « forum duplication » – la soumission parallèle ou successive d'une même question à des organes différents pour obtenir la réponse que l'on souhaite<sup>78</sup>. Ces situations sont entachées de suspicion puisqu'elles sont interprétées comme des outils pour forcer le droit à sa convenance, ce qui serait une preuve supplémentaire que les droits de l'Homme ne sont pas du « vrai droit ». L'inefficacité du système de protection des droits humains serait ainsi révélée par ces

---

<sup>67</sup> Y. Lécuyer, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, chr. n° 53.

<sup>68</sup> M. Breuer, « Principled resistance to ECtHR Judgements: dogmatic framework and conceptual meaning », in *Principled resistance to ECtHR judgments: a new paradigm?*, 2019, p. 19.

<sup>69</sup> Cet argument existe aussi outre-Atlantique et dans le cadre de juges élus. Voir Supreme Court of the United States, *Bostock v. Clayton County*, 15 juin 2020, Opinion dissidente du juge Alito : « There is only one word for what the Court has done today: legislation. The document that the Court releases is in the form of a judicial opinion interpreting a statute, but that is deceptive ».

<sup>70</sup> M. Breuer, *op. cit.*

<sup>71</sup> I. de la Rasilla, « The world court of human rights: rise, fall and revival? », *Human Rights Law Review*, 19, 2019, p. 587.

<sup>72</sup> Alexandre Viala, « De la critique des droits de l'homme à l'obsession républicaine du droit-de-l'hommisme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, LGDJ Lextenso, 2015, p. 51.

<sup>73</sup> Pour une analyse complète de cette expression et les arguments opposables pour la réfuter, voir M. Cadelli et J. Englebert (dir.), *Gouvernement des juges: une accusation, une vertu et une analyse critique*, Anthemis, 2020, 230 p.

<sup>74</sup> J. Sumption, The Reith Lectures 2019, « Human Rights and Wrongs ».

<sup>75</sup> A. Finkielkraut, cité dans D. Rousseau, « Les droits de l'homme sont-ils anti-démocratiques ? », *op. cit.*, p. 665.

<sup>76</sup> O. Jouanjan, *op. cit.*, p. 13.

<sup>77</sup> C. Depez, « The admissibility of multiple human rights complaints: Strasbourg and Geneva compared », *Human Rights Law Review*, 2019, 19, p. 517.

<sup>78</sup> *Ibid.*

doublons<sup>79</sup> du moins lorsqu'ils conduisent à des conclusions différentes sur une même matière. L'affaire Lambert portée à la fois devant la Cour européenne et le Comité des Nations Unies pour les personnes handicapées est un exemple éloquent de ces situations<sup>80</sup>. Au sein du continent européen, les duplications existent également et ne sont pas toujours heureuses. La dernière en date porte sur l'interprétation de la notion de « zone de transit »<sup>81</sup>. Au sein même du Conseil de l'Europe, les divergences existent et portent souvent sur des aspects fondateurs<sup>82</sup>.

Le « forum shopping » est la conséquence de ces doublons : le requérant se tourne, naturellement, vers l'organe qui lui offre l'interprétation qui lui est la plus favorable, écartant toute autre approche. Il ne s'agit, en réalité, que de la recherche du standard de protection maximal, ce qui correspond à la logique du droit des droits de l'Homme qui a vocation à offrir une protection de plus en plus étendue<sup>83</sup>. Après tout, Rome ne décidait-elle pas déjà *in favor libertatis*<sup>84</sup> ?

#### D. Réinterpréter la subsidiarité

Le principe de subsidiarité se trouve, depuis l'origine, au cœur du mécanisme prévu par la Convention<sup>85</sup>.

Cet aspect n'était pas nouveau, même en 1950<sup>86</sup> : l'on oublie souvent que la subsidiarité est présente « dès les premières encycliques sociales »<sup>87</sup> et que l'idée est même bien plus ancienne. L'étymologie du mot nous est utile puisqu'elle nous indique qu'il signifie « secours » (*subsidium*) au sens militaire, c'est-à-dire qu'il désigne les troupes de réserve qui ne sont pas sur le champ de bataille en temps ordinaires. Sans entrer dans le débat

---

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 535.

<sup>80</sup> Cour EDH, GC, 5 juin 2015, *Lambert et autres c. France*, req. n° 46043/14, et Comité des droits des personnes handicapées des Nations Unies, décision du 2 juillet 2019.

<sup>81</sup> Cour EDH, GC, 21 novembre 2019, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, req. n° 47287/15, et CJUE, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, arrêt du 14 mai 2020, C-924/19, ECLI:EU:C:2020:367. Voir, concernant ces arrêts, C. Giannopoulos, « La (re)mise en cause de la présomption du 'pays tiers sûr' et le confinement dans les 'halls d'attente' (obs. sous Cour EDH, GC, *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, 21 novembre 2019, n°45287/15) », *Europe des droits & libertés/Europe of Rights & Liberties*, mars 2020/1, pp. 176-184, et A. Angelaki, « La privation de liberté dans les zones de transit à la frontière serbo-hongroise et l'office du juge national (obs. sous l'arrêt CJUE, GC, 14 mai 2020, FMS, FNZ, SA, SA junior, aff. jtes C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367) », *Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*, septembre 2020/2, pp. 310-320.

<sup>82</sup> Cour EDH, GC, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, req. n° 45036/98, et CEDS, *Confédération Générale du Travail (CGT) c. France*, récl. n°55/2009, décision sur le bien-fondé du 23 juin 2010.

<sup>83</sup> F. Krenc, « 'Dire le droit', 'Rendre la justice'. Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2018, 114, p. 321 et suiv.

<sup>84</sup> J. Imbert, « Favor libertatis », *Revue historique de droit français et étranger*, 1949, Quatrième série, vol. 26, pp. 274-279.

<sup>85</sup> Il s'exprime, notamment, par l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes avant la saisine de la Cour de Strasbourg prévue par l'article 35 § 1 de la Convention. La Cour européenne considère en principe que « il appartient en premier lieu aux autorités nationales de redresser une violation alléguée de la Convention » ; voir, par exemple, Cour EDH, GC, 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, req. n° 22978/05, § 115.

<sup>86</sup> Pour le détail de l'histoire, voir E. Kirchner, in P.B. Clarke, J. Foweraker (eds.), *Encyclopedia of Democratic Thought*, New York : Routledge, 2001, pp. 688-691.

<sup>87</sup> Compendium de la doctrine sociale de l'Eglise, Conseil Pontifical Justice et Paix, Paris, 2005, p. 103.

de l'utilisation faite par ce principe par les différents Pontificats, il est néanmoins intéressant de relever que la subsidiarité est alors appréhendée comme « un principe de réflexion, un critère de jugement et une orientation pour l'action »<sup>88</sup>.

Un critère de jugement : voilà ce qu'est le principe de subsidiarité pour la Cour européenne. Voici ce qu'il doit être. C'est ce que nous indique la règle de l'épuisement des voies de recours internes : la Cour européenne est placée en réserve de la bataille, en cas de défaillance, ce qui signifie que son intervention ne peut intervenir qu'après celle des juridictions nationales. Dans cette perspective, le Protocole n° 15 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2021 ne fait que mettre par écrit un principe sous-entendu par le texte initial et appliqué depuis le début. Entendu de la sorte, le principe de subsidiarité établit donc une responsabilité de l'État liée à la souveraineté : le juge national est le premier juge des droits, conformément à l'article 1<sup>er</sup> de la Convention ; le juge international n'intervient que lorsque le juge interne a fini de faire son travail ou lorsqu'il n'a pas pu le faire, conformément à l'article 35 de la Convention. C'est, en somme, un principe d'organisation des contrôles duquel découle l'importance de l'article 13 de la Convention qui garantit le droit à un recours effectif<sup>89</sup>.

Or, depuis plusieurs années, un glissement s'opère dans la perspective à travers laquelle le principe de subsidiarité est présenté. L'on se détache de la perspective procédurale du texte pour déplacer le principe sur le terrain substantiel. L'idée n'est alors plus, pour la Cour, d'intervenir en réserve, comme filet de sécurité, mais de faire preuve d'une certaine retenue pour ne pas se mêler de trop près des affaires des États. Entendu de la sorte, le principe de subsidiarité vise à limiter son contrôle dans sa substance même et est détaché de l'aspect procédural. Cette dynamique est claire, notamment, lorsque la Cour est accusée de porter atteinte à la souveraineté des États et/ou de bafouer les principes de la démocratie<sup>90</sup>. La subsidiarité se confond alors dans le discours avec la doctrine de la marge nationale d'appréciation<sup>91</sup> qui consiste à laisser aux États une certaine latitude dans la mise en œuvre de certaines obligations conventionnelles. Si cette notion est en réalité éminemment « casuistique, complexe et largement imprévisible »<sup>92</sup>, elle ne porte pas – du moins dans sa théorie – des aménagements des obligations auxquelles les États ont souscrit : cette latitude, cette tolérance, porte sur le choix des moyens pour les mettre en œuvre<sup>93</sup> et ne concerne que la proportionnalité de la restriction au droit. Elle ne devrait donc concerner ni les obligations des États ni le contrôle opéré, sur elles, par la Cour. Or la critique de la Cour prend appui sur ces

---

<sup>88</sup> Jean-Paul II, *Sollicitudo Rei Socialis*, Encyclique 30 décembre 1987.

<sup>89</sup> R. Spano, *op. cit.*, p. 477.

<sup>90</sup> H. Fulchiron, « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protection des droits et libertés fondamentaux ? Libre propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, *op. cit.*, p. 245.

<sup>91</sup> Ce que vient confirmer le Protocole n° 15. Voir sur ce point, F. Sudre, « L'entrée en vigueur du Protocole n°15, une mesure de « freinage » de la Convention EDH », *JCP G*, 21 juin 2021, n° 25, p. 11778. Le Prof. Sudre explique que le champ d'application de la marge nationale d'appréciation et celui de la subsidiarité ne sont pas identiques.

<sup>92</sup> S. Greer, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe, 2000, pp. 5-6.

<sup>93</sup> D. Spielmann, « En jouant sur les marges. La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale : abandon ou subsidiarité du contrôle européen ? », Institut grand-ducal, Actes de la Section des Sciences morales et politiques, vol. XIII, Luxembourg, 2010, p. 205. Voir aussi A. Kovler, « La Cour européenne des droits de l'Homme face à la souveraineté de l'État », *L'Europe en formation*, n° 368, p. 210.

notions pour demander, en réalité, une limitation du contrôle substantiel sur les obligations des États parties alors même que « la subsidiarité judiciaire diffère de la subsidiarité législative ou administrative »<sup>94</sup>.

Le Protocole n° 15 est, en réalité, le fruit de cette idée : par « raisonnement tortueux »<sup>95</sup>, il mêle constamment principe de subsidiarité et marge nationale d'appréciation en ajoutant un considérant au Préambule de la Convention confirmant le lien entre les deux notions<sup>96</sup>. La difficulté réside dans le fait que là où le principe de subsidiarité judiciaire appuie sur la complémentarité entre les systèmes<sup>97</sup> et une responsabilité partagée<sup>98</sup>, le principe de subsidiarité législative ou administrative exclut la Cour européenne des affaires étatiques.

Or la marge d'appréciation ne devrait pas être une préoccupation étatique<sup>99</sup>, conduisant peut-être à adapter les interprétations et pratiques en fonction du degré de contrôle appliqué par la Cour. Le juge européen doit, certes, faire preuve d'une certaine modestie<sup>100</sup>, mais il doit assumer la tâche qui est la sienne : contrôler. L'article 19 de la CEDH existe toujours et constitue le fondement du système européen : il confie à la Cour le contrôle du respect par les États des engagements qui résultent de la CEDH.

### L'auto-restriction de la Cour

Ce glissement de perspective est encore plus frappant lorsque c'est la Cour européenne elle-même qui l'opère, succombant à une logique d'auto-restriction. En effet, au cours des dernières décennies, certains arrêts peuvent être lus comme une limitation de son contrôle<sup>101</sup>.

La doctrine de la marge nationale d'appréciation interroge quand elle conduit la Cour à « relâcher son contrôle et à se montrer très attentive aux intérêts étatiques »<sup>102</sup>. Quand elle est accompagnée d'une décision empêchant tout recours ultérieur, cette marge

---

<sup>94</sup> S. Cassese, in Dialogue entre juges. “Subsidiarité : une médaille à deux faces?”, Conseil de l'Europe, 2015, p. 15.

<sup>95</sup> S. Cassese, *op. cit.*, p.13.

<sup>96</sup> « Il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme [...] ».

<sup>97</sup> P. Lemmens, in Dialogue entre juges. “Subsidiarité : une médaille à deux faces?”, Conseil de l'Europe, 2015, p. 34.

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 37. Puis, p. 38: « Mais cela signifie-t-il que lorsqu'elles prennent leurs décisions, les autorités administratives doivent constamment s'interroger sur l'étendue que pourrait avoir un éventuel contrôle juridictionnel ultérieur ? Je ne le pense pas. De même, je ne pense pas que les autorités internes, y compris les juridictions internes, doivent se demander quelle marge d'appréciation on leur reconnaîtra si jamais l'affaire aboutit à Strasbourg. C'est une question qui se pose uniquement dans le cadre du contrôle effectué par la Cour européenne, non à un stade antérieur. Au niveau interne, les juridictions doivent se préoccuper de l'interprétation et de l'application correctes de la loi, rien de moins, mais rien de plus ».

<sup>100</sup> P. Lemmens, *The Protection of Human Rights: a Noble Task for Courts*, Valedictory Lecture, Acta Falconis XXVIII, Intersentia, 2020, p. 45.

<sup>101</sup> Pour des développements plus détaillés et des exemples précis, voir F. Krenc, *op. cit.*, p.329 et suiv.

<sup>102</sup> F. Sudre, « L'entrée en vigueur du Protocole n°15... », *op. cit.*, p. 1178. Le Professeur Sudre donne une liste d'arrêts qui illustrent ce point.

résonne comme une fin de non-recevoir<sup>103</sup>. C'est, en particulier, le rôle du consensus européen dans la détermination de cette marge d'appréciation a été pointé du doigt<sup>104</sup> puisque l'on peine souvent à comprendre comment il est déterminé<sup>105</sup> : « [c]ette technique d'herméneutique juridique, qui est l'une des plus prisées par la Cour »<sup>106</sup>, sans que sa définition ne soit toujours très établie<sup>107</sup>, trouve son fondement dans de multiples sources et n'est pas toujours uniforme : son caractère discrétionnaire<sup>108</sup> est dénoncé et les questionnements sur son utilisation se multiplient, ce qui affectent la légitimité de la Cour<sup>109</sup>.

Même en matière procédurale, la restriction du contrôle se fait sentir à travers, notamment, l'équité globale de la procédure<sup>110</sup>. Cette approche laisse perplexe bien des voix qui s'interrogent sur l'effectivité des droits de la défense<sup>111</sup>.

Cette évolution peut apparaître logique et souhaitable, partant de l'idée qu'après 70 ans de pratique de la CEDH, les États membres ont désormais augmenté le niveau de protection des droits inscrits dans ce texte<sup>112</sup>. Elle s'inscrirait alors dans le processus de la procéduralisation de la CEDH déjà évoqué depuis plusieurs années<sup>113</sup> et qui conduit à la logique du « contrôle du contrôle »<sup>114</sup>.

Cet aspect est troublant dans la mesure où les États ont institué eux-mêmes cet organe en lui confiant une mission précise : contrôler. Respecter le rôle primordial du juge

<sup>103</sup> En matière économique surtout : Cour EDH, 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy c. Grèce* (déc.), req. n° 57665/12 et n° 57657/12, ou plus récemment Cour EDH, 4 juillet 2017, *Mockienė c. Lituanie*, req. n° 75916/13. Pour une analyse, M. Thouvenot, « La marge d'appréciation nationale, le faux-fuyant de la Cour face aux questions économiques d'envergure », *JADE*, 2017, n° 7. Voir aussi, E. Brems, « [Zubczewski v Sweden: margin of appreciation as a blank check](#) », 13 avril 2010, *Strasbourg Observers blog* [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>104</sup> L. Burgogue-Larsen, « [Le jeu ambigu du consensus européen dans la détermination de la marge nationale d'appréciation. La vision critique de François Tulkens](#) », 6 septembre 2012, *Strasbourg Observers blog* [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>105</sup> F.J. Doucet, « Les origines et les fondements du recours au consensus européen en droit européen des droits de l'Homme », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 2013, n° 43, pp. 716-717.

<sup>106</sup> F.J. Doucet, *op. cit.*, p. 715.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 716 : l'auteur liste les termes utilisés par la Cour pour définir le consensus.

<sup>108</sup> H. Surrel, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » in M. Levinet (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 66. Voir aussi, F.J. Doucet, *op. cit.*, p. 730.

<sup>109</sup> F. Sudre, « La mystification du "consensus" européen », *La Semaine juridique*, 2015, doct. 1369.

<sup>110</sup> Cour EDH, GC, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgique*, req. n° 71409/10, § 136 et suiv.

<sup>111</sup> L. Milano, « Le critère de "l'équité globale du procès" : un critère régressif », *La Semaine Juridique*, 2019, n° 9, pp. 444-448. C. Serneels, « [Unravelling Salduz and the EU: Grand Chamber judgment of Beuze v. Belgium on the right of access to a lawyer. 11 décembre 2018](#) », Strasbourg observers blog, [dernière consultation le 13 mars 2022]. E. Celiksoy, « Overruling 'the Salduz Doctrine' in *Beuze v Belgium*: The ECtHR's further retreat from the *Salduz* principles on the right to access to lawyer », *New Journal of European Criminal Law*, 2019, vol.10, pp. 342-362.

<sup>112</sup> R. Spano, *op. cit.*, pp. 473-494. Voir en particulier sur ce point pp. 475-478 et p. 492.

<sup>113</sup> F. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck, « L'évolution des droits garantis et l'interprétation jurisprudentielle de la CEDH », E. Dubout, « La procéduralisation des obligations positives relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, numéro 18, pp. 397-426 ; K. Panagoulas, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012, 108 p.; N. Le Bonniec, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme – Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2017, 682 p.

<sup>114</sup> F. Sudre, « L'entrée en vigueur du Protocole n°15... », *op. cit.*, p. 1179.

national au sein du système européen et garantir à l'État celui de premier gardien des droits et libertés conventionnels sur son territoire ne signifie pas, pour autant, renoncer à exercer la mission capitale<sup>115</sup> que la Convention – ratifiée par les États – lui confie.

Cette jurisprudence qui par elle-même amoindrit<sup>116</sup> les droits qu'elle est censée garantir donne un mauvais signal aux États. « A ce petit jeu, la Cour risque d'être son pire ennemi »<sup>117</sup> car, sans attendre que les États s'en chargent, elle affiche « une déviation de la doctrine protectrice de la CEDH »<sup>118</sup>.

La boucle est alors bouclée : le contrôle du juge que l'on souhaite affaiblir s'affaiblit de lui-même.

## **Partie 2 – Le juge, gardien de la bonne foi des Hautes Parties contractantes**

Finalement, toutes les déclinaisons de la mauvaise foi conduisent à un même abîme démocratique : l'oubli des fondements de l'office du juge. Or c'est précisément dans la logique inverse que le souffle du système européen de protection des droits peut être retrouvé : c'est au cœur du travail du juge – national et européen – que se (re)découvre la bonne foi de l'engagement pris en matière de droits humains ; c'est par la « noble tâche »<sup>119</sup> de juger que se réaffirme, dans un État de droit, quotidiennement, le caractère contraignant du droit européen des droits de l'Homme.

Ainsi, il importe d'un côté de réaffirmer le rôle crucial du juge dans la protection des droits fondamentaux et, de l'autre, de s'assurer que celui-ci s'empare de la mission qui lui est confiée : conformément aux principes classiques du droit, le juge ne saurait renoncer à exercer la compétence qui lui est ainsi dévolue au risque de commettre un déni de justice. L'on ne saurait, par ailleurs, l'empêcher d'exercer sa compétence sans porter atteinte aux principes de l'État de droit démocratique.

Tout vide ainsi créé ne tarderait pas à être comblé par d'autres (pouvoirs, organes ou réalités) dont les caractéristiques institutionnelles ne répondent pas aux exigences de la responsabilité de juger (A). Qu'il soit question du juge européen (C) ou national (B), ce n'est qu'à travers lui que l'engagement de l'État en faveur des droits peut être maintenu et mis en œuvre.

### **A. Une responsabilité: juger et frémir<sup>120</sup>**

Le rôle fondamental du juge en matière de protection des droits ne lui est pas dévolu en raison d'une quelconque supériorité qu'il aurait sur les autres pouvoirs mais parce que

<sup>115</sup> F. Krenc, *op. cit.*, p. 315 et suiv.

<sup>116</sup> S. Fucini, « Droit à un avocat durant la garde-à-vue: recul supplémentaire de la CEDH », *Dalloz Actualité*, 22 novembre 2018.

<sup>117</sup> C. Madelaine, « La Cour européenne des droits de l'homme, une 'cour constitutionnelle protectrice des individus'? », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre, op. cit.*, p. 422.

<sup>118</sup> M. Thouvenot, *op. cit.*

<sup>119</sup> P. Lemmens, *The Protection of Human Rights: a Noble Task for Courts, op. cit.*

<sup>120</sup> « Qui peut, sans frémir, juger sur la terre ? », Paul Verlaine, *Via dolorosa*, in *Cellulairement*, 1844-1896.

la particularité de son office le place au cœur du système de protection des droits partout en Europe. En effet, tant l'importance de son intervention pour le justiciable que son rôle essentiel au sein d'une démocratie font du juge l'acteur principal du système européen. Ainsi, personne ne conteste que juger est une charge considérable qui a un impact indélébile tant sur l'humain que sur la démocratie. La profondeur de la mission se place en écho à l'enjeu démocratique qu'elle constitue : juger conserve l'équilibre fragile de la vie en commun.

Du point de vue individuel, le juge est celui qui opère le passage de la théorie à la pratique ; il part de la règle et la plonge dans le flot de la vie<sup>121</sup>. Son office consiste à « trancher, sur la base d'une procédure organisée, un [litige] »<sup>122</sup> : il lui incombe « de prendre, après examen et au terme du procès, une décision fondée en droit »<sup>123</sup>, c'est-à-dire une décision qui s'appuie sur les normes en vigueur. En ce sens, le juge est le « gardien de la Loi »<sup>124</sup> : il doit s'assurer que la règle est respectée et appliquée « de manière impartiale, juste, équitable et efficace »<sup>125</sup>. Ce faisant, il doit nécessairement interpréter le droit, formulé de manière abstraite, afin de l'intégrer à la réalité de la vie. « Loin de n'être que la 'bouche de la loi' comme le disait Montesquieu, [le juge] en est l'interprète »<sup>126</sup> pour donner un sens clair et précis à une disposition qui peut être vague ou obscure<sup>127</sup>. En ce sens, le juge dit le droit quand il l'interprète ; il dit la réalité concrète de la norme abstraite. En somme, il permet à la règle de pleinement exister. À ce titre, il ne peut s'exonérer de sa responsabilité, même face à un cadre d'interprétation lacunaire : juger, c'est donc nécessairement choisir<sup>128</sup>. Le juge ne peut pas laisser un litige, aussi complexe ou délicat soit-il, en suspens : il doit trancher, sous peine de déni de justice<sup>129</sup>. Dès lors, l'office de tout juge est « important, difficile et délicat »<sup>130</sup>. Ce n'est donc pas un hasard si le système européen de protection des droits se fonde sur l'intervention du juge pour faire des droits une réalité individuelle.

<sup>121</sup> Voir sur ce point le Discours préliminaire du projet de Code civil (1801) : « Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges [...] C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. ». « [...] la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ».

<sup>122</sup> Définition donnée par J.-P. Costa, « L'office du juge. En quoi celui du juge de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est-il particulier ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, op. cit., p. 4. La définition est inspirée par l'arrêt Cour EDH, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, req. n° 8790/79, § 36.

<sup>123</sup> J.-P. Costa, op. cit., p. 5.

<sup>124</sup> « [La Belgique, un Etat de droit](#) », *La Libre*, 14 décembre 2020 [dernière consultation le 13 mars 2021].

<sup>125</sup> Discours du Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Robert Spano, « [L'indépendance du pouvoir judiciaire - la pierre angulaire de l'État de droit](#) », prononcé le 3 septembre 2020 à Ankara, disponible sur le site de la Cour EDH [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>126</sup> J.-P. Costa, op. cit., p. 6.

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> Article 4 du Code Napoléon, toujours en vigueur : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi pour déni de justice. »

<sup>130</sup> J.-P. Costa, op. cit., p. 13.

Du point de vue de la société, le juge est le dernier rouage de l'État de droit à travers le jeu de l'équilibre démocratique des pouvoirs. Certes, il reste soumis – c'est heureux – aux principes du droit tels que dictés par le législateur ou l'exécutif. C'est là le fondement même de la séparation des pouvoirs telle qu'envisagée par Montesquieu dans l'*Esprit des lois*<sup>131</sup> : ce principe « est un des piliers de l'État de droit, et une garantie tant de la séparation des pouvoirs que de l'équité du procès et de la sécurité juridique »<sup>132</sup>. La réciproque est cependant tout aussi vraie : s'il rencontre, dans son office, le cadre fixé par les autres pouvoirs, le juge constitue lui-même un cadre pour les deux autres pouvoirs. Ainsi, il ne lui appartient pas de les ménager dans leurs sensibilités ou aspirations ; il lui appartient de tenir son rôle de cadre, de contre-pouvoir. C'est là le rôle vital du juge dans une démocratie : s'assurer que la société mise en place par les deux autres pouvoirs à travers les lois et les actes administratifs respecte l'engagement pris par l'État de respecter les règles suprêmes. Le fait que son intervention doive être déclenchée alors que les deux autres pouvoirs travaillent à leur guise ne doit pas occulter le caractère essentiel de son action : s'il n'y avait pas de juges à Berlin, le meunier de Sans-Souci<sup>133</sup> – chacun d'entre nous – ne pourrait que subir la loi du plus fort. C'est donc logiquement que le système européen de protection des droits fait reposer sur le juge l'impérieuse mission d'ancrer la garantie des droits au sein de l'État de droit démocratique.

Ces deux versants concernent tant le juge national que le juge européen. Tous deux concrétisent les droits et les rendent effectifs grâce à l'action de juger : que cela se fasse en cours de procédure interne ou bien après la saisine européenne n'a pas d'impact sur le rôle du juge en la matière. Tous deux jouent un rôle essentiel dans le renforcement de l'État de droit et son contrôle : que l'un agisse comme un contrôle interne et l'autre comme un contrôle externe n'a pas d'impact sur le rôle du juge en la matière.

Ce sont ces aspects, pourtant existentiels, qui sortent affaiblis d'une application des droits avec mauvaise foi ; ce sont eux qu'il faut rétablir et renforcer.

## **B. Un contrôle interne assumé**

Au cours du XXe siècle, le droit international des droits de l'Homme a acquis, en Europe, une importance croissante et toujours plus affirmée au sein des ordres juridiques nationaux<sup>134</sup>. En vertu de règles constitutionnelles propres à chaque État, les droits fondamentaux consacrés dans plusieurs traités internationaux<sup>135</sup> servent de paramètre au contrôle du juge, qu'il soit de droit commun ou constitutionnel. « Les juges sont ainsi le maillon institutionnel qui empêche l'exécutif ou le législatif de s'asseoir sur une série

---

<sup>131</sup> Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, 1748, Folio essais, édition 1995.

<sup>132</sup> J.-P. Costa, *op. cit.*, p. 7.

<sup>133</sup> F. Andrieu, Le meunier de Sans-Souci, anecdote lue à la séance publique de l'Institut National, le 15 germinal an V (4 avril 1797) : « (...) 'Parbleu, de ton moulin c'est bien être entêté ; Je suis bon de vouloir t'engager à le vendre ! Sais-tu que sans payer je pourrais bien le prendre ? Je suis le maître. — Vous !... de prendre mon moulin ? Oui, si nous n'avions pas des juges à Berlin.' (...) ».

<sup>134</sup> P. Wachsmann, *op. cit.*

<sup>135</sup> Sur le rôle et la place des droits fondamentaux, voir J. Callewaert, "What makes fundamental rights fundamental?", in A. Hoc, S. Wattier et G. Willems (ed.), *Human rights as a basis for reevaluating and reconstructing the law*, Actes de la 4e conférence de l'ACCA tenue à Louvain-la-Neuve le 29 mai 2015, Bruylant.

d'obligations que les États ont eux-mêmes ratifiées »<sup>136</sup>; ils empêchent la mauvaise foi de prospérer. Par ce positionnement, le juge national devient alors le premier juge du respect des droits de l'Homme tels que consacrés par la Convention européenne des droits de l'Homme. Il est le garant de la construction et la préservation d'une société démocratique régie par l'État de droit<sup>137</sup>.

### C. Le juge national, premier juge des droits humains

Dans le système de protection des droits de l'Homme instauré par la Convention, l'État est le premier garant des droits des personnes se trouvant sous sa juridiction<sup>138</sup>. Toutes les composantes de l'État ont l'obligation de respecter les droits garantis, qu'il s'agisse du pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire et, plus largement, de toute personne détentrice de l'autorité publique.

Si les traités internationaux de protection des droits sont signés par l'exécutif et ratifiés par le législatif, le pouvoir judiciaire est le « gardien de leurs promesses »<sup>139</sup> : les juges « rappellent aux États les obligations auxquelles ils ont librement souscrit, et leur responsabilité de travailler pour l'intérêt général. »<sup>140</sup> La promesse<sup>141</sup> est donc celle de l'État envers ses citoyens, celle de protéger leurs droits et de s'assurer de leur effectivité. Cette promesse participe de la stabilité de la démocratie puisqu'elle permet d'obtenir et de pérenniser la confiance des citoyens dans l'État<sup>142</sup>.

Le juge national, en tant que « gardien traditionnel des libertés individuelles »<sup>143</sup>, joue donc un rôle central. C'est dès lors, logiquement, à lui que vont s'adresser les justiciables qui estiment que leur État a failli à son obligation d'assurer le respect de la Convention, à tout le moins lorsqu'un recours effectif existe. D'ailleurs, l'article 35 § 1 de la Convention le leur impose : les voies de recours internes adéquates et effectives doivent, sous peine d'irrecevabilité, avoir été épuisées avant de saisir la Cour européenne d'une requête individuelle. La Cour européenne le rappelle régulièrement : les autorités nationales, parmi lesquelles le juge interne, sont en principe les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et d'y répondre<sup>144</sup>.

---

<sup>136</sup> [Carte blanche: « L'arrêt historique de la Cour suprême des Pays-Bas »](#) Le Soir, 30 décembre 2019 [dernière consultation le 6 février 2021]. Voir, sur ce point, M. FERIA-TINTA, 'Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and other Key Underlying Notions' 2021(1) 3, *Europe of Rights & Liberties/Europe des Droits & Libertés*, pp. 52-71.

<sup>137</sup> Discours du Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Robert Spano, *op. cit.*

<sup>138</sup> L'intitulé de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'Homme l'énonce : « obligation de respecter les droits de l'homme ».

<sup>139</sup> [Carte blanche: « L'arrêt historique de la Cour suprême des Pays-Bas »](#), *Le soir*, 30 décembre 2019 [dernière consultation le 6 février 2021].

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> Le mot « promesse » ne doit pas prêter à confusion: il s'agit bien du sens latin du mot, « faire aller en avant ».

<sup>142</sup> Voir pour un article sur cette notion utilisée par la Cour, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La “confiance du public” dans la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, 2019, p. 11-19.

<sup>143</sup> H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 246.

<sup>144</sup> Voir, parmi beaucoup d'autres exemples, Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97, § 41, Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 36022/97, § 97, et Cour EDH, GC, 1<sup>er</sup> décembre 2020, *Gudmundur Andri Astradsson c. Islande*, req. n° 26374/18, § 243.

Ainsi, l'adhésion d'un État au système conventionnel européen de protection des droits ne le prive d'aucun pouvoir, au contraire : elle confie au juge une responsabilité additionnelle, celle de juge des droits humains tels que définis par la Convention. Ainsi, la subsidiarité<sup>145</sup> va de pair avec la souveraineté de l'État : loin de priver l'État de sa caractéristique suprême, la ratification de la Convention a renforcé son pouvoir en instituant le premier juge des droits de l'Homme au niveau national<sup>146</sup>. L'impression décrite est souvent opposée, sans doute liée au fait que ce n'est ni l'exécutif ni le législatif qui ont reçu cette mission nouvelle mais bien le judiciaire, qu'en France – pour ne citer qu'elle - l'on peine encore à qualifier de « pouvoir »<sup>147</sup>.

### **Le juge national, principal juge des droits humains**

Une fois n'est pas coutume, en la matière, les statistiques sont univoques. Au 1<sup>er</sup> janvier 2020, l'ensemble des pays membres du Conseil de l'Europe comptait environ 837 millions d'habitants. Or, en 2020, le nombre moyen de requêtes attribuées à une formation judiciaire de la Cour européenne des droits de l'Homme est de 0,50 pour 10 000 habitants<sup>148</sup>. Le constat est sans équivoque : la Cour n'est pas le lieu où les droits de l'Homme se jouent au quotidien.

Cela est vrai non seulement eu égard au nombre d'affaires effectivement portées devant le juge européen, mais aussi compte tenu du taux très élevé de requêtes rejetées, soit parce qu'elles ne respectent pas les conditions formelles pour leur introduction<sup>149</sup>, soit parce que les critères de recevabilité<sup>150</sup> n'ont pas été respectés.

De surcroît, le temps de la Cour ne suit pas celui de l'affaire. D'une part, la Cour de Strasbourg n'intervient qu'après l'épuisement des voies de recours internes qui constitue souvent déjà un long chemin. D'autre part, le lourd poids de son arriéré dans le traitement des requêtes<sup>151</sup> aboutit à un résultat peu encourageant pour les requérants : leur affaire ne sera souvent examinée par la Cour que plusieurs années après son

---

<sup>145</sup> Le terme de « subsidiarité » a été inséré dans le préambule de la Convention avec l'entrée en vigueur du Protocole no 15 le 1<sup>er</sup> août 2021.

<sup>146</sup> Voir par exemple M. Guyomar, *Les rapports entre les cours nationales et la Cour européenne des droits de l'Homme*, Recueil Dalloz, 2020, pp. 497 et suiv. ainsi que la Déclaration du 27 mars 2015 qui suivit la Conférence de haut niveau tenue à Bruxelles les 26 et 27 mars 2015 le répète : « La Conférence rappelle la responsabilité première des États parties de garantir l'application et la mise en œuvre effective de la Convention et, à cet égard, réaffirme que les autorités nationales et, en particulier, les juridictions sont les premiers gardiens des droits de l'homme permettant une application pleine, effective et directe de la Convention – à la lumière de la jurisprudence de la Cour – dans leur ordre juridique interne, et ce, dans le respect du principe de subsidiarité. »

<sup>147</sup> D'après l'article 64 de la Constitution française, le judiciaire est qualifié d'autorité et non de pouvoir. Voir sur ce point : O. Beau, « L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la Vème République : un constat critique », *Esprit*, Janvier 2002, n° 281 (1), pp. 108-121 ; M. Robert, « L'autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, juillet 2011, n° 32, pp. 29-43.

<sup>148</sup> [Analyse statistique 2020](#), janvier 2021, p. 12 [dernière consultation le 7 février 2021].

<sup>149</sup> Article 47 du règlement de la Cour.

<sup>150</sup> Les critères de recevabilité sont inscrits aux articles 34 et 35 de la Convention. Pour la jurisprudence abondante de la Cour sur leur interprétation, voir le [Guide pratique sur la recevabilité](#), publié par la Cour sur son site internet.

<sup>151</sup> Au 31 décembre 2020, 23 300 requêtes étaient pendantes devant une chambre de sept juges ou la Grande Chambre, à quoi s'ajoutaient 34 100 requêtes pendantes devant un comité de trois juges. Seules les requêtes qui ne sont pas *prima facie* irrecevables sont en principe attribuées à ces formations judiciaires.

introduction. Les moyens humains et financiers limités de la Cour expliquent en grande partie ces longs délais. Faut-il rappeler, à titre d'exemple, que le budget annuel de la Cour européenne constitue environ un sixième du budget annuel de la Cour de Luxembourg<sup>152</sup>, qui, elle, rend plus de vingt fois moins de décisions que Strasbourg<sup>153</sup> ? Sans parler des moyens alloués à d'autres organes régionaux de protection des droits tels que le Comité européen des droits sociaux.

Ainsi, même si le processus d'Interlaken a permis à la Cour de mener à bien les innovations procédurales et technologiques lui permettant de traiter un nombre tout à fait honorable d'affaires<sup>154</sup>, la réalité matérielle ne peut être tue.

En somme, sans le juge national, le système mis en place par la Convention ne peut pas fonctionner. C'est pourquoi la Cour européenne s'assure, en particulier, que le juge national bénéficie des moyens adéquats pour réaliser son office<sup>155</sup>. L'indépendance et l'impartialité des juges doivent être garanties<sup>156</sup> sans quoi leur office n'offre pas le contre-pouvoir espéré<sup>157</sup>. La qualité et la compétence des magistrats<sup>158</sup> ainsi que l'équité des procédures juridictionnelles doivent être assurées<sup>159</sup>. Il en va de la confiance du public dans le système judiciaire, élément fondamental de l'État de droit<sup>160</sup>. Ce point est apprécié avec attention par la Cour dans le cadre de son contrôle indispensable : plus les caractéristiques sont respectées, plus elle peut se reposer sur le juge national et sa décision. Ainsi, même en présence d'un principe de subsidiarité affirmée, le rôle du juge européen est indispensable dans la garantie de la démocratie.

Cela explique, entre autres facteurs, que, ces dernières années, le contrôle effectué par la Cour se veuille plus procédural, celle-ci vérifiant avant tout que le contrôle de conventionnalité a été effectué par les juridictions internes au regard des critères établis dans la jurisprudence de la Cour européenne et en tenant compte des précédents rendus par cette dernière<sup>161</sup>, ou que les garanties procédurales adéquates et suffisantes soient offertes par le droit interne<sup>162</sup>.

---

<sup>152</sup> Pour 2020, le budget de la Cour de Strasbourg s'élevait à 73 333 300 euros. Celui de la CJUE, à 436 600 000 euros.

<sup>153</sup> CJUE en 2019 : 1739 décisions rendues. CEDH en 2019 : 40 667 décisions judiciaires rendues.

<sup>154</sup> Voir pour le détail sur ce point : L.A. Sicilianos, « La Convention européenne des droits de l'Homme a 70 ans : dynamique d'un instrument international unique », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2020, n° 124, pp. 817-834, spéc. p. 822 ; P. Dourneau-Josette, « Les adaptations procédurales ou l'accélération du traitement des requêtes », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2020, n° 121, pp.121-144.

<sup>155</sup> « [La Belgique, un Etat de droit](#) », *La Libre*, 14 décembre 2020 [dernière consultation le 6 février 2021].

<sup>156</sup> L'indépendance et l'impartialité des juges de la Cour européenne des droits de l'homme sont exigées par l'article 21 § 3 de la Convention. Conformément au § 1 de la même disposition, ils doivent jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires ou être des juristes possédant une compétence notoire.

<sup>157</sup> Voir, notamment, F. Biltgen, « L'indépendance du juge national vue depuis Luxembourg », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2020, n° 123, pp. 551-566.

<sup>158</sup> Discours du Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Robert Spano, *op. cit.*

<sup>159</sup> Article 6 de la Convention EDH.

<sup>160</sup> Cour EDH, 1<sup>er</sup> décembre 2005, *Paduraru c. Roumanie*, req. n° 63252/00, § 98, et Cour EDH, GC, 29 novembre 2016, *Paroisse Gréco-Catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, req. n° 76943/11, § 116.

<sup>161</sup> Voir, par exemple, Cour EDH, GC, 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia c. Finlande*, req. n° 931/13, § 164 *in fine*.

<sup>162</sup> Voir, par exemple, Cour EDH, GC, 9 juillet 2020, *Mugemangango c. Belgique*, req. n° 310/15.

La Cour n'est cependant pas là que pour faire office de filet de sécurité en cas de défaillance du juge national : à elle est confié un rôle premier dans le développement de la société européenne et la détermination de ses valeurs.

### **Un contrôle externe indispensable**

Selon l'article 19 de la Convention, la Cour est instituée afin d'assurer le respect des engagements résultant, pour les États parties, de la Convention et de ses protocoles. C'est à elle qu'il revient d'assurer le respect de la Convention par les États membres du Conseil de l'Europe. Cette mission confiée à la Cour nécessite, comme pour tout juge, d'interpréter le texte fondateur. En effet, le texte de la Convention est très court : il ne comporte que 59 articles, dont seulement 17 brèves dispositions ont trait aux droits et libertés qu'elle renferme. Quelque 14 droits contenus dans les Protocoles additionnels viennent compléter cet arsenal.

La Cour l'a dit très tôt, « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »<sup>163</sup>. Or la Convention a été rédigée il y a plus de 70 ans dans une société différente de la nôtre, notamment en ce qui concerne les intérêts et les préoccupations sociétales et morales. Pour continuer à être le garant du respect de la Convention, la Cour doit donner un sens aux dispositions énonçant les droits et libertés que le texte garantit. Ce faisant, elle précise les obligations de l'État et l'étendue de la protection conventionnelle.

La tâche du juge européen n'est certes pas aisée. « Tel un funambule, il lui faut marcher sur un fil étroit, entre trop de contrôle et une retenue judiciaire excessive ; et cela sans que nul législateur européen ne puisse venir corriger ses excès ou ses défauts, sans que nul 'lit de justice conventionnel' ne vienne renverser ses décisions »<sup>164</sup>. Cette tâche est cependant la sienne et, comme le juge national ne peut renoncer à sa mission, le juge européen est soumis à la même exigence.

Cet aspect est d'autant plus important que la mission du juge européen dépasse le cadre de la requête individuelle. En effet, bien que la lettre de son office soit encadrée par la saisine spécifique et casuistique d'une requête, le sens de sa mission a une résonance tout à fait générale. L'éternelle controverse sur la nature de la Cour européenne<sup>165</sup> ne peut occulter l'apport de la Cour à la construction et stabilisation de la démocratie européenne dans son ensemble. La Cour reste la gardienne de la promesse de l'après-guerre, celle de faire de l'Europe un continent en paix, fondé sur l'État de droit, la démocratie et le respect des droits de l'Homme<sup>166</sup>. L'un des exemples les plus frappants du labeur de la Cour se perçoit dans la défense – progressive – d'un continent européen

---

<sup>163</sup> Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, § 24.

<sup>164</sup> J.-P. Costa, *op. cit.*, p. 14.

<sup>165</sup> S. Greer et L. Wildhaber, "Revisiting the debate about "constitutionalising" the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, 2012, 12, pp. 655-687.

<sup>166</sup> Préambule du Statut du Conseil de l'Europe, *op. cit.*

libéré de la peine de mort<sup>167</sup>. Plus le temps s'écoule, plus ce rôle fondateur de la Cour est essentiel au fur et à mesure que les témoins directs de la Seconde guerre mondiale viennent à disparaître.

Ainsi, le rôle de la Cour ne saurait être limité au contrôle formel du juge national. Sa pleine compétence réside dans la détermination des principes qui doivent régir la société européenne pour garantir sa stabilité, sa prospérité et son humanité<sup>168</sup>. Qu'elle renonce à cette mission et l'Europe – cette « maison commune »<sup>169</sup> - sera privée de sol solide. Voilà tout l'enjeu ; voilà tout le risque.

\* \*

« Notre système des droits n'a pas été pensé seulement pour les temps paisibles »<sup>170</sup>. Aussi, en ces temps troublés que nous traversons, où les menaces réelles ou craintes sont nombreuses<sup>171</sup>, il est vital, pour l'État de droit, que le juge national et le juge européen jouent le rôle qui est le leur dans la garantie du respect des droits fondamentaux. Ils constituent, ensemble, la garantie entière du système européen de protection des droits.

Le Protocole n° 16 à la Convention<sup>172</sup> vient encore appuyer ce rôle : il permet à la Cour de Strasbourg d'agir en amont en empêchant la survenance même d'une éventuelle violation des droits fondamentaux garantis par la Convention ou en permettant au juge de la réparer plus rapidement. Ce mécanisme nouveau, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2018, constitue une nouvelle avancée dans la collaboration directe entre juges.

Ce binôme n'est rendu efficace que par l'appropriation par le juge interne de la Convention et de la jurisprudence de la Cour. Ce faisant, le juge national se replace « au centre du jeu et [instaure] un dialogue d'égal à égal avec le juge européen »<sup>173</sup>, ce qui lui permet de se positionner de manière solide face aux autres pouvoirs de l'État démocratique.

Partant, à l'heure du refus d'exécuter des décisions judiciaires au motif que les juges ne bénéficieraient pas d'une légitimité suffisante, à l'heure du populisme et de la critique du « gouvernement des juges », il revient à ceux qui ont la « noble tâche »<sup>174</sup> de dire le

---

<sup>167</sup> Article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme, adopté le 28 avril 1983, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1985.

<sup>168</sup> C'est de ce rôle particulier que la dimension constitutionnelle de la Cour est souvent déduite : S. Greer, « What's wrong with European Convention on Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2008, Vol. 30, n° 3, pp. 680-702.

<sup>169</sup> M. Gorbatchev, discours prononcé devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 6 juillet 1989.

<sup>170</sup> F. Sureau, *Sans la liberté*, Tracts Gallimard, septembre 2019, n° 8, p. 16.

<sup>171</sup> « Nouvelles menaces contre la primauté du droit dans les États membres du Conseil de l'Europe - exemples sélectionnés », rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 25 septembre 2017, Doc. 14405.

<sup>172</sup> Voir, à ce sujet, F. Benoit-Rohmer, « Le Protocole 16 ou le renouveau de la fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue des droits de l'homme*, 2019, et F. Benoit-Rohmer, « [Du soliloque au dialogue – Le Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l'homme](#) », *Droit de l'Union européenne* [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>173</sup> H. Fulchiron, *op.cit.*, p. 246.

<sup>174</sup> P. Lemmens, *op. cit.*

droit de réinvestir et d'asseoir leur rôle en affirmant sans ambages ce qui est conforme au droit européen des droits de l'Homme et ce qui ne l'est pas, ou plus.

« L'État de droit, dans ses principes et dans ses organes, a été conçu pour que ni les désirs du gouvernement ni les craintes des peuples n'emportent sur leur passage les fondements de l'ordre politique, et d'abord la liberté »<sup>175</sup>. Ainsi « qu'on ne se méprenne pas »<sup>176</sup>, si l'on affirme l'obligation pour l'État de réduire les émissions de CO<sub>2</sub><sup>177</sup> ou de prendre des mesures pour réduire la pollution de l'air<sup>178</sup>, que la surpopulation carcérale constitue un traitement inhumain ou dégradant<sup>179</sup> ou encore que plusieurs aspects de la réforme de la justice en Pologne ne sont pas conformes au droit européen<sup>180</sup>, « ce n'est pas parce que l'émotion le dicte, mais parce que le droit [...] le commande. »<sup>181</sup>. Il est bon que le(s) juge(s) nous le rappelle(nt).

---

<sup>175</sup> F. Sureau, *op. cit.*, p. 6.

<sup>176</sup> Conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire CJUE C-638/16, *X et X c. État belge*, présentées le 7 février 2017, § 175, ECLI:EU:C:2017:93.

<sup>177</sup> Cour suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, 19/00135, *État des Pays-Bas c. Fondation Urgenda*.

<sup>178</sup> Conseil d'État français, 10 juillet 2020, n° 428409.

<sup>179</sup> Voir, parmi d'autres références, Cour EDH, 30 janvier 2021, *J.M.B. et autres c. France*, req. n° 9671/15 et 31 autres.

<sup>180</sup> CJUE, 15 juillet 2021, *Commission c. Pologne*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, Cour EDH, 7 mai 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pologne*, req. n° 4907/18, et Cour EDH, 22 juillet 2021, *Reczkowicz c. Pologne*, req. n° 43447/19.

<sup>181</sup> Conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire CJUE C-638/16, *X et X c. État belge*, présentées le 7 février 2017, § 175, ECLI:EU:C:2017:93.

## Convention européenne des droits de l'homme et contrôle de la loi

Thibaut Larroutourou\*

Tel État « doit réformer sa législation sur la tutelle légale des personnes déficientes mentales »<sup>1</sup> ; tel autre se voit notifier des « modifications législatives requises de toute urgence »<sup>2</sup>... Certains communiqués de presse de la Cour européenne des droits de l'homme publiés dans les dernières semaines de l'année 2021 peuvent semer la confusion : la juridiction strasbourgeoise serait-elle subrepticement devenue un juge de la loi ?

L'étonnement peut provenir du fait que, *prima facie*, du point de vue du droit de la Convention, la loi n'est certainement pas un « acte juridique “comme les autres” »<sup>3</sup>, pour reprendre des termes du professeur Dominique Rousseau. Expression directe du pouvoir législatif, si ce n'est – dans une conception française classique – de la volonté générale, elle occupe malgré la crise qui la caractérise une place particulière dans la hiérarchie interne des normes ainsi que dans la vie politique et démocratique des États. La Cour européenne des droits de l'homme ne nie nullement ces spécificités, ce qui, combiné à sa jurisprudence selon laquelle elle « a pour tâche non pas d'examiner le droit interne dans l'abstrait mais de rechercher si la manière dont ce droit a été appliqué au requérant ou l'a touché a emporté violation de la Convention »<sup>4</sup>, conduit à une position de principe *a priori* très claire s'agissant du contrôle de la loi. D'une part, le juge strasbourgeois affirme régulièrement, selon une formule qui frappe par sa généralité, que « sa tâche ne consiste point à contrôler *in abstracto* la loi applicable en l'espèce au regard de la Convention, mais à rechercher si la manière dont elle a été appliquée au requérant ou a touché celui-ci a enfreint la Convention »<sup>5</sup>. D'autre part, aucune disposition de cette dernière n'impose aux juridictions nationales, dans leur office de juge de droit commun du droit européen, de procéder elles-mêmes à un contrôle de la loi<sup>6</sup>, pas plus d'ailleurs

\* Enseignant-chercheur à l'Université Grenoble Alpes, Centre de recherches juridiques (CRJ EA 1965), ancien référendaire à la Cour européenne des droits de l'homme. Les opinions exprimées n'engagent que leur auteur.

<sup>1</sup> Communiqué Cour EDH 342 (2021) du 16 novembre 2021.

<sup>2</sup> Communiqué Cour EDH 389 (2021) du 14 décembre 2021.

<sup>3</sup> D. Rousseau, « Faut-il une Cour constitutionnelle pour contrôler la constitutionnalité des lois ? », in *Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean GICQUEL*, Montchrestien/Lextenso, 2008, p. 468.

<sup>4</sup> Voir, parmi de nombreux exemples : Cour EDH, GC, 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, req. n° 43494/09.

<sup>5</sup> Cour EDH, Plén., 24 mars 1988, *Olsson c. Suède (n° 1)*, req. n° 10465/83, § 54 ; Cour EDH, 26 juin 2018, *S.C. Scut S.A. c. Roumanie*, req. n° 43733/10, § 34. La Cour avait affirmé dès 1962 qu'elle n'était « point appelée [...] à statuer sur un problème abstrait touchant la compatibilité de [la loi litigieuse] avec les dispositions de la Convention, mais sur le cas concret de l'application d'une telle loi à l'égard du requérant » (Cour EDH, 27 mars 1962, *De Becker c. Belgique*, req. n° 214/56, § 14).

<sup>6</sup> Dans l'affaire *James et autres c. Royaume-Uni*, la Cour a en effet précisé que « l'article 13 ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer, devant une autorité nationale, les lois d'un État contractant comme contraires en tant que telles à la Convention ou à des normes juridiques nationales équivalentes » (Cour EDH, Plén., 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 8793/79, § 85). Cette affirmation de principe, régulièrement répétée depuis (voir par exemple : Cour EDH, GC, 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*,

qu'à un contrôle de son application lorsque l'autorité exécutante ne dispose d'aucune marge de manœuvre<sup>7</sup>. La Cour exprime ainsi sa pleine conscience de la diversité des systèmes constitutionnels européens en la matière, qui l'empêche résolument d'imposer la mise en place d'un contrôle juridictionnel de la loi ou de son application « automatique » dans les États qui n'ont jamais intégré cet élément dans leur culture juridique. Dès lors, les juridictions nationales européennes compétentes en matière de contrôle de la loi par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme ne tirent pas leur pouvoir d'une obligation internationale en la matière.

Le mécanisme régional européen de protection des droits et libertés présente là l'une de ses plus remarquables singularités par rapport à son équivalent sud-américain. En effet, ainsi que le souligne la professeure Laurence Burgogues-Larsen, la Cour interaméricaine a adopté à partir de 2006 « une construction jurisprudentielle délibérée et argumentée [...] enjoignant aux juges nationaux, mais également à toute autorité nationale, de mettre en œuvre *sponte sua* un contrôle de conventionnalité »<sup>8</sup>. Par contraste, la Cour européenne des droits de l'homme brille sur ce point par sa discrétion. En outre, la Cour interaméricaine se voit reconnaître, par la Convention qui l'a instituée, une compétence explicite en matière de contrôle de conventionnalité des lois dans le cadre de sa compétence consultative<sup>9</sup>. Les différences paraissent également marquées, sur ce terrain, entre droit de l'Union européenne et droit de la Convention européenne des droits de l'homme. D'un côté, la Cour de justice de l'Union européenne a affirmé de longue date les principes de primauté et d'effet direct, qui emportent la compétence des juges ordinaires nationaux pour laisser inappliquée toute norme interne qui ferait obstacle à l'application du droit de l'Union – y compris, bien évidemment, les lois<sup>10</sup>. De l'autre, si cette même Cour affirme avec constance son incompetence pour se prononcer sur la compatibilité entre une loi interne et le droit de l'Union européenne, il lui revient en revanche de « fournir à la juridiction de renvoi tous les éléments d'interprétation relevant de ce dernier droit qui peuvent permettre à celle-ci d'apprécier une telle conformité pour le jugement de l'affaire dont elle est saisie »<sup>11</sup>. Dans ce cadre, la Cour de Luxembourg n'hésite pas à se prononcer apparemment dans l'abstrait sur « une législation nationale » identique en tous points à celle applicable dans l'État dont émane

---

req. nos 29381/09 et 32684/09, § 94), exclut l'existence d'une exigence conventionnelle d'instauration d'un contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité des lois au sein des États parties à la Convention.

<sup>7</sup> Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, la Cour a opposé aux requérants sa jurisprudence constante en matière d'article 13 et de contrôle de la loi, alors même que ceux-ci alléguaient une violation de la Convention causée non pas par une loi en tant que norme générale et abstraite, mais par une décision administrative individuelle adoptée par un *Electoral Registration Officer* sur le fondement d'une loi qui ne lui laissait aucune marge de manœuvre (Cour EDH, 23 novembre 2010, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, req. nos 60041/08 et 60054/08, §§ 90-92). La loi fait en quelque sorte écran, en l'espèce, entre l'absence de recours effectif ouvert contre la décision individuelle prise sur son fondement, d'une part, et l'article 13 de la Convention, d'autre part.

<sup>8</sup> L. Burgogues-Larsen, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme* in context, Pedone, 2020, pp. 391-392.

<sup>9</sup> Voir l'article 64, § 2, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Sur la demande de tout État membre de l'Organisation, la Cour pourra émettre un avis sur la compatibilité de l'une quelconque des lois dudit État avec les instruments internationaux précités » [la présente Convention ou [...] tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les États américains].

<sup>10</sup> Voir, parmi une jurisprudence abondante : CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, affaire 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

<sup>11</sup> Parmi une jurisprudence abondante, voir : CJUE, GC, 20 avril 2021, *Repubblika c. Il-Prim Ministru*, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, § 30.

la question préjudicielle et à adopter des conclusions tranchées sur sa compatibilité avec le droit européen<sup>12</sup>. Dès lors, comme le relève le professeur Philippe Jamin, le renvoi préjudiciel « sert en fait souvent à donner à la Cour l'occasion de se prononcer sur la compatibilité d'une disposition du droit national avec le droit communautaire »<sup>13</sup>. Le droit de l'Union européenne paraît donc, à première vue, entretenir des liens plus étroits avec le contrôle de la loi que ne le fait le droit de la Convention européenne, que ce soit au niveau interne ou au niveau international.

Pourtant, par-delà les affirmations solennelles de la Cour européenne des droits de l'homme sur son refus de contrôler la loi ou d'imposer à une quelconque juridiction interne de le faire, la réalité jurisprudentielle laisse apparaître une montée en puissance du contrôle des normes législatives sur le fondement de la Convention, aussi bien sur le plan européen que sur le plan interne. Si plusieurs travaux ont été consacrés au contrôle de la loi en application du droit de la Convention, qu'il soit exercé par son interprète authentique<sup>14</sup> ou par ses juges de droit commun<sup>15</sup>, de nombreux mouvements récents invitent à poser un nouveau regard sur le sujet. D'un point de vue substantiel, tout d'abord, il apparaît que le contrôle de la Cour est l'objet d'une phase progressive mais continue d'objectivisation : « traditionnellement juge des droits, la Cour manifeste une propension accrue à se comporter comme juge du droit »<sup>16</sup>. Une telle dynamique favorise le contrôle de normes générales et abstraites, dont la loi constitue l'archétype. Par ailleurs, une tendance de plus en plus poussée à l'appropriation du contrôle de conventionnalité<sup>17</sup> par les juridictions nationales renouvelle également le poids de la Convention européenne dans le contrôle des normes législatives. D'un point de vue institutionnel, ensuite, l'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention, qui met en place un mécanisme de dialogue entre Hautes juridictions nationales et Cour européenne des droits de l'homme, semble susceptible d'attirer cette dernière vers le champ du contrôle de la loi interne. D'un point de vue plus politique, enfin, il paraît que les modifications apportées dans les dernières décennies à l'équilibre entre pouvoir juridictionnel et pouvoir législatif – le contrôle de conventionnalité de la loi en est une manifestation éclatante – sont de plus en plus critiquées par une partie de la doctrine et du monde politique<sup>18</sup>, ce à quoi le juge ne peut qu'être attentif. Ces différents processus soumettent la Convention à des courants en cisaille, souvent synonymes de turbulences.

<sup>12</sup> Voir, pour un exemple topique d'une telle pratique : CJUE, GC, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363.

<sup>13</sup> P. Jamin, « Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises », *Pouvoirs*, 2001, n° 96, p. 63.

<sup>14</sup> Voir notamment : J. Matringe, « Le contrôle de la licéité internationale de la loi nationale par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 2, Bruylant, 2004, pp. 1225 s.

<sup>15</sup> Voir, parmi d'autres : X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2015, chron. n° 8.

<sup>16</sup> M. Afroukh, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2015, n° 5, p. 1361.

<sup>17</sup> Au sein du présent article, cette expression sera entendue limitativement comme un contrôle de la loi au regard de la seule Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>18</sup> S'agissant par exemple de la France, la récente tenue d'un colloque consacré au gouvernement des juges (« Contre le gouvernement des juges ? », colloque organisé les 16 et 17 décembre 2021 à l'Université de Paris) et les travaux en cours de la mission d'information du Sénat sur la judiciarisation de la vie publique illustrent le phénomène. Pour une analyse critique du discours sur le gouvernement des juges : W. Mastor, « Énième retour sur la critique du "gouvernement des juges". Pour en finir avec le mythe », *Pouvoirs*, 2021, n° 178, pp. 37 s.

Pour y faire face, la Cour européenne des droits de l'homme devrait-elle faire évoluer sa doctrine en matière de contrôle de conventionnalité de la loi ? Il sera soutenu que, loin des affirmations gravées dans le marbre pour lesquelles ont opté d'autres juridictions internationales, la Cour a pour l'heure tout à fait raison de favoriser des matériaux plus légers s'agissant de sa construction jurisprudentielle en la matière, à la fois parce que le contrôle de la loi au regard de la Convention par le juge national a probablement atteint un plafond de verre (**Partie I**) et parce que ce même contrôle par ses soins s'apparente nécessairement à une cathédrale de cristal (**Partie II**).

## **Partie I – Le contrôle de conventionnalité de la loi par le juge national, ou le plafond de verre**

Ainsi que le souligne le président Guy Canivet, « les juges de Strasbourg, à la différence de ceux de Luxembourg, [n'ont] développé aucune doctrine sur l'applicabilité directe ou la primauté du droit européen des droits de l'homme »<sup>19</sup>. Le contrôle de conventionnalité de la loi par les juridictions nationales ne trouve dès lors aucun soutien direct dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pourtant, il est possible d'affirmer qu'un tel état de fait n'a guère de conséquences sur l'effectivité de la protection des droits et libertés en Europe : malgré l'absence de théorie strasbourgeoise en matière de contrôle de la loi, son contrôle *in abstracto* est une compétence largement partagée par les juridictions européennes (A). Par ailleurs, la récente percée du contrôle *in concreto* de l'application de la loi, qui a été en France à l'origine d'innombrables débats doctrinaux, tient du trompe-l'œil si elle est mise en perspective à l'échelle du continent (B) : loin d'être aussi révolutionnaire qu'il n'y paraît, elle n'appelle aucune réaction substantielle de la part du juge strasbourgeois.

### **A. Une compétence de contrôle abstrait de la loi largement partagée**

En dépit du silence conservé par la Cour de Strasbourg quant à une éventuelle obligation d'instituer, au niveau national, un mécanisme de contrôle juridictionnel de la loi laissant une plus ou moins grande place à la Convention, cette dernière joue à l'échelle européenne un rôle de premier plan dans ce domaine.

C'est avant tout par l'action des Cours constitutionnelles qu'elle est mobilisée dans le cadre du contrôle des normes législatives. En effet, ainsi que le professeur David Szymczak l'a mis en lumière<sup>20</sup>, la Convention européenne est très largement sollicitée par ces juridictions. Il est frappant de constater à quel point, du fait de l'absence de cadre européen, la diversité des systèmes juridiques s'exprime en l'occurrence. Ainsi, un grand nombre de juridictions constitutionnelles européennes ont pour compétence d'exercer un contrôle *formel* de conformité de la loi à la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire un contrôle « direct », qui n'est exercé par le truchement

---

<sup>19</sup> G. Cavinet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la “bénévolence” des juges », *RSC*, 2005, n° 4, p. 802.

<sup>20</sup> D. Szymczak, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruylant, 2006.

d'aucune norme constitutionnelle. Il apparaît que ces États sont principalement situés en Europe de l'Est : c'est par exemple le cas de l'Albanie<sup>21</sup>, de la Bosnie-Herzégovine<sup>22</sup>, de la Bulgarie<sup>23</sup>, de la Hongrie<sup>24</sup>, du Monténégro<sup>25</sup> ou encore de la Pologne<sup>26</sup> et de la Serbie<sup>27</sup>. Toutes ces cours constitutionnelles ont une habilitation expresse à exercer ce contrôle, à quelques rares exceptions près<sup>28</sup>, ce qui dénote un attachement particulier d'un grand nombre de constituants à la Convention européenne des droits de l'homme en tant que norme de référence d'un contrôle de la loi. Par ailleurs, l'immense majorité des juridictions constitutionnelles qui n'ont pas de compétence en matière de contrôle *formel* de conventionnalité utilisent le droit de la Convention à un autre titre, soit en lui reconnaissant une valeur constitutionnelle<sup>29</sup>, soit en lisant explicitement leur Constitution nationale à la lumière du droit européen des droits de l'homme, que ce soit de leur propre initiative<sup>30</sup> ou à l'invitation de clauses d'interprétation conforme<sup>31</sup>. Il n'y a guère que le Conseil constitutionnel français qui se refuse à éclairer sa lecture des normes constitutionnelles par des références à la Convention – du moins de manière explicite<sup>32</sup>.

L'action des juridictions ordinaires s'agissant du contrôle abstrait de conventionnalité des lois, bien qu'elle soit tout sauf négligeable, est plus discrète, du moins lorsqu'il s'agit

<sup>21</sup> Article 131, a, de la Constitution albanaise du 28 novembre 1998.

<sup>22</sup> Article VI, § 3 c, de la Constitution de Bosnie-Herzégovine du 14 décembre 1995.

<sup>23</sup> Article 149 § 4 de la Constitution bulgare du 12 juillet 1991.

<sup>24</sup> Article 24, § 2 f, de la Loi fondamentale hongroise du 25 avril 2011.

<sup>25</sup> Article 149, § 1, de la Constitution monténégrine du 19 octobre 2007.

<sup>26</sup> Article 188, § 3, de la Constitution polonaise du 2 avril 1997.

<sup>27</sup> Article 167, § 1, de la Constitution serbe du 30 septembre 2006.

<sup>28</sup> À l'instar de la Croatie, où la Cour constitutionnelle affirme que les droits garantis par la Convention et ses protocoles doivent être considérés comme des droits constitutionnels ayant la même valeur normative que ceux protégés par la Constitution (voir notamment : décisions U-I-892/1994 du 14 novembre 1994 et U-I-130/1995 du 20 février 1995).

<sup>29</sup> Les cours constitutionnelles autrichienne et tchèque exercent par exemple un contrôle de constitutionnalité des lois fondé notamment sur la Convention européenne des droits de l'homme, qui possède valeur constitutionnelle.

<sup>30</sup> La Cour constitutionnelle belge affirme de jurisprudence constante que « lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à celle d'une des dispositions constitutionnelles dont le contrôle relève de la compétence de la Cour et dont la violation est alléguée, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles concernées. Il s'ensuit que, dans le contrôle qu'elle exerce au regard de ces dispositions constitutionnelles, la Cour tient compte de dispositions du droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues ». Voir, parmi de nombreux exemples : CC belge, 5 mai 2009, n° 76/2009, point B.4.3. De même, la Cour constitutionnelle andorrane, sans adopter un véritable contrôle de conventionnalité, affirme que « lorsque les principes ou règles issus de la Constitution d'Andorre [sont] similaires ou proches de ceux de ladite Convention, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut être utilisée pour une meilleure interprétation des dispositions andorranes » (nous traduisons). Voir, notamment : CC andorrane, 7 septembre 2010, n°s 147-2010, 148-2010, 149-2010 et 150-2010.

<sup>31</sup> Voir par exemple, s'agissant de l'Espagne, l'article 10, § 2, de la Constitution du 27 décembre 1978, selon lequel « les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne » (version française disponible dans la base de données CODICES). Voir également, s'agissant de la Roumanie, l'article 20, § 1, de la Constitution du 21 novembre 1991 consacré aux traités internationaux portant sur les droits de l'homme, qui dispose que « les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés des citoyens seront interprétées et appliquées en concordance avec la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, avec les pactes et les autres traités auxquels la Roumanie est partie ».

<sup>32</sup> Il s'agit du fameux « dialogue sans parole », selon l'expression d'Olivier Dutheillet de Lamothe (O. Dutheillet de Lamothe, « Conseil constitutionnel et cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles », *in Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, pp. 403 s.).

de faire plus qu'interpréter les dispositions législatives litigieuses à la lumière du droit de la Convention. Une poignée de juridictions nationales seulement acceptent en effet d'écarter l'application de la loi contraire à cette dernière, principalement dans des États où l'essor de la justice constitutionnelle s'est fait attendre, comme en France<sup>33</sup>, en Belgique<sup>34</sup> et au Luxembourg<sup>35</sup>.

Somme toute, seuls les États dont la tradition juridique ne s'est jamais accommodée d'un contrôle juridictionnel de la loi, quel qu'il soit, ignorent totalement la Convention comme instrument permettant au juge de contraindre le législateur au respect des droits et libertés.

Dans une telle configuration, y aurait-il un intérêt à ce que la Cour européenne des droits de l'homme s'inspire de son homologue interaméricaine pour dégager une véritable théorie du contrôle de conventionnalité, notamment de la loi ? Il est permis d'en douter. De deux choses l'une en effet. Soit une hypothétique théorie du contrôle de conventionnalité ne viserait que les juridictions qui disposent d'ores-et-déjà d'un titre de compétence pour contrôler le respect par la loi des droits et libertés fondamentaux, et ne viserait dès lors qu'à superposer un contrôle *formel* de conventionnalité à un contrôle de constitutionnalité préexistant. Dans un tel cas de figure, le gain espéré ne serait guère évident à percevoir, rien n'indiquant qu'un contrôle de constitutionnalité de la loi exercé à la lumière du droit conventionnel soit moins efficace par principe qu'un « pur » contrôle de conventionnalité. Soit, seconde hypothèse, la Cour chercherait à imposer un contrôle juridictionnel de la loi à toute juridiction nationale, quelle qu'elle soit, mais cela s'apparenterait vraisemblablement à un coup d'épée dans l'eau. D'une part, en effet, il est peu probable que les juridictions qui n'exercent à l'heure actuelle aucun contrôle de la loi en dehors du droit de l'Union acceptent une telle compétence sur le seul fondement d'une jurisprudence de la Cour de Strasbourg – sans compter les virulentes réactions qu'une telle jurisprudence occasionnerait sans doute au sein de la classe politique. L'exception qu'instaure dans ces États le droit de l'Union européenne est vraisemblablement appelée à en rester une<sup>36</sup>, faute de culture du contrôle juridictionnel en dehors du projet d'intégration mis en place par le traité de Lisbonne. D'autre part, il s'avère que la plupart des États qui ne connaissent pas de contrôle juridictionnel de la loi – à l'instar des pays nordiques et du Royaume-Uni – figurent parmi les meilleurs élèves s'agissant des violations de la Convention constatées par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>37</sup>, de sorte que l'incidence attendue en termes de prévention d'atteintes à des droits et libertés serait minime.

---

<sup>33</sup> Cass., chambre mixte, arrêt *Société cafés Jacques Vabre*, 24 mai 1975, n° 73-13556 ; CE, Ass., décision *Nicolo*, 20 octobre 1989, n° 108243.

<sup>34</sup> Cass. belge, 1<sup>ère</sup> Chambre, arrêt *Fromagerie franco-suisse Le Ski c. État belge*, 27 mai 1971.

<sup>35</sup> Cass. luxembourgeoise, 8 juin 1950, *Pasicrisie luxembourgeoise*, tome 15, p. 41 ; CE luxembourgeois, 28 juillet 1951, *Pasicrisie luxembourgeoise*, tome 15, p. 263.

<sup>36</sup> Sur les spécificités du contrôle de la loi par rapport au droit de l'Union, voir notamment : S. Platon, « La singularité du droit de l'Union européenne dans le contrôle de conventionnalité des lois », *AJDA*, 2019, n° 36, pp. 2111 s.

<sup>37</sup> Voir, notamment, les statistiques relatives aux violations de la Convention par article et par États disponibles sur le site internet de la Cour.

L'instauration d'une doctrine du contrôle interne de la conventionnalité abstraite des lois paraît ainsi au mieux insusceptible de déployer de réels effets vertueux, au pire totalement irréaliste eu égard à la mosaïque juridique prévalant sur le vieux Continent. Les faiblesses qui caractérisent actuellement le droit de la Convention ne tenant nullement à un manque d'options internes en termes de contrôle abstrait de la loi, il n'y a sans doute pas là matière à regret.

## **B. La percée en trompe-l'œil du contrôle concret de l'application de la loi**

La dernière décennie a été le terrain, en France, de l'émergence de ce qui a pu être qualifié de contrôle de conventionnalité *in concreto* de la loi, qu'il serait sans doute plus juste de dénommer contrôle de conventionnalité *in concreto* de l'application de la loi. Deux affaires bien connues des juristes français sont particulièrement symboliques.

La Cour de cassation a, la première, mis en œuvre ce contrôle *in concreto* des conséquences de l'application d'une loi ne laissant *a priori* aucune marge de manœuvre aux autorités chargées d'en assurer l'exécution. Dans un arrêt du 4 décembre 2013<sup>38</sup>, mettant en jeu l'article 161 du code civil aux termes duquel « en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne », la première chambre civile de la Haute juridiction judiciaire cassa un arrêt de cour d'appel ayant fait application de ces dispositions. La conventionnalité abstraite de celles-ci n'était nullement en cause, mais la Cour de cassation souligna que le prononcé de la nullité d'un mariage entre un beau-père et sa belle-fille revêtait pour cette dernière le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de la vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans.

De manière encore plus claire, le Conseil d'État procéda le 31 mai 2016 à un contrôle *in concreto* de l'application d'une loi prohibant strictement l'exportation de gamètes d'un conjoint décédé aux fins d'insémination artificielle<sup>39</sup>. Après avoir conclu à la conventionnalité abstraite des dispositions législatives litigieuses, le juge du Palais-Royal affirma que leur application dans les circonstances très particulières de l'espèce conduirait à une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ce contrôle concret de l'application de la loi, exercé malgré la conventionnalité de cette dernière, a été perçu en France comme une petite révolution, comme une « seconde naissance de la jurisprudence *Jacques Vabre-Nicolo* »<sup>40</sup> qui avait vu les juges ordinaires se reconnaître compétents pour écarter l'application d'une loi afin de faire primer le droit international sur le fondement de l'article 55 de la Constitution française<sup>41</sup>. Les

---

<sup>38</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 4 décembre 2013, n° 12-26066.

<sup>39</sup> CE, Ass., décision *Mme Gonzalez- Gomez*, 31 mai 2016, n° 396848.

<sup>40</sup> J. Bonnet, P.-Y. Gahdoun, D. Rousseau, Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2016, *RDP*, 2017, n° 1, p. 185.

<sup>41</sup> Cet article dispose que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

réactions doctrinales ont été particulièrement vives face à l'émergence d'une nouvelle figure de la soumission de la loi au droit international en général, et au droit de la Convention en particulier<sup>42</sup>.

Là encore, il est possible de se demander si une intervention claire de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait s'avérer utile, sous la forme d'un revirement de sa jurisprudence qui, à l'heure actuelle, interprète l'article 13 de la Convention comme n'imposant pas un contrôle juridictionnel de l'application de la loi commandant une solution donnée aux autorités d'exécution.

Toutefois, de nouveau, il paraît loisible de répondre par la négative et de favoriser le *statu quo*. S'il est une fois encore possible d'avancer l'idée selon laquelle un tel revirement se heurterait sans doute à un refus de certaines juridictions nationales, il faut également souligner qu'une politique uniforme en matière de contrôle concret serait indubitablement très délicate à définir : Mustapha Afroukh a par exemple pu démontrer que, dans certains cas de figure, la Cour européenne des droits de l'homme s'accommode très bien d'un contrôle de conventionnalité abstrait de la part des juridictions nationales<sup>43</sup>.

Par ailleurs, et peut-être surtout, le contrôle *in concreto* de l'application de la loi constitue probablement une avancée beaucoup moins décisive qu'il n'y paraît, sa plus-value en matière de respect de la Convention n'étant pas nécessairement très élevée.

S'agissant d'une part de la France, qui pouvait paraître enfermée dans une stricte dichotomie entre loi inconstitutionnelle/inconventionnelle et loi constitutionnelle/conventionnelle imposée par l'effet *erga omnes*, de fait ou de droit, des décisions des juges de la loi, force est de constater que ces derniers n'ont jamais été dépourvus de tout moyen de s'attacher aux cas particuliers. En effet, avant même l'adoption du contrôle *in concreto* de l'application de la loi, les juridictions ordinaires étaient en mesure d'interpréter les normes législatives à la lumière de la Convention, y compris de manière très constructive dans l'optique de « colmater » d'éventuelles inconventionnalités affectant la loi litigieuse. Cette manière de prévenir les conflits normatifs ne doit pas être négligée, malgré son caractère moins spectaculaire que des constats d'inconventionnalité<sup>44</sup>, et était par exemple mise en avant par la rapporteure publique près le Conseil d'État dans l'affaire *Gonzalez-Gomez* précitée<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Voir, parmi beaucoup d'autres : F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, n° 14, pp. 796 s. ; F. Chénéde, « Nullité du mariage entre alliés. Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *D.*, 2017, n° 17, pp. 953 s. ; V. Larribau-Terneyre, « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », *JCP G*, 16 janvier 2017, n° 3, pp. 77 s. ; P. Puig, « L'excès de proportionnalité », *RTD. Civ.*, 2016, n° 1, pp. 70 s.

<sup>43</sup> M. Afroukh, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment "dicté" par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 4.

<sup>44</sup> Sur la technique de l'interprétation des normes internes conformément aux traités relatifs aux droits de l'homme, et ses effets parfois extrêmement importants, voir : C. Sciotti-Lam, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, pp. 506 s.

<sup>45</sup> A. Bretonneau, conclusions sur CE, Ass., décision *Mme Gonzalez-Gomez*, 31 mai 2016, n° 396848, *RFDA*, 2016, n° 4, p. 749.

S'agissant d'autre part de nos voisins européens, il convient de souligner que, en sus de cette interprétation conforme de la loi, plusieurs spécificités tenant à l'architecture juridictionnelle de chaque État permettent de longue date à de nombreux juges nationaux de prendre en compte les spécificités de l'espèce, y compris en cas d'application d'une loi. Ainsi, les réserves d'interprétation extrêmement précises du juge constitutionnel italien, dans le cadre de ce que la doctrine dénomme la « *micro-constitutionnalité* »<sup>46</sup>, ou l'existence de très nombreuses procédures de saisine directe de la juridiction constitutionnelle permettant de faire valoir une violation des droits et libertés du justiciable au cours de son procès<sup>47</sup> constituent de puissants outils en matière de contrôle de l'application de la loi, largement répandus en Europe.

Eu égard à ce qui précède, l'agitation provoquée en France par les premiers pas du contrôle concret de l'application de la loi n'est certainement pas de nature à devoir pousser la Cour européenne des droits de l'homme à une quelconque réaction jurisprudentielle, en dehors d'un apparent *satisfecit* décerné aux juridictions ordinaires à l'occasion de décisions portant sur l'articulation entre contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité prévalant en France<sup>48</sup>.

En définitive, il peut être soutenu que le contrôle de la loi et de ses applications par les juridictions nationales a atteint – ou peu s'en faut – un plafond de verre en Europe, que nulle action de la Cour européenne des droits de l'homme ne permettrait de percer. Malgré l'absence de théorie claire en la matière, les juges nationaux se sont appropriés de longue date la Convention comme instrument du contrôle de la loi, lorsqu'ils disposent d'une compétence en la matière. Partant, le panorama qu'il est possible de dresser de la « justice conventionnelle » du continent européen est caractérisé par la complexité autant que par l'efficacité, constat partiellement transposable au contrôle qu'exerce le juge strasbourgeois.

## **Partie II – Le contrôle de conventionnalité de la loi par la Cour européenne, ou la cathédrale de cristal**

Malgré une position de principe très claire s'agissant du contrôle de la loi, sous forme d'une « *réitération sacramentelle* »<sup>49</sup> de son déclinatoire de compétence, la Cour européenne des droits de l'homme connaît depuis plusieurs années un déplacement prudent de l'objet de son contrôle (A), qui consiste pour elle à porter dans un certain nombre d'affaires une appréciation sur les normes législatives applicables plutôt que sur

<sup>46</sup> L. Gay, « Repenser le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in E. Cartier, L. Gay, A. Viala (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 145.

<sup>47</sup> Voir, sur ce point, la très complète [Étude sur l'accès individuel à la justice constitutionnelle](#) (n° 538/2009) adoptée par la Commission de Venise lors de sa 85<sup>ème</sup> session plénière, et notamment le tableau récapitulatif des voies d'accès aux cours constitutionnelles État par État, pp. 67 s. [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>48</sup> Voir notamment, sur ce point : C. Gauthier, « L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements... », *RTDH*, 2019, n° 117, p. 62.

<sup>49</sup> M. Afroukh, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment “dicté” par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *op. cit.*

la seule situation concrète du requérant. Cette tendance, à laquelle il faut se garder de prêter une trop grande intensité, pourrait être renforcée par l'appropriation par la Cour du Protocole n° 16, qui apparaît comme un catalyseur du contrôle de la loi (B). Toutefois, aucun de ces deux mouvements n'appelle de révolution jurisprudentielle, tant l'équilibre à trouver par le juge strasbourgeois paraît subtil.

### A. Le déplacement prudent de l'objet du contrôle de la Cour

Nombreux sont les observateurs du droit de la Convention européenne à avoir décelé un déplacement lent mais continu de l'objet du contrôle de la Cour, du moins dans certaines affaires. Le phénomène était déjà perçu à la fin des années 1990<sup>50</sup>. Il a toutefois pris de l'ampleur depuis, au point de faire l'objet d'une attention doctrinale soutenue dans la décennie 2010. À ce titre, le professeur Sébastien Touzé a par exemple pu noter un choix opéré par la juridiction strasbourgeoise « de ne plus se focaliser sur une définition casuistique du contrôle de conventionnalité »<sup>51</sup>, là où le juge Frédéric Krenk a souligné l'existence d'une « désobjectivisation » du contrôle européen, entendue comme « la mise en retrait du cas individuel au profit d'un contrôle plus abstrait et, en même temps, plus large du droit interne »<sup>52</sup>. Ce mouvement adopte de nombreux visages – l'adoption d'arrêts pilotes et la jurisprudence *Burmych c. Ukraine*<sup>53</sup> en constituent de bons exemples – mais le développement d'un contrôle de conventionnalité de la loi est sans doute l'un des plus saisissants. Schématiquement, deux catégories d'affaires peuvent être distinguées en la matière.

La première concerne les requêtes pour lesquelles un contrôle du régime légal applicable est consubstantiel à une requête, c'est-à-dire lorsqu'il est absolument indispensable à une prise de position de la Cour quant au respect des droits et libertés du requérant. Au premier rang de ces requêtes figurent celles introduites par des victimes potentielles. Leur spécificité réside dans le fait qu'elles contestent une règle de droit qui soit n'a pas été appliquée aux requérants, mais leur impose de modifier leur comportement, soit leur a possiblement été appliquée sans qu'il soit possible de le démontrer. De telles requêtes constituent naturellement le terrain privilégié d'un contrôle de la loi, ce dont le contentieux des mesures de surveillance secrètes témoigne parfaitement. Ainsi, dans l'affaire *Roman Zakharov c. Russie*<sup>54</sup>, relative au système d'interception secrète des communications de téléphonie mobile en Russie, la Cour a affirmé qu'« il se justifie de déroger à la règle selon laquelle les particuliers n'ont pas le droit de se plaindre d'une loi *in abstracto* »<sup>55</sup> dans la mesure où la menace d'une surveillance restreint par elle-même la liberté de communiquer pour chaque usager ou usager potentiel. Un tel

<sup>50</sup> J.-F. Flauss, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », *RFDC*, 1998, n° 36, p. 721.

<sup>51</sup> S. Touzé, « Intérêt de la victime et ordre public européen », in J. Arlettaz, J. Bonnet (dir.), *L'objectivisation du contentieux des droits et libertés – Du juge des droits au juge du droit ?*, Pedone, 2015, p. 67.

<sup>52</sup> F. Krenk, « “Dire le droit”, “rendre la justice”. Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2018, p. 338.

<sup>53</sup> Cour EDH, GC, 12 octobre 2017, *Burmych et autres c. Ukraine*, req. nos 46852/13 et autres.

<sup>54</sup> Cour EDH, GC, 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, req. n° 47143/06.

<sup>55</sup> § 171 de l'arrêt.

positionnement n'a en soi rien de novateur, puisqu'il avait déjà été adopté dès 1978 dans l'affaire *Klass c. Allemagne*<sup>56</sup>, et n'appelle pas de remarque particulière.

La seconde catégorie d'affaires est bien plus révélatrice d'un déplacement de l'objet du contrôle de la Cour, puisqu'elle concerne les cas pour lesquels le juge strasbourgeois fait le choix de contrôler la loi applicable, alors même qu'existent d'autres options lui permettant d'adopter une conclusion quant au respect de la Convention. L'arrêt *Halabi c. France*<sup>57</sup> illustre parfaitement cette tendance, puisque le raisonnement développé sur le terrain de la proportionnalité est presque exclusivement centré sur les dispositions législatives applicables, plutôt que sur leur application au cas spécifique du requérant<sup>58</sup>. En sus de cette évolution, progressive et ne touchant pas uniformément l'ensemble de la jurisprudence, il s'agit d'observer que la Cour peut souligner les insuffisances des modifications législatives opérées depuis les faits de l'espèce, alors même que ce n'est en rien utile à la résolution de la requête dont elle est saisie<sup>59</sup>. De manière encore plus symptomatique, elle peut aussi « exiger la réforme »<sup>60</sup> de la loi nationale au titre de l'article 46 de la Convention. Ainsi, dans l'arrêt *Baralija c. Bosnie-Herzégovine*<sup>61</sup>, la Cour « estime que l'État défendeur doit, dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle le présent arrêt devient définitif, modifier la loi électorale de 2001 afin de permettre la tenue d'élections locales à Mostar »<sup>62</sup>. De même, dans l'affaire *N. c. Roumanie (n° 2)*<sup>63</sup>, le juge strasbourgeois « estime qu'il est crucial que l'État défendeur adopte les mesures générales appropriées en vue de mettre sa législation et sa pratique en conformité avec les conclusions de la Cour constitutionnelle et avec les standards internationaux, y compris la jurisprudence de la Cour, en la matière »<sup>64</sup>. Ces illustrations particulièrement éloquents ne doivent toutefois pas donner une image trop importante du phénomène : eu égard à l'ensemble de la jurisprudence de la Cour, le contrôle de la loi ne concerne qu'une fraction minimale de son action. En outre, le juge strasbourgeois sait maintenir sa réserve sur les réformes législatives nécessaires, particulièrement dans des contextes de grande tension avec les États concernés, ce qu'illustrent ses arrêts relatifs à la crise de l'État de droit en Pologne<sup>65</sup>. Ainsi, il est loisible de conclure que « la jurisprudence de la Cour relative à son pouvoir de contrôler la loi nationale n'obéit pas à une logique de traitement uniforme »<sup>66</sup>.

<sup>56</sup> Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/71.

<sup>57</sup> Cour EDH, 16 mai 2019, *Halabi c. France*, req. n° 66554/14.

<sup>58</sup> Voir l'examen par la Cour de la nécessité, dans une société démocratique, de l'ingérence litigieuse, §§ 62 s. : les faits de l'espèce sont absents du raisonnement, entièrement tourné vers le régime législatif alors en vigueur.

<sup>59</sup> Voir par exemple : Cour EDH, 26 avril 2007, *Dumitru Popescu c. Roumanie (n° 2)*, req. n° 71525/01, §§ 82-84.

<sup>60</sup> P. Jestaz, « Repenser la définition du droit », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 226.

<sup>61</sup> Cour EDH, 29 octobre 2019, *Baralija c. Bosnie-Herzégovine*, req. n° 30100/18.

<sup>62</sup> § 62 de l'arrêt (nous traduisons).

<sup>63</sup> Cour EDH, 16 novembre 2021, *N. c. Roumanie (n° 2)*, req. n° 38048/18.

<sup>64</sup> § 84 de l'arrêt (nous traduisons).

<sup>65</sup> Voir notamment : Cour EDH, 8 novembre 2021, *Dolińska-Ficek et Ozimek c. Pologne*, req. n° 49868/19 et 57511/19 ; Cour EDH, 2 février 2022, *Advance Pharma sp. z o.o c. Pologne*, req. n° 1469/20. Bien que les règles législatives à l'origine des violations pointées par la Cour ne soient pas difficiles à identifier, celle-ci se refuse à indiquer précisément les réformes qui s'imposent à l'État défendeur.

<sup>66</sup> J. Matringe, « Le contrôle de la licéité internationale de la loi nationale par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1245.

Au regard de ce constat, serait-il de bon ton que la Cour européenne des droits de l'homme renverse son affirmation de principe selon laquelle elle ne contrôle pas *in abstracto* les lois des États parties, pour assumer une position plus claire ? La réponse négative sera ici défendue, pour trois séries de raisons tenant à la prudence à laquelle la Cour devait être tenue sur ce sujet. En premier lieu, il y a fort à craindre qu'un tel revirement de jurisprudence ne déclenche une violente série de réactions au sein des États européens, de nature à raviver les tentatives de réformes destinées à affaiblir le système européen de protection des droits et libertés. En deuxième lieu, assumer un contrôle de lois abstraites risquerait de causer la multiplication des requêtes pouvant s'assimiler à l'*actio popularis*. En troisième et dernier lieu, l'appréciation *in abstracto* de dispositions applicables ne devrait pas constituer une fin en soi pour la juridiction strasbourgeoise, mais devrait au contraire demeurer un outil manié avec circonspection et pragmatisme dans deux situations distinctes – hors hypothèses où le contrôle de la loi constitue la seule voie possible – ne remettant pas en cause la protection subjective des droits et libertés des requérants. Il s'agit, d'une part, des hypothèses dans lesquelles l'absence de violation relevée dans le chef du requérant peut être transposée à toute autre future requête, du fait par exemple de l'importance des objectifs poursuivis par l'État<sup>67</sup> et, d'autre part, des cas dans lesquels la violation observée s'agissant du requérant se répéterait pour tout ou partie des autres personnes qui se verront appliquer la loi litigieuse<sup>68</sup>. Dans ces configurations, somme toute assez rares, le tarissement des requêtes irrecevables soumises à la Cour et la correcte exécution de ses arrêts constituent des objectifs légitimant un certain degré d'abstraction s'agissant à la fois de l'objet du contrôle et de la motivation retenue.

Le contrôle abstrait de la loi devrait dès lors se superposer au contrôle concret lorsque cela est pertinent au regard du fond et possible eu égard à des arguments de politique jurisprudentielle, et non se substituer à lui par principe. Cela n'impose aucune révolution en la matière, seulement la poursuite d'une pratique ciselée dont le principal défaut réside dans une imperméabilité à la systématisation. Bien évidemment, sur ce point, les choses diffèrent lorsqu'est en jeu le mécanisme de la demande d'avis institué par le Protocole n° 16, la Cour étant largement contrainte par les sollicitations qui lui sont adressées.

## **B. L'appropriation délicate d'un Protocole catalyseur du contrôle de la loi**

L'entrée en vigueur du Protocole n° 16, qui a fait l'objet d'une attention doctrinale soutenue<sup>69</sup>, n'a certainement pas encore produit tous ses effets, étant donné le faible

<sup>67</sup> Voir par exemple, pour une telle configuration, l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* : selon la Cour, la loi britannique mise en cause, autorisant sans exception les parties prenantes à un traitement par fécondation *in vitro* à revenir sur leur consentement s'agissant de l'utilisation des gamètes prélevés, « vise à promouvoir la sécurité juridique et à éviter les problèmes d'arbitraire et d'incohérence inhérents à la mise en balance, au cas par cas, de ce que la Cour d'appel a décrit comme étant des intérêts "parfaitement incommensurables" » (Cour EDH, GC, 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n° v 6339/05, § 89).

<sup>68</sup> L'arrêt *N. c. Roumanie (n° 2)* précité illustre cette hypothèse.

<sup>69</sup> Voir, parmi bien d'autres : M. Afroukh, J.-P. Marguenaud (dir.), *Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2020 ; C. Gauthier, « L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements... », *RTDH*, 2019, n° 117, pp. 43 s. ; C. Giannopoulos, « Subsidiarité procédurale et 16<sup>ème</sup> Protocole additionnel à la Convention

nombre de demandes d'avis présentées jusqu'ici à la Cour européenne des droits de l'homme par les Hautes juridictions nationales désignées par les États ayant ratifié celui-ci. Néanmoins, il paraît d'ores-et-déjà acquis que ce nouveau mécanisme d'échange entre juges de droit commun et interprète authentique de la Convention conduira ce dernier à investir plus franchement le champ du contrôle de la loi. Contrairement aux requêtes individuelles qui constituent l'essentiel de ses saisines, les demandes d'avis formulées en application du Protocole n° 16 ont vocation à voir la Cour se prononcer sur des questions « de principe »<sup>70</sup>, ce qui paraît à la fois plus large et plus étroit que les problématiques qui peuvent être soulevées par des requérants. Plus particulièrement, la doctrine a pu souligner le fait que les demandes d'avis pourraient être utilisées pour questionner la Cour de Strasbourg sur la « compatibilité » du droit interne avec la Convention<sup>71</sup>, voire en tant que « mécanisme préjudiciel de contrôle de la compatibilité des lois à la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>72</sup>.

À cet égard, il est frappant de constater que l'ancien président de la Cour Linos-Alexandre Sicilianos et l'ancienne greffière adjointe Françoise Elens-Passos ont tous deux pu écrire à ce sujet que rien n'empêche que les demandes d'avis « soulèvent des problèmes relatifs à la compatibilité à la Convention d'une loi »<sup>73</sup>. L'expression, *a priori* très claire, cache néanmoins peut-être une réserve quant au futur degré d'investissement de la Cour en matière. En effet, s'agissant des liens entre demande d'avis et contrôle de la loi, trois hypothèses peuvent schématiquement être distinguées, même s'il convient sans doute pour cela de forcer quelque peu le trait.

La première consiste pour le juge *a quo* à interroger la Cour européenne des droits de l'homme sur la portée de tel droit ou liberté conventionnel, soit qu'il soit chargé d'un contrôle de conventionnalité de la loi, soit qu'il doive assurer un contrôle de constitutionnalité qu'il entend pour une raison ou pour une autre exercer à la lumière du

---

européenne des droits de l'homme », *Annuaire international des droits de l'homme 2015-2016*, 2017, volume IX, pp. 675 s. ; F. Krenk, « Quelques notes dubitatives sur le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme. Pour un dépassement du “dialogue des juges” », *Annuaire international des droits de l'homme 2015-2016*, 2017, volume IX, pp. 411 s. ; T. Eicke, S. O'Leary, « Some reflections on Protocol no. 16 », *European human rights law review*, 2018, pp. 220 s. ; M. C. Runavot, « Le protocole n° 16 à la Convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *RGDIP*, 2014, n° 1, pp. 71 s. ; L.-A. Sicilianos, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme - À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2014, n° 97, pp. 9 s.

<sup>70</sup> Voir notamment, sur ce point : B. Nascimbene, « Le Protocole n° 16 en tant qu'instrument de collaboration entre juges nationaux et européens », in *Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l'homme, Mélanges en l'honneur de Guido Raimondi*, Wolf Legal Publishers, 2019, spéc. p. 664.

<sup>71</sup> Parmi de nombreux autres, voir : J. Ferrero, « L'ouverture de la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme du Protocole n° 16 au Conseil constitutionnel français : interlude dans le dialogue des juges », *RDP*, 2019, n° 4, p. 1047 ; A. Gouttenoire, F. Sudre, « Protocole 16 - L'audace d'une première demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2018, n° 46, p. 1190.

<sup>72</sup> J. Vachey, « La saisine pour avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme, mécanisme préjudiciel de contrôle de la compatibilité des lois à la Convention européenne des droits de l'homme », in T. Disperati, C. Tzutzuiano (dir.), *Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2021, pp. 183 s.

<sup>73</sup> L.-A. Sicilianos, « Le dialogue des juges nationaux et européens : la nouvelle fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les limites du droit international. Essai en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruylant, 2014, p. 508 ; F. Elens-Passos, « À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », in *Libertés, (l)égalité, humanité, Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruylant, 2019, p. 227.

droit de la Convention<sup>74</sup>. Éclairée par la réponse de la Cour – du moins si l’avis tient ses promesses –, la juridiction de renvoi procède ensuite à son contrôle de la loi selon une méthodologie qui lui appartient. La troisième question posée par la Cour constitutionnelle arménienne dans sa demande d’avis introduite le 2 septembre 2019 correspond à ce schéma<sup>75</sup>, de sorte que la Cour européenne des droits de l’homme s’est prononcée dans l’abstrait sur la conventionnalité d’une loi fondée sur la technique de « législation par référence » – c’est-à-dire sans s’interroger sur la substance de la loi arménienne litigieuse.

La deuxième hypothèse consiste à solliciter de la Cour un *vade-mecum* pour procéder au contrôle de la loi. Une telle demande ne se limite donc pas à requérir une interprétation d’un principe général, mais vise au contraire à s’approprier une boîte à outils plus complète, composée à la fois des exigences conventionnelles applicables et d’une méthodologie du contrôle. Idéalement, le juge *a quo* procède alors au contrôle de la loi en suivant les étapes qui lui ont été indiquées par le juge strasbourgeois. La quatrième question posée par la Cour constitutionnelle arménienne semble s’inscrire dans cette catégorie<sup>76</sup>, de même d’ailleurs que la récente demande d’avis formulée par le Conseil d’État français. En effet, ce dernier, le 15 avril 2021, a interrogé la Cour sur « les critères pertinents pour apprécier si une différence de traitement établie par la loi, telle que celle décrite au point 13 de la présente décision, poursuit, au regard des interdictions posées par l’article 14 de la Convention en combinaison avec l’article 1<sup>er</sup> du premier Protocole additionnel, un objectif d’utilité publique fondée sur des critères objectifs et rationnels, en rapport avec les buts de la loi l’établissant [...] »<sup>77</sup>. L’objectif n’est pas de voir la Cour contrôler la loi critiquée, mais de lui demander comment le faire au regard des exigences de la Convention.

La troisième et dernière hypothèse consisterait – l’usage du conditionnel s’impose dans la mesure où il s’agit à ce stade d’une hypothèse d’école – à demander si telle loi précise est conforme à la Convention européenne des droits de l’homme. Il s’agirait là d’une véritable volonté de délégation du contrôle de la loi à la Cour, et non pas d’une simple demande d’appui par une juridiction interne entendant bénéficier des lumières strasbourgeoises.

Il n’apparaît absolument pas acquis que la Cour accepte une telle demande. Bien au contraire, elle a pris soin de souligner dans ses deux premiers avis que « l’objectif de la procédure n’est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction dont émane la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la

---

<sup>74</sup> Voir, sur ce point : F. Jacquolot, « Les Cours constitutionnelles européennes face au Protocole n° 16 à la Convention EDH : l’hypothèse du miroir réfléchissant », in T. Disperati, C. Tzutzuiano (dir.), *Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l’homme*, PUAM, 2021, pp. 113 s.

<sup>75</sup> Cette question était ainsi formulée : « La loi pénale qui, dans la définition d’une infraction, fait référence à certaines dispositions d’un acte juridique ayant la force juridique suprême et un niveau supérieur d’abstraction remplit-elle les conditions de précision, d’accessibilité, de prévisibilité et de stabilité ? ».

<sup>76</sup> Elle est formulée de la sorte : « À la lumière du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale (article 7 § 1 de la Convention), quels sont les critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu’elle était en vigueur au moment de la commission de l’infraction et la loi pénale telle que modifiée, et ainsi déterminer leurs similitudes ou leurs différences contextuelles (essentiels) ? ».

<sup>77</sup> CE, 6<sup>ème</sup>/5<sup>ème</sup> CR, décision *Fédération Forestiers privés de France*, 15 avril 2021, n° 439036.

Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance »<sup>78</sup>, ce qui ne paraît guère compatible avec une prise de position tranchée sur la conventionnalité d'une loi donnée. En outre, il serait de bon ton que le « protocole du dialogue » ne se transforme pas en « protocole du délestage » de questions trop sensibles ou complexes par les juridictions nationales. En sens inverse, l'absence de prise de position trop affirmée sur la conventionnalité d'une loi donnée favorisera sans doute les saisines de la part des juridictions nationales qui entendent seulement être éclairées, plutôt que ligotées, par l'avis de la Cour, tout en préservant cette dernière de subir seule les réactions politiques éventuellement hostiles à la solution qu'elle dessine. Pour les mêmes raisons, il ne semble pas que la Cour profitera des demandes d'interprétation de la Convention ou de *vade-mecum* du contrôle de conventionnalité pour exercer elle-même, en substance, un véritable contrôle de la loi litigieuse – elle s'est d'ailleurs soigneusement gardée de le faire dans son avis à la Cour constitutionnelle arménienne.

Certes, le Protocole n° 16 ne sera pas sans effets s'agissant des liens entre contrôle de la loi et Convention européenne des droits de l'homme, notamment en ce qu'il invitera la Cour à raisonner de manière plus abstraite dans ses avis et la familiarisera un peu plus avec les logiques propres au contrôle de la loi. Toutefois, il ne s'agira sans doute pas d'un véritable big-bang en la matière, mais plus vraisemblablement d'une nouvelle occasion de parfaire l'équilibre que la Cour doit, dans l'ensemble des branches de son office, trouver entre son action et celle des pouvoirs constitués des États parties à la Convention. La cathédrale de cristal compte une nouvelle flèche à bâtir...

---

<sup>78</sup> Cour EDH, GC, 10 avril 2019, *avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, n° P16-2018-001, § 25 ; Cour EDH, GC, 29 mai 2020, *avis consultatif relatif à l'utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, n° P16-2019-001, § 43.

## Prévention des atteintes à l'environnement des peuples autochtones

(obs. sous l'affaire Cour IDH, *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentine*, fond, réparations et frais, 6 février 2020, série C, n° 400)

---

Marie Rota\*

Le langage des droits humains<sup>1</sup> est-il le plus adapté pour penser l'interrelation des différents éléments composant le Monde ? Si la réponse à cette question est délicate et appelle des réflexions théoriques approfondies sur lesquelles se penchent aujourd'hui bien des auteurs, la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (« la Cour ») peut apporter quelques éléments de réponse. Fondée sur une conception sociale des droits humains<sup>2</sup>, le système interaméricain ouvre la voie non seulement vers une reconnaissance d'un sujet de droit collectif, mais aussi vers un humanisme juridique d'un genre nouveau<sup>3</sup>. L'affaire *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentine*<sup>4</sup> en est la parfaite illustration.

Dans cette affaire, la Cour condamne l'État sur les fondements des articles 21 et 26 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (« Convention » ou « CADH »), protégeant respectivement « le droit à la propriété privée » ainsi que le « développement progressif » des « droits économiques, sociaux et culturels », suite à lecture collective de ces deux dispositions. S'agissant de l'article 21, tout d'abord, elle reconnaît que le droit à la propriété ancestrale de plusieurs populations autochtones – envisagées comme *groupes* méritant respect – a été méconnu. Elle ne fait de ce point de vue que réitérer son positionnement habituel et des principes déjà bien établis, sur lesquels nous ne reviendrons pas ici dans le détail<sup>5</sup>. Ces observations insisteront en

---

\* Maîtresse de conférences en droit public, Université de Lorraine, IRENEE.

<sup>1</sup> Pour parer à la critique selon laquelle l'expression « droits de l'homme » refléterait « une approche fonctionnaliste et sectorielle, qui autorise la négligence des droits et des libertés de celles et ceux qui ne sont ni hommes ni citoyens : femmes, enfants, étrangers... » (M.-L. Basilien-Gainche et Y. Lecuyer, « La voie humaine. Affranchir les droits de l'homme des reflets d'un passé fervent », *RDP*, n° 2, mars 2021, pp. 523-547, spéc. p. 519), l'expression « droits humains » est proposée. Étant par ailleurs adoptée tant par les versions espagnole et anglaise de la CADH que par la Cour, nous l'adopterons dans le cadre de cette contribution à l'égard des droits et libertés protégés par cette juridiction.

<sup>2</sup> M. Rota, *L'interprétation des Conventions américaine et européenne des droits de l'homme. Analyse comparée de la jurisprudence des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris, 2018, pp. 127-128.

<sup>3</sup> M. Rota, « Le vivre ensemble et les juges européens et interaméricains des droits humains », in C. Bouriau, A. Moine et M. Rota (dir.), *Le vivre ensemble saisi par le droit*, Pedone, Paris, 2021, pp. 383-401, spéc. pp. 392-399.

<sup>4</sup> Cour IDH, *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentine*, fond, réparations et frais, 6 février 2020, série C, n° 400 (ci-après « Cour IDH, *Nuestra Tierra c. Argentine* »).

<sup>5</sup> De ce point de vue uniquement car il faut aussi signaler que le fait de ne plus faire découler la protection des droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux – ces derniers étant dorénavant protégés de manière autonome via l'article 26 – de l'article 21 aboutit à une évolution de la conception du droit de propriété en tant quel tel. Une étude plus complète consacrée au droit de propriété ancestrale des communautés autochtones en droit

revanche sur la violation de l'article 26 de la Convention, la Cour se livrant à une lecture combinée du droit à un environnement sain avec le droit à une alimentation adéquate, le droit à l'eau et le droit de participer à la vie culturelle en raison du manque d'efficacité de l'action de l'Argentine pour prévenir de telles atteintes.

Cette affaire concerne une requête déposée par plusieurs communautés autochtones réunies dans l'Association *Lhaka Honhat* devant le système interaméricain de protection des droits humains. Cette association, spécialement créée en vue de porter les revendications de communautés autochtones confrontées aux mêmes violations de leurs droits, représente en réalité cent-trente-deux d'entre elles appartenant à différents peuples : les *Wichí* (*Mataco*), les *Iyjawaja* (*Chorote*), les *Komlek* (*Toba*), les *Niwackle* (*Chulupí*) et les *Tapy'y* (*Tapiete*) qui vivent sur des terres représentant, en tout, une superficie de près de 643 000 hectares au sein du Département Rivadavia de la Province de Salta en Argentine. Ces terres appartenaient officiellement à l'État jusqu'en 2014 mais ces populations, elles, y résidaient de manière constante depuis des siècles et donc bien avant que l'Argentine ne se soit constituée sous la forme d'un État. Or, dans la zone concernée, des colons non autochtones (essentiellement des éleveurs) – appelées dans l'affaire les « créoles » ou la « population créole » – se sont installés sur ces mêmes terres au début du XXe siècle, le gouvernement les leur ayant mis à disposition.

Les communautés autochtones font alors remonter des revendications de propriété sur cette terre en 1991 et obtiennent de la part de l'État que la Province de Salta unifie les lots et leur alloue une partie de la propriété en tant que propriété commune, avec un titre unique valant acte de propriété communautaire, par opposition aux actes individuels. Il s'ensuit un long processus de négociation entre la Province de la Salta, les populations dites créoles et les peuples autochtones, ces derniers revoyant assez largement leurs prétentions à la baisse. Il aboutit à l'adoption d'un décret en 2014 (décret 1498/14), par lequel la Province de Salta reconnaît la propriété partagée du territoire entre soixante-et-onze communautés autochtones et les familles créoles. Néanmoins, l'État n'avait toujours pas fourni, au jour de la décision de la Cour, de titre de propriété à toutes les communautés qui forment l'Association *Lhaka Honhat*.

S'agissant des faits qui nous intéressent, la Cour constate tout d'abord l'existence sur les lots en question de plusieurs activités développées par les « familles créoles », dommageables aux droits à un environnement sain, à une alimentation adéquate, à l'eau et de participer à la vie culturelle, à commencer par l'élevage de bétail bovin (« *ganado mayor* »), et ce sur leur territoire ancestral. La Cour relève trois activités en particulier : l'élevage en tant que tel et donc la présence du bétail sur leur territoire ; la déforestation engendrée par une coupe massive et disproportionnée de bois et la pose de clôtures sur ce même territoire.

Concernant tout d'abord l'introduction du bétail, la Cour note qu'avant 1860 les communautés basaient leur économie sur la chasse-pêche-cueillette, avec un peu d'agriculture, mais très à la marge, et surtout non sédentaire, puisque ces populations

---

de la CADH cependant prochainement publiée : M. Rota, « Le droit propriété ancestrale des communautés autochtones », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n° 20, 2022.

sont nomades<sup>6</sup>. Elles utilisaient aussi du bétail mais uniquement des chevaux et moutons, qui sont des espèces locales. À partir de 1860, les « familles créoles » ont introduit du plus gros bétail pour l'élever, ce qui a eu pour conséquence une destruction de la flore locale mais aussi en partie de la faune, la Cour citant l'exemple des butineuses herbacées<sup>7</sup>. Une énorme perte en biodiversité en a découlé, ce que reconnaît d'ailleurs l'Argentine<sup>8</sup>. La Cour insiste aussi sur l'impact qu'a pu avoir cette activité d'élevage sur l'identité alimentaire de ces populations, dans la mesure où elles n'ont plus eu la possibilité de se nourrir de manière traditionnelle, le bétail des « familles créoles » dévorant aussi la nourriture de celui des peuples autochtones, venant lui aussi à s'éteindre<sup>9</sup>. Or la viande de mouton est à la base de l'alimentation de ces populations et la Cour souligne leur importance d'un point de vue culturel (avec l'existence d'une « fête du mouton ») ainsi que dans le cadre de l'exercice de la médecine traditionnelle<sup>10</sup>. Elle insiste enfin sur les répercussions que ces activités ont pu avoir sur leur accès à l'eau en raison à la fois de la désertification, de la forte consommation en eau et de la pollution de l'eau que ces élevages ont engendrés<sup>11</sup>.

S'agissant de la déforestation, ensuite, la Cour constate que les familles créoles se sont livrées à une surexploitation des ressources naturelles depuis leur implantation sur ces terres, en particulier du bois, en vue d'alimenter des usines à charbon et l'industrie du bois d'une manière plus générale<sup>12</sup>. Là encore, la Cour constate que ces faits ne sont pas contestés et sont donc réputés être reconnus par l'Argentine<sup>13</sup>. Elle insiste ensuite sur la dégradation de la montagne que cela a pu impliquer, avec, de la même façon, une disparition de la flore, des fruits et des abeilles pollinisatrices<sup>14</sup>. La flore se faisant rare, elle est en outre immédiatement dévorée par le bétail des « familles créoles » et ne peut donc pas être utilisée par les peuples autochtones<sup>15</sup>. Enfin, les populations créoles ont installé des clôtures de plusieurs kilomètres de long sur ces parcelles, ce qui a empêché les peuples autochtones de circuler librement, mais aussi d'avoir facilement accès à la montagne et la rivière<sup>16</sup>.

C'est pourquoi elle considère que l'Argentine, qui n'est pourtant pas l'auteure directe de ces dommages, doit être reconnue responsable d'une violation de l'article 26 de la Convention (**Partie I**). Cette disposition est en effet enfreinte du fait de l'atteinte au droit à une alimentation adéquate, à l'eau et de participer à la vie culturelle, lus en relation avec le droit à un environnement sain des peuples en cause (**Partie II**). Elle confirme alors au contentieux la consécration de ce dernier droit, en tant que droit autonome et directement justiciable devant elle. Mais elle lui octroie aussi une portée

<sup>6</sup> Cour IDH, *Nuestra Tierra c. Argentine* », *loc. cit.*, 257.

<sup>7</sup> *Idem*, 258.

<sup>8</sup> *Idem*, 259.

<sup>9</sup> *Idem*, 260.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Idem*, 261.

<sup>12</sup> *Idem*, § 263-264.

<sup>13</sup> *Idem*, 264.

<sup>14</sup> *Idem*, 265.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Idem*, 266.

très large puisqu'elle semble s'en saisir pour promouvoir un certain courant de pensée philosophique : l'éthique relationnelle (**Partie III**).

### **Partie I – La responsabilité de l'Argentine sur le fondement de son obligation de prévention des atteintes aux droits conventionnels**

L'effet horizontal de la CADH a été reconnu depuis ses premières affaires. La Cour interaméricaine le fait directement découler de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention selon lequel « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention », méthodologie dont s'inspirera d'ailleurs la Cour européenne des droits de l'homme<sup>17</sup>. Dès sa première affaire portant sur le fond, la Cour de San José interprète l'article 1.1 de la CADH comme impliquant des obligations d'action à la charge des États. Ces derniers doivent, en vertu de cette disposition, non seulement se tenir à l'écart des « différentes sphères individuelles » auxquelles ils ne doivent pas porter atteinte, mais aussi « 'garantir' le libre et plein exercice des droits reconnus dans la Convention à toute personne sous sa juridiction »<sup>18</sup>. Ceci implique qu'ils organisent leur ordre interne de façon à ce qu'il soit capable « d'assurer juridiquement le libre et plein exercice des droits humains »<sup>19</sup>. Ils ont donc le devoir de « prévenir, enquêter et sanctionner toute violation des droits reconnus par la Convention » mais aussi, lorsque cela est possible, de remettre la victime en l'état, ou, à défaut, de lui octroyer des réparations<sup>20</sup>. Lorsqu'elle analyse la violation d'un droit, elle le lit par conséquent et de manière systématique de manière combinée avec cet article, qui, selon elle, « crée des effets *erga omnes* » et implique un effet horizontal<sup>21</sup>.

C'est en vertu de cette jurisprudence traditionnelle qu'elle rappelle l'obligation de prévention des atteintes aux droits conventionnels ainsi que l'obligation de réparation qui incombe à l'Argentine lorsqu'ils ont été violés, même par des particuliers. À partir du moment où cet État avait eu connaissance de violations de droits contenus dans la Conventions, il devait agir<sup>22</sup>. La Cour va donc aussi s'intéresser à l'action de l'État : toute une partie de l'affaire y est consacrée. S'agissant du problème lié aux clôtures, la Cour constate que l'Argentine est en train de s'en saisir mais que rien n'a concrètement

<sup>17</sup> M. Rota, *L'interprétation des Conventions américaine et européenne des droits de l'homme.*, précité, p. 267.

<sup>18</sup> Cour IDH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Fond, 29 juillet 1988, série C, n° 4, 166.

<sup>19</sup> L'État a « le devoir [...] d'organiser tout l'appareil gouvernemental et, en général, toutes les structures au travers desquelles se manifeste l'exercice du pouvoir public, de manière telle qu'elles soient capables d'assurer juridiquement le libre et plein exercice des droits de l'homme », *ibidem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Elle l'affirme explicitement en 2003 : « de l'obligation positive à la charge de l'État de garantir l'effectivité de la protection des droits de l'homme protégés, se déduisent des effets à l'égard des tiers (*erga omnes*) », Cour IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, opinion consultative n° OC-18/03, 17 septembre 2003, série A, n° 18, § 140. Voir sur ce point J. Mijangos y González, « La doctrina del drittwirkung der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20, 2007, pp. 583-608.

<sup>22</sup> La Cour insiste particulièrement sur cet aspect depuis l'affaire Cour IDH, *Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Caicara (Operación Génesis) vs. Colombia*, exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens, 20 novembre 2013, série C, n° 270. Voir sur cet aspect, M. Rota, « Chronique de jurisprudence de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme. Années 2013-2014 », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n° 14, 2016, p. 162.

été fait. Les membres de la Cour de San José se sont d'ailleurs déplacés sur le territoire en cause, lors d'une visite *in situ* organisée par elle en 2019<sup>23</sup>, et ont clairement constaté qu'elles étaient toujours en place<sup>24</sup>.

S'agissant de la déforestation, elle constate que la Province a édicté deux décrets en 1991 qui ont d'une part ordonné la suspension des permis d'exploiter la forêt dont bénéficiaient les populations créoles sur les territoires en question et d'autre part déclaré les parcelles « aires de développement et de récupération environnementale » jusqu'à ce que les titres de propriétés soient établis<sup>25</sup>. En 2014 un nouveau décret a été adopté et restreint l'exploitation des ressources naturelles au strict nécessaire jusqu'à ce que les titres de propriétés soient établis<sup>26</sup>. Parallèlement à l'édiction de ces normes, l'Argentine a mis en place différents mécanismes de contrôle sur place pour éviter la coupe de bois clandestine<sup>27</sup>. Les représentants des victimes estiment cependant que ces contrôles n'ont pas toujours été mis en place et, lorsqu'ils l'ont été, ne se sont pas avérés efficaces, soulignant par ailleurs l'aggravation de la coupe illégale dans la région<sup>28</sup>. La Cour considère cependant que « son caractère clandestin ne permet pas de savoir dans quelle mesure [la coupe illégale] continue de se produire »<sup>29</sup>. Néanmoins, l'État n'ayant pas nié que de tels actes aient été commis, alors même qu'ils ont été dénoncés par les représentants des victimes, ayant engagé plusieurs procédures au niveau national et réclamé des contrôles plus effectifs<sup>30</sup>, elle accepte de reconnaître sa responsabilité<sup>31</sup>.

L'Argentine est donc reconnue comme responsable des violations des droits en cause, la Cour insistant par ailleurs sur sa lenteur, le bétail et les clôtures étant toujours en place près de vingt-huit ans après les premières revendications des peuples autochtones<sup>32</sup>. Il en découle une violation du droit à un environnement sain lu de manière combinée avec le droit à une alimentation adéquate, le droit à l'eau et le droit de participer à la vie culturelle, qualifiés d' « interdépendants »<sup>33</sup> mais surtout envisagés ici de manière autonome vis-à-vis du droit de propriété.

## **Partie II – Une violation autonome du droit à un environnement sain, à une alimentation adéquate, à l'eau et de participer à la vie culturelle, comme découlant de l'article 26 de la Convention**

Comme le constate le juge mexicain Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, un des principaux apports de cette décision est le fait que la Cour reconnaisse pour la première fois la violation des droits économiques sociaux, culturels et environnementaux

<sup>23</sup> Cour IDH, *Nuestra Tierra c. Argentine* », *loc. cit.*, 10.

<sup>24</sup> *Idem*, § 268.

<sup>25</sup> *Idem*, § 269.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Idem*, § 270.

<sup>29</sup> *Idem*, § 287.

<sup>30</sup> *Idem*, § 270.

<sup>31</sup> *Idem*, § 287.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Idem*, §§ 243-254.

(« DESCE »)<sup>34</sup> des peuples autochtones de manière autonome<sup>35</sup>. Si certes ces droits leur ont été reconnus, et ce depuis près de vingt ans, ce n'est que comme découlant de droits civils et politiques, tels que le droit de propriété. Depuis 2017, cependant, la Cour accepte de faire non seulement découler ce type de droits de l'article 26 de la Convention qui protège « le développement progressif des droits économiques, sociaux et culturels », mais aussi de reconnaître leur autonomie et justiciabilité directe devant elle<sup>36</sup>. Cette solution est ici étendue aux droits des peuples autochtones, bien qu'elle soit encore loin de faire l'unanimité, comme le démontre à l'envie les cinq opinions séparées qui traitent essentiellement de cette question<sup>37</sup> mais aussi son adoption avec la voix prépondérante de la présidente de la Cour<sup>38</sup>.

La Cour reprend alors sa nouvelle méthodologie selon laquelle elle doit, pour déceler l'existence de DESCE au travers de l'article 26, se saisir des droits consacrés par la Charte de l'Organisation des États Américains<sup>39</sup> – à laquelle se réfère cette disposition<sup>40</sup> – et, pour déterminer leur contenu, du *corpus iuris* international pertinent<sup>41</sup>. Cette méthodologie est ici affinée, la Cour rappelant que le texte même de la Charte de l'OEA doit être interprété en conformité avec l'article 29 de la Convention<sup>42</sup>, d'où découle une interprétation *pro persona*<sup>43</sup>, ainsi qu'une interprétation nécessairement évolutive des traités protégeant les droits humains<sup>44</sup>. Aussi, « en procédant de la sorte, la Cour se livre à une interprétation qui permet de mettre à jour le sens des droits dérivés de la Charte

<sup>34</sup> La Cour ajoute le qualificatif « environnementaux » à l'expression « droits économiques, sociaux et culturels » telle que consacrée par l'article 26 de la Convention depuis son opinion Cour IDH, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinion consultative n° OC-23/17, 15 novembre 2017, série A, n° 23 (ci-après « opinion OC-23/17 Medio ambiente y derechos humanos »).

<sup>35</sup> E. Ferrer Mac Greggor, opinion séparée sous Cour IDH, *Nuestra Tierra c. Argentine*, *loc. cit.*, § 4.

<sup>36</sup> Cour IDH, *Lagos del Campo c. Pérou*, exceptions préliminaires, fond, réparations et frais, 31 août 2017, série C, n° 340, § 142. Cette disposition, qui consacre le « développement progressif des droits économiques sociaux et culturels », est en elle-même ambiguë, en raison tant de sa rédaction (seul le « développement progressif » de ces droits est visé) et que de sa place dans l'économie générale de la Convention (l'article 26 est l'unique article d'un chapitre III consacré aux droits économiques, sociaux et culturels, lui-même inséré dans une partie I consacrée aux « obligations des États et des droits protégés »). Sur l'évolution de l'interprétation de cette disposition par la Cour, voir Marie Rota, « Protection régionale des droits humains et Covid 19. L'apport de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *CIVITAS EUROPA*, n° 45, 2020, pp. 178-182.

<sup>37</sup> Opinion séparée du juge Ferrer Mac-Gregor Poisot, opinion dissidente du juge Pazmiño Freire, opinions partiellement dissidentes des juges Sierra Porto et Vio Grossi et Pérez Manrique, sous Cour IDH, *Nuestra Tierra c. Argentine*, *loc. cit.*.

<sup>38</sup> Cour IDH, *Nuestra Tierra c. Argentine*, *loc. cit.*, point 3 du dispositif suivant l'intitulé « Declara ».

<sup>39</sup> Ci-après « OEA ».

<sup>40</sup> Cour IDH, *Lagos del Campo c. Pérou*, exceptions préliminaires, fond, réparations et frais, 31 août 2017, série C, n° 340, § 62. Cour IDH, *Nuestra Tierra c. Argentine*, *loc. cit.*, § 195.

<sup>41</sup> Cour IDH, *Nuestra Tierra c. Argentine*, *loc. cit.*, §§ 195-199.

<sup>42</sup> Selon cette disposition, intitulée « Normes d'interprétation », « Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme: a. Autorisant un Etat partie, un groupement ou un individu à supprimer la jouissance et l'exercice des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ou à les restreindre plus qu'il n'est prévu dans ladite Convention; b. restreignant la jouissance et l'exercice de tout droit ou de toute liberté reconnus par la législation d'un Etat partie ou dans une convention à laquelle cet Etat est partie; c. excluant d'autres droits et garanties inhérents à la personne humaine ou qui dérivent de la forme démocratique représentative de gouvernement; d. supprimant ou limitant les effets que peuvent avoir la Déclaration américaine des Droits et Devoirs de l'Homme et tous autres actes internationaux de même nature. »

<sup>43</sup> Cour IDH, *Nuestra Tierra c. Argentine*, *loc. cit.*, § 196.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

qui sont reconnus à l'article 26 de la Convention »<sup>45</sup>. Pour ce faire, elle se fonde sur des normes de droit tant international que de droit interne<sup>46</sup>, lui permettant de matérialiser l'existence d'un « consensus international »<sup>47</sup> sur lequel elle s'appuie pour consacrer l'existence d'un tel droit.

C'est pourquoi elle accepte de reconnaître des droits qui ne ressortent pourtant pas *expressis verbis* de la Charte de l'OEA. C'est le cas du droit à un environnement sain, la Cour confirmant l'interprétation extensive de la Charte à laquelle elle s'était livrée dans opinion OC-23/17 *Medio ambiente y derechos humanos*. Elle avait en effet considéré que « les articles 30, 31, 33 et 34 de la Charte consacrent une obligation pour les États de réaliser le 'développement intégré' de leurs peuples [, concept qui] a été défini par le Secrétariat exécutif au développement intégré de l'OEA (SEDI) comme 'le nom général donné à une série de politiques qui travaillent ensemble pour promouvoir le développement durable' [dont l'une des] dimensions [...] est précisément la sphère environnementale »<sup>48</sup> et listé tout un ensemble de normes internationales allant en ce sens pour consacrer le droit à un environnement sain<sup>49</sup>. Elle procède en l'espèce exactement de la même façon s'agissant du droit de participer à la vie culturelle, ainsi que du droit à une alimentation « adéquate »<sup>50</sup> qui figurent dans les articles 30, 45 f., 47 et 48 de la Charte d'une part et 34 j. d'autre part, formulés en tant qu'objectifs à atteindre par les États. Constatant néanmoins que différents instruments de l'OEA, du droit international ou encore de certains États les consacrent en tant que véritables « droit »<sup>51</sup>, elle n'hésite pas à interpréter ces dispositions au regard de ces différentes normes pour le faire découler en tant que tel de l'article 26.

Elle procède en revanche différemment s'agissant du droit à l'eau dont on ne trouve aucune trace dans la Charte. La Cour mobilise ici ce qu'on nomme en droit européen la « théorie de l'inhérence »<sup>52</sup>. Elle estime en effet que ce droit est nécessairement impliqué

<sup>45</sup> *Idem*, § 199.

<sup>46</sup> La Cour prend le soin de préciser qu'elle ne reconnaît d'ailleurs aucune hiérarchie entre ce type de normes, *idem*.

<sup>47</sup> M. Rota, *L'interprétation des Conventions américaine et européenne des droits de l'homme. Analyse comparée de la jurisprudence des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris, 2018, pp. 293-299.

<sup>48</sup> Cour IDH, opinion OC-23/17 *Medio ambiente y derechos humanos*, loc. cit., § 57 et note de bas de page n° 85.

<sup>49</sup> Pour une analyse de cette opinion, voir, entre autres, L. Burgorgue-Larsen, « Environnement et droits de l'homme : de l'audace du juge interaméricain des droits de l'homme », *Energie - Environnement - Infrastructures*, n°6, 2018, pp. 53-55 et L. Hennebel et H. Tigroudja, « Le droit à un environnement sain comme droit de l'homme. Observations sur l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, numéro 23, environnement et droits de l'homme », *Annuaire Français de Droit International*, n° 65, 2019, pp. 415-437.

<sup>50</sup> Notons que la version française de la Charte consacre l'objectif d'« alimentation équilibrée » là où la version espagnole mentionne celui de « nutrición adecuada ». L'adjectif « adéquat », retenu ensuite pour traduire la même expression espagnole dans les instruments internationaux et de l'OEA (tel que le Protocole de San Salvador par exemple) sera ici retenue.

<sup>51</sup> Cour IDH, *Nuestra Tierra c. Argentine*, loc. cit., §§ 211-215 pour ce qui est du droit à l'alimentation et §§ 232-236. Elle se réfère en effet à la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, au Protocole de San Salvador (Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels), à la Déclaration universelle des droits de l'homme, au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi qu'aux normes constitutionnelles des États américains allant en ce sens.

<sup>52</sup> F. Sudre, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP-G*, n° 28, 2001, p. 1367. Il s'agit d'un type de raisonnement tenu par la Cour par lequel elle affirme qu'une « garantie

par la reconnaissance d'autres reconnus par l'article 26 tels que le droit à un environnement sain, le droit à une alimentation adéquate ou encore le droit à la santé<sup>53</sup>. Ce droit est alors protégé par cette même disposition.

S'agissant du contenu de ces différents droits, la Cour s'en remet essentiellement aux développements du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies dont elle prend acte<sup>54</sup>. Il en ressort une portée large, surtout visible au regard du droit un environnement sain.

### **Partie III – La reconnaissance d'un droit à un environnement sain à la portée très large**

Cette affaire est particulièrement importante au regard du développement du droit à un environnement sain pour essentiellement deux raisons. Tout d'abord parce que c'est la première fois qu'elle reconnaît au contentieux la méconnaissance de ce droit qui n'est pas consacré explicitement dans la Convention américaine. La Cour l'avait certes décelé en 2017, mais seulement dans une opinion consultative<sup>55</sup>. La deuxième raison concerne sa portée, potentiellement très large. Elle réaffirme en effet ce qu'elle avait défendu avec force en 2017, à savoir que le droit à un environnement sain, « à la différence d'autres droits, protège les composantes de l'environnement comme les forêts, les fleuves, les mers et autres, en tant qu'intérêts juridiques en soi, y compris en l'absence de certitude ou de preuve concernant le risque d'atteintes aux personnes »<sup>56</sup>. Comme le constate Laurence Burgorgue-Larsen, dans la mesure où la Cour fait découler de ce droit une protection de la Nature et des différents éléments qui la composent en tant que tels, il pourrait s'agir d'une reconnaissance implicite de leur personnalité juridique<sup>57</sup>. Sans peut-être aller jusque-là, dans la mesure où le terme même d'« intérêt » renvoie à une démarche subjective qui, selon Jochen Sohnle, décline son objet en chose<sup>58</sup>, le fait même que l'intérêt visé ne soit pas économique est un réel progrès. On pourrait alors imaginer d'autres constructions juridiques, telles que leur reconnaissance en tant qu'objets méritant une protection spécifique.

Mais la portée de cette reconnaissance ne s'arrête pas à cet aspect. La Cour ajoute en effet que la large protection dont doit bénéficier le droit à un environnement sain tel qu'il découle de l'article 26 résulte de son « importance pour les autres organismes vivants avec lesquels [l'être humain] partage la planète »<sup>59</sup>. Il semble donc que la Cour

---

nouvelle est 'inhérente' au droit protégé, c'est-à-dire consubstantielle à ce dernier parce que nécessaire à son effectivité », *ibidem*.

<sup>53</sup> Cour IDH, *Nuestra Tierra c. Argentine* », *loc. cit.*, § 222.

<sup>54</sup> *Idem*, §§ 216-221 concernant le droit à l'alimentation, 226-230 concernant le droit à l'eau et 241-242 concernant le droit à l'identité culturelle.

<sup>55</sup> Opinion OC-23/17 *Medio ambiente y derechos humanos*, *loc. cit.*.

<sup>56</sup> Cour IDH, *Nuestra Tierra c. Argentine* », *loc. cit.*, § 203.

<sup>57</sup> L. Burgorgue-Larsen, « Environnement et droits de l'homme : de l'audace du juge interaméricain des droits de l'homme », *Energie - Environnement - Infrastructures*, n°6, 2018, p. 55.

<sup>58</sup> Selon Jochen Sohnle, seule la notion de valeur objective (donc inhérente, auquel le droit reconnaît sa propre dignité) justifie une personnalité juridique, J. Sohnle, « Le droit de la nature face à l'urgence climatique », in C. Cournil et C. Perruso (dir.), *Les droits de l'Homme au service de l'urgence climatique ?*, dossier spécial, *Journal européen des droits de l'homme. European Journal of Human Rights*, sous presse.

<sup>59</sup> Cour IDH, *Nuestra Tierra c. Argentine* », *loc. cit.*, § 203.

fasse la promotion d'une conception de l'environnement, qui, en premier lieu, sort de la perspective anthropocentrique que semblait pourtant appeler la logique de la protection de ce qu'on appelait alors les « droits de l'homme »<sup>60</sup>. Elle accepte aussi, en second lieu, de protéger l'environnement pour sa valeur intrinsèque, ce que préconise l'éthique environnementale, qui, étant fondé sur un dualisme (l'Être humain opposé à la Nature) tend à distinguer humanisme et naturalisme<sup>61</sup>. Mais en insistant sur l'interrelation, non seulement du vivant, mais de tous les éléments naturels entre eux, la Cour interaméricaine semble aller au-delà de cette dernière approche et appeler à une éthique relationnelle élargie « qui se règle sur les relations qu'entretiennent les différentes composantes, humaines et non humaines, d'un milieu de vie »<sup>62</sup>.

Sa jurisprudence se situe donc aux antipodes de celle de sa consœur européenne, largement centrée sur la personne humaine, qui s'explique par la perspective libérale et individualiste des droits humains dont fait la promotion mais aussi dans laquelle a été pensée le système conventionnel de protection des droits. Car même si une meilleure prise en compte du contexte qui entoure la personne – que nous appelons d'ailleurs de nos souhaits<sup>63</sup> – peut aboutir à une protection de son environnement et sa potentielle dégradation, seule la *personne humaine* peut, dans le système actuel, être considérée comme titulaire des droits conventionnellement protégés<sup>64</sup>. Envisager l'*Humanité* repensée à l'aune de l'éthique relationnelle comme nouveau sujet du droit de la Convention comme le fait ici la Cour interaméricaine nécessiterait un réel changement de paradigme, qui impliquerait un dépassement non seulement de la perspective philosophique des droits humains protégés par la Cour mais aussi des « limites structurelles » auxquelles elle fait face<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> Dans la philosophie libérale, c'est l'individu abstrait du siècle des Lumières qui, en raison de sa nature humaine, bénéficie de droits et libertés. Voir sur ce point et sur l'expression « droits humains » utilisée à la place de celle de « droits de l'homme », D. Roman, *La cause des droits. Écologie, progrès social et droits humains*, Dalloz, 2021, pp. 39-32.

<sup>61</sup> Voir sur ce point C. Larrère, « [De l'éthique du statut à l'éthique des relations](#) », *Les Possibles*, n° 26, Hiver 2020-2021, 15 décembre 2020 [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>62</sup> *Ibidem*. Voir, sur cette idée, M. Rota et J. Sohnle, « Droits humains et éthique relationnelle, l'apport de la jurisprudence de la Cour interaméricaine », *Journal International de Bioéthique*, en cours de publication.

<sup>63</sup> Voir, par exemple, M. Rota, « La notion de personne vulnérable dans la jurisprudence des Cours européennes et interaméricaine des droits de l'homme », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, n° 18, 2020, p. 46.

<sup>64</sup> Voir sur ce point, M. Rota, « La dignité : fondement du droit de la bioéthique dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme ? », *Journal International de Bioéthique*, 2020/4, pp. 41-55.

<sup>65</sup> E. Lambert, « Comment rendre crédible et effective la protection des droits humains écologiques par le Conseil de l'Europe ? », *RTDH*, n° 123, 2020, p. 619.

## Les « affaires polonaises » et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière d'État de droit

Johannes Vöhler\*

Le gouvernement polonais dirigé par le parti « Droit et Justice » (« PiS ») a placé de larges pans du système judiciaire polonais sous son contrôle politique avec les « réformes » judiciaires qu'il a entreprises depuis fin 2015. Le terme « réforme » est cependant trompeur ; il s'agit en fait d'une tentative de capture du pouvoir judiciaire par l'exécutif et le législatif. En l'absence d'une majorité qualifiée pour modifier la Constitution, le PiS agit en adoptant de nombreuses lois simples, qui ne déploient leur plein effet que dans leur interaction<sup>1</sup>.

Dans un premier temps, le PiS a placé le Tribunal constitutionnel sous son contrôle, de sorte que, selon la Cour européenne des droits de l'homme (« Cour EDH »), il ne peut plus être considéré comme étant un tribunal « établi par la loi » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (« Convention EDH »)<sup>2</sup>. Par conséquent, les « réformes » judiciaires qui ont suivi n'ont plus été soumises à un contrôle constitutionnel indépendant et légitime<sup>3</sup>. Dans un second temps, le PiS a instrumentalisé le Tribunal constitutionnel afin d'empêcher le contrôle des « réformes » judiciaires par la Cour de justice de l'Union européenne (« la Cour de justice » ou « la Cour ») et la Cour EDH. Ainsi, par sa décision du 7 octobre 2021, le Tribunal constitutionnel a déclaré inconstitutionnelles un certain nombre de dispositions du droit primaire de l'Union telles qu'interprétées par la Cour de justice, concernant l'indépendance des systèmes judiciaires des États membres<sup>4</sup>. Cette décision a été suivie d'une deuxième décision le 24 novembre 2021, dans laquelle le Tribunal constitutionnel a déclaré inconstitutionnel l'article 6 § 1 de la Convention EDH dans la mesure où il est appliqué, par la Cour EDH, au Tribunal constitutionnel lui-même<sup>5</sup>.

Au-delà de la prise de contrôle et de l'instrumentalisation du Tribunal constitutionnel, le PiS a fusionné la position du ministre de la Justice avec celle du procureur général en la personne de Zbigniew Ziobro, renforçant ainsi l'influence que ce dernier exerce sur

---

\* Étudiant en droit à l'Université de Fribourg, Allemagne et à l'Université de Strasbourg, dans le cadre d'un programme de double-diplôme franco-allemand. Cet article donne suite à un mémoire de recherche sous la direction de Prof. Dr. Paulina Starski et Madame la Professeure Catherine Haguenu-Moizard.

<sup>1</sup> Cf. Commission de Venise, Avis n°904/2017, CDL-AD(2017)031, 11 décembre 2017, point 131.

<sup>2</sup> Cf. Cour EDH, 7 mai 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*, n°4907/18.

<sup>3</sup> Cf. Commission européenne, Proposition motivée conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne concernant l'État de droit en Pologne, COM(2017) 835, 20 décembre 2017, points 91–113.

<sup>4</sup> Cf. Tribunal constitutionnel, 7 octobre 2021, K 3/21 ; pour une analyse de la décision v. J. Jaraczewski, « Gazing into the Abyss », *VerfBlog*, 12 octobre 2021 ; J. Atik, X. Groussot, « Constitutional attack or political feint ? – Poland's resort to lawfare in Case K 3/21 », *EU Law Live*, 18 octobre 2021 [dernière consultation le 13 mars 2022].

<sup>5</sup> Cf. Tribunal constitutionnel, 24 novembre 2021, K 6/21.

le pouvoir judiciaire<sup>6</sup>. Par la suite, celui-ci est intervenu dans des enquêtes en cours et a muté les procureurs qui n'agissent pas dans l'intérêt du gouvernement<sup>7</sup>. En outre, dans le cadre des « réformes » des juridictions de droit commun, il a révoqué et nommé plus de 100 présidents des juridictions, ce qui constitue une autre violation de la Convention EDH<sup>8</sup>. Les « réformes » du PiS visent également la procédure de nomination des juges, qui se déroule entre le conseil national de la magistrature (« la KRS »), qui propose un candidat, et le président, qui le nomme. Pour placer cette procédure de nomination sous son contrôle, le PiS a augmenté le nombre de membres de la KRS nommés par le pouvoir législatif ; la Cour de justice a par la suite constaté que la KRS modifiée manquait d'indépendance<sup>9</sup>. Dans le même temps, le président Andrzej Duda coopère pleinement avec le PiS en nommant les juges proposés par la KRS modifiée. Enfin, le PiS a mis en place un régime disciplinaire des juges, dont l'élément clé se trouve être la chambre disciplinaire, l'une des deux chambres nouvellement créées à la Cour suprême, dont le manque d'indépendance a été établi par la Cour EDH<sup>10</sup>.

Le déficit de l'État de droit en Pologne a donc pris des proportions systémiques ; la Commission européenne parle ainsi d'une « rupture structurelle » de l'indépendance et de l'impartialité du système judiciaire polonais<sup>11</sup>. Cette rupture a un impact considérable sur l'ensemble de l'ordre juridique de l'Union, de la garantie des droits individuels de l'Union à la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et à l'exécution des décisions de la Cour de justice. Une partie de la doctrine en droit de l'Union y voit déjà un « Polexit » juridique *de facto* : le retrait de la Pologne de l'UE<sup>12</sup>.

Pour contrer cette évolution, la voie politique s'est avérée jusqu'à présent inefficace du point de vue de l'Union. Au cours de la procédure de dialogue de deux ans du « cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit », le PiS n'a pas mis en œuvre les propositions de la Commission européenne<sup>13</sup>. La procédure de l'article 7 § 1 TUE, engagée par la suite par la Commission, n'a toujours pas abouti après plus de quatre ans. Le régime général de conditionnalité nouvellement introduit, grâce auquel les paiements du budget de l'UE peuvent être suspendus en raison de violations de l'État de droit qui portent atteinte à la bonne gestion financière du budget de l'Union, n'a pas encore été appliqué par la Commission.

<sup>6</sup> L'avocat général M. Bobek parle ainsi d'une « alliance “contre nature” », v. conclusions du 20 mai 2021 dans les affaires jointes *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim e.a.*, C-748/19 à C-754/19, ECLI:EU:C:2021:403, point 188.

<sup>7</sup> Cf. Commission de Venise, Avis n°892/2017, CDL-AD(2017)028, 11 décembre 2017, points 43–60 ; Civil Development Forum FOR, *Rule of law in Poland 2020: A diagnosis of the deterioration of the Rule of law from a comparative perspective*, août 2020, pp. 24–26.

<sup>8</sup> Cf. Cour EDH, 29 juin 2021, *Broda et Bojara c. Pologne*, n°26691/18 et n°27367/18 ; v. aussi, en ce qui concerne la délégation et la révocation des juges, CJUE, GC, 16 novembre 2021, *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim e.a.*, C-748/19 à C-754/19, ECLI:EU:C:2021:403.

<sup>9</sup> Cf. CJUE, GC, 15 juillet 2021, *Commission c. Pologne (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, point 108.

<sup>10</sup> Cf. Cour EDH, 22 juillet 2021, *Reczkowicz v. Poland*, n°43447/19 ; Cour EDH, 8 novembre 2021, *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland*, n°49868/19 et n°57511/19.

<sup>11</sup> Cf. l'arrêt *Commission c. Pologne (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19, préc., point 64.

<sup>12</sup> Cf. T. T. Konciewicz, « Polexit – Quo vadis, Polonia ? », *VerfBlog*, 3 août 2020 ; L. Pech *e.a.*, « Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action », *Hague Journal on the Rule of Law*, n°13, 2021, pp. 1–43, spéc. p. 41.

<sup>13</sup> Cf. *ibid.*, pp. 5–6.

Face à cet échec politique, la Cour de justice prend un rôle de plus en plus important : elle devient ainsi « gardien ultime de l'État de droit » autoproclamé<sup>14</sup>. Dans ce qu'il est devenu habituel d'appeler les « affaires polonaises »<sup>15</sup>, les affaires devant la Cour de justice concernant les « réformes » judiciaires polonaises, la Cour veille au respect de l'État de droit. À cette fin, elle a élaboré une jurisprudence en matière d'État de droit, c'est-à-dire une jurisprudence sur les garanties de l'État de droit en vertu du droit de l'Union<sup>16</sup>. Ce courant jurisprudentiel comporte des aspects procéduraux (**Partie I**) et des aspects substantiels (**Partie II**).

## **Partie I – Les aspects procéduraux de la jurisprudence en matière d'État de droit**

Dans le cadre des « affaires polonaises », le recours en manquement s'est avéré être la procédure la plus appropriée pour faire face au déficit systémique de l'État de droit<sup>17</sup> en Pologne, tandis que, par le biais de la procédure du renvoi préjudiciel, la Cour de justice a pu régler les conséquences de la situation polonaise sur les autres États membres (A). En raison de la non-exécution systématique par la Pologne des décisions de la Cour, l'imposition d'une astreinte en cas de non-respect d'une mesure provisoire est devenue un moyen de « pression » important pour garantir l'efficacité du droit de l'Union en Pologne (B).

### **A. Le recours en manquement, la procédure la plus appropriée pour faire face au démantèlement de l'État de droit en Pologne**

Pour aborder le déficit systémique de l'État de droit en Pologne, la Cour de justice dispose de deux voies procédurales : d'une part la voie directe qui s'effectue de haut en bas, par le biais du recours en manquement introduit par la Commission au titre de l'article 258 TFUE ou par un État membre au titre de l'article 259 TFUE ; d'autre part la voie indirecte qui se réalise du bas vers le haut, par le biais des saisines des juridictions nationales, conformément à la procédure du renvoi préjudiciel, prévue à l'article 267 TFUE.

Alors que la Commission a jusqu'à présent introduit quatre procédures en manquement contre la Pologne concernant l'État de droit, les juridictions polonaises indépendantes ont saisi la Cour de justice de multiples renvois préjudiciels par lesquels elles remettent en cause la légalité des « réformes » judiciaires. Par la suite, la Cour a habilité les juridictions nationales à se contrôler mutuellement quant à leur compatibilité avec les

---

<sup>14</sup> K. Lenaerts, « The court of justice and national courts : A dialogue based on mutual trust and judicial independence », in T. Grzybowski, M. Sarnowiec-Cisłak (eds.), *Application of the European Law in Jurisprudence*, Naczelny Sąd Administracyjny, Varsovie, 2019, pp. 167–179, spéc. p. 179.

<sup>15</sup> 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 », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 2020/03, 2020, pp. 639–657, spéc. p. 648.

<sup>16</sup> Pour une analyse approfondie de la jurisprudence en matière d'État de droit v. L. Pech et D. Kochenov, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice : A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, SIEPS Report 2021:3, Stockholm 2021.

<sup>17</sup> Ce terme a été forgé par A. von Bogdandy et M. Ioannidis, « Systemic Deficiency in the Rule of Law: What is it, What has been done, What can be done », *Common Market Law Review*, n°51, 2014, pp. 59–96.

exigences de l'État de droit en vertu du droit de l'Union<sup>18</sup>. Ainsi, elle a intégré les juridictions nationales dans la défense de l'État de droit au sein de l'Union<sup>19</sup>. Malgré cette coopération intensive avec les juridictions polonaises par le biais du renvoi préjudiciel, c'est la procédure en manquement qui, dans les arrêts rendus jusqu'à présent dans le cadre des « affaires polonaises », s'est avérée être la procédure la plus appropriée pour faire face au démantèlement de l'État de droit en Pologne. Cela est dû à la fois à la nature systémique du déficit de l'État de droit en Pologne et aux mesures perturbatrices prises par le gouvernement polonais, qui visent à empêcher les juridictions polonaises de saisir la Cour de justice pour contester les « réformes » judiciaires.

Tout d'abord, le recours en manquement permet à la Cour, du fait du contrôle général et abstrait qu'elle est appelée à exercer, de tenir compte de la nature systémique du déficit de l'État de droit en Pologne, sans qu'elle soit liée aux circonstances d'un cas concret. Ainsi, il facilite l'appréciation de l'effet cumulatif des « réformes » judiciaires. En revanche, le renvoi préjudiciel part d'un cas concret ; la question posée à la Cour par la juridiction nationale doit être pertinente pour la solution du litige au principal. Cette exigence de pertinence de la saisine est fatale aux juridictions polonaises lorsque, comme dans l'affaire *Miasto Łowicz*<sup>20</sup>, elles s'adressent à la Cour pour se protéger elles-mêmes contre des poursuites disciplinaires contraires au droit de l'Union, sans que les réponses à leurs questions préjudicielles soient toutefois pertinentes pour la solution du litige au principal. Bien que, selon une jurisprudence constante, la Cour présume la pertinence des questions préjudicielles, elle a déclaré ces renvois irrecevables pour manque de pertinence de la saisine<sup>21</sup>.

En outre, l'efficacité des décisions préjudicielles dans le cadre des « réformes » judiciaires est considérablement limitée par les mesures du gouvernement polonais. Ainsi, un juge qui renvoie une affaire à la Cour de justice peut faire l'objet de mesures disciplinaires, une pratique désormais explicitement reconnue par la loi dite « muselière » de 2019<sup>22</sup>. Avec la perte croissante d'indépendance des juridictions polonaises, le dialogue judiciaire entre la Pologne et le Luxembourg risque de se rompre, car les renvois à la Cour par les juridictions non indépendantes pourraient être rejetés comme irrecevables<sup>23</sup>. Enfin, le gouvernement polonais, avec l'aide du Tribunal constitutionnel sous emprise, refuse d'appliquer les jugements des juridictions polonaises qui sont rendus à la suite de décisions préjudicielles concernant

<sup>18</sup> Cf. CJUE, GC, 19 novembre 2019, *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, affaires jointes C-585/18, C-624/18 et C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982.

<sup>19</sup> Cf. J. Teysse, « La judiciarisation du contrôle du respect de l'État de droit : la Cour de justice au chevet des juges nationaux », *Revue trimestrielle de droit européen*, n°2020/01, 2020, pp. 23–42.

<sup>20</sup> CJUE, GC, 26 mars 2020, *Miasto Łowicz (Régime disciplinaire concernant les magistrats)*, C-558/18, C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234.

<sup>21</sup> Cf. *ibid.*, points 43–53.

<sup>22</sup> V., p. ex., le cas du juge Igor Tuleya, cf. M. Jałoszewski, « The 'Disciplinary Chamber' has suspended Judge Tuleya and allowed criminal charges to be brought against him », *Rule of Law in Poland*, 23 novembre 2020.

<sup>23</sup> V., cependant, CJUE, GC, 29 mars 2022, *Getin Noble Bank*, C-132/20, ECLI:EU:C:2022:235, points 66–75 ; approche critiquée par L. Pech, S. Platon, « How Not to Deal with Poland's Fake Judges' Requests for a Preliminary Ruling », *VerfBlog*, 28 juillet 2021.

l'indépendance du système judiciaire. Ceux-ci sont soit complètement ignorés, soit déclarés inconstitutionnels<sup>24</sup>.

Cependant, non seulement l'efficacité du renvoi préjudiciel, mais aussi celle du recours en manquement est limitée par les mesures prises par le gouvernement polonais. Ainsi, le PiS conteste la compétence de la Cour de justice dans les « affaires polonaises » et n'exécute pas ou seulement partiellement ses arrêts<sup>25</sup>. En outre, sur la base de la décision du Tribunal constitutionnel polonais du 7 octobre 2021, les arrêts de la Cour de justice relatifs aux « réformes » judiciaires pourraient être déclarés inconstitutionnels<sup>26</sup>.

Toutefois, à la différence du renvoi préjudiciel, le recours en manquement s'est révélé plus résistant aux mesures perturbatrices du gouvernement polonais. Ainsi, l'introduction et la mise en œuvre de la procédure ont lieu en dehors de la Pologne, sans que le gouvernement polonais puisse y exercer une quelconque influence. De plus, l'exécution des arrêts en manquement peut être renforcée par l'introduction d'un recours en manquement sur manquement selon l'article 260 § 2 TFUE. Ainsi, la Commission peut demander à la Cour de justice d'imposer une sanction financière à l'État membre concerné en cas de non-respect d'un arrêt en manquement. Le recours en manquement s'est donc avéré être la procédure la plus appropriée pour contrer le déficit systémique de l'État de droit en Pologne<sup>27</sup>.

Si le renvoi préjudiciel semble être moins approprié pour faire face aux « réformes » judiciaires polonaises, la Cour de justice règle, par le biais de cette procédure, les conséquences de la situation polonaise sur les autres États membres. Ainsi, la Cour n'est pas seulement saisie de renvois des juridictions polonaises sur les « réformes » judiciaires, mais aussi des juridictions non-polonaises concernant l'impact du déficit systémique de l'État de droit en Pologne sur la coopération judiciaire entre les États membres dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice (« ELSJ »). L'interdépendance des systèmes judiciaires des États membres fait que la violation systématique des garanties fondamentales de l'État de droit par un État membre a un impact sur tous les autres États membres. La coopération entre les États membres dans l'ELSJ est basée sur le principe de confiance mutuelle, qui impose à chaque État membre « de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit »<sup>28</sup>. Cependant, le respect du droit de l'Union ne peut plus être garanti par de larges pans du système judiciaire polonais en raison du manque d'indépendance des juridictions. La dérogation au principe de confiance mutuelle à l'égard de la Pologne risque donc de passer de l'exception à la règle, notamment dans le cadre du mandat d'arrêt européen. Ainsi, une personne qui doit être remise à la Pologne risque de voir

---

<sup>24</sup> Cf. Tribunal constitutionnel, 7 octobre 2021, K 3/21 ; L. Pech *e.a.*, « Poland's Rule of Law Breakdown : A Five-Year Assessment of EU's (In)Action », préc., pp. 8–11.

<sup>25</sup> Cf. *ibid.*, pp. 14–16 ; M. Udrescu, « Nouvelle passe d'armes entre la Pologne et Bruxelles sur l'État de droit », *Le Monde*, 18 août 2021.

<sup>26</sup> Cf. Tribunal constitutionnel, 7 octobre 2021, K 3/21.

<sup>27</sup> Cf. M. Bobek, conclusions du 17 juin 2021 dans l'affaire *Ministerstwo Sprawiedliwości*, C-55/20, ECLI:EU:C:2021:500, point 146.

<sup>28</sup> CJUE, ass. plén., *Adhésion de l'Union à la CEDH*, Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, point 191.

ses droits fondamentaux violés devant les juridictions polonaises, en particulier son droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant en vertu de l'article 47 al. 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« la Charte »). La Cour se trouve donc dans la position difficile de préserver les personnes concernées de ce risque sans vider de sa substance le principe de confiance mutuelle envers la Pologne. Pour préserver cet équilibre, la Cour habilite les juridictions nationales dans son arrêt *LM* de 2018 à exercer un contrôle décentralisé de l'État de droit<sup>29</sup>. Ainsi, sur la base d'une appréciation au cas par cas, les juridictions nationales peuvent suspendre la remise d'une personne à l'État d'émission, si un risque réel de violation de l'article 47 al. 2 de la Charte se manifeste non seulement *in abstracto*, par des défaillances systémiques ou généralisées de l'indépendance des juridictions de l'État d'émission, mais aussi *in concreto*, dans le cas de la personne recherchée<sup>30</sup>. Cependant, comme il est difficile de prouver l'existence d'un risque réel *in concreto*, la suspension d'une remise reste plutôt une réserve théorique<sup>31</sup>. En exigeant un tel examen en deux étapes, abstrait et concret, la Cour fixe des obstacles élevés pour la suspension d'une remise<sup>32</sup>. Ainsi, la Cour donne la priorité au maintien de l'intégration juridique au prix d'éventuelles violations des droits fondamentaux des individus.

### **B. L'imposition d'une astreinte en cas de non-respect d'une mesure provisoire, un moyen important pour garantir l'efficacité des décisions de la Cour de justice**

Si le recours en manquement semble plus approprié que le renvoi préjudiciel pour aborder les « réformes » judiciaires, certains facteurs risquent cependant de limiter son efficacité. En effet, le recours en manquement est une procédure hautement politique et d'une longue durée. Son introduction n'est pas obligatoire, mais reste à la discrétion de la Commission européenne ou des États membres. Avec sa phase précontentieuse, le recours en manquement est d'abord orienté vers un échange constructif entre la Commission et l'État membre concerné. Cependant, dans le cas de la Pologne, le dialogue s'est avéré totalement inefficace comme moyen de résolution des conflits : la Pologne n'a pas mis en œuvre une seule des exigences formulées par la Commission lors des phases précontentieuses des quatre recours en manquement introduits à ce jour<sup>33</sup>. Si le recours atteint finalement la Cour de justice, la phase contentieuse est longue en raison de son caractère contradictoire : dans deux des trois recours en manquement jugés jusqu'à présent dans le cadre des « affaires polonaises », il s'est écoulé environ 20 mois entre l'introduction du recours et l'arrêt définitif<sup>34</sup>. Toutefois, la détérioration

<sup>29</sup> Cf. CJUE, GC, 25 juillet 2018, *LM*, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 ; cette jurisprudence a été confirmée dans l'arrêt CJUE, GC, 17 décembre 2020, *L et P*, C-354/20 PPU et C-412/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:1033 ; pour une analyse approfondie de l'arrêt *LM v. F. Benoît-Rohmer*, « La Pologne, la Cour de Justice et l'État de droit : une histoire sans fin ? », *Europe des Droits & Libertés*, n° 1, 2020, pp. 136–151, spéc. pp. 140–143.

<sup>30</sup> Cf. *ibid.*, pp. 141–142.

<sup>31</sup> Cf. P. Bard, W. van Ballegooij, « The CJEU in the Celmer case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law Within the EU », *VerfBlog*, 29 juillet 2018.

<sup>32</sup> Cf. v. Bogdandy *e.a.*, « Drawing Red Lines and Giving (Some) Bite – the CJEU's Deficiencies Judgment on the European Rule of Law », *VerfBlog*, 3 août 2018.

<sup>33</sup> Cf. L. Pech *e.a.*, « Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action », préc., pp. 21–24.

<sup>34</sup> V. les arrêts CJUE, GC, 5 novembre 2019, *Commission c. Pologne (Indépendance des juridictions de droit commun)*, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 et *Commission c. Pologne (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19,

rapide de la situation de l'État de droit polonais exige une réponse de l'Union dans les plus brefs délais ; la longueur de la procédure risque d'affaiblir l'efficacité de l'arrêt définitif<sup>35</sup>.

Afin d'éviter que la longue durée du recours en manquement ne crée une lacune dans le système de protection juridique de l'Union, l'article 279 TFUE prévoit la possibilité d'une procédure de référé. Cette disposition permet à la Cour de justice, à la demande de la Commission européenne et dans les conditions cumulatives de nécessité et d'urgence d'une mesure provisoire, d'obliger l'État concerné à prendre certaines mesures jusqu'au prononcé de l'arrêt définitif. De cette façon, l'efficacité du jugement final peut être garantie malgré la longue durée de la procédure principale. Dans le cadre des « affaires polonaises », trois mesures provisoires ont déjà été prescrites, dans un délai moyen de moins de trois mois après leur demande<sup>36</sup>. Cependant, la non-exécution systématique par le gouvernement polonais des mesures provisoires prises par la Cour a mis en évidence leur manque de force exécutoire. Tant dans les procédures concernant l'État de droit que dans les litiges relatifs au droit environnemental de l'Union, les autorités polonaises ont refusé de mettre pleinement en œuvre les mesures ordonnées<sup>37</sup>. En outre, le Tribunal constitutionnel a déclaré inconstitutionnelles les mesures provisoires de la Cour de justice, dans la mesure où elles concernent le système judiciaire polonais<sup>38</sup>. La Cour a eu l'occasion de réagir à ce non-respect systématique par la Pologne dans trois affaires successives.

Dans la première affaire, *Forêt de Białowieża*, il s'agit d'un recours en manquement engagé par la Commission européenne contre la Pologne, qui concerne la gestion d'un district forestier protégé par le droit de l'Union<sup>39</sup>. Dans son ordonnance de référé du 20 novembre 2017, la Cour de justice évoque pour la première fois la possibilité d'imposer une astreinte d'au moins 100 000 € par jour en cas de non-respect des mesures provisoires. Quinze jours après le prononcé des mesures provisoires, la Commission peut lui demander de prononcer une telle astreinte en cas d'infraction. La Cour justifie cette voie de recours exceptionnelle par la nécessité d'assurer l'application effective du droit de l'Union, qui est inhérente à la valeur de l'État de droit consacrée à l'article 2 TUE<sup>40</sup>. Le prononcé d'une astreinte en cas de non-respect d'une mesure provisoire peut donc être considéré comme la réalisation procédurale du principe de l'État de droit. Toutefois, le caractère drastique d'une telle mesure doit être pris en compte : pour le prononcé d'une astreinte, il suffit qu'une mesure provisoirement ordonnée soit violée,

---

préc. ; cependant, une procédure accélérée a été ordonnée dans l'affaire CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531.

<sup>35</sup> Cf. A. Bodnar, P. Filipek, « Time Is of the Essence », *VerfBlog*, 30 novembre 2020.

<sup>36</sup> V. les ordonnances CJUE, GC, 17 décembre 2018, *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:1021, ainsi que CJUE, GC, 8 avril 2020, *Commission c. Pologne (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277, et CJUE, GC, 14 juillet 2021, *Commission c. Pologne*, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:593.

<sup>37</sup> Cf. D. Tilles, « Poland fined €1 million a day by EU for not suspending disciplinary chamber for judges », *Notes from Poland*, 27 octobre 2021 ; *id.*, « Polish government hits out at “colonial” EU court order to close coal mine », *Notes from Poland*, 21 mai 2021 ; T. T. Koncewicz, « The Białowieża case. A Tragedy in Six Acts », *VerfBlog*, 17 mai 2018.

<sup>38</sup> Cf. Tribunal constitutionnel, 14 juillet 2021, P 7/20.

<sup>39</sup> CJUE, GC, 27 juillet 2017, *Commission c. Pologne (Forêt de Białowieża)*, C-441/17 R, ECLI:EU:2017:877.

<sup>40</sup> Cf. *ibid.*, point 102.

ce qui repose sur l'appréciation seule du juge des référés, faite dans les plus brefs délais. Dans ces conditions, une telle astreinte ne peut être qu'une mesure de dernier ressort.

Bien que la Cour indique dans l'affaire *Forêt de Białowieża* la voie à suivre pour une mise en œuvre efficace des mesures provisoires, la Commission ne demande pas l'imposition d'une astreinte à la Pologne, malgré le non-respect des mesures provisoires par celle-ci. C'est un État membre qui fait usage pour la première fois de la nouvelle voie de recours. Le point de départ de cette deuxième affaire, *Mine de Turów*, est également un recours en manquement en matière de droit de l'environnement, dans le cadre duquel la République tchèque avait demandé avec succès à la Cour une mesure provisoire selon laquelle la Pologne devait cesser immédiatement l'extraction du lignite dans la mine de Turów, située près de la frontière polono-tchèque<sup>41</sup>. Cependant, cette fois-ci, après le refus de la Pologne de se conformer aux mesures provisoires, la Cour, à la demande de la République tchèque, a imposé le 20 septembre 2021 une astreinte journalière de 500 000 € à la Pologne<sup>42</sup>. Ce faisant, la Cour précise également les modalités de fixation du montant de l'astreinte : ainsi, l'astreinte doit être « adaptée aux circonstances et [...] proportionnée au manquement constaté ainsi qu'à la capacité de paiement »<sup>43</sup> de l'État membre. Cela correspond à l'approche de la Cour de justice dans le cadre du recours en manquement sur manquement selon l'article 260 § 2 TFUE<sup>44</sup>.

C'est dans la troisième affaire, *Commission c. Pologne*, que la Cour prévoit pour la première fois l'imposition d'une astreinte dans le cadre des « affaires polonaises »<sup>45</sup>. La Pologne avait refusé de se conformer à l'ordonnance rendu par la Cour le 15 juillet 2021 et de mettre fin aux activités de la chambre disciplinaire de la Cour suprême ainsi que d'accorder aux juridictions polonaises la compétence de contrôler les garanties de l'État de droit en vertu du droit de l'Union auprès d'autres juridictions nationales<sup>46</sup>. À la suite d'une demande de la Commission, la Cour impose donc dans son ordonnance du 27 octobre 2021 une astreinte journalière de 1 000 000 € à la Pologne. Pour justifier ce montant inédit, la Cour indique que la non-exécution des mesures provisoires par la Pologne risquait de « causer un préjudice grave et irréparable à l'ordre juridique de l'Union et, partant, aux droits que les justiciables tirent du droit de l'Union ainsi qu'aux valeurs, énoncées à l'article 2 TUE, [...], notamment celle de l'État de droit »<sup>47</sup>.

Les trois affaires susmentionnées sont à ce jour les seules dans lesquelles la Cour a statué sur l'imposition d'une astreinte pour non-respect de mesures provisoires. Le fait qu'elles soient toutes dirigées contre la Pologne n'est pas un hasard, mais le résultat du refus systématique de la Pologne de se conformer aux décisions de la Cour. Ainsi, la Pologne refuse même de payer les astreintes imposées dans l'affaire *Mine de Turów* et par

<sup>41</sup> CJUE, 21 mai 2021, *République tchèque c. Pologne (Mine de Turów)*, C-121/21 R, ECLI:EU:C:2021:420.

<sup>42</sup> CJUE, GC, 20 septembre 2021, *République tchèque c. Pologne (Mine de Turów)*, C-121/21 R, ECLI:EU:C:2021:752.

<sup>43</sup> *Ibid.*, point 50.

<sup>44</sup> Ainsi, la Cour fait référence à son arrêt *Commission c. Belgique (Revenus immobiliers étrangers)*, C-824/19, ECLI:EU:C:2020:915, points 63 et 64.

<sup>45</sup> CJUE, GC, 27 octobre 2021, *Commission c. Pologne*, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:878.

<sup>46</sup> Cf. l'ordonnance du 14 juillet 2021, *Commission c. Pologne*, C-204/21 R, préc. ; pour une analyse approfondie de cette ordonnance v. *infra*, II. B.

<sup>47</sup> Ordonnance du 27 octobre 2021, *Commission c. Pologne*, C-204/21 R, préc., point 58.

l'ordonnance du 27 octobre 2021. En conséquence, la Commission a annoncé qu'elle réduira les paiements effectués à la Pologne au titre du budget de l'UE à hauteur des impayés<sup>48</sup>.

Par l'imposition d'une astreinte en cas de non-respect d'une mesure provisoire, la Cour ne renforce pas seulement l'efficacité de la procédure en référé, mais aussi celle du recours en manquement, qui constitue la procédure principale. Ainsi, avec l'ordonnance du 27 octobre 2021, l'imposition d'une astreinte est devenue un moyen important pour faire face à la non-exécution des décisions de la Cour par la Pologne dans le cadre des « affaires polonaises ».

## **Partie II – Les aspects substantiels de la jurisprudence en matière d'État de droit**

Sur le fond, la Cour de justice montre la voie à suivre à la Commission européenne et assume ainsi un rôle de pionnier. Avec son arrêt historique *ASJP*, la Cour pose les bases d'un contrôle de l'État de droit, qu'elle continue à développer dans la jurisprudence ultérieure, notamment dans son arrêt *Repubblika* (A). Ces aspects substantiels trouvent leur application, en combinaison avec les aspects formels démontrés, dans la jurisprudence récente dans le cadre des « affaires polonaises », ce qui permet un contrôle efficace et renforcé de l'État de droit (B).

### **A. Les arrêts *ASJP* et *Repubblika*: le fondement substantiel de la jurisprudence en matière d'État de droit**

Ce n'est pas dans les « affaires polonaises » que la Cour de justice crée le fondement substantiel de sa jurisprudence en matière d'État de droit, mais dans deux renvois préjudiciels, à première vue plutôt anodins, d'origine portugais et maltais.

Dans ces deux arrêts, *ASJP* et *Repubblika*<sup>49</sup>, la Cour procède de manière similaire : elle introduit une nouvelle base juridique du droit de l'Union permettant un contrôle de l'État de droit dans les États membres, pour ensuite conclure à une non-violation dans le cas d'espèce. Cependant, les deux arrêts diffèrent par rapport à leur contenu et au contexte dans lequel ils ont été rendus : alors que l'arrêt *ASJP*, rendu en février 2018 dans la perspective des « affaires polonaises » imminentes, marque la naissance de la jurisprudence en matière d'État de droit, l'arrêt *Repubblika*, rendu en avril 2021, repose sur une jurisprudence désormais constante en matière d'État de droit et ouvre des nouveaux chemins dans la mise en œuvre des valeurs fondamentales de l'Union, même au-delà de l'État de droit.

Dans l'affaire *ASJP*, la Cour administrative suprême portugaise demande à la Cour de justice si le principe d'indépendance des juges s'oppose à l'application aux juges d'une

---

<sup>48</sup> Cf. L. Bayer, « Commission moves to cut Polish funds over unpaid coal mine fine », *Politico*, 8 février 2022 ; *id.*, « Brussels to Warsaw: Pay up! », *Politico*, 20 janvier 2022.

<sup>49</sup> CJUE, GC, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (« *ASJP* »), C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 ; CJUE, GC, 20 avril 2021, *Repubblika*, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311.

réduction des rémunérations dans la fonction publique<sup>50</sup>. La Cour de justice saisit cette occasion pour appliquer, pour la première fois, l'article 19 § 1 al. 2 TUE afin de contrôler l'État de droit dans un État membre au regard du droit de l'Union. À son avis, cette disposition « concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE »<sup>51</sup>. Renforcé par ce lien avec une valeur fondamentale de l'Union, l'article 19 § 1 al. 2 TUE fait naître l'obligation pour les États membres de garantir une protection juridictionnelle effective, ce qui inclut, entre autres, les garanties d'indépendance et d'impartialité des juges. Cette obligation s'applique dans les domaines couverts par le droit de l'Union et donc à toutes les juridictions nationales qui peuvent être saisies – indépendamment du cas concret – de questions relatives à l'application ou l'interprétation du droit de l'Union. La Cour de justice donne ainsi à l'article 19 § 1 al. 2 TUE un champ d'application presque illimité. Par conséquent, non seulement les particuliers peuvent invoquer directement cet article, comme l'ont fait les juges portugais dans l'affaire initiale, mais l'article 19 § 1 al. 2 TUE permet aussi un contrôle abstrait du système judiciaire d'un État membre, comme opéré ensuite par la Commission dans les recours en manquement concernant les « réformes » judiciaires polonaises<sup>52</sup>.

Alors que l'article 19 § 1 al. 2 TUE devient la norme centrale de la jurisprudence en matière d'État de droit, l'article 47 de la Charte est marginalisé dans l'arrêt *ASJP*<sup>53</sup>. Ainsi, la Cour de justice utilise l'article 47 uniquement comme une aide à l'interprétation de l'article 19 § 1 al. 2 TUE. Selon la première phrase de l'article 51 § 1 de la Charte, les droits garantis par la Charte trouvent seulement à s'appliquer lorsque le droit de l'Union est mis en œuvre. Dans le droit national relatif à l'organisation de la justice, qui est concerné par les « réformes » judiciaires et qui relève de la compétence des États membres, cette condition d'applicabilité n'est cependant régulièrement pas remplie<sup>54</sup>. En outre, l'article 47 de la Charte, en tant que droit subjectif, suppose toujours une violation d'un intérêt juridique dans le cas individuel<sup>55</sup>. Sur le plan formel, abordé précédemment, cela correspond à la liaison du renvoi préjudiciel à un cas concret. Toutefois, comme le recours en manquement s'est avéré mieux approprié que le renvoi préjudiciel pour examiner les « réformes » judiciaires en ce qu'il permet un contrôle abstrait des mesures générales, l'article 19 § 1 al. 2 TUE fournit une base juridique plus appropriée que l'article 47 de la Charte, en raison de son applicabilité hors du cas concret<sup>56</sup>. Comme les garanties matérielles de l'article 47 de la Charte sont pleinement comprises dans l'article 19 § 1 al. 2 TUE, le faible rôle de l'article 47 de la Charte n'a

<sup>50</sup> Pour une analyse approfondie de l'arrêt v. F. Benoît-Rohmer, « La Pologne, la Cour de Justice et l'État de droit : une histoire sans fin ? », préc., pp. 138–140.

<sup>51</sup> Cf. l'arrêt *ASJP*, C-64/16, préc., point 32.

<sup>52</sup> Cf. l'arrêt *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, C-619/18, préc., point 32 ; l'arrêt *Commission c. Pologne (Indépendance des juridictions de droit commun)*, C-192/18, préc., point 85.

<sup>53</sup> Cf. L. Pech et S. Platon, « Judicial Independence under Threat: The Court of Justice to the Rescue in the ASJP Case », *Common Market Law Review*, n°55, 2018, pp. 1827–1854, spéc. p. 1836.

<sup>54</sup> V., entre autres, les arrêts *Commission c. Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, C-619/18, préc., *Commission c. Pologne (Indépendance des juridictions de droit commun)*, C-192/18, préc., et *Commission c. Pologne (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19, préc.

<sup>55</sup> Cf. J. Morijn, D. Kochenov, « Le rôle de la Charte dans la lutte pour l'État de droit au sein de l'Union européenne », *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series*, n°37, 2020, pp. 18–19.

<sup>56</sup> Si les deux normes sont applicables dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, la Cour se réfère à l'article 47 de la Charte comme *lex specialis*, v. l'arrêt *A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême)*, affaires jointes C-585/18, C-624/18 et C-625/18, préc., point 169.

pas de conséquences négatives pour la protection juridique de l'individu. Au contraire, les garanties de l'article 47 de la Charte sont renforcées en devenant partie du standard minimal généralement applicable de l'État de droit en vertu du droit de l'Union via l'article 19 § 1 al. 2 TUE.

Bien que la Cour de justice ait déjà fait référence à l'article 2 TUE dans l'arrêt *ASJP* – en tant que valeur concrétisée par l'article 19 § 1 al. 2 TUE – ce n'est que dans l'arrêt *Repubblika* qu'elle jette les bases pour une application directe et indépendante de cette norme fondamentale de l'Union<sup>57</sup>. Dans cette affaire, un tribunal maltais pose des questions concernant la procédure de nomination des juges, qui est inchangée dans la Constitution maltaise depuis 1964. Elle prévoit que le Premier ministre peut nommer des juges à sa discrétion, à condition qu'ils répondent à certaines conditions d'expérience professionnelle. En outre, depuis 2016, une commission indépendante des nominations judiciaires est sollicitée et peut soumettre des propositions de candidats au Premier ministre, qui ne peut s'en écarter que par une déclaration motivée. Le tribunal demande, si cette procédure de nomination est compatible avec les garanties de l'État de droit prévues par l'article 19 § 1 al. 2 TUE.

Après avoir rappelé sa jurisprudence antérieure en matière d'État de droit, la Cour aborde le fait que les dispositions pertinentes de la Constitution maltaise existaient déjà lors de l'adhésion de Malte à l'UE en 2004 et qu'elles sont restées inchangées depuis lors, à l'exception de l'introduction de ladite commission. Toutefois, selon l'article 49 TUE, l'adhésion à l'Union est subordonnée au respect des valeurs de l'article 2 TUE<sup>58</sup>. Avec son adhésion, Malte a donc volontairement et de son propre chef adopté les valeurs de l'article 2 TUE. Cet engagement continu, en liaison avec le rôle fondamental du respect des valeurs de l'article 2 TUE pour l'ordre juridique de l'Union, donne lieu à un principe de non-régression, en conséquence duquel les États membres ne peuvent modifier leur législation de manière à diminuer la protection de la valeur de l'État de droit offerte par l'article 2 TUE<sup>59</sup>. Il s'ensuit que les États membres doivent s'abstenir d'adopter des règles qui viendraient porter atteinte à l'indépendance des juges. Dans le cas de Malte, cependant, aucune régression de la protection de l'État de droit n'a pu être constatée dans la procédure de nomination des juges ; au contraire, l'introduction de ladite commission en 2016 a renforcé la garantie de l'indépendance des juges.

La Cour de justice effectue ainsi un double test dans l'affaire *Repubblika* : d'une part, le test, déjà établi, du respect du standard minimal de l'État de droit au titre de l'article 19 § 1 al. 2 TUE et, d'autre part, le test, inédit, de la non-régression en matière

---

<sup>57</sup> Pour une analyse approfondie de l'arrêt *Repubblika v. M. Leloup, D. Kochenov, A. Dimitrovs*, « Opening the Door to Solving the “Copenhagen Dilemma”? All Eyes on *Repubblika v Il-Prim Ministru* », *European Law Review*, n°46(5), 2021, pp. 692–703.

<sup>58</sup> Les valeurs de l'Union trouvent leur origine dans les conditions d'adhésion, dites « critères de Copenhague ».

<sup>59</sup> La juge rapporteure dans cette affaire, L. S. Rossi, plaide déjà en 2020 en faveur d'une interprétation de l'article 2 TUE, selon laquelle cet article, en tant que « clause de *standstill* », oblige les États membres à maintenir le standard minimal de l'État de droit dès leur adhésion à l'UE, cf. 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 », préc., pp. 654–657.

de protection de l'État de droit au titre de l'article 2 TUE<sup>60</sup>. De cette manière, la Cour complète sa norme de contrôle, centrale et uniforme, du standard minimal de l'État de droit par une norme de contrôle, décentralisée et spécifique à l'État membre, du principe de non-régression.

L'arrêt *Repubblika* revêt une importance particulière pour la Pologne. En effet, les « réformes » judiciaires constituent une régression dans le développement, encore récent, de l'État de droit polonais<sup>61</sup>. Avec l'arrêt *Repubblika*, comme précédemment avec l'arrêt *ASJP*, la Cour offre à la Commission une base juridique sur laquelle des recours en manquement pourraient être introduits pour défendre l'État de droit polonais. Cependant, le potentiel du principe de non-régression va bien au-delà de la protection de la valeur de l'État de droit : ainsi, il pourrait servir comme base juridique pour un contrôle d'autres valeurs de l'article 2 TUE dans les États-membres, comme le respect des droits de l'homme<sup>62</sup>.

## **B. Le régime disciplinaire des juges polonais à l'épreuve de la Cour de justice**

Dans la jurisprudence récente relative aux « affaires polonaises », la Cour de justice s'est penchée sur le système disciplinaire des juges, élément central des « réformes » judiciaires, dans deux décisions des 14 et 15 juillet 2021<sup>63</sup>.

L'arrêt *Commission c. Pologne (Régime disciplinaire des juges)* du 15 juillet 2021 est le troisième arrêt définitif de la Cour de justice dans un recours en manquement concernant le système judiciaire polonais. Dans cette procédure, initiée en 2019 par l'ancien commissaire à l'État de droit, Frans Timmermans, des mesures provisoires ont été rendues par la Cour le 8 avril 2020. Celles-ci prévoyaient que la Pologne devait immédiatement suspendre l'application des dispositions sur lesquelles la chambre disciplinaire de la Cour suprême, nouvellement créée, fonde sa compétence dans les procédures disciplinaires à l'encontre des juges<sup>64</sup>. Dans son arrêt final, la Cour confirme le manque d'indépendance de la chambre disciplinaire, déclarant ainsi, pour la première fois, que l'organisation d'une chambre au sein d'une juridiction nationale est contraire au droit de l'Union. Au lieu d'examiner l'indépendance de la chambre disciplinaire de manière isolée, la Cour l'évalue dans le « contexte plus global de réformes » judiciaires, en se concentrant en particulier sur la procédure de nomination des juges ainsi que sur

---

<sup>60</sup> À l'avis de M. Leloup, D. Kochenov et A. Dimitrovs, la Cour opère une application conjointe des articles 2 et 49 TUE, « Opening the Door to Solving the “Copenhagen Dilemma”? All Eyes on *Repubblika v Il-Prim Ministru* », préc., p. 694 ; Pour une application seule de l'article 2 TUE, v. l'arrêt *Commission c. Pologne (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19, préc., point 51 ainsi que 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 », préc., pp. 654–657.

<sup>61</sup> Cf. M. Leloup, D. Kochenov et A. Dimitrovs, « Opening the Door to Solving the “Copenhagen Dilemma”? All Eyes on *Repubblika v Il-Prim Ministru* », préc., p. 702.

<sup>62</sup> Cf. *ibid.*, p. 701 ; v. ainsi Commission européenne, « Valeurs fondatrices de l'UE : la Commission ouvre des procédures contre la Hongrie et la Pologne pour violation des droits fondamentaux des personnes LGBTIQ », communiqué de presse, 15 juillet 2021.

<sup>63</sup> Cf. l'ordonnance du 14 juillet 2021, *Commission c. Pologne*, C-204/21 R, préc., et l'arrêt *Commission c. Pologne (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19, préc.

<sup>64</sup> Cf. l'ordonnance du 8 avril 2020, *Commission c. Pologne (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19 R, préc.

la KRS sous emprise, dont elle constate à titre incident le manque d'indépendance<sup>65</sup>. La Cour fonde ce contrôle abstrait sur l'article 19 § 1 al. 2 TUE, alors qu'elle utilise l'article 47 de la Charte de nouveau uniquement comme une aide à l'interprétation.

Cependant, l'étendue du contrôle dans le cadre du recours en manquement s'étend au-delà de la chambre disciplinaire. Ainsi, la Cour accueille un autre grief de la Commission tenant à la poursuite disciplinaire des juges sur la base du contenu de décisions judiciaires. Si la sauvegarde de l'indépendance des juges ne doit pas exclure totalement le contrôle de décisions judiciaires, ce contrôle doit être limité aux cas « tout à fait exceptionnels [...] d'éventuelles conduites graves et totalement inexcusables » par des juges<sup>66</sup>. Cette différenciation opérée par la Cour montre que dans le cadre des « affaires polonaises », elle garde aussi à l'esprit les systèmes judiciaires des autres États membres. En l'espèce, cependant, les règles qui définissent l'infraction disciplinaire ne sont pas suffisamment claires et précises pour exclure qu'elles soient utilisées aux fins d'influencer les décisions judiciaires et de générer des pressions et un « effet dissuasif »<sup>67</sup> à l'égard des juges. Cela, comme la création de la chambre disciplinaire, constitue non seulement une violation de l'article 19 § 1 al. 2 TUE, mais aussi une régression de la protection de l'État de droit et donc une violation de l'article 2 TUE. La Cour de justice constate ainsi pour la première fois une violation du principe de non-régression, introduit dans son arrêt *Repubblika*. Toutefois, cette constatation n'est qu'un *obiter dictum*, car l'action de la Commission européenne n'est pas fondée sur une violation de l'article 2 TUE.

La Cour accueille également deux autres griefs de la Commission concernant le système disciplinaire des juges : ainsi, le fait de confier au pouvoir discrétionnaire du président de la chambre disciplinaire la désignation des tribunaux disciplinaires compétents en première instance, conduit à ce que les affaires disciplinaires ne soient plus tranchées par un tribunal « établi par la loi » ; en plus, les droits de la défense des juges concernés dans le cadre d'une procédure disciplinaire ne sont pas respectés. C'est ici que le rôle de la Charte est mis en évidence : bien que la Cour fonde l'examen des deux griefs sur l'article 19 § 1 al. 2 TUE, les garanties substantielles pertinentes – un tribunal « établi par la loi » et le respect des droits de la défense – découlent des articles 47 al. 2 et 48 al. 2 de la Charte, qui correspondent eux-mêmes à l'article 6 § 1 et 3 de la Convention EDH. Comme l'a suggéré l'avocat général Evgeni Tanchev, la Cour reconnaît ainsi que l'article 19 § 1 al. 2 TUE assure non seulement les garanties de l'article 47 de la Charte, mais aussi celles de l'article 48 de la Charte<sup>68</sup>. Les droits fondamentaux judiciaires des articles 47 et 48 de la Charte servent donc de fondement matériel à l'article 19 § 1 al. 2 TUE et constituent, en même temps, un lien avec l'article 6 de la Convention EDH et avec la jurisprudence pertinente de la Cour EDH, à laquelle la Cour de justice se réfère ici.

---

<sup>65</sup> Cf. l'arrêt *Commission c. Pologne (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19, préc., points 88, 99–108.

<sup>66</sup> Cf. *ibid.*, points 137 et 139.

<sup>67</sup> Un terme emprunté à la jurisprudence de la Cour EDH, cf. L. Pech, « The Concept of Chilling Effect », Open Society European Policy Institute, 2021, pp. 8–14.

<sup>68</sup> Cf. E. Tanchev, conclusions du 6 mai 2021 dans l'affaire *Commission c. Pologne (Régime disciplinaire des juges)*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:366, points 66–72.

Le cinquième et dernier grief de la Commission est également accueilli par la Cour. Il concerne la possibilité d'engager une procédure disciplinaire à l'encontre des juges lorsqu'ils s'adressent à la Cour de justice dans le cadre d'un renvoi préjudiciel. Contrairement aux griefs précédents, celui-ci n'est pas fondé sur l'article 19 § 1 al. 2 TUE, mais sur l'article 267 al. 2 et 3 TFUE. Dans ce contexte, la Cour rappelle le rôle essentiel de la procédure préjudicielle en tant que « clef de voûte » du système juridictionnel de l'Union. La seule perspective d'une procédure disciplinaire serait susceptible de porter atteinte à l'exercice effectif par les juges nationaux de la faculté ou, dans le cas d'une juridiction de dernière instance, de l'obligation de saisir la Cour de justice.

Dans son arrêt, la Cour établit ainsi la non-conformité de larges pans du système disciplinaire polonais avec le droit de l'Union. Cependant, la Pologne refuse de mettre en œuvre l'arrêt en question. En réaction, la Commission européenne engage un recours en manquement sur manquement au titre de l'article 260 § 2 TFUE pour non-exécution de l'arrêt<sup>69</sup>.

Alors que la chambre disciplinaire a cessé d'engager des procédures disciplinaires en réponse à l'ordonnance du 8 avril 2020, elle a continué à agir sur la base de la loi dite « muselière », en retirant l'immunité des juges afin de permettre leur poursuite pénale, conduite par le ministère public sous emprise. Cela a amené la Commission à engager un nouveau recours en manquement, qu'elle a porté devant la Cour en mars 2021, en combinaison avec une demande de mesures provisoires<sup>70</sup>. Sur la base des articles 19 § 1 al. 2 TUE, 47 de la Charte et 267 TFUE, la Commission fait valoir la non-conformité de certaines mesures de la loi dite « muselière » avec le droit de l'Union, y compris celles concernant la chambre disciplinaire. Alors que l'arrêt définitif dans cette procédure est toujours en attente, la Cour de justice a déjà fait droit à la demande de mesures provisoires de la Commission dans son ordonnance du 14 juillet 2021. Ainsi, elle ordonne la suspension immédiate des dispositions en vertu desquelles la chambre disciplinaire est compétente pour lever l'immunité des juges et pour statuer sur les affaires en matière du droit de travail et d'assurances sociales concernant les juges de la Cour suprême. L'effet de cette suspension s'étend aux jugements déjà rendus. La chambre disciplinaire est donc vidée de toute compétence. La Cour ordonne également la suspension d'autres dispositions de la loi dite « muselière », qui interdisent aux juridictions polonaises, sous menace de poursuites disciplinaires, de contrôler les garanties de l'État de droit en vertu du droit de l'Union auprès d'autres juridictions nationales, cette compétence étant réservée à la chambre de contrôle extraordinaire et des affaires publiques de la Cour suprême<sup>71</sup>. Ainsi, la Cour de justice redonne aux

---

<sup>69</sup> Cf. Commission européenne, « Independence of Polish judges : Commission asks European Court of Justice for financial penalties against Poland on the activity of the Disciplinary Chamber », communiqué de presse, 7 septembre 2021.

<sup>70</sup> Les appels lancés d'une partie de la doctrine en droit de l'Union pour que la Commission demande l'imposition d'une astreinte pour non-exécution de l'ordonnance du 8 avril 2020 n'ont pas été entendus, cf. L. Pech *e.a.*, « Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action », préc., pp. 31–32.

<sup>71</sup> Une chambre dont le manque d'indépendance a été constaté par la Cour EDH dans l'arrêt *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland*, n°49868/19 et n°57511/19, préc.

juridictions polonaises la compétence de contrôler la conformité de leur propre système judiciaire avec le droit de l'Union.

Par son ordonnance et son arrêt des 14 et 15 juillet 2021, la Cour souligne une fois de plus son ambition de défendre l'État de droit dans l'Union européenne. Sur la base d'une jurisprudence abondante en matière d'État de droit, la Cour dispose désormais de nombreux moyens, tant procéduraux que substantiels, pour faire face au déficit systémique de l'État de droit en Pologne. En même temps, le gouvernement polonais, avec l'aide du Tribunal constitutionnel, creuse un fossé de plus en plus profond entre le système juridique polonais et celui de l'Union européenne.



## DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

Afroukh Mustapha, La Convention européenne des droits de l'homme devant le Conseil d'Etat en période d'état d'urgence sanitaire : une omniprésence en trompe-l'œil ?	6
Vanessa Barbé, Droit à l'avortement et <i>devolution</i> au Royaume-Uni	25
Syméon Karagiannis, La discrimination positive dans certaines conventions internationales de protection des droits de l'homme	41
Jean Moise, La conciliation de l'universalité avec la diversité culturelle. Un enjeu majeur du droit international	98

---

## FOCUS

Aikaterini Angelaki, L'activation de la directive 2001/55/CE relative à la protection temporaire dans le contexte de la crise ukrainienne	119
Florence Benoît-Rohmer, Abattage rituel versus bien-être animal, le bien-être animal l'emporte ! (A propos de l'arrêt <i>Central Israëlitisch Consistorie van België e.a.</i> rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 17 décembre 2020)	129
Manuela Brillat, Ellen Penninckx, « Parce que le droit le commande ». Libre-propos sur le rôle essentiel du juge dans un Etat de droit	143
Thibaut Larrouturou, Convention européenne des droits de l'homme et contrôle de la loi	166
Marie Rota, Prévention des atteintes à l'environnement des peuples autochtones (obs. sous l'affaire Cour IDH, <i>Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentine</i> , fond, réparations et frais, 6 février 2020, série C, n° 400)	181
Johannes Vöhler, Les « affaires polonaises » et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière d'État de droit	190