



EUROPE DES DROITS & LIBERTÉS

EUROPE OF RIGHTS & LIBERTIES

DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

N. Mavronicola, The Future is a Foreign Country : State (In)Action on Climate Change and the Right against Torture and Ill-Treatment

T. Larroutou, One Year of French Single Judge Decisions Before the European Court of Human Rights

L. Benezech, Les droits fondamentaux face à la violence

FOCUS

La CEDH à l'épreuve de l'invasion russe en Ukraine : l'efficacité de la protection des droits fondamentaux dans le cadre d'un conflit armé

La question de la limitation du mandat présidentiel devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme : une illustration de la tension entre « démocratie et représentation » en droit international des droits humains

La migration régulière sous l'angle du nouveau Pacte sur la migration et l'asile du 23 septembre 2020

Provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence à l'égard d'un groupe de personnes à raison de leur religion : le curseur fixé par la Cour de cassation pour qualifier l'infraction

N° 6

SEPTEMBRE 2022 | SEPTEMBER 2022

NOTPE EQUIPE | OUR TEAM

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

Linos-Alexandre Sicilianos

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

Florence Benoît-Rohmer

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

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

Membres du Comité de rédaction | Members of the Editorial Board

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

Directeur de la publication | Editor in chief

Christos Giannopoulos (Université de Strasbourg)

Assistance éditoriale | Editorial assistant

Anna Diaz

EUROPE DES DROITS & LIBERTES
EUROPE OF RIGHTS & LIBERTIES

SEPTEMBRE 2022

N° 6

Sommaire | Table of Contents

DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

- Natasa Mavronicola, The Future is a Foreign Country : State (In)Action on Climate Change and the Right against Torture and Ill-Treatment 211
- Thibaut Larrouturou, One Year of French Single Judge Decisions Before the European Court of Human Rights 238
- Ludovic Benezech, Les droits fondamentaux face à la violence 252

FOCUS

- Stefanos Gakis, La CEDH à l'épreuve de l'invasion russe en Ukraine : l'efficacité de la protection des droits fondamentaux dans le cadre d'un conflit armé 272
- Guillaume Dartigue, La question de la limitation du mandat présidentiel devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme : une illustration de la tension entre « démocratie et représentation » en droit international des droits humains 285
- Stefan Rakic, La migration régulière sous l'angle du nouveau Pacte sur la migration et l'asile du 23 septembre 2020 298
- Lauren Bakir, Provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence à l'égard d'un groupe de personnes à raison de leur religion : le curseur fixé par la Cour de cassation pour qualifier l'infraction 310

The Future is a Foreign Country: State (In)Action on Climate Change and the Right against Torture and Ill-Treatment

Natasa Mavronicola*

1. INTRODUCTION

*'We are today perilously close to tipping points that, once passed, will send global temperatures spiralling catastrophically higher. If we continue on our current path, we will face the collapse of everything that gives us our security: food production, access to fresh water, habitable ambient temperature and ocean food chains. And if the natural world can no longer support the most basic of our needs, then much of the rest of civilisation will quickly break down.'*¹

"Betrayal."

*That's how young people around the world are describing our governments' failure to cut carbon emissions. And it's no surprise. We are catastrophically far from the crucial goal of 1.5°C, and yet governments everywhere are still accelerating the crisis, spending billions on fossil fuels.'*²

While climate change is already ravaging many parts of the world, with its most devastating impacts on the poor and vulnerable,³ the spectre of climate catastrophe haunts children and young people everywhere. States' climate commitments and concrete actions have been repeatedly found to be at best inadequate to avert the

* Professor of Human Rights Law, Birmingham Law School, University of Birmingham. The author would like to thank Lee Davies, Kate Webster and Dominic Wells for their excellent research assistance. She also thanks Aristoteles Constantinides, Ruth Delbaere, Ioanna Hadjiyianni, Corina Heri, Caroline Hickman, Gerry Liston, Liz Marks, Juncal Montero Regules, Stephanos Stavros, Charikleia Vlachou, and participants at the 2021 SLS Conference's Human Rights section and the University of Cyprus' 2021 Guest Seminar series for their comments on earlier versions of this paper and/or the ideas contained within it. The author underlines that any errors are entirely her own.

¹ Video message by Sir David Attenborough, English broadcaster and natural historian, on the Maintenance of international peace and security: Climate and Security, during the Security Council Open VTC, 23 February 2021, available at: <http://webtv.un.org/watch/sir-david-attenborough-on-climate-and-security-security-council-open-rtc-23-february-2021/6234476373001/>.

² Greta Thunberg, Vanessa Nakate, Dominika Lasota, and Mitzi Tan, 'Emergency Appeal for Climate Action', *Avaaz.org*, November 2021; available at: https://secure.avaaz.org/campaign/en/climate_action_now_loc/.

³ Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, David R. Boyd, UN Doc A/74/161, 15 July 2019.

reaching of irreversible tipping points,⁴ making the prospect of unprecedented environmental degradation and human devastation more and more real.

The circumstances in which children and young people facing the catastrophic consequences of climate change within their lifetimes find themselves have led many to highlight the profound intergenerational injustice inflicted on younger generations by those that currently hold the key to averting the worst of climate change.⁵ The inequities at issue are stark: children, young people and their children are condemned to bear the brunt of climate change despite being blameless and often lacking, or, rather, being denied the political agency to effect change. The very real threat – if not inevitable prospect – of enormous harm within their lifetimes, whether through gradually escalating climate change impacts or ‘extreme’ (but increasingly frequent) weather events, has led many children and young people to experience debilitating anxiety in anticipation of these catastrophic developments, a phenomenon referred to as ‘climate anxiety’.⁶

What is considered in this paper is whether what is currently being inflicted on children and young people through State (in)action on climate change can be understood as amounting to ill-treatment, in contravention of one of the most fundamental norms of human rights law: the right not to be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. The question of whether such an interpretation of State behaviour on climate change is tenable as a matter of human rights law has become a live issue in the case of *Duarte Agostinho and others v Portugal and others* before the European Court of Human Rights (ECtHR),⁷ one of five climate cases currently pending before the ECtHR, three of which – including *Agostinho* – have been referred to the Grand Chamber of the Court.⁸ Brought by 6 children and young people from Portugal

⁴ ‘Nationally determined contributions under the Paris Agreement’, UN Doc FCCC/PA/CMA/2021/2, 26 February 2021; H. Damon Matthews and Seth Wynes, ‘Current global efforts are insufficient to limit warming to 1.5°C’ (2022) 376(1600) *Science* 1404. On the ‘overshooting’ of relevant tipping points, see Paul D. L. Ritchie, Joseph J. Clarke, Peter M. Cox, and Chris Huntingford, ‘Overshooting Tipping Point Thresholds in a Changing Climate’ (2021) 592 *Nature* 517.

⁵ Ann V. Sanson and Susie E. L. Burke, ‘Climate Change and Children: An Issue of Intergenerational Justice’ in Nikola Balvin and Daniel J. Christie (eds), *Children and Peace: From Research to Action* (Springer Open 2020).

⁶ See, among a growing corpus of writings on the subject, Caroline Hickman, Elizabeth Marks, Panu Pihkala, Susan Clayton, Eric R. Lewandowski, Elouise E. Mayall, Britt Wray, Catriona Mellor and Lise van Susteren, ‘Young People’s Voices on Climate Anxiety, Government Betrayal and Moral Injury: A Global Phenomenon’ (2021) 5(12) *Lancet Planetary Health* E863-E873; Judy Wu, Gaelen Snell and Hasina Samji, ‘Climate anxiety in young people: a call to action’ (2020) 4(10) *The Lancet* e435; Susan Clayton and Bryan T. Karazsia, ‘Development and validation of a measure of climate change anxiety’ (2020) 69 *Journal of Environmental Psychology* 101434, <https://doi.org/10.1016/j.jenvp.2020.101434>; Anna Harvey, Julian Manley and Caroline Hickman, ‘Ecology, psychoanalysis and global warming: present and future traumas’ (2020) 34(4) *Journal of Social Work Practice* 337; Susan Clayton, Christie Manning Kirra Krygsman and Meighen Speiser, ‘Mental health and our changing climate: impacts, implications, and guidance’ (American Psychological Association and EcoAmerica, 2017).

⁷ *Agostinho and others v Portugal and others*, App No 39371/20 (Communicated Case of 13 November 2020, relinquished to Grand Chamber on 29 June 2022).

⁸ The additional cases pending before the ECtHR are: *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v Switzerland*, App No 53600/20 (Communicated Case of 17 March 2021, relinquished to Grand Chamber on 26 April 2022); *Greenpeace Nordic and Others v Norway*, App No 34068/21 (Communicated Case of 16 December 2021); *Carême v France*, App No 7189/21 (not yet communicated, relinquished to Grand Chamber on 31 May 2022); *Mex M v Austria* (not yet communicated), application available at: <https://www.michaelakroemer.com/wp-content/uploads/2021/04/rechtsanwaeltin-michaela-kroemer-klimaklage-petition.pdf>.

against 33 Member States of the Council of Europe (all EU Member States as well as Norway, Russia, Switzerland, Turkey, the UK, and Ukraine), the *Agostinho* case raises the question of whether State (in)action in respect of climate change violates the European Convention on Human Rights (ECHR). While the applicants had invoked the right to life and the right to respect for private and family life (Articles 2 and 8 ECHR respectively), as well as the prohibition on discrimination (Article 14 ECHR), the ECtHR added an important dimension to the case in its communication to the parties, inviting them of its own motion to address whether the right not to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment, protected by Article 3 ECHR, has been violated.⁹ To my knowledge, at the time of writing, *Agostinho* is the only climate case currently pending before the ECtHR in which Article 3 has been explicitly invoked.

The relationship between climate (in)action, environmental law and human rights standards has been the subject of a substantial and growing body of academic writing¹⁰ as well as pronouncements by key international organisations such as the United Nations,¹¹ and has seen an upsurge in rights-based litigation and other forms of human rights claims before national, regional, and international bodies.¹² Much has been written about the very clear threat that climate change poses to human rights such as the right to life, the right to private and family life, and the rights to health, food, and housing. The idea that States' active contribution to, and failure to take adequate action to avert, the onset of climate catastrophe, might violate the absolute right not to be tortured or ill-treated has not, however, received significant attention.¹³ The latter right

⁹ See the ECtHR's Statement of the Case, 13 November 2020 (in French), available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-206535>.

¹⁰ See, among many works, Margaretha Wewerinke-Singh, *State Responsibility, Climate Change and Human Rights under International Law* (Hart Publishing 2019); Daniel Bodansky, Jutta Brunnée, and Lavanya Rajamani, *International Climate Change Law* (OUP 2017), ch. 9; Ottavio Quirico and Mouloud Boumghar (eds), *Climate Change and Human Rights: An International and Comparative Law Perspective* (Routledge 2015); Anna Gear and Conor Gearty (eds), *Choosing a Future: The Social and Legal Aspects of Climate Change* (Edward Elgar 2014); Stephen Humphreys (ed), *Human Rights and Climate Change* (CUP 2009). This research is located within a wider body of academic commentary on human rights and the environment. See, for example, Stefan Theil, *Towards the Environmental Minimum: Environmental Protection through Human Rights* (CUP 2021); Sumudu Atapattu and Andrea Schapper, *Human Rights and the Environment: Key Issues* (Routledge 2019); John H. Knox and Ramin Pejan (eds), *The Human Right to a Healthy Environment* (CUP 2018); Donald K. Anton and Dinah L. Shelton (eds), *Environmental Protection and Human Rights* (CUP 2011); Alan E. Boyle and Michael R. Anderson (eds), *Human Rights Approaches to Environmental Protection* (OUP 1996).

¹¹ See, among many examples, Human Rights Council (HRC) Resolution 7/23, UN Doc A/HRC/RES/7/23, 28 March 2008; HRC Resolution 32/33, UN Doc A/HRC/RES/32/33, 18 July 2016; HRC Resolution 47/24, UN Doc A/HRC/RES/47/24, 26 July 2021; UNGA Resolution 76/300, UN Doc A/RES/76/300, 28 July 2022; Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, David R. Boyd, 'A Safe Climate: Human Rights and Climate Change', UN Doc A/74/161, 15 July 2019; Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), 'Understanding Human Rights and Climate Change: Submission of the Office of the High Commissioner for Human Rights to the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change' (26 November 2015).

¹² For an overview of relevant litigation, see Annalisa Savaresi and Joana Setzer, 'Rights-based litigation in the climate emergency: mapping the landscape and new knowledge frontiers' (2022) 13(1) *Journal of Human Rights and the Environment* 7. On the ECtHR specifically, see Helen Keller and Corina Heri, 'The Future is Now: Climate Cases Before the ECtHR' (2022) 40(1) *Nordic Journal of Human Rights* 153. For a recent pronouncement on State (in)action on climate change and human rights, see Human Rights Committee, *Billy et al v Australia*, 21 July 2022, UN Doc CCPR/C/135/D/3624/2019.

¹³ A notable exception is the recent discussion in Corina Heri, 'Climate Change before the European Court of Human Rights: Capturing Risk, Ill-Treatment and Vulnerability' (2022) *European Journal of International Law* (advance online access).

is typically associated with police brutality and interrogational torture. Yet it extends far beyond a prohibition on brutal and purposeful physical violence, and the ECtHR has repeatedly recognised that someone may be ill-treated through a legal regime or through the imposition of systemically inhuman or degrading conditions for which responsibility may be diffuse.¹⁴

Prompted by the ECtHR's invocation of Article 3 ECHR in its communication to the parties in *Agostinho*, and with particular focus on children and young people, I consider the principled basis for finding that State (in)action in relation to climate change violates the right not to be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment under Article 3 ECHR. While the arguments set out in this paper may be seen as venturing into 'uncharted waters',¹⁵ to the extent that they contemplate Article 3's applicability to a unique and uniquely challenging phenomenon, they are anchored in the reasoning and pronouncements of the ECtHR. The paper remains focused throughout on Article 3 ECHR, though some of the analysis offered is relevant to the delimitation of other ECHR provisions in this context. It does *not* engage in speculation as to whether or not the ECtHR *will* recognise human rights violations – and, if so, which ones – in *Agostinho* or any other of the climate change cases before it in the present circumstances.¹⁶

In view of space limitations, the paper focuses solely on the nature of the human rights violation at issue, and not on preliminary matters such as standing or jurisdiction, although these could play a crucial role in determining the success of litigation in this area.¹⁷ The paper also stops short of tackling the important question of remedies, which has been the subject of sophisticated and thorough treatment in a recent piece by Helen Keller, Corina Heri and Réka Piskóty.¹⁸

2. KEY IMPACTS OF (FACING) THE CLIMATE CRISIS

Many people around the world face serious harm and grave threats to their life and bodily integrity through the 'slow-onset' impacts of climate change, including increased

¹⁴ See the overview of Article 3 case law in the following monographs: Natasa Mavronicola, *Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 of the ECHR: Absolute Rights and Absolute Wrongs* (Hart Publishing 2021); Corina Heri, *Responsive Human Rights: Vulnerability, Ill-Treatment and the ECtHR* (Hart Publishing 2021); Elaine Webster, *Dignity, Degrading Treatment and Torture in Human Rights Law: The Ends of Article 3 of the European Convention on Human Rights* (Routledge 2018).

¹⁵ Vassilis P. Tzevelekos and Kanstantsin Dzehtsiarou, 'Climate Change: The World and the ECtHR in Uncharted Waters' [sic] (2022) 3(1) *European Convention on Human Rights Law Review* 1.

¹⁶ But for an interesting account of the strategic dimensions of litigating climate change at the ECtHR, see Therese Karlsson Niska, 'Climate Change Litigation and the European Court of Human Rights – A Strategic Next Step?' (2020) 13 *Journal of World Energy Law and Business* 331.

¹⁷ But see, in this respect, the analysis in Helen Keller and Abigail D Pershing, 'Climate Change in Court: Overcoming Procedural Hurdles in Transboundary Environmental Cases' (2022) 3(1) *European Convention on Human Rights Law Review* 23; Tim Eicke, 'Human Rights and Climate Change: What Role for the European Convention on Human Rights?' (2021) *European Human Rights Law Review* 262.

¹⁸ Helen Keller, Corina Heri and Réka Piskóty, 'Something Ventured, Nothing Gained?—Remedies before the ECtHR and Their Potential for Climate Change Cases' (2022) 22(1) *Human Rights Law Review* 1. See, more broadly, Margaretha Wewerinke-Singh, 'Remedies for Human Rights Violations Caused by Climate Change' (2019) 9 *Climate Law* 224.

heat, drought, sea-level rise, water scarcity, food insecurity and air pollution,¹⁹ as well as through ‘sudden-onset’ impacts such as extreme weather events, natural disasters, and vector-, water- or food-borne infectious diseases.²⁰ Among the harms with which people are confronted is not just immediate harm to their health but also the (prospect of) loss of their homes,²¹ livelihoods,²² and access to other basic resources, forced displacement,²³ violence and conflict,²⁴ as well as the grave psychological trauma that is bound to accompany such events.²⁵ Although all of us face some vulnerability to these harms, climate change is impacting and will impact disproportionately on those already facing pronounced and often intersecting vulnerabilities,²⁶ including indigenous people, children, older people, women, poor people, people with disability or chronic illness, members of minority groups, workers exposed to extreme weather, and people in low-income countries.²⁷

The dire climate reality and the prospect of climate catastrophe has led many people, notably children and young people, to experience climate anxiety. Those experiencing climate anxiety endure frequent or constant feelings of fear, anguish and powerlessness regarding their own and their loved ones’ well-being, as well as more generalised, prolonged anxiety and uncertainty about the current state and future of the planet.²⁸ Lise Van Susteren has gone as far as to describe what children especially are experiencing in this context as ‘pre-traumatic stress’ (emphasis in the original): ‘a condition with the same characteristics as PTSD [post-traumatic stress disorder] ...but that are [sic] triggered by the visions of future trauma’.²⁹ The phenomena of climate anxiety and pre-

¹⁹ *Ibid*; see also Paolo Cianconi, Sophia Betrò and Luigi Janiri, ‘The Impact of Climate Change on Mental Health: A Systematic Descriptive Review’ (2020) 11 *Frontiers in Psychiatry* 74.

²⁰ Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, on the relationship between children’s rights and environmental protection, UN Doc A/HRC/37/58, 24 January 2018, paras 22-26.

²¹ OXFAM, *Forced from Home: Climate-fuelled displacement* (2019), available at: <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620914/mb-climate-displacement-cop25-021219-en.pdf>.

²² The Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, Part A: Global and Sectoral Aspects* (Cambridge University Press 2014) 796-819.

²³ OXFAM, *Forced from Home: Climate-fuelled displacement* (2019), available at: <https://oxfamilibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620914/mb-climate-displacement-cop25-021219-en.pdf>.

²⁴ Katharine J. Mach, Caroline M. Kraan, W. Neil Adger, Halvard Buhaug, Marshall Burke, James D. Fearon, Christopher B. Field, Cullen S. Hendrix, Jean-Francois Maystadt, John O’Loughlin, Philip Roessler, Jürgen Scheffran, Kenneth A. Schultz and Nina von Uexkull, ‘Climate as a risk factor for armed conflict’ (2019) 571 *Nature* 193.

²⁵ Susan Clayton, ‘Climate anxiety: Psychological responses to climate change’ (2020) 74 *Journal of Anxiety* 102263.

²⁶ See the wide-ranging analysis in Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability*. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (Cambridge University Press 2022).

²⁷ See Barry S. Levy and Jonathan A. Patz, ‘Climate Change, Human Rights, and Social Justice’ (2015) 81(3) *Annals of Global Health* 310; M. Alexander Pearl, ‘Human Rights, Indigenous Peoples, and the Global Climate Crisis’ (2018) 53 *Wake Forest Law Review* 713.

²⁸ Panu Pihkala, ‘Anxiety and the Ecological Crisis: An Analysis of Eco-Anxiety and Climate Anxiety’ (2020) 12(19) *Sustainability* 7836.

²⁹ Lise Van Susteren, ‘Editorial Perspective: A parable for climate collapse?’ (2021) 26(3) *Child and Adolescent Mental Health* 269, 269, citing Lise Van Susteren, ‘Our children face “pretraumatic stress” from worries about climate change’, *BJM Opinion*, 19 November 2020, <https://blogs.bmj.com/bmj/2020/11/19/our-children-face-pretraumatic-stress-from-worries-about-climate-change/>.

traumatic stress mean that even those who have not yet been subject to the most devastating immediate harms of climate change may nonetheless be experiencing significant distress because of the climate crisis in the here and now. Moreover, their suffering is likely to be prolonged and exacerbated over time. As highlighted in a relevant scientific study, the chronic stress associated with climate change ‘may alter biological stress response systems and make growing children more at risk for developing mental health conditions later in life, such as anxiety, depression, and other clinically diagnosable disorders’.³⁰

Children and young people face particular vulnerability to the impacts of climate change,³¹ and are likely to be exposed to more of (and more significant) such impacts over the remainder of their lifetime than older generations simply because they will live through more of the climate crisis.³² This is part of a wider phenomenon whereby, in large part, those least to blame for the climate crisis (stand to) face the most severe impacts of climate change.³³ In the remainder of my analysis, and in the context of the youth-led litigation in *Agostinho*, I consider how climate harms and climate wrongs might engage the right of children and young people not to be subjected to inhuman or degrading treatment under Article 3 ECHR.

3. WHAT IS INHUMAN OR DEGRADING ABOUT CLIMATE CHANGE?

There are three key factors to consider in determining whether climate change, and the way it has been addressed by State authorities, can be seen as falling within the purview of the right not to be subjected to inhuman or degrading treatment. With respect to children and young adults such as the applicants in *Agostinho*, these factors are: the way in which climate change is affecting and will affect children and young people like the applicants in *Agostinho*; the relative powerlessness of children and young persons such as the applicants vis-à-vis the situation causing them such distress and (risks of) harm, as against the power of State authorities to address it; and, finally, the attitude(s) of State authorities to this situation. I will discuss each of these dimensions of the issue in turn.

A. The Effects of Climate Change on Children and Young People

The question of whether someone has been subjected to ill-treatment contrary to Article 3 ECHR is answered through an assessment of whether the relevant act, omission or situation (created by relevant (combination of) acts and/or omissions) reaches a

³⁰ US Global Change Research Program, *The Impacts of Climate Change on Human Health in the United States: A Scientific Assessment* (2016) 224; see also Susie E. L. Burke & Ann V. Sanson & Judith Van Hoorn, ‘The Psychological Effects of Climate Change on Children’ (2018) 20 *Current Psychiatry Reports* 35; Van Susteren, ‘Editorial Perspective’ (n 29).

³¹ Elizabeth D. Gibbons, ‘Climate Change, Children’s Rights, and the Pursuit of Intergenerational Climate Justice’ (2014) 16(1) *Health and Human Rights* 19; Katharina Ruppel-Schlichting, Sonia Human and Oliver C. Ruppel, ‘Climate Change and Children’s Rights: An International Law Perspective’ in Oliver C. Ruppel, Christian Roschmann and Katharina Ruppel-Schlichting (eds), *Climate Change: International Law and Global Governance, Volume I: Legal Responses and Global Responsibility* (Nomos 2013).

³² Wim Thiery et al, ‘Intergenerational inequities in exposure to climate extremes’ (2021) 374(6564) *Science* 158.

³³ Ruppel-Schlichting et al (n 31) 349.

‘minimum level of severity’.³⁴ As the ECtHR has established in its case law, determining whether the Article 3 ‘threshold’ of severity has been reached requires a qualitative, context-sensitive assessment of the character of the treatment at issue,³⁵ which involves the consideration of a range of relevant elements, notably the nature and context of the treatment,³⁶ its duration, and its physical and mental effects.³⁷ The sex, age, and state of health of the victim are also considered where relevant.³⁸ Both relatedly and in addition to these considerations, the ECtHR pays close attention to any vulnerability experienced by the (alleged) victim,³⁹ and has repeatedly recognised the vulnerability experienced by children.⁴⁰ Vulnerability can both deepen the severity of the treatment at issue and operate as ‘a magnifying glass’⁴¹ through which the severity of a particular treatment becomes more palpable in the Court’s assessment.⁴² A distressing situation is more likely to cross the Article 3 ‘threshold’ of severity when experienced by a person whose vulnerability is pronounced. As a relational concept,⁴³ vulnerability is shaped by relationships between persons, and between persons and the circumstances in which they find themselves. In *Bouyid v Belgium*, for example, which concerned single slaps inflicted by police on an adult and a minor in their custody, there was both situational vulnerability – arising in respect of both applicants in light of the power imbalance inherent in circumstances of custody⁴⁴ – and the particular vulnerability faced by a 17-year-old applicant in light of his age.⁴⁵

Treatment has been held by the ECtHR to be inhuman where it has caused ‘intense physical and mental suffering’.⁴⁶ The Court has described degrading treatment as treatment that ‘humiliates or debases an individual showing a lack of respect for, or diminishing, his or her human dignity or arouses feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking an individual’s moral and physical resistance’.⁴⁷ The Court’s jurisprudence makes it clear that such treatment can be contrary to Article 3 even in the absence of serious physical or mental suffering,⁴⁸ or an intent to humiliate or debase.⁴⁹

³⁴ *Ireland v UK* (1979–80) 2 EHRR 25, para 162.

³⁵ Mavronicola, *Torture, Inhumanity and Degradation* (n 14) chapter 5.

³⁶ *Garabayev v Russia* (2009) 49 EHRR 12, para 75.

³⁷ *Ireland v UK* (1979–80) 2 EHRR 25, para 162; *Svinarenko and Slyadnev v Russia* App nos 32541/08 and 43441/08 (ECtHR, 17 July 2014), para 114.

³⁸ *Svinarenko and Slyadnev v Russia* App nos 32541/08 and 43441/08 (ECtHR, 17 July 2014), para 114.

³⁹ See, for example, *Bouyid v Belgium* (2016) 62 EHRR 32, para 107. See, further, Corina Heri, *The Rights of the Vulnerable under Article 3 ECHR: Promoting Dignity, Equality and Autonomy by Reconceptualizing the Human Rights Subject* (PhD thesis, University of Zurich 2017); Heri, *Responsive Human Rights* (n 14).

⁴⁰ *Bouyid* (n 39) paras 109–110; *DMD v Romania* App no 23022/13 (ECtHR, 3 October 2017), paras 41, 50, 63.

⁴¹ Lourdes Peroni and Alexandra Timmer, ‘Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law’ (2013) 11 *International Journal of Constitutional Law* 1056, 1079.

⁴² See Heri, *Responsive Human Rights* (n 14) 236.

⁴³ Florencia Luna, ‘Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels’ (2009) 2 *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* 121, 129.

⁴⁴ *Bouyid* (n 39) para 83.

⁴⁵ *Ibid* para 109. For further discussion of the vulnerable position of children, young persons, and detainees, and on the ‘types’ and intersections of vulnerability recognised by the ECtHR, see Heri, *Responsive Human Rights* (n 14) ch.3.

⁴⁶ See, for example, *Stanev v Bulgaria* (2012) 55 EHRR 22, para 203; *Jalloh v Germany* (2007) 44 EHRR 32, para 68.

⁴⁷ *Pretty v UK* (2002) 35 EHRR 1, para 52.

⁴⁸ *Bouyid* (n 39) para 87.

⁴⁹ *Ibid* para 86.

The ECtHR has predominantly tended to associate inhuman treatment with the infliction of serious pain or suffering, while recognising a wider range of dignity-related harms in its findings of degrading treatment;⁵⁰ nonetheless, it has not always drawn clear or rigid distinctions between inhumanity and degradation.

While the ECtHR has not yet pronounced on the experiences of children and young people in relation to (State (in)action on) climate change, the ECtHR has in other contexts associated the following experiences and harms with inhuman and/or degrading treatment: ‘intense physical *or* mental suffering’ (emphasis added);⁵¹ ‘feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking an individual’s moral and physical resistance’⁵² or ‘inducing desperation’;⁵³ ‘feelings of fear, anxiety and powerlessness’;⁵⁴ ‘extreme despair, anxiety and debasement’;⁵⁵ ‘feeling afraid, depressed and hopeless’;⁵⁶ ‘intense fear and apprehension’;⁵⁷ ‘constant mental anxiety’;⁵⁸ ‘prolonged uncertainty’;⁵⁹ ‘serious distress’;⁶⁰ ‘a feeling of arbitrary treatment, injustice and powerlessness’;⁶¹ ‘feeling of subordination, total dependence, powerlessness and, consequently, humiliation’;⁶² ‘trauma, whether physical or psychological, pain and suffering, distress, anxiety, frustration, feelings of injustice or humiliation, prolonged uncertainty, disruption to life’.⁶³

The ECtHR’s assessment of severity is responsive to the cumulative gravity of what a person has experienced or will experience.⁶⁴ Forcibly subjecting individuals to conditions that combine serious distress, anxiety, and prolonged uncertainty, for example, can reach the ‘threshold’ of severity and fall within the scope of Article 3 ECHR. In conjunction with this cumulative approach, the ECtHR has also recognised that where distressing circumstances disclose ‘no prospect of an improvement in the situation’, the despair this is bound to cause compounds the gravity of the suffering endured.⁶⁵

There is, accordingly, recognition by the Court of the gravity of forms of suffering comparable to the distress many children and young people are *currently* experiencing in relation to climate change with the right not to be subjected to torture or inhuman or degrading treatment. Across the world, many people, notably children and young people

⁵⁰ On the nexus between dignity and degrading treatment, see Webster (n 14).

⁵¹ *Bouyid* (n 39) para 87.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *MSS v Belgium and Greece* (2011) 53 EHRR 2, para 263.

⁵⁴ *Volodina v Russia* App No 41261/17 (ECtHR, 9 July 2019), para 75.

⁵⁵ *Shioshvili and others v Russia* App No 19356/07 (ECtHR, 20 December 2016), para 84.

⁵⁶ *Preminin v Russia* (2016) 62 EHRR 18, para 81.

⁵⁷ *Akkoç v Turkey* (2002) 34 EHRR 51, para 116.

⁵⁸ *Rodić and Others v Bosnia and Herzegovina* App No 22893/05 (ECtHR, 27 May 2008), para 73.

⁵⁹ *MSS* (n 53) para 263.

⁶⁰ *Yunzel v Russia* App No 60627/09 (ECtHR, 13 December 2016), para 48.

⁶¹ *Bouyid* (n 39) para 106.

⁶² *Csüllög v Hungary* App No 30042/08 (ECtHR, 7 June 2011), para 37.

⁶³ *Varnava and others v Turkey* App Nos 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90 (ECtHR, 18 September 2009), para 224 (in relation to just satisfaction – Art. 41 ECHR).

⁶⁴ See, for example, *Piechowicz v Poland* (2015) 60 EHRR 24, paras 163, 178.

⁶⁵ *Clasens v Belgium* App No 26564/16 (ECtHR, 28 May 2019), para 36.

such as the applicants in *Agostinho*, are currently experiencing climate anxiety or pre-traumatic stress.⁶⁶ Recall that persons who are experiencing climate anxiety tend to endure constant feelings of fear, anguish and – often – a sense of powerlessness or hopelessness vis-à-vis their own and their loved ones’ well-being, as well as more generalised, prolonged anxiety about the current state and future of the planet,⁶⁷ and this can lead to or exacerbate prolonged mental ill-health.⁶⁸

The distress experienced by many of those currently being confronted with the gradual and sudden onset impacts of climate change stems in large part from being made to face both the current consequences of climate change and the prospect of grave and potentially irreparable suffering and harm that they, on their own, are powerless to avert. This powerlessness does not denote a lack of agency or initiative: children and young people have in many respects shown the way in terms of individual and collective efforts to mitigate climate change and to push for the co-ordinated climate action necessary to avert climate catastrophe.⁶⁹ What ‘powerlessness’ represents here is the fact that even robust individual and collective action by the people committed to addressing climate change will not in itself be enough to avert climate catastrophe: the institutional, corporate and regulatory dimensions of climate change necessitate a mass law and policy overhaul by State authorities on a global scale if the worst climate outcomes are to be prevented. A recent landmark study on climate anxiety demonstrates clearly that feelings of hopelessness, despair and even a sense of betrayal⁷⁰ are attached to an understanding of the ways in which States are failing to stem, and indeed actively exacerbating, climate change.⁷¹

The ECtHR has recognised the grave implications of subjecting someone to the real threat or prospect of significant harm. In *Gäfgen v Germany*,⁷² the applicant was threatened with torture by police officers while in police custody – a classic context of power and powerlessness. During the – limited – time that the threat was hanging over him, he must have experienced ‘considerable fear, anguish and mental suffering’, as the Court put it.⁷³ The ECtHR found that he had been subjected to inhuman treatment. Moreover, in its assessment of the death row phenomenon the ECtHR has indicated that the ‘ever present and mounting anguish of awaiting execution’⁷⁴ or of awaiting ‘the violence [one] is to have inflicted on [them]’⁷⁵ reaches the minimum level of severity. While the scenarios involved in these cases are clearly distinct from the climate change context, the Court’s recognition of the suffering involved in being made to powerlessly

⁶⁶ See n 6 and n 29 above.

⁶⁷ Panu Pihkala, ‘Anxiety and the Ecological Crisis: An Analysis of Eco-Anxiety and Climate Anxiety’ (2020) 12 *Sustainability* 7836.

⁶⁸ U.S. Global Change Research Program, *The Impacts of Climate Change on Human Health in the United States: A Scientific Assessment* (2016) 224 – available at:

https://health2016.globalchange.gov/low/ClimateHealth2016_FullReport_small.pdf.

⁶⁹ See, for example, the Fridays for Future climate movement: <https://fridaysforfuture.org/>.

⁷⁰ See text to n 2 above.

⁷¹ Hickman et al, ‘Young People’s Voices on Climate Anxiety’ (n 66).

⁷² *Gäfgen v Germany* (2011) 52 EHRR 1.

⁷³ *Ibid* para 103.

⁷⁴ *Soering v UK* (1989) 11 EHRR 439, para 111; see also *Al Saadoon and Mufdhi v UK* (2010) 51 EHRR 9, para 137.

⁷⁵ *Soering*, *ibid* para 100.

await catastrophic harm is significant in view of the grave and escalating distress endured by children and young people such as the applicants in *Agostinho*, in respect of the fate that awaits them and their loved ones in the context of the advance of climate change. In a context of vulnerability and profound power asymmetry, children and young people such as the applicants in *Agostinho* are being placed in such a situation through State (in)action on climate change.

Finally, an important dimension of climate anxiety is not only the prospect of harm but also the loss of hope. The ECtHR in *Vinter v UK* clarified that denying anyone ‘the experience of hope’⁷⁶ offends human dignity and violates Article 3 ECHR. As Judge Power-Forde put it in *Vinter*, ‘[t]o deny [someone] the experience of hope would be to deny a fundamental aspect of their humanity and, to do that, would be degrading’.⁷⁷ While the case of *Vinter* and a number of cases following it which invoke the right to the experience of hope⁷⁸ concern the quite distinct issue of life imprisonment without parole and the hope for release back into society, the ECtHR’s recognition of the harm involved in losing hope, and the wrong involved in denying someone the experience of hope, offers a basis for similarly acknowledging the gravity of the loss of hope experienced by the applicants in *Agostinho* and others placed in a similar situation. A parallel can, in principle, be drawn between the loss of hope inflicted on those enduring whole life sentences in the total institution of the prison and the loss of hope inflicted – through State (in)action – on children and young people facing climate catastrophe within their lifetimes in circumstances effectively outside of their control.

The likely future impacts of climate change for children and young people are well-documented. As multiple studies make clear, children and young people, as well as future generations, will bear the brunt of climate change.⁷⁹ UNICEF’s Executive Director has stated that ‘there may be no greater, growing threat facing the world’s children — and their children — than climate change’.⁸⁰ In the most recent report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, the ‘climate futures’ predicted on the basis of current State (in)action for the coming decades involve catastrophic rises in temperature and the rapid escalation and spread of extreme weather phenomena.⁸¹ The vast body of scientific research on climate change demonstrates that, unless the most drastic and concerted State action is taken to contain it, climate change is likely to expose many children, young people and subsequent generations to grave harm. Recall that the real risks arising out of climate change for the applicants in *Agostinho* and others

⁷⁶ *Vinter v UK* (2016) 63 EHRR 1, Concurring Opinion of Judge Power-Forde, para 2.

⁷⁷ *Ibid.* For an interesting critical analysis of the ‘right to hope’ in the ECtHR’s case law, see Sarah Trotter, ‘Hope’s Relations: A Theory of the “Right to Hope” in European Human Rights Law’ (2022) 22(2) *Human Rights Law Review* 1.

⁷⁸ See, for example, *Harakchiev and Tolumov v Bulgaria* App nos 15018/11 and 61199/12 (ECtHR, 8 July 2014), para 262; *Matiošaitis and others v Lithuania* App nos 22662/13, 51059/13, 58823/13, 59692/13, 59700/13, 60115/13, 69425/13 and 72824/13 (ECtHR, 23 May 2017), para 180.

⁷⁹ UNICEF, *Unless we act now: The impact of climate change on children* (2015) 8; United Nations Office of the Secretary-General’s Envoy on Youth, ‘#YouthStats: Environment and Climate Change’, available at: <https://www.un.org/youthenvoy/environment-climate-change/>; Ann V. Sanson and Susie E. L. Burke, ‘Climate Change and Children: An Issue of Intergenerational Justice’ in Nikola Balvin and Daniel J. Christie (eds), *Children and Peace: From Research to Action* (SpringerOpen 2020).

⁸⁰ UNICEF, *Unless we act now: The impact of climate change on children* (2015) 6.

⁸¹ IPCC, *Climate Change 2021: The Physical Science Basis* (2021).

in a similar situation include the prospect of loss of life or serious harm through extreme weather events and other ‘sudden-onset’ impacts of climate change, escalating physical impacts, anxiety and distress arising out of the ‘slow-onset’ impacts of climate change, loss of their home, livelihood and access to basic resources, and the psychological trauma and mental health deterioration emanating from such events.⁸²

Besides establishing that the subjection of someone to serious physical or mental harm can cross the Article 3 ‘threshold’,⁸³ the jurisprudence of the ECtHR has also specifically acknowledged that the destruction of one’s home, as well as loss of one’s most essential belongings and livelihood, and consequent anguish, can in some circumstances reach the minimum level of severity under Article 3.⁸⁴ Moreover, Strasbourg doctrine – such as the Court’s findings in the landmark judgment in *MSS v Belgium and Greece*⁸⁵ – includes the recognition that situations of serious deprivation, such as ‘living in the street, with no resources or access to sanitary facilities, and without any means of providing for...essential needs’,⁸⁶ can cross the Article 3 threshold. These are circumstances that many children and young people stand to face in future, as the gradual and sudden impacts of climate change spread and accelerate. The case for recognising this as amounting to the prospect of degrading treatment is buttressed by the fact that such living conditions will be accompanied by ‘prolonged uncertainty’ and a ‘lack of any prospects of [the] situation improving’,⁸⁷ which was the case – and informed the Court’s finding of degrading treatment – in *MSS*.

The increasingly likely prospect of continuously escalating as well as sudden catastrophic harms that children and young people are facing includes the ‘real risk of dying under most distressing circumstances’,⁸⁸ something which has led the ECtHR to bar the removal of persons to places where this stands to occur.⁸⁹ The present and future are enmeshed: many children and young persons such as the applicants are bound for years to experience the ‘mental anguish of anticipating the violence’ (to quote the ECtHR’s description of the experience of awaiting corporal punishment⁹⁰ and of being on death row⁹¹) that climate change will unleash upon them and their loved ones. Viewing the Court’s statements as conveying relevant principle, rather than merely pronouncements isolated to individual facts, the experience of children and young people experiencing climate-related distress and facing the prospect of climate catastrophe maps onto what the ECtHR has been prepared to recognise as raising an issue under Article 3 ECHR.

⁸² See above, text from n 18 to n 27.

⁸³ See the analysis above.

⁸⁴ *Selçuk and Asker v Turkey* (1998) 26 EHRR 477, paras 72-80.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *MSS* (n 53) para 263.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *D v UK* (1997) 24 EHRR 423, para 53; *Paposhvili v Belgium* App no 41738/10 (ECtHR, 13 December 2016), para 177.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Tyrell v UK* (1979–80) 2 EHRR 1, para 33.

⁹¹ *Soering* (n 74) para 100.

B. Power and Powerlessness

As highlighted above, those set to bear the brunt of climate change are themselves effectively powerless to avert it. Many of them, being children, are disenfranchised and lack effective access to, and a meaningful say within, the institutions that are in a position to drive the changes needed to prevent the worst climate outcomes. To recognise this relative powerlessness is not to deny the tireless activism of children and young people across the world, but rather to acknowledge that the radical recalibration of societies (particularly in the ‘developed’ world) that is required to prevent or contain the worst climate outcomes cannot be achieved without robust and concerted State action. States – particularly wealthy ones such as (most of) the respondent States in *Agostinho* – hold the key: their individual and concerted (in)actions shape, and are central to remedying, the current and prospective situation faced by children and young adults such as the applicants.

This dynamic of power and powerlessness is important in relation to the application of the right not to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment under Article 3 ECHR. Torture typically occurs in circumstances where the perpetrator holds (near) complete power over the victim,⁹² whether that is in a situation of custody⁹³ or in a context where an individual is faced with law enforcement authorities.⁹⁴ The ECtHR also more readily recognises inhumanity or degradation in circumstances where individuals are relatively powerless, or in a vulnerable position, notably where their welfare is wholly or largely dependent on State authorities: from circumstances of detention to circumstances of destitution.⁹⁵ The Court acknowledges, for example, that in situations of profound power asymmetry, such as when a person is in State custody or confronted by the State’s law enforcement authorities, ‘any recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct diminishes human dignity and is, in principle, an infringement of the right set forth in Article 3’.⁹⁶ This approach disregards the question of the degree of harm caused and deems any harm inflicted by State authorities in such circumstances severe enough to reach the Article 3 ‘threshold’. Acknowledging the substantial power imbalance present when individuals are in the control of State authorities, the ECtHR requires authorities to guarantee a ‘safe environment’ for persons in their control.⁹⁷ The Court has also indicated that ‘State responsibility could arise for “treatment” where an applicant, in circumstances wholly dependent on State support, found herself faced with official indifference when in a

⁹² See M Nowak and E McArthur, *United Nations Convention against Torture: A Commentary* (Oxford University Press 2008) 76–77; see also the Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, A/HRC/13/39, 9 February 2010, para 60. See also M Nowak, ‘Powerlessness as a Defining Characteristic of Torture’ in M Başoğlu (ed), *Torture and Its Definition in International Law: An Interdisciplinary Approach* (Oxford University Press 2017) 437.

⁹³ Such as, for example, *Aksoy v Turkey* (1997) 23 EHRR 553.

⁹⁴ Such as, for example, *Cestaro v Italy* App no 6884/11 (ECtHR, 7 April 2015).

⁹⁵ See the vulnerability-framed account in Heri, ‘Climate Change Before the European Court of Human Rights’ (n 13); and more broadly in Heri, *Responsive Human Rights* (n 14) ch. 3.

⁹⁶ *Bouyid* (n 39) paras 88 and 100.

⁹⁷ *Premniny v Russia* (2016) 62 EHRR 18, para 90.

situation of serious deprivation or want incompatible with human dignity'.⁹⁸ The Court's reasoning is relevant and, arguably, transposable to a situation in which considerable suffering is being experienced and anticipated by persons in a vulnerable position, where the alleviation of the conditions causing this suffering is out of their hands and in the hands of State bodies.

It is worth underlining that the dynamic of power and powerlessness both shapes the wrongfulness of State (in)action *and* contributes to the degree of distress experienced by those victimised by said (in)action. The ECtHR acknowledges that a sense of powerlessness can deepen feelings of fear, anxiety, inferiority, or injustice, which can contribute towards reaching the 'minimum level of severity' and lead to a finding of a violation of Article 3.⁹⁹ It is well-established that climate anxiety often involves feelings of helplessness and powerlessness, which are underscored by people's understanding that they as individuals 'simply do not have the political power to do what...needs to be done'.¹⁰⁰

C. Callousness, indifference, and disregard by State authorities

The idea of the 'minimum level of severity' may appear at first sight to set a quantitative standard for the application of the right not to be ill-treated. Yet the question of whether *ill-treatment* contrary to Article 3 ECHR has occurred or will occur is not determined purely on the basis of the extent of suffering (to be) experienced. Rather, severity concerns the character of the *treatment* to which a person is subjected.¹⁰¹ The severity of a treatment is shaped not only by the suffering or harm it causes, but by the wrongfulness of the (in)action(s), intent(s) and/or attitude(s) of the wrong-doer(s).¹⁰²

The ECtHR's case law establishes that callousness¹⁰³ or indifference¹⁰⁴ by State authorities towards the serious or potentially irreparable suffering faced by a person in a position of relative powerlessness, where the State is both aware of and in a position to take action to alleviate this suffering, reaches the minimum level of severity. In particular, the ECtHR has indicated that official indifference or callous disregard towards a situation of serious deprivation,¹⁰⁵ abuse at the hands of non-State actors,¹⁰⁶ or a loved one's disappearance¹⁰⁷ falls foul of Article 3 ECHR.

In *Varnava v Turkey*, in which the ECtHR recognised that State authorities' callousness in respect of the fate of a person who has disappeared can amount to ill-treatment of the

⁹⁸ *Budina v Russia* (Admissibility) App no 45603/05 (ECtHR, 18 June 2009), para 3; see also *MSS* (n 53) para 253; *Tarakhel v Switzerland* (2015) 60 EHRR 28, para 98.

⁹⁹ See above, n 54, n 61 and n 62.

¹⁰⁰ Panu Pihkala, 'Anxiety and the Ecological Crisis: An Analysis of Eco-Anxiety and Climate Anxiety' (2020) 12(19) *Sustainability* 7836, <https://doi.org/10.3390/su12197836>, 11.

¹⁰¹ Mavronicola, *Torture, Inhumanity and Degradation* (n 14) chapters 4-5.

¹⁰² *Ibid* 94. On the nexus between (in)dignity and attitudes of disrespect, see Webster (n 14) 99.

¹⁰³ See, for example, *RR v Poland* (2011) 53 EHRR 31, para 151.

¹⁰⁴ See, for example, *Budina v Russia* (Admissibility) App no 45603/05 (ECtHR, 18 June 2009), para 3.

¹⁰⁵ *Budina*, *ibid*; see also *MSS* (n 53).

¹⁰⁶ *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses v Georgia* (2008) 46 EHRR 30.

¹⁰⁷ *Varnava* (n 63).

missing person's next-of-kin, the Court emphasised that the 'essence of the violation [in relation to the relatives of the missing person]...lies in the authorities' reactions and attitudes to the situation when it has been brought to their attention'.¹⁰⁸ It found that 'the attitude of official indifference in face of [the applicants'] acute anxiety to know the fate of their close family members disclose[d] a situation attaining the requisite level of severity'.¹⁰⁹ The inhumanity identified in cases such as *Varnava*¹¹⁰ and *Cyprus v Turkey*¹¹¹ in respect of the relatives of missing persons arose from their continued subjection to 'a prolonged state of acute anxiety' through the authorities' silence and inaction in respect of their loved ones' fate.¹¹² The violation can be located at least in part in 'an attitude of disrespect',¹¹³ as Elaine Webster puts it, one which cuts to the core of the deontic humanity encapsulated by human dignity. The Court locates inhumanity and degradation in authorities' 'flagrant, continuous and callous disregard of an obligation to account for the whereabouts and fate of a missing person'¹¹⁴ and in their lack of concern in relation to the emotional distress their behaviour is producing or compounding. Analogous principles emerge from the case law on official indifference to interpersonal violence: a refusal by State officials 'to take action promptly to end the violence [of which they had been alerted] and to protect the victims'¹¹⁵ and subsequent 'official indifference'¹¹⁶ in pursuing redress has been recognised as falling foul of Article 3 ECHR. In respect of the distress emanating from anthropogenic climate change and the prospect of climate catastrophe, we may speak of State authorities' systemic indifference or even systematic disregard towards those experiencing escalating suffering and fearing for the fate of their loved ones in relation to climate change.

Lastly, the ECtHR has indicated that 'State responsibility could arise for "treatment" where an applicant, in circumstances wholly dependent on State support, found herself faced with official indifference when in a situation of serious deprivation or want incompatible with human dignity',¹¹⁷ a principle that has been applied to make a finding of an Article 3 violation in a situation where an asylum-seeker had been left in systemically degrading conditions.¹¹⁸ Climate change and imminent climate catastrophe may be understood to give rise to systemically degrading circumstances that are incompatible with human dignity, encompassing among other things both extreme events and gradually deteriorating conditions that are bound to involve serious deprivation and the physical, mental, and interpersonal toll such phenomena doubtlessly entail. The fact that such a phenomenon is met with official indifference or even callous disregard on a large scale, understood as a refusal to carry out the necessary action that the relevant States are in a position to take to avert this degradation, brings the situation

¹⁰⁸ *Varnava*, *ibid*, para 200; see also *Çakici* (2001) 31 EHRR 5, para 98.

¹⁰⁹ *Varnava*, *ibid* para 202.

¹¹⁰ *Varnava*, *ibid* para 201.

¹¹¹ *Cyprus v Turkey* (2002) 35 EHRR 30, para 157.

¹¹² *Ibid*.

¹¹³ Webster (n 14) 99.

¹¹⁴ *Varnava* (n 63) para 200.

¹¹⁵ *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses v Georgia* (2008) 46 EHRR 30, para 111.

¹¹⁶ *Ibid* para 124.

¹¹⁷ *Budina v Russia* (Admissibility) App no 45603/05 (ECtHR, 18 June 2009), para 3; see also *MSS* (n 53) para 253; *Tarakhel v Switzerland* (2015) 60 EHRR 28, para 98.

¹¹⁸ *MSS* (n 53).

within the purview of principled reasoning issued in other contexts by the ECtHR in delimiting Article 3 ECHR. This is relevant to cases such as *Agostinho*, where the applicants are effectively arguing that there is a continuing refusal by the respondent States to take appropriate action to avert a fate that threatens them and their loved ones in the profound ways outlined above.

4. ON WHAT BASIS CAN STATES BE HELD RESPONSIBLE FOR THE DISTRESS ASSOCIATED WITH CLIMATE CHANGE?

We may, on the basis of the analysis provided above, understand climate change to give rise to circumstances that could in principle be seen as coming within the purview of Article 3 ECHR. But what are the precise contours of States' responsibility vis-à-vis these circumstances? If we may once again return to *Agostinho*, it is possible to understand there to be three 'axes' of State wrong-doing in relation to climate change and the harms flowing therefrom.

First, it can be argued that the respondent States are failing to take the reasonable and adequate steps they are compelled to take in accordance with their positive obligations to protect persons such as the applicants in *Agostinho* from serious and escalating distress at present, and the real likelihood of catastrophic harm and suffering in the future. Second, it is also possible to reason that the relevant States are violating their negative obligation not to subject persons to inhuman or degrading treatment. The negative obligation to refrain from subjecting persons to ill-treatment may be understood as being violated through State policy and practice that is causing and/or compounding anthropogenic climate change. Finally, it may be argued that through a confluence of actions and inactions, States are subjecting people such as the applicants in *Agostinho* to a real risk of irreparable harm, thereby falling foul of the principle that underpins the duty of non-refoulement under Article 3 ECHR, which prohibits the removal of persons to places where they face a real risk of torture or inhuman or degrading treatment or punishment.

An overarching consideration shaping my analysis in this section is that it is the acts and omissions of State authorities – including in terms of regulating the activities of corporate actors and private individuals – that are the predominant cause¹¹⁹ of the humanitarian crisis being faced.¹²⁰ Nonetheless, it is important to stress from the outset that each individual State's conduct need not, in isolation, be the sole cause of the distress emanating from the impacts of anthropogenic climate change. In terms of causation, as the applicants in *Agostinho* underlined in their arguments to the Court,

¹¹⁹ This reflects the test outlined in *Sufi and Elmi v UK* (2012) 54 EHRR 9, para 282. See Matthew Scott, 'Natural Disasters, Climate Change and Non-Refoulement: What Scope for Resisting Expulsion under Articles 3 and 8 of the European Convention on Human Rights?' (2014) 26(3) *International Journal of Refugee Law* 404.

¹²⁰ On the States' responsibility in this respect, see *State of the Netherlands v Urgenda Foundation* ECLI:NL:HR:2019:2007, para 5.7.2. See, further, Margaretha Wewerinke-Singh, *State Responsibility, Climate Change and Human Rights under International Law* (Hart 2019) chapter 6.

there is no ‘but for’ test for causation in the ECtHR’s doctrine.¹²¹ Indeed, where State omissions are concerned, it suffices for the Court that the State failed to adopt ‘reasonably available measures which could have had a real prospect of altering the outcome or mitigating the harm’.¹²²

In terms of attribution, States can be taken to bear – and share – responsibility for subjecting persons to the deleterious effects of anthropogenic climate change if States engage in conduct attributable to each of them separately, which violates one or more of their international obligations and which contributes individually, collectively, or cumulatively to the indivisible injury of any person. This is in line with Principles 2 and 4 of the ‘Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law’,¹²³ and is a normatively appropriate position as a matter of principle. In contrast, an interpretation of States’ obligations which absolved States in circumstances of collective and cumulative responsibility would be contrary to the fundamental tenets of the Convention and the Court’s interpretive approach, which is premised on the idea of making rights guarantees ‘practical and effective’.¹²⁴ The ECtHR has attributed responsibility to more than one State in respect of the same harm, for example in the context of *refoulement*.¹²⁵ It is possible¹²⁶ (and arguably in line with the Convention’s object and purpose) for the Court to do the same in respect of the infliction, through the diffuse actions of various State authorities, of widespread, transboundary harm stemming from anthropogenic climate change.

A. Violation of positive obligations through State inaction

Both academic arguments and litigation on climate change and human rights have typically focused on identifying failure to take appropriate climate action as a violation of States’ positive obligations under certain rights.¹²⁷ For example, in its landmark *Urgenda* judgment, the Dutch Supreme Court ruled that the State of the Netherlands had

¹²¹ See, in this respect, the analysis of the doctrine on positive obligations in Laurens Lavrysen, ‘Causation and Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Reply to Vladislava Stoyanova’ (2018) 18 *Human Rights Law Review* 705.

¹²² *O’Keeffe v Ireland* (2014) 59 EHRR 15, para 149.

¹²³ André Nollkaemper, Jean d’Aspremont, Christiane Ahlborn, Berenice Boutin, Nataša Nedeski, Ilias Plakokefalos, collaboration of Dov Jacobs, ‘Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law’ (2020) 31(1) *European Journal of International Law* 15.

¹²⁴ *Svinarenko and Slyadnev v Russia* App nos 32541/08 and 43441/08 (ECtHR, 17 July 2014), para 118; *Ali and Ayşe Duran v Turkey* App no 42942/02 (ECtHR, 8 April 2008), para 59. On the centrality of the principle of effectiveness to the ECHR, and its implications, see Georgios A. Serghides, *The Principle of Effectiveness and its Overarching Role in the Interpretation and Application of the ECHR: The Norm of All Norms and the Method of All Methods* (Strasbourg 2022).

¹²⁵ See, for example, *MSS* (n 53).

¹²⁶ *Keller and Heri* (n 12) 166-167.

¹²⁷ See, for example, the analysis in Katharina Franziska Braig and Stoyan Panov, ‘The Doctrine of Positive Obligations as a Starting Point for Climate Litigation in Strasbourg: The European Court of Human Rights as a Hilfssheriff in Combating Climate Change?’ (2020) 35 *Journal of Environmental Law and Litigation* 261; *Keller and Heri* (n 12) 163-167; Monica Faria-Tinta, ‘Climate Change Litigation in the European Court of Human Rights: Causation, Imminence and other Key Underlying Notions’ (2021) 3 *Europe of Rights & Liberties/Europe des Droits & Libertés* 52; and the analysis in *Urgenda*, *ibid*, especially paras 5.1-5.10.

not taken the climate action necessary to fulfil its positive obligations under Articles 2 and 8 ECHR.¹²⁸

The right not to be subjected to torture or inhuman or degrading treatment gives rise to positive obligations that require States to take action to protect persons from torture as well as inhuman and degrading treatment. States' positive obligations may be categorised as follows:

(a) general, or framework, obligations require States to establish adequate legal provisions, implementation mechanisms, and other relevant structures towards preventing, and protecting individuals from, inhumanity and degradation, and to ensure that they are effectively implemented;¹²⁹

(b) operational obligations require targeted action in respect of persons facing a real and immediate risk of torture, inhumanity or degradation which the authorities knew or ought to have known about;¹³⁰ and

(c) investigative obligations require States to investigate credible complaints or suspected incidents of ill-treatment, and to provide for and pursue redress for individuals who have suffered the proscribed treatment.¹³¹

In relation to climate change, the positive obligations upon States may be understood as consisting chiefly of obligations to legislate adequately for, and implement effectively, the regulation and reduction of activities – whether by State or non-State actors – that contribute to climate change. Primarily, this engages States' general, or framework, duties, which require the mobilisation of the State's regulatory tools and enforcement mechanisms towards suppressing the causes of the human rights violation(s) at issue. States' operational duties can also be implicated, demanding that operational measures be taken to protect persons facing a real and immediate risk of torture, inhumanity, or degradation where the authorities know or ought to know of said risk. As recognised by the Dutch Supreme Court in *Urgenda*, the term 'real and immediate risk' is to be understood as referring to a risk that is both genuine and imminent.¹³² Imminence, the Dutch Supreme Court underlined,¹³³ is not to be construed as meaning that the risk must materialise within a short period of time, but rather as requiring that the risk in question is clearly established¹³⁴ and directly threatening the persons involved.¹³⁵ This approach is grounded in the ECtHR's jurisprudence, which duly recognises that where the risk of harm falling within the purview of the right is present, clearly established, and posing direct threats to the persons involved – including a substantial group of people¹³⁶ or

¹²⁸ *Urgenda*, *ibid.*

¹²⁹ See, for example, *MC v Bulgaria* (2005) 40 EHRR 20, paras 167–87; *Volodina* (n 54) paras 78–85.

¹³⁰ See, for example, *Z and others v UK* (2002) 34 EHRR 3, paras 69–75; *E v UK* (2003) 36 EHRR 31, paras 88–101; *Volodina* (n 54) paras 86–91.

¹³¹ *Assenov v Bulgaria* (1999) 28 EHRR 652, paras 101–106; *Volodina* (n 54) paras 92–101.

¹³² *Urgenda* (n **Error! Bookmark not defined.**) para 5.2.2.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Taşkin v Turkey* (2006) 42 EHRR 50, para 113.

¹³⁵ See, in this respect, relevant Article 2 cases including: *Öneryildiz v Turkey* (2005) 41 EHRR 20 (long-standing risk of gas explosion at landfill); *Budayeva v Russia* (2014) 59 EHRR 2 (long-standing danger of mudslides); *Kolyadenko v Russia* (2013) 56 EHRR 2 (reservoir outflow due to heavy rain). See also the Article 8 case *Taşkin v Turkey* (2006) 42 EHRR 50, paras 113, 133.

¹³⁶ See *Cordella and others v Italy* App nos 54414/13, 54264/15 (ECtHR, 24 January 2019), para 172.

indeed the public at large¹³⁷ – the timing of its materialisation is not important; indeed, an undue focus on timing would tend towards excessive speculation and potential arbitrariness.

How are States' Article 3 positive obligations in respect of climate change to be delineated? According to the ECtHR, States are bound to take *reasonable*¹³⁸ and *adequate*¹³⁹ measures to prevent, deter, or otherwise suppress human rights violations. The criterion of reasonableness carries the implication that positive obligations are determined, and bounded, by what may be reasonably expected of State authorities in the particular context at issue. At the same time, the term 'adequate' conveys that, although not boundless, the State's positive obligations must reach a level of effort *and* efficacy that can be considered adequate in view of the imperative of securing 'practical and effective protection'¹⁴⁰ and in light of the importance of what Article 3 is meant to safeguard. Therefore, although the ECtHR is not prepared to make impossible or unreasonable demands of State authorities,¹⁴¹ it requires them to take measures that will adequately and therefore effectively address the general and particular incidence and risk(s) of torture or inhuman or degrading treatment.

Indicating its application of a degree of institutional restraint, the ECtHR has mentioned the margin of appreciation in a number of Article 3 positive obligations cases,¹⁴² suggesting that 'the choice of means to secure compliance with Article 3' may in principle fall 'within the domestic authorities' margin of appreciation'.¹⁴³ Nonetheless, even though the Court may not always readily dictate the specific means by which the State is to secure protection from ill-treatment,¹⁴⁴ it does not tend to use the margin of appreciation as a basis on which to refrain from rigorous scrutiny of the adequacy of

¹³⁷ See *Mastromatteo v Italy* App No 37703/97 (ECtHR, 24 October 2002), para 74.

¹³⁸ *Opuz v Turkey* (2010) 50 EHRR 28, para 162.

¹³⁹ See, for example, *Opuz*, *ibid* para 165. For a thorough account of terms and principles employed by the ECtHR to delimit positive obligations, see Laurens Lavrysen, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights* (Intersentia 2016) ch 3, particularly at 158–66.

¹⁴⁰ *Valiulienė v Lithuania* App no 33234/07 (ECtHR, 26 March 2013), para 75; *Rantsev v Cyprus and Russia* (2010) 51 EHRR 1, para 284. On the primacy of the principle of effectiveness under the ECHR, see Serghides (n 124).

¹⁴¹ The Court insists that its interpretation of positive obligations must 'not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities' – see, for example, *Edwards v UK* (2002) 35 EHRR 19, para 55.

¹⁴² See, for instance, *Beganović v Croatia* App no 46423/06 (ECtHR, 25 June 2009), para 80; *Valiulienė* (n 140) para 85; *Wenner v Germany* (2017) 64 EHRR 19, para 61.

¹⁴³ *Valiulienė* (n 140) para 85.

¹⁴⁴ On the operation of the margin of appreciation in this manner in positive obligations case law, see Jan Kratochvíl, 'The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights' (2011) 29 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 324, 333–34. The nuanced operation (encompassing merits reasoning and non-merits reasoning) of the margin of appreciation in such contexts is considered in Oddný Mjöll Arnardóttir, 'Rethinking the Two Margins of Appreciation' (2016) 12 *European Constitutional Law Review* 27, 44–45, citing *Beganović* (n 142) para 80. See, too, the consideration of the margin's application and the operation of deference in relation to positive obligations under Arts 2 and 3 ECHR in Janneke Gerards, 'Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights' (2018) 18 *Human Rights Law Review* 495, 501.

measures taken. It does not, that is, simply carve out a space in which the delimitation of positive obligations is simply left to the judgement or sovereign will of the State.¹⁴⁵

Although the ECtHR may therefore, in line with the dynamics of relative institutional competence at play, allow States some leeway to determine the specific measures to be taken, it conducts a robust check on effort, procedure and both the potential and actual effectiveness of the measures taken – as well as, often implicitly, good faith¹⁴⁶ – under the reasonableness and adequacy criteria. There is considerable scope, in such an appraisal, for finding that the respondent States in *Agostinho* have not taken adequate legislative, administrative, and operational measures to reduce harmful emissions and thereby fulfil their positive obligations under Article 3 (as well as, arguably, Articles 2 and 8) ECHR.¹⁴⁷

An important dimension of what is at issue in respect of State inaction on climate change is the concept of ‘dangerous activities’. In circumstances involving what the ECtHR terms ‘dangerous activities’, States’ duties are engaged on both the general and operational level, and the required actions must be responsive to the particular nature and degree of risk involved in the relevant activity. As the Court has put it in relation to Article 2 ECHR,

The positive obligation to take all appropriate steps to safeguard life for the purposes of Article 2...entails above all a primary duty on the State to put in place a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life... This obligation indisputably applies in the particular context of dangerous activities, where, in addition, special emphasis must be placed on regulations geared to the special features of the activity in question, particularly with regard to the level of the potential risk to human lives. They must govern the licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity and must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks.¹⁴⁸

The principles that the Court has set out in respect of Article 2 can be taken to apply also in relation to activities that place persons at risk of torture or inhuman or degrading treatment or punishment, given that the Court recognises these harms as irreparable and

¹⁴⁵ Indeed, this leads Jan Kratochvíl to suggest that reference to the margin of appreciation in such contexts may even be redundant: Kratochvíl (n 144) 334. On the broader function of the margin of appreciation in ECtHR doctrine see, among many, Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* (Martinus Nijhoff 1996); Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Intersentia 2002); Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law* (Oxford University Press 2012). But note the nuanced account of the margin of appreciation in Arnardóttir (n 144).

¹⁴⁶ Mavronicola, *Torture, Inhumanity and Degradation* (n 14) 28, 146.

¹⁴⁷ The arguments put forward in this respect by the applicants in *Agostinho* can be accessed in the application form, available at: <https://youth4climatejustice.org/wp-content/uploads/2020/12/Application-form-annex.pdf/>.

¹⁴⁸ *Öneryıldız v Turkey* (2005) 41 EHRR 20, paras 89-90.

acknowledges the close connections between Articles 2 and 3 ECHR.¹⁴⁹ According to the ECtHR, ‘dangerous activities’ include the maintenance of a landfill in the vicinity of people’s residences,¹⁵⁰ the running of a factory producing potentially toxic emissions,¹⁵¹ and the sale and purchase of firearms.¹⁵² On the basis of the Court’s reasoning, we may deduce that activities which are capable of precipitating serious climate-related suffering are in principle to be treated as dangerous activities – that is, as activities that endanger human life and bodily and mental integrity. Accordingly, the release of emissions contributing to climate change, as well as the use, purchase, and sale of fossil fuels, can be recognised as dangerous activities that attract positive obligations corresponding to the particular risks to which these activities give rise.

The applicants in *Agostinho* are arguing that the Paris Agreement can form the basis for delineating the measures States are duty-bound to undertake under the relevant Convention rights to protect persons such as the applicants. The Paris Agreement was built on an assessment that hinged on both the feasibility and the effectiveness of pathways to contain the most deleterious impacts of climate change.¹⁵³ This makes the Paris Agreement goals align with the criteria of reasonableness and adequacy by which positive obligations are delimited. Moreover, the Paris Agreement accommodates a diversity of approaches across States in determining the *precise* mitigation measures by which the Paris goals are to be met, in line with the (bounded) leeway afforded to Contracting States in the concretisation of their positive obligations. The measures that the respondent States in *Agostinho* would thereby be expected to pursue would include robust – indeed, drastic – legislative and implementation efforts that trigger changes capable of effectively reducing and ultimately eliminating harmful emissions on territory over which they have jurisdiction. They would also include, as the applicants in *Agostinho* argue, restrictions or indeed a ban on the export of fossil fuels, mitigation measures in respect of the import of goods whose production involves harmful emissions, and limits on multinational entities’ emissions overseas. Such steps are essential and urgent if anything approximating the key Paris goal of limiting temperature rise to 1.5°C in comparison with pre-industrial levels is to be achieved.¹⁵⁴

In delineating the obligations owed by the respondent States in *Agostinho*, judges are faced with what is often referred to as the ‘fair share’ question – or what the Dutch Supreme Court in *Urgenda* referred to as each State doing ‘its part’¹⁵⁵ to prevent climate catastrophe. In particular, given that any State bears only *partial* responsibility for the impacts of anthropogenic climate change, and that only collective efforts to mitigate

¹⁴⁹ The close connection between Articles 2 and 3 ECHR is repeatedly acknowledged by the Court. See, for example, *Tehrani v Turkey* App nos 32940/08, 41626/08, 43616/08 (ECtHR, 13 April 2020), para 55; *Ilaşcu v Moldova and Russia* (2005) 40 EHRR 46, para 334.

¹⁵⁰ *Öneryıldız v Turkey* (2005) 41 EHRR 20.

¹⁵¹ *Cordella* (n 136).

¹⁵² *Kotilainen and others v Finland* App no 62439/12 (ECtHR, 17 September 2020).

¹⁵³ See, in this respect, P. B. Holden, N. R. Edwards, A. Ridgwell, R. D. Wilkinson, K. Fraedrich, F. Lunkeit, H. Pollitt, J.-F. Mercure, P. Salas, A. Lam, F. Knobloch, U. Chewpreecha and J. E. Viñuales, ‘Climate–Carbon Cycle Uncertainties and the Paris Agreement’ (2018) 8(7) *Nature Climate Change* 609.

¹⁵⁴ Note the latest IPCC report (IPCC, *Climate Change 2021: The Physical Science Basis* (2021)), which indicates that limiting global heating to 1.5°C is increasingly unlikely.

¹⁵⁵ *Urgenda* (n **Error! Bookmark not defined.**) para 5.7.1.

climate change can effectively contain it, the ‘share’ of the burden to be properly placed on any particular State is a matter of considerable contention. Nonetheless, as the Dutch Supreme Court in *Urgenda* underlined, neither the contestation surrounding each State’s share of the burden nor the fact that shouldering that share of the burden is inadequate unless other States do their part vitiates the obligations at issue.¹⁵⁶ Moreover, it is possible to rely on relevant research to determine what amounts to a State doing ‘its part’: as Gerry Liston argues, States should be taken to bear ‘individual mitigation obligations which are collectively consistent with the Paris Agreement’.¹⁵⁷ To determine what these might amount to in broad terms, the Climate Action Tracker, which provides an independent scientific analysis tracking States’ climate action and assessing it against the Paris Agreement,¹⁵⁸ provides a helpful ‘fair share range’. This range is premised on the temperature rise that would come about if all other countries were to adopt mitigation efforts of equivalent ambition, and shaped by a vast corpus of research that takes into account considerations of equity including historical responsibility, capability, and equality.¹⁵⁹ The Climate Action Tracker’s findings enable the characterisation of States’ mitigation measures as ‘critically insufficient’, ‘highly insufficient’, ‘insufficient’, ‘2°C compatible’, and ‘1.5°C Paris Agreement compatible’. None of the respondent States in *Agostinho* is currently found to be acting compatibly with the 1.5°C Paris target, and most of the respondent States’ climate action is deemed at best ‘insufficient’. While it is not for the ECtHR to second-guess every detail of States’ climate change mitigation measures, it remains possible for the Court to find that the enduring failure of the respondent States (along with many others globally) to set up and implement a bundle of measures that are objectively assessed as being at least effectively *capable* of averting climate catastrophe is a failure to fulfil their positive obligations.

An additional, and crucial, parameter of States’ positive obligations is the requirement that they be discharged without discrimination.¹⁶⁰ The profound intergenerational injustice underlying State (in)action in respect of climate change can implicate the prohibition on discrimination under Article 14 ECHR, which provides that the enjoyment of rights set out in the ECHR is to be secured without discrimination. With climate change already impacting most profoundly on vulnerable and marginalised people, the discriminatory dimensions of State (in)action in the face of climate catastrophe are manifold. The main argument in *Agostinho*, however, and the one I am focusing on here, relates to the differential impact of climate change across generations (age falls within the category of ‘other status’ under Article 14 ECHR¹⁶¹). It is well established that climate change disproportionately affects children and young people,¹⁶² and that younger – and future – generations are going to face largely worse climate

¹⁵⁶ *Urgenda* (n Error! Bookmark not defined.) paras 5.7.1 – 5.8.

¹⁵⁷ Gerry Liston, ‘Enhancing the Efficacy of Climate Change Litigation: How to Resolve the “fair share question” in the Context of International Human Rights Law’ (2020) 9(2) *Cambridge International Law Journal* 241.

¹⁵⁸ Climate Action Tracker, ‘About’, <https://climateactiontracker.org/about>, accessed 8 October 2021.

¹⁵⁹ Climate Action Tracker, ‘Fair Share’, <https://climateactiontracker.org/methodology/cat-rating-methodology/fair-share/>, accessed 8 October 2021.

¹⁶⁰ On the requirement to discharge positive obligations without discrimination, see J-F Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights* (Council of Europe 2007) 58.

¹⁶¹ *Schwizgebel v Switzerland* App no 25762/07 (ECtHR, 10 June 2010).

¹⁶² See UNICEF, *Unless We Act Now: The Impact of Climate Change on Children* (2015).

change impacts for a greater proportion of their lives than older generations, particularly following the crossing of irreversible climate tipping points.¹⁶³ Moreover, as long as States delay taking the urgent action needed to prevent the most catastrophic climate scenarios, the burden for younger – and future – generations grows exponentially: the more time passes, the more drastic the measures required to avert the worst climate outcomes will become, and the more detrimental their impact will be on those who have to endure them. The latter issue was at the heart of a recent judgment of the German Federal Constitutional Court, which found Germany’s legislation on climate change did not sufficiently specify plans to reduce greenhouse gas emissions from 2031.¹⁶⁴ The intergenerational injustice involved is deepened by the disenfranchisement and lack of meaningful agency that children in particular often experience on a matter so central to their life, livelihood and bodily and mental integrity, and by the hopelessness and sense of betrayal they often feel in view of the relative passivity of the authorities in the face of (impending) climate catastrophe.¹⁶⁵

The ECtHR has found violations of Article 14 ECHR, in conjunction with Article 3 ECHR, in circumstances where discrimination – or ‘large-scale structural bias’¹⁶⁶ – could be attached to shortcomings in protective measures,¹⁶⁷ or where the ill-treatment’s (suspected) discriminatory motive had been inadequately investigated.¹⁶⁸ ECtHR case law establishes that repeated and/or systemic failure or refusal to protect members of an already vulnerable or marginalised group from inhumanity or degradation amounts to discrimination. In particular, the Court has found that systemic failure to take adequate measures – including by legislative, operational, and investigative means – to protect (potential) victims of domestic abuse, which impacts disproportionately upon women, contradicts the State’s responsibility to uphold gender equality, and thus violates Article 14 in conjunction with Article 3 ECHR. It has emphasised that attitudes of disregard, passivity or unresponsiveness towards, as well as practices of downplaying, complaints of domestic abuse amount to discrimination.¹⁶⁹ At the same time, the Court has also made clear that the systemic failure to protect women against domestic violence – including through failure to fully appreciate the seriousness and extent of the problem of domestic violence and its discriminatory effect on women¹⁷⁰ – breaches their right to equal protection of the law even if it is *not* intentional.¹⁷¹ These elements of ECtHR doctrine are transposable to the climate change context, particularly as concerns the situation faced by children and young adults, who

¹⁶³ Institute of Development Studies, *Climate Change, Child Rights and Intergenerational Justice* (2009)

¹⁶⁴ *Neubauer et al v Germany* 1 BvR 2656/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20.

¹⁶⁵ Hickman et al, ‘Young People’s Voices on Climate Anxiety’ (n 66).

¹⁶⁶ *Volodina* (n 54) para 114.

¹⁶⁷ See, for example, the domestic violence cases of *Opuz* (n 138) paras 177–202; *Talpis v Italy* App no 41237/14 (ECtHR, 2 March 2017), paras 133–49; *Volodina* (n 54) paras 103–33; see also the Court’s findings in respect of a religiously motivated attack in *Members of the Gldani Congregation of Jehovah’s Witnesses v Georgia* (2008) 46 EHRR 30, paras 138–42.

¹⁶⁸ See, for example, *Petropoulou-Tsakiris v Greece* (2009) 48 EHRR 47, paras 56–66; *Škorjanec v Croatia* (2018) 66 EHRR 14, paras 50–72.

¹⁶⁹ See, for example, *Munteanu v Moldova* App No 34168/11 (ECtHR, 26 May 2020); *Volodina* (n 54); *Eremia v Moldova* (2014) 58 EHRR 2.

¹⁷⁰ *Eremia v Moldova* (2014) 58 EHRR 2, para 89; *Mudric v Moldova* App No 74839/10 (ECtHR, 16 July 2013), para 63; *Opuz* (n 138) para 191.

¹⁷¹ *Eremia v Moldova* (2014) 58 EHRR 2, para 85; *Opuz* (n 138) para 191.

are and will be disproportionately impacted upon by anthropogenic climate change. Finally, another key element of the Court’s case law on this matter is its clear denunciation of practices that place the responsibility on victims themselves to deal with the dangerous situation in which they find themselves, for example by placating the person harming them.¹⁷² This is particularly significant given a tendency to place the onus of climate mitigation measures on individuals as citizens and consumers.¹⁷³

The ECtHR has made it clear that ‘once an applicant has shown that there has been a difference in treatment it is then for the respondent Government to show that that difference in treatment could be justified’.¹⁷⁴ In the context of domestic violence, the Court has indicated that ‘if it has been established that it affects women disproportionately, the burden shifts onto the Government to demonstrate what kind of remedial measures the domestic authorities have deployed to redress the disadvantage associated with gender and to ensure that women can exercise and fully enjoy all human rights and freedoms on an equal footing with men’.¹⁷⁵ If such an approach is applied to climate change, it falls to States to demonstrate that they have taken adequate remedial measures to redress the disadvantages faced by children and young people such as the applicants in *Agostinho* through States’ (in)action on climate change, and to ensure that they can fully enjoy their human rights on an equal footing with preceding generations. Given the insufficient – often critically insufficient – measures they have so far undertaken to stem climate change, it is difficult for States such as the respondents in *Agostinho* to demonstrate this.

B. Violation of the negative obligation through State policies and practices

The negative obligation under Article 3 ECHR requires States to refrain from subjecting persons to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment. In the context of climate change, the negative obligation may be taken to be engaged because States are taking action that is causing and/or compounding circumstances incompatible with Article 3 ECHR.

There is a body of case law establishing States’ responsibility for creating and maintaining diffuse systems and structures that inflict inhumanity or degradation, such as inhuman or degrading prison conditions¹⁷⁶ or systemically degrading reception conditions for asylum-seekers,¹⁷⁷ as well as legal regimes that inflict dehumanisation, such as a legal regime extinguishing life-imprisoned persons’ hope of release.¹⁷⁸ Anthropogenic climate change is being caused and/or significantly compounded by the laws, policies and practices of States including the respondents in *Agostinho*. The

¹⁷² *Munteanu v Moldova* App No 34168/11 (ECtHR, 26 May 2020), paras 78-83.

¹⁷³ Morten Fibieger Byskov, ‘Climate change: focusing on how individuals can help is very convenient for corporations’, *The Conversation*, 10 January 2019.

¹⁷⁴ *Volodina* (n 54) para 111. See also *DH and others v Czech Republic* App No 57325/00 (ECtHR, 13 November 2007), paras 188-189.

¹⁷⁵ *Volodina* (n 54) para 111.

¹⁷⁶ See, for example, *Peers v Greece* (2001) 33 EHRR 51.

¹⁷⁷ *MSS* (n 53).

¹⁷⁸ *Vinter* (n 76).

distress and harm experienced by persons such as the applicants stems in large part from States' actions and attitudes in relation to climate change, including actions that individually and collectively contribute to maintaining and exacerbating the phenomenon, as well as attitudes of indifference or callousness that deepen the anguish and despair experienced in respect of it. Accordingly, there is scope for arguing that, through some of their policies and practices, States are subjecting persons like the applicants in *Agostinho* to ill-treatment. Such a finding would necessitate that States cease to undertake the actions at issue, as continuing to pursue them would be conclusively unlawful, in light of Article 3's absolute character.

C. The future is a foreign country: how States are subjecting (children and young) people to a real risk of torture, inhumanity, and degradation

We are on the brink of tipping points that lead to a world in which extreme climate phenomena will expose people to unprecedented devastation. The most recent report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) corroborates David Attenborough's warnings, with which this article began, in its identification of the likely outcomes of current and projected State (in)action on climate change. The 'climate futures' predicted in the report encompass both more intense and more frequent 'hot temperature extremes', 'extreme precipitation events', and 'agricultural and ecological drought events' likely to inflict grave suffering and deprivation all over the world.¹⁷⁹ This is the future that younger and future generations are being propelled to. Children and young people such as the applicants in *Agostinho* are facing a real risk that is rapidly hardening into a certain prospect of widespread, grave, and far-reaching harm. Effectively averting or mitigating such a future is ultimately not in the hands of individuals like the applicants but in the hands of the State authorities that regulate our societies.

Given the very real risks of grave harm faced by today's youth, it is appropriate to revisit the principle underpinning States' *non-refoulement* duty under the ECHR. The absolute prohibition on removing a person or persons to a place where they face a real risk of torture or inhuman or degrading treatment or punishment is well established in the ECtHR's Article 3 ECHR doctrine.¹⁸⁰ The prohibition on *refoulement* is, however, arguably an instantiation of a broader principle: that a State must not (knowingly¹⁸¹) place someone at real risk of torture or inhuman or degrading treatment or punishment,¹⁸² or, more broadly, irreparable harm.¹⁸³ The idea of bringing this principle to bear on the circumstances of children and young people such as the applicants in *Agostinho* may appear dubious, but the wrong at issue is meaningfully analogous in

¹⁷⁹ IPCC, *Climate Change 2021: The Physical Science Basis* (2021).

¹⁸⁰ See, for example, *Chahal v UK* (1997) 23 EHRR 413, paras 79-80.

¹⁸¹ This includes constructive knowledge. See, further, *Torture, Inhumanity and Degradation* (n 14) chapter 7.

¹⁸² See, for example, *Salah Sheekh v Netherlands* (2007) 45 EHRR 50, para 136. See the analysis in Mavronicola, *Torture, Inhumanity and Degradation* (n 14) chapter 7.

¹⁸³ The ECtHR premised its intervention in *Soering v UK* on the 'irreparable nature' of the suffering at issue: *Soering* (n 74) para 90; on the use of the concept of 'irreparable harm' in *non-refoulement* by other international human rights bodies, see Başak Çalı, Cathryn Costello and Stewart Cunningham, 'Hard Protection through Soft Courts? Non-Refoulement before the United Nations Treaty Bodies' (2020) 21(3) *German Law Journal* 355.

three key respects: first, the real risk of irreparable harm falling within the purview of Article 3 ECHR; second, the subjection by States of effectively powerless persons to this real risk; and third, the fact that it is State authorities' *current* (in)actions that are subjecting persons to this future risk. It is these three elements that have – rightly – driven the ECtHR to intervene in *refoulement* cases, and to do so before the risk actually materialises.

In its decision on whether to establish the principle that removing persons to places where they face a real risk of torture or inhuman or degrading treatment is prohibited under Article 3 ECHR, the ECtHR was faced with the question of whether it would be appropriate for it to pronounce, and intervene, on potential or prospective violations of the Convention. The ECtHR's reasoned basis for finding that it was appropriate – indeed, imperative – for it to do so was that such an intervention was the only way to provide effective protection from irreparable harm:

It is not normally for the Convention institutions to pronounce on the existence or otherwise of potential violations of the Convention. However, where an applicant claims that a decision to extradite him would, if implemented, be contrary to Article 3 by reason of its foreseeable consequences in the requesting country, a departure from this principle is necessary, in view of the serious and irreparable nature of the alleged suffering risked, in order to ensure the effectiveness of the safeguard provided by that Article.¹⁸⁴

This rationale has led the Court to establish that 'where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned faces a real risk of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment in the receiving country', Article 3 entails an obligation not to remove that person to that country.¹⁸⁵ Moreover, the ECtHR has made clear that 'the importance which the Court attaches to art.3 of the Convention and the irreversible nature of the damage which may result if the risk of torture or ill-treatment materialises' necessitate a prompt response effectively capable of averting the irreversible damage being faced.¹⁸⁶

A situation which, although factually distinct, is meaningfully analogous in terms of principle also warrants a pre-emptive intervention. The prospective crossing of irreversible tipping points means that States contributing to climate change are similarly subjecting children and young people to real risks of irreparable harm. Recall that what they are facing includes risks of serious harm through extreme weather events, natural disasters, infectious diseases and other 'sudden-onset' impacts of climate change, as well as the prospect of escalating physical and mental suffering arising out of 'slow-onset' impacts of climate change such as increased heat, drought, sea-level rise, water scarcity, food insecurity and air pollution, and, ultimately, the likelihood of widespread loss of life, violence, conflict and displacement in an increasingly inhospitable planet. The future is a foreign country, one might say: a dystopian place to which younger

¹⁸⁴ *Soering* (n 74) para 90 (emphasis added).

¹⁸⁵ *MSS* (n 53) para 365.

¹⁸⁶ *MSS* (n 53) para 293 (citations omitted).

generations are currently being propelled through the collective (in)actions of those with the power to shape the course of the climate crisis.

Importantly, the ubiquity of a threat does not dilute the State's responsibility. As the Court clarified in *MSS*, '[the] fact that a large number of asylum seekers in Greece find themselves in the same situation as the applicant does not make the risk concerned any less individual where it is sufficiently real and probable'.¹⁸⁷ It is the reality of the danger, rather than its uniqueness, that is key to the question of whether individuals face a real risk – and are thereby a potential victim¹⁸⁸ – of inhumanity or degradation.

5. CONCLUSION

At the moment of writing, the ECHR does not contain express provisions relating to environmental protection or climate action. Accordingly, the outcomes of climate litigation before the ECtHR hinge on whether the Court establishes that State (in)actions on climate change violate existing Convention rights.¹⁸⁹ This paper attempts to address this question with specific focus on Article 3 ECHR. Within the space available, I have sought to sketch out a principled basis for considering State (in)action on climate change to be contrary to the right not to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment. While other international legal norms may be relevant to concretising the demands of Article 3 in this context – as in others¹⁹⁰ – the arguments offered here are focused on and grounded in Article 3 jurisprudence.

What would be the significance of a finding that State (in)action on climate change violates Article 3 ECHR? It is important to ask the 'so what' question – after all, the applicants in *Agostinho* did not consider it necessary to make a complaint under Article 3 ECHR, relying instead on two of the rights more typically invoked in environmental contexts,¹⁹¹ the right to life and the right to private and family life, under Articles 2 and 8 ECHR respectively. Nonetheless, recognising the applicability of the right not to be subjected to torture or inhuman or degrading treatment in the context of climate change would be significant in a number of ways. First, such recognition would have substantial expressive significance, in establishing that State (in)action on climate change amounts to a denial of human dignity, which is at the heart of human rights. Second, in concrete terms, Article 3 carries a wider and stronger imperative than Articles 2 and 8 – wider than Article 2 in that it goes beyond (risks of) loss of life to encompass threats and harms to bodily and mental integrity, and stronger than Article 8 in that it implicates an absolute, as opposed to a qualified, right. The absolute character of the right means that States bear unqualified, non-displaceable obligations to take the necessary actions that

¹⁸⁷ *MSS* (n 53) para 359.

¹⁸⁸ On the 'potential victim' status of applicants in climate change-related human rights litigation, see Keller and Heri (n 12) 155-158.

¹⁸⁹ Tim Eicke, 'Climate Change and the Convention: Beyond Admissibility' (2022) 3(1) *European Convention on Human Rights Law Review* 8, 13.

¹⁹⁰ See, for example, *Vinter* (n 76) paras 59-81, where the Grand Chamber examined both international and national norms surrounding life imprisonment; see also *Volodina* (n 54) paras 51-59.

¹⁹¹ See European Court of Human Rights Press Unit, 'Environment and the European Convention on Human Rights' Factsheet, July 2022, available at: https://www.echr.coe.int/documents/fs_environment_eng.pdf.

are within their power to avert the real risk – indeed, the very concrete prospect – of irreparable harm to which they are currently subjecting younger generations. In an area where State action seems infinitely negotiable in spite of the gravity of what is at stake, the application of an absolute right could be significant and potentially transformative.

More fundamentally, the recognition of State (in)action on climate change as implicating the right against inhuman and degrading treatment is about nothing less than that: recognition of the ultimately abusive character of governmental equivocation, callous indifference, or active contribution towards the single most pressing threat to the life and dignity of children and young people. The full scope of the climate catastrophe being unleashed upon younger generations is becoming clearer every day. Not only is this future less and less obscure and distant, but it is being shaped today, by the governments of today. The *Agostinho* case before the ECtHR offers an opportunity for this to be recognised and acted upon as a violation of one of the most fundamental rights in the here and now.

One Year of French Single Judge Decisions Before the European Court of Human Rights

Thibaut Larrouturou*

1. INTRODUCTION

The case law of the European Court of Human Rights ('ECtHR') is undoubtedly one of the most closely observed and commented upon in the world. Many citizens, politicians, judges, lawyers, and academics in the 46 Member States of the Council of Europe, as well as beyond the borders of the Old Continent, carefully scrutinise the judgments and decisions adopted by the Strasbourg Court. However, an astonishing paradox is that the vast majority of the Court's judicial activities remain *terra incognita* for the legal community. Let us consider the example of French cases: while the Court's website informs readers that, in 2019, no fewer than 597 applications lodged against France were dealt with (i. e., struck out, declared inadmissible, or decided by judgment), only 42 judgments or decisions are available on the HUDOC database, dealing with a total of 43 applications. In other words, barely 7% of the Court's judgments and decisions concerning France for 2019 are available online. The same observation reveals that, for 2020, 14% of decided applications have been made available to the public.¹⁹² 2021 is in between, with around 12% of decided applications which have been dealt with judgments and decisions published on the Court's database.¹⁹³

These *a priori* surprising figures can be explained by the numerical importance of decisions adopted by the single-judge formation, a formation that it is undoubtedly useful to describe in broad strokes as it may be unfamiliar both to laymen and ECHR specialists. The single-judge formation was created in 2010, when Protocol No. 14 entered into force, in addition to the committees of three judges, the Chambers of seven judges and the Grand Chamber of seventeen judges. It was designed to allow the Court to deal with its backlog while ensuring that a high level of attention would still be paid to each application, which is made clear by the pyramidal structure of the work carried out prior to the adoption of decisions. Once compliance with Rule 47 of the Rules of

*PhD, Assistant Professor at Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Former lawyer at the European Court of Human Rights. The views expressed are those of the author. This article was originally published in French in the *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2022, n° 129, at 71). The author would like to thank his former University, Université Grenoble Alpes, for the linguistic review it has provided.

¹⁹² This proportion doubled compared to the previous year due to the adoption of a number of judgments dealing with several applications simultaneously: in 2020, 16 judgments dealt with 60 applications, whereas in 2019 each judgment of the Court dealt with only one application.

¹⁹³ Once again, in 2021, some judgments and one decision dealt with multiple applications.

Court has been checked,¹⁹⁴ a first lawyer¹⁹⁵ is responsible for sorting applications in order to direct them to the appropriate judicial formation.¹⁹⁶ He or she then drafts either a referral note, meaning the case is being referred to a committee/chamber, or a single-judge note setting out the facts of the case, the complaints submitted to the Court, and the grounds of inadmissibility which appear to be obvious enough to allow a decision to be taken ‘without further examination’¹⁹⁷. In both cases, this confidential document is first submitted to a second lawyer, called the non-judicial *rapporteur*.¹⁹⁸ The latter must ensure that the note is a perfect reflection of the application submitted to the Court but also, in the case of single-judge notes, that the grounds of inadmissibility suggested by the drafting lawyer are incontestable. Lastly, the single judge appointed by the President of the Court, who may not be the judge elected in respect of the State against which the applications at stake have been lodged,¹⁹⁹ is informed approximately once a month of all the notes prepared for his or her attention in the preceding weeks, if they have been approved by the non-judicial *rapporteur*.²⁰⁰ After seeking clarification where necessary from the lawyers on questions of fact or law, the single judge may postpone his or her decision until further information is received, agree to declare the application inadmissible (possibly on different grounds of inadmissibility than the ones suggested by the lawyers), or refer the case for examination to a committee or Chamber. Although it is a numerically limited phenomenon in practice, the adoption of referral decisions by the single judge underlines the reality of the control he or she exercises over the lawyers' suggestions to declare an application inadmissible.

If, from a statistical viewpoint, most of the ECHR’s judicial activity goes unreported, this is because single-judge decisions – which are far more numerous than those adopted by judges sitting as a bench²⁰¹ – are hardly within the reach of academics, even though they are not confidential. The reasons why it is virtually impossible to access this part of the Strasbourg Court’s case-law are very simple. Until June 2017, no single-judge decision was formalised: the applicants only received an administrative letter from the Registry, which was considered the equivalent of a decision, informing them without any explanation of the inadmissibility of their application. Unfortunately, Professor

¹⁹⁴ This is a decisive step for the applications submitted to the Court: no less than 13,000 of them were administratively closed in 2019, via the application of this article, which prescribes a number of formal requirements for applicants to validly bring cases before the Strasbourg court.

¹⁹⁵ He or she may be a junior/senior lawyer (a staff member recruited by the Council of Europe on the basis of open competitions) or a national judge working as seconded staff. This first lawyer, also known as the ‘drafting lawyer’, is not necessarily a national of the State against which the application has been lodged.

¹⁹⁶ It should be noted that, at this stage, a case cannot be referred to or relinquished to the Grand Chamber (see Articles 30 and 43 of the Convention).

¹⁹⁷ Article 27 § 1 of the Convention.

¹⁹⁸ This name comes from Article 24 § 2 of the Convention, which states that ‘when sitting in a single-judge formation, the Court shall be assisted by rapporteurs who shall function under the authority of the President of the Court. They shall form part of the Court’s Registry’. In practice, they are experienced lawyers, who are not necessarily nationals of the State against which the application has been lodged.

¹⁹⁹ Article 26 § 3 of the Convention.

²⁰⁰ Of course, in practice, communication between these different actors is permanent, in order to make the process as smooth and efficient as possible.

²⁰¹ In 2020, 31,069 single-judge decisions were adopted – down from 33,288 in 2019. By way of comparison, the committees, Chambers and Grand Chamber adopted 1,901 judgments/4,443 decisions in 2020, and 2,187 judgments/1,995 decisions in 2019.

David Szymczak's statement that these so-called decisions were 'marked by the double seal of bureaucratic dryness in form and argumentative conciseness in substance'²⁰² was therefore an understatement: single-judge decisions simply had no substance and it was impossible for anyone to study them – with the exception, indirectly, of the judges and lawyers of the Court.²⁰³ A real turning point occurred in 2017. After the Declaration of the High-Level Conference of States Parties to the Convention, held in Brussels on 26 and 27 March 2015, explicitly supported the Court's stated intention to give reasons for single-judge decisions, the Registry²⁰⁴ prepared for this small revolution. For almost five years since then, the overwhelming majority of single-judge decisions have given reasons.²⁰⁵ However, the legal community's access to these decisions has not improved much. On the one hand, they are never published on the Court's HUDOC database, for obvious reasons : they are of very little importance from a case-law perspective, they represent a colossal mass of decisions that would flood the Court's database and they are not, for reasons that will be detailed below, "self-sufficient", since they must be read in conjunction with the application form in order to get a glimpse of the Strasbourg Court's reasoning. On the other hand, it appears for the time being that the Court will not give access to these decisions to academics upon request (other than in a particular case), due to the considerable costs and material difficulties that would be involved in copying or making available a large number of files to persons outside the Court.²⁰⁶

Thus, more than ten years after the creation of the single-judge formation and despite the Court's recent efforts to give reasons, the single-judge decisions remain fundamentally inaccessible to scholars. This is unfortunate for several reasons. Indeed, the inadmissibility decisions adopted by the panels and published on HUDOC "by definition concern only the most complex (the least 'obvious') inadmissibility issues and do not in this sense constitute a representative sample of the inadmissibility grounds adopted elsewhere [...] by the new single judge"²⁰⁷. It is therefore impossible to deduce the prevalence of a particular admissibility condition within the single-judge decisions simply from the observation of the decisions published by the Court. Could it be, for example, that the 'no significant disadvantage criteria', which is regularly criticised as

²⁰² Szymczak, "Le chameau et l'aiguille": à propos de l'accessibilité des requérants individuels au prétoire de la Cour européenne des droits de l'homme', in *La Constitution, l'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclat*, Paris, Publications de la Sorbonne (2013) at 996.

²⁰³ The judges and the Court's lawyers do have access to the preparatory notes on which the decisions are based. However, given the confidential nature of these notes, it does not seem possible to share the results of any analysis outside the Court.

²⁰⁴ It should be recalled here that the Court's Registry is an 'entity of a special nature, since it is in fact a service far removed from a national registry and very close to a general and/or legal directorate, which assists the Court in both its administrative and judicial activities' (Dourneau-Josette, 'Les relations entre les avocats et le greffe de la Cour européenne des droits de l'homme', in Forowicz, Lambert Abdelgawad and Sevinc (eds), *La défense des requérants devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Limal, Nemesis/Anthemis (2012) at 93). The Registry comprises lawyers (around 300), administrative and technical staff and translators.

²⁰⁵ To be more precise, only the - very rare - inadmissibility decisions adopted by the duty judges at the same time as they reject a request for interim measures currently fail to give reasons. In contrast, all applications decided by the "classic" single-judge formation have given reasons since 2017.

²⁰⁶ It should be noted that the files relating to single-judge decisions are destroyed one year after the decision has been taken.

²⁰⁷ Szymczak, 'France', in Dourneau-Josette and Lambert Abdelgawad (eds.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme?*, Strasbourg, Council of Europe Publishing (2011) at 344.

tending towards an ‘erosion of the right of individual application’²⁰⁸, is very frequently used by single judges, whereas it is extremely rarely used by the panels?²⁰⁹ Answering such a question is impossible without access to a significant sample of relevant decisions. Another difficulty is the lack of knowledge of the cases dealt with by single judges, as in the absence of an analysis of these cases, it is not possible for applicants and their legal representatives to be aware of any recurrent inadmissibility that would justify action on their part to avoid it, or to refrain from lodging an application that is doomed to inadmissibility. In other words, studying single-judge decisions is likely to be of interest both to Strasbourg observers (since it reveals a lot about the Court’s practice in terms of admissibility) and to practitioners and prospective applicants (as it allows the identification of certain pitfalls which should be avoided).

Despite the obstacles involved, it is precisely such a study that will be carried out here. The author, who worked for four years at the European Court of Human Rights as a lawyer assigned to the processing of applications lodged against France, had access in this capacity to the single-judge decisions of his choice, as well as to the corresponding application forms,²¹⁰ without the Court incurring the slightest expense or material difficulty. Since it is not possible to cover the colossal number of decisions adopted each year by all the single judges, the 538 decisions adopted in 2019²¹¹ for France²¹² by the single judge appointed by the President of the Court for that State²¹³ have been selected for examination in this study. This approach can provide an almost exhaustive view of a year of ‘invisible’ French case-law.²¹⁴ The overview that emerges is particularly enlightening on two points, which it should be noted only apply to France, given the specific nature of national cases and the organisation of each national unit within the Court. Firstly, from a formal point of view, this overview enables an assessment of the consequences of the Court’s efforts to give reasons for single-judge decisions and highlights that, although there has been a positive change in that regard, there is still room for improvement. Secondly, from a more substantive point of view, while the wide variation of French cases brought before the Court is striking, it seems that a significant proportion of the inadmissibility decisions in question could be avoided by the action or abstention of the applicants. The perfectibility of the Court’s reasoning (2) is therefore matched by the perfectibility of the applications lodged to the Court (3).

2. THE PERFECTIBILITY OF THE COURT’S REASONING

²⁰⁸ Sudre, ‘À propos de la “vocation constitutionnelle” de la Cour européenne des droits de l’homme’, in *Constitution, Justice, Démocratie, Mélanges en l’honneur du professeur Dominique Rousseau*, Paris, LGDJ (2020) at 237.

²⁰⁹ In 2019, only about ten decisions published on HUDOC were based on the “no significant disadvantage criteria”. This number was even lower in 2020 and 2021, with only half a dozen decisions in each case.

²¹⁰ Of course, the single-judge notes drafted by the lawyers were not consulted in the context of this study, due to their confidential nature.

²¹¹ 2019 was chosen for two reasons: in recent years, it had the highest the proportion of single-judge decisions; also, it was unaffected by the various disruptions caused by the Covid-19 pandemic.

²¹² The choice of this State is justified by the author’s knowledge of it, but also by the language barrier that arises when reading application forms against other States (which may be written in any official language of a Council of Europe Member State).

²¹³ This judge was Mr Carlo Ranzoni, elected in respect of Liechtenstein.

²¹⁴ The handful of decisions adopted in 2019 by the duty judge ruling on requests for interim measures against France could not, for the reasons given above, be included in this study.

The search for the right level of reasoning, allowing both the understanding of the Court's decisions and the preservation of the strength of its judges and lawyers to cope with the backlog of applications, is a perpetual quest for the Strasbourg court. This is evidenced by the recent launch of an experiment focusing on a 'significantly more concise and focused manner' to draft cases falling within the competence of the Committees.²¹⁵ Balancing these *a priori* contradictory requirements obviously governs the choices made by the Court in terms of giving reasons for single-judge decisions. Indeed, a formal examination of the French decisions leads to the conclusion that the reasoning is extremely summary (A), which raises the question of whether there is room for improvement (B).

A. An extremely summary reasoning

One of the reasons why the reasoning of single-judge decisions may be considered minimalist is the absence of summary of the facts of the case brought before the Court. Each decision therefore begins with the ritual statement that 'The European Court of Human Rights, sitting on [date] in a single-judge formation pursuant to Articles 24 § 2 and 27 of the Convention, has examined the application as submitted'. Apart from preventing the applicant from determining which facts were considered relevant by the Strasbourg Court, this absence requires the outside observer to consult the application form submitted to the Court in order to understand what is at stake. The extreme conciseness of single-judge decisions is also caused by the absence of a presentation of the applicant's complaints: only the articles invoked are mentioned, which again requires the observer to refer to the application form in order to build a sufficiently detailed overview of the case. This is normally followed, article by article, by a mention of the condition of admissibility which was not met (such as "manifestly ill-founded", the non-exhaustion of domestic remedies, incompatibilities related to the Court's jurisdiction, or non-compliance with the four-month time-limit). Such a mention does not, however, go hand-in-hand with the reasons justifying the Court's conclusion on that matter.

While the statement of reasons for inadmissibility is therefore the main achievement of the introduction of reasoning for single-judge decisions, there is one important limitation to this improvement, namely the practice of giving reasons through what the Court Registry calls the 'global formula'. This is an established formula that does not enable the condition of admissibility which was not met by the application to be determined. It reads as follows:

"The Court finds, in the light of all the material in its possession and in so far as the matters complained of are within its competence, that they do not disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention or the Protocols thereto and that the admissibility criteria set out in Articles 34 and 35 of the Convention have not been met".

²¹⁵ See on this point the website of the European Court of Human Rights.

This deliberately imprecise statement was used to deal with about 40% of the approximately 1,000 complaints identified in the application forms associated with the 538 decisions at issue.

The reasons why this formula appears so regularly in the single-judge decisions are to be found in the working methods of the Court itself, which should therefore be briefly explained here. Broadly speaking, there are three possible reasons for the use of the global formula. Firstly, the single judge may voluntarily choose to use the global formula in the case of particularly confused or fanciful applications, when the grounds for inadmissibility are so numerous and inextricably linked that it seems preferable to adopt a general and abstract reasoning. However, this is much rarer than the other two hypotheses, which are linked to the limitations of the application processing software used by lawyers. Thus, it should be pointed out that, in the words of the former president of the Court, Guido Raimondi, the introduction of reasoning for single-judge decisions was not permitted by an increase of the staff designed to this task, but rather by the ‘efficient IT system’ of the Strasbourg Court.²¹⁶ In addition to the confidential single-judge note that the lawyer has to draft, the latter currently only has to select the article(s) invoked by the applicant, as well as the grounds of inadmissibility for each one, in the application processing software so that the corresponding decision can be automatically generated. In this context, the main reason for using the global formula is the invocation of more than three articles of the Convention by the applicant, if the complaints are declared inadmissible on different grounds. In such a case, the software limitations currently applied by the Court mean that all the articles invoked are associated with the global formula.²¹⁷ Finally, if three or fewer articles are invoked, and because of the same software limitations, the global formula is used when two or more complaints are based on the same article but are declared inadmissible on different grounds: for example, if an applicant invokes Article 6 of the Convention to raise, on the one hand, a complaint about the length of proceedings found inadmissible for the non-exhaustion of domestic remedies and, on the other, a complaint about the impartiality of a judge which is found to be manifestly ill-founded, then the two complaints are merged together in the decision, combined with a global formula.²¹⁸

For the sake of completeness, it should also be pointed out here that some of the single-judge decisions deviate from the reasoning automatically generated by the application processing software, either by including a reference to a judgment or decision of the Court when presenting the ground of inadmissibility, or by giving reasons freely drafted by the lawyer (for example to specify in their own way the domestic remedy that has not been exhausted or the decision taken as the starting point of the four-month time-limit). However, these “individualised” reasonings, which are submitted by lawyers to the single judge in parallel with the note on which the decision is based,

²¹⁶ See President Guido Raimondi's speech at the opening ceremony of the Court's judicial year on 26 January 2018 (Court's Annual Report 2018, p. 17).

²¹⁷ Unless the drafting lawyer has identified a ‘main article’ within the application, which can then be associated with a specific admissibility condition in the decision. However, the other articles are then associated with the global formula.

²¹⁸ In such a case, the other one or two articles invoked in the application are not necessarily dealt with by the global formula.

represent a small minority, as only about 10% of the 538 decisions studied include a reference to case-law that could enlighten the applicant on the reasoning underlying the inadmissibility decision, while 5% of decisions are characterised by a ‘non-standard’ statement of reasons. Ultimately, while the introduction of reasoning for single-judge decisions has been a real step forward, it may still be insufficient in the eyes of applicants, practitioners, and academics. It is therefore worth considering whether there is still room for improvement in this area, and more specifically, whether there is room for improvement that would be compatible with the burden imposed on the Court.

B. A narrow room for improvement

Any reflection on the level of reasoning of single-judge decisions cannot avoid consideration of the pressure under which the European Court of Human Rights works. While the Court is composed of only 47 judges, assisted by some 300 lawyers of the Registry, 44,250 applications were allocated to a judicial formation in 2021, whereas 36,092 applications were decided by decision or judgment. On 31 December 2021, approximately 70,150 applications were pending before a judicial formation. These statistics explain why strengthening the reasoning of single-judge decisions does not appear to be an imperative for the Court, particularly in a strategic context that has recently focused on the priority resolution of applications likely to have a high impact on States Parties to the Convention.²¹⁹ Consequently, any realistic analysis of the room for improvement in the reasoning of these decisions has to take as its premise the constancy of the human resources allocated to their processing.

In this context, the first objective that might seem relevant to pursue is undoubtedly a reduction in the very high proportion of complaints that are being dealt with the global formula. Two avenues can be explored in this respect. The first is to increase the number of articles of the Convention that an applicant can invoke without the global formula necessarily being applied if several grounds of inadmissibility are found. Currently set at a conservative level of three, probably in order to avoid drowning the lawyer in the ‘article invoked/ground of inadmissibility’ associations to be made within the application processing software, it could probably be increased to five without any significant reduction in productivity. Such a change would have significant effects: a high proportion of the applications against France in 2019 that were declared inadmissible under the global formula would have four or five articles of the Convention invoked without this appearing unreasonable, given the subject matter of the applications in question.²²⁰ At the same time, applications that are awkwardly based on a dozen or more articles that are not relevant to the case could continue to be rejected on the basis of the global formula. A second way of reducing the proportion of global formulas might be to allow drafting lawyers to ‘force’ an automatic reasoning when several complaints are based on the same article but are declared inadmissible for

²¹⁹ See, *inter alia*, the document entitled ‘A Court that matters’ on the website of the European Court of Human Rights, dated 17 March 2021.

²²⁰ For example, applications that clumsily invoke Articles 6 and 13 of the Convention, on the one hand, and Article 8 in conjunction with Article 14 of the Convention, on the other; as things stand, if all the complaints in such an application are not rejected on the same grounds of inadmissibility, the global formula applies by default, since four separate articles of the Convention have been invoked by the applicant.

different reasons. At present, in such a case, the lawyer only has a choice between the global formula proposed by default by the application processing system or the personalised (and therefore more time-consuming) drafting of a decision explaining each complaint and the associated ground of inadmissibility, on the other. It might therefore be appropriate to propose a third option, also automated, of defining an order of complaints according to their order of presentation within the application form. This would allow applicants to understand, simply by reading their application form and the Court's decision, which complaint is associated with which ground of inadmissibility, without the lawyer having to take up the pen to explain the complaints in question ('as regards the first complaint submitted in the application form on the basis of Article 6 § 1 of the Convention...; as regards the second complaint in the application form under Article 6 § 1 of the Convention...'). Again, without being more cumbersome for lawyers, such an option would greatly reduce the proportion of complaints rejected by the global formula, particularly in relation to the many applications which raise two or more complaints under Article 6 § 1 of the Convention. At the same time, it would still allow the use of the global formula in those cases where querulous applicants raise a large number of obviously irrelevant complaints under the same Article.

The second project that could be carried out seems, at first sight, much more difficult: it would consist of reinforcing the precision of the reasoning when a specific ground of inadmissibility is mentioned in the single-judge decision. As the Court's practice stands, the mere statement of this ground may not allow a full understanding of the decision. For example, by default, the dismissal of a complaint for the non-exhaustion of domestic remedies does not explain to the applicant the remedy he or she should have lodged, or the grounds he or she should have raised before the national courts. Similarly, except in the few cases in which a non-standard decision is drafted, an inadmissibility decision based on non-compliance with the four-month time-limit does not specify the domestic decision that is considered to represent the starting point of the time-limit.²²¹ This is even more true when the single judge comes to the conclusion that a complaint is manifestly ill-founded, since such a conclusion often comes down to a 'stance on the merits of the case regarding compliance with the Convention'²²² which may therefore involve a genuine proportionality review. The mere fact that this is the ground for finding a given complaint inadmissible sheds very little light on the reasoning. The indication of a relevant precedent or the drafting of an individualised decision, because of their rarity, only correct the insufficiency of the reasoning for single-judge decisions in a few cases. On this point, the margins for progress unfortunately appear to be very thin. Indeed, it hardly seems possible to give more reasons when the Court comes to the conclusion that a complaint is manifestly ill-founded, as such a reform would require major drafting efforts. Similarly, questions raised by the Court's jurisdiction very often involve substantial reasoning, which is difficult to set out in a few words. The only conditions of admissibility that could *a priori* allow more detailed reasoning without making the task of the Court's lawyers more cumbersome are the exhaustion of domestic

²²¹ Even though it is obviously not always easy for a layman to determine which decision is final in the eyes of the Court.

²²² Eudes, 'L'examen du grief manifestement mal fondé : le cas de l'article 8', in Dourneau-Josette and Lambert Abdelgawad (eds.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ? supra* at 167.

remedies and the time-limit for bringing a case before the Strasbourg Court. If the drafting lawyer were to indicate, by default, which remedy has not been exhausted, which complaint has not been brought before the national courts, or the date on which the four-month time-limit began to run, it would be much easier for the applicant (possibly assisted by his or her counsel) to understand why the application has been declared inadmissible. This would not make the processing of applications substantially more time-consuming. Indeed, these details are, of course, set out in the single-judge notes, thus it would take very little time to fill them out in the application processing software.

While it is interesting to observe the formal presentation of single-judge decisions alone, cross-checking the pieces of information they contain with the corresponding application forms also reveals a great deal, particularly with regard to the perfectibility of the applications lodged to the Court.

3. THE PERFECTIBILITY OF THE APPLICATIONS LODGED TO THE COURT

The study of French single-judge decisions is rich in lessons. The first of them is the highly protean nature of the cases brought before the Strasbourg Court. Unlike some States, against which hundreds of applications may be lodged on the same grounds by persons in similar situations,²²³ there has been no real massive influx of identical applications against France. The single-judge decisions studied here are therefore characterised by the diversity of the Convention articles invoked, of the complaints raised, and of the national litigation that gave rise to the applications. Nevertheless, it is still possible to identify several categories of complaints which, while not having the slightest chance of success, are regularly raised by applicants even though there is no link between their respective situations. Thus, the wide variety of French cases (A) does not prevent the recurrence of certain inadmissible complaints (B).

A. The wide variety of French cases

The impressive diversity of the applications studied here is mostly explained by the variety of the national situations brought to the Court's attention: town planning, conditions of detention of prisoners, access to administrative documents, compulsory hospitalisation, residence of aliens or neighbourhood disturbances are just a few examples, among many other issues and disputes. Nevertheless, it must be noted that certain disputes are particularly likely to give rise to an application before the Strasbourg Court, especially if the applicant is not represented at the earliest stage of procedure.²²⁴ Thus, around 18% of the applications declared inadmissible by the single judge in 2019 in the case of France were related to criminal proceedings, most often against the applicant, and less frequently against third parties. No less than 12% of the applications

²²³ For example, public employees dismissed following the attempted coup of 15 July 2016 in Turkey, or people imprisoned in various different Eastern European States and criticising their conditions of detention.

²²⁴ As a reminder, being represented by an advocate or another approved representative only becomes compulsory following notification of the application to the respondent Contracting Party (Rule 36 of Court).

concerned a dispute relating to labour law or the law concerning civil servants. Finally, approximately 7% of the applications dealt with family law issues, and almost 5% concerned tax law issues. The predominance of these four fields is because the disputes in question clearly have a particular impact on the claimants, either in human or financial terms. Thus, in these matters more than in others, it seems that “the fantasy that the European Court of Human Rights represents for applicants who are disappointed with their national judicial system leads them [...] to bring their case before the Court, without any real demonstration of the violation of the fundamental rights and principles that they invoke”²²⁵, to quote Patrice Spinosi.

Turning to the provisions invoked in the applications, the variety is also impressive: there is hardly any right or freedom guaranteed by the Convention and its Protocols that has not been subject to at least one single-judge decision, except the right to marry. However, there is no balance in that regard. For example, no less than 77% of the applications lodged against France and dealt with by the single judge in 2019 included at least one complaint alleging a breach of Article 6 § 1 of the Convention, concerning the right to a fair trial. This finding will come as no surprise to specialists in European human rights law, since this number is close to the share of Article 6 § 1 in the findings of violation adopted against France since the Court was set up, at 63%.²²⁶ On the other hand, the other articles most frequently invoked in the cases dealt with by a single judge are more surprising as they appear to be over-represented. This is the case for the articles guaranteeing the protection of property (25% of the applications studied include at least one complaint based on Article 1 of Protocol No. 1, whereas this article accounts for only about 3% of the violations found by the Court in the case of France since 1959), the right to respect for private and family life (20% as opposed to less than 6%), the right to an effective remedy (20% as opposed to about 4%), and lastly, the prohibition of discrimination (18% as opposed to just over 1%).²²⁷ The particular weight given to these articles in single-judge decisions is probably due to their affinity – at least from some applicants’ viewpoints – with the above-mentioned areas of criminal law, labour law, family law and tax law.²²⁸

The Court is able to deal with this wide variety of complaints by, in most cases, wielding four conditions of admissibility. After the global formula, which, as mentioned above, provides a response to approximately 40% of the complaints examined, the “manifestly

²²⁵ Spinosi, ‘L’approche d’un praticien français face à la procédure d’examen de la recevabilité des requêtes’, in Dourneau-Josette and Lambert Abdelgawad (eds.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l’homme? supra* at 249.

²²⁶ Between 1959 and 2020, no less than 566 violations of Article 6 § 1 were found regarding France, out of a total of 903 violations.

²²⁷ Regarding the other articles of the Convention, the proportions in which the applications examined included at least one corresponding complaint were as follows, in descending order: Article 6 §§ 2 and 3: 10%; Article 3: 10%; Article 7: 8%; Article 5: 6%; Article 10: 5%; Article 17: 4%; Article 2: 3%; Article 1: 3%; Article 9: 3%; Article 1 of Protocol No. 12: 2%; Article 4: 2%; and the other articles: 1% or less. These data also reflect certain errors specific to single-judge cases, such as the number of applications invoking Article 17 (prohibition of abuse of rights) as without any relevance or invoking Article 1 of Protocol No. 12 (general prohibition of discrimination), even though the latter has not been ratified by France.

²²⁸ It should also be pointed out that many applicants seem to ignore that Article 6 § 1 constitutes a *lex specialis* in relation to Article 13 of the Convention, guaranteeing the right to an effective remedy. The requirements of the latter are therefore often absorbed by those of the former.

ill-founded” condition is most regularly raised against applicants (28% of complaints), in the form of a ‘fourth instance’ in a quarter of cases.²²⁹ Non-exhaustion of domestic remedies comes in third place with about 15% of the complaints, of which about a fifth are “premature” applications.²³⁰ Incompatibility *ratione materiae* (mainly with regard to Article 6 § 1) and failure to comply with the six-month time-limit²³¹ complete this quatrain of admissibility conditions which are frequently present in single-judge decisions, with 7% and 4% of complaints respectively.²³² It is worthwhile pointing out that the much-criticised “no significant disadvantage criteria” (Article 35 § 3 (a) of the Convention) was only found in one application based on Article 6 § 1 of the Convention, relating to a dispute arising from a speeding fine of 74 euros and 80 cents imposed on the applicant. Such a finding may be reassuring outside the Human Rights Building,²³³ but it will hardly come as a surprise within the Court, since as it is a condition of admissibility that is rarely applied by the Chambers and Committees, the case-law relating to it is very rare. Because single-judge decisions are limited to the application of well-established principles, the absence of significant disadvantage can only exceptionally be demonstrated with certainty by the lawyers involved in the processing of applications, who therefore favour the other admissibility conditions laid down in the Convention. Therefore, in order for this condition of admissibility to be more widely wielded by the single judge, nothing less than a proactive case-law policy²³⁴ would be required, which appears not to be in vogue despite the recent entry into force of Protocol No. 15 to the Convention.²³⁵

The lack of reasons for each ground of inadmissibility in the single-judge decisions makes it impossible to gauge the diversity of the reasonings adopted to find the applications inadmissible. However, there is little doubt that this diversity is quite real, given the variety of situations at issue and the rights and freedoms at stake, as well as the very uneven quality of the cases submitted to the Court : alongside applications that

²²⁹ As is pointed out in the Practical Guide on Admissibility Criteria prepared by the Court's Registry, ‘Manifestly ill-founded complaints can be divided into four categories: ‘fourth-instance’ complaints, complaints where there has clearly or apparently been no violation, unsubstantiated complaints and, finally, confused or far-fetched complaints’. Only the first category is tied to specific reasons in the standard single-judge decisions.

²³⁰ That is to say, applications for which domestic remedies are still pending. This inadmissibility does not prevent applicants from lodging another application after a final domestic decision has been adopted.

²³¹ This time-limit was cut down to four months with the entry into force of Protocol No. 15 to the Convention, but the reduction only took effect on 1st February 2022.

²³² Again, for the sake of completeness, it is possible to specify the percentages of complaints deemed inadmissible under the other Convention requirements. Absence or loss of victim status: 2%; application substantially the same as a matter that has been examined by the Court: 2%; incompatibility *ratione personae* due to the involvement of a Protocol to the Convention which the respondent State has not ratified: 1%. The other admissibility conditions were never wielded by the single-judge, with the exception of incompatibility *ratione personae* (lack of standing regarding three applications lodged by municipalities), abuse of the right of application (one application), incompatibility *ratione temporis* (one application) and “no significant disadvantage criteria” (one application, which will be mentioned again).

²³³ All the more so since, in the author's experience, it is extremely rare for the “no significant disadvantage criteria” to be ‘hidden’ behind the use of the global formula.

²³⁴ Some applications in which the “no significant disadvantage criteria” does not seem to be met could be referred on purpose to the Chambers, in order to clarify the case-law in this area.

²³⁵ This Protocol deleted one of the ‘safeguard clauses’ attached to the “no significant disadvantage criteria” (i.e. the proviso that the case has been duly considered by a domestic tribunal) with the aim of giving greater effect to the maxim *de minimis non curat praetor*.

can be described as genuinely confused, or even fanciful,²³⁶ there are also applications that would probably be found inadmissible by any law graduate,²³⁷ as well as applications that require a full proportionality review to be carried out based on well-established case-law.²³⁸ Nevertheless, despite the great heterogeneity of French cases dealt with by the single judge, it is possible to identify a certain number of recurring grievances whose manifest inadmissibility should be explained to both applicants and their counsels.

B. The recurrence of certain inadmissible complaints

An observer of one year of French single-judge decisions cannot help but be struck by the existence of certain complaints that are raised by many applicants despite the certainty of their inadmissibility, regardless of whether the applications in question are lodged by a natural or legal person, and with or without the assistance of counsel. In most cases, the reasons why these applications are inadmissible are ‘specific’ to the French State and are therefore not necessarily highlighted in the Court’s information notes or guidelines – in particular in the Practical Guide on Admissibility Criteria published by the Registry – and can most often only be found in old and/or little-known decisions. It is therefore highly likely that a more targeted communication by the Court on the reasons why some specific complaints are inadmissible would be likely to dissuade some applicants from unnecessarily bringing cases before the Strasbourg Court. No fewer than 150 complaints, i. e. around 15% of the total number of complaints declared inadmissible in 2019 by the single judge for France, were manifestly inadmissible for the following reasons.

Regarding the “manifestly ill-founded” condition, it should be recalled that Article 6 § 1 of the Convention does not require detailed reasons to be given for a decision in which an appellate court, applying a specific legal provision, dismisses an appeal as having no prospects of success. The Court has applied this case-law to declare inadmissible complaints concerning the dismissal of appeals to the final court of appeal, due to lack of grounds, both by the Council of State²³⁹ and by the *Cour de cassation*²⁴⁰. The fifty or so complaints submitted to the Court in 2019 concerning the principle of the absence of a statement of reasons for decisions rejecting an appeal on this ground were therefore inevitably bound to be inadmissible. Similarly, it is worthwhile pointing out for the

²³⁶ These are, of course, subjective qualifications that the author would associate with approximately one in eight of the applications studied.

²³⁷ For example, a student excluded from a university claimed, from the standpoint of Article 3 of the Convention and while domestic proceedings were still pending, that his expulsion was an ‘incompressible life-lasting sentence’ contrary to the prohibition of inhuman and degrading treatment. The author’s subjective view is that only about one fifth of the applications in question are that simple to deal with. This includes applications on particularly sensitive issues - placement of children or conditions of detention, to cite just two examples - which unfortunately can only be rejected for failure to exhaust domestic remedies or because, as presented, they are manifestly ill-founded.

²³⁸ For example, in one of the applications in question, the applicant company relied on Articles 6 and 8 of the Convention to contest the lawfulness of the searches and seizures carried out by some inspectors on its premises.

²³⁹ European Court of Human Rights, *Société anonyme Immeuble Groupe Kossier v. France*, Application no 38748/97, Admissibility (partial), 9 March 1999.

²⁴⁰ European Court of Human Rights, *Burg and others v. France*, Application no 34763/02, Admissibility, 28 January 2003.

record that, insofar as the scheme set up by the French legislature offers individuals substantial guarantees to protect them from arbitrariness, challenging the refusal of an application for legal aid by the *Cour de cassation*²⁴¹ and the Council of State²⁴² appears to have no chance of success. Finally, the monopoly on making oral representations before these courts, enjoyed by the *avocats aux Conseils*²⁴³, does not infringe the applicants' right to a fair trial within the meaning of Article 6 of the Convention.²⁴⁴ Nevertheless, almost one in seven applications studied included at least one of these three complaints.

The exhaustion of domestic remedies is also relevant. The Court solemnly stated that, with regard to the length of proceedings, an application under Article L. 141-1 of the Code of Judicial Organisation, regarding ordinary courts,²⁴⁵ or an action against the State based on a deficiency in the administration of justice, regarding administrative courts,²⁴⁶ is one that has to be used for the purposes of Article 35 § 1 of the Convention. However, in 2019, more than thirty applications regarding lengths of proceedings were lodged even though these remedies had not been exhausted. Moreover, it seems necessary to underline two points. On the one hand, an applicant who wishes to challenge the partiality of a judge must have previously raised the issue before the domestic courts, if such a remedy was available.²⁴⁷ On the other hand, if the rejection of an application for legal aid by the *Cour de cassation* or the Council of State can allow the applicant to lodge an application to the Court even if the Supreme Court in question did not examine the merits of the case, it is provided that the decision of the legal aid office must already have been challenged before the First President of the *Cour de cassation* or the President of the Judicial Division of the Council of State.²⁴⁸

The other two admissibility conditions most frequently invoked by the single judge call for more concise developments. Incompetence *ratione materiae* is a common ground of inadmissibility, especially in the field of Article 6 § 1 of the Convention (approximately 3% of applications are affected), despite repeated warnings by the Court and legal scholars that this provision cannot be invoked in matters of tax proceedings,²⁴⁹ entry,

²⁴¹ European Court of Human Rights, *Del Sol v. France*, Application no 46800/99, Merits, 26 February 2002.

²⁴² European Court of Human Rights, *Kroliczek v. France*, Application no 43969/98, Admissibility (partial), 14 September 2000.

²⁴³ I.e. the members of the *Cour de Cassation* and the Council of State Bar.

²⁴⁴ For the *Cour de cassation*: European Court of Human Rights, GC, *Mestah v. France*, Application no 32911/96, 35237/97 & 34595/97, Merits and Just Satisfaction, 26 July 2002; for the Council of State: European Court of Human Rights, *G.L. and S.L. v. France*, Application no 58811/00, Admissibility, 6 March 2003.

²⁴⁵ European Court of Human Rights, GC, *Mifsud v. France*, Application no 57220/00, Admissibility, 11 September 2002.

²⁴⁶ European Court of Human Rights, *Broca and Texier-Micault v. France*, Application no 27928/02 & 31694/02, Merits and Just Satisfaction, 21 October 2003.

²⁴⁷ For example, by challenging: European Court of Human Rights, *De Villepin v. France*, Application no 63249/09, Admissibility, 21 September 2010.

²⁴⁸ See, by analogy: European Court of Human Rights, *Comité des quartiers Mouffetard et des bords de Seine and others v. France*, Application no 56188/00, Admissibility, 21 November 2000.

²⁴⁹ Except for tax surcharges proceedings: European Court of Human Rights, GC, *Jussila v. Finland*, Application no 23/11/2006, Merits and Just Satisfaction, 23 November 2006.

residence and removal of aliens,²⁵⁰ citizenship²⁵¹ or electoral sanctions,²⁵² nor is it invocable in certain specific procedures.²⁵³ On the four-month time-limit, the only interesting thing to note is that when an applicant is represented by an *avocat aux Conseils* before the *Cour de cassation* or the Council of State, the starting date of the four-month period is not the date when the final judgment is served to the applicant or to his/her lawyer, it is the date on which it is delivered, in view of a constant practice whereby a certified copy of the judgment is automatically deposited, on that day, in the box of the *avocat aux Conseils* who represents the applicant.²⁵⁴ Although it is difficult to determine from an application form what led an applicant to lodge a late application to the Court, it seems clear that at least ten applications against France were declared inadmissible by the single judge in 2019 because the applicant had failed to take account of this specific case-law about the *avocats aux Conseils*.

4. CONCLUSION

Ultimately, there are many lessons to be learned from studying the single-judge decisions. They shed a different light on the practice of the European Court of Human Rights, as well as on the practice of the applicants who turn to it. It therefore seems appropriate for the Court and the academic world to consider together how to open up this particular area of litigation to research in a way that would not strain the budget or human resources of the Registry. The joint exploration of ways to provide more detailed reasons for single-judge decisions, on the one hand, and to improve the knowledge of applicants of certain grounds for declaring a complaint inadmissible, on the other hand, are objectives that would undoubtedly justify any efforts made by the Strasbourg Court to give access to its archives.

²⁵⁰ European Court of Human Rights, GC, *Maaouia v. France*, Application no 39652/98, Merits and Just Satisfaction, 5 October 2000.

²⁵¹ European Court of Human Rights, *Sergey Smirnov v. Russia*, Application no 14085/04, Admissibility, 6 July 2006.

²⁵² European Court of Human Rights, *Pierre-Bloch v. France*, Application no 24194/94, Merits and Just Satisfaction, 21 October 1997.

²⁵³ For example: the application to challenge an investigating judge (European Court of Human Rights, *Schreiber and Boetsch v. France*, Application no 58751/00, Admissibility, 11 December 2003), the application to refer a case on grounds of reasonable suspicion that the judge is not impartial (European Court of Human Rights, *Mitterrand v. France*, Application no 39344/04, Admissibility, 7 November 2006), or the proceedings concerning a request for a new trial (European Court of Human Rights, *Jussy v. France*, Application no 42277/98, Merits and Just Satisfaction, 8 April 2003).

²⁵⁴ European Commission of Human Rights, *Legendre v. France*, Application no 25924/94, Admissibility, 15 January 1997.

Les droits fondamentaux face à la violence

Ludovic Benezech*

Les droits fondamentaux ont été pensés et institués afin de canaliser l'arbitraire de la puissance publique et ce afin de préserver les libertés du sujet. Dès l'origine, une attention particulière a été portée à toutes les atteintes que peut subir l'enveloppe charnelle des personnes physiques. L'on songe bien évidemment aux hypothèses d'arrestation, de détention et plus encore au droit à la vie et à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants. La célèbre loi d'*Habeas corpus* votée au XVIIe par le Parlement anglais est précisément axée sur la protection du corps de la personne en garantissant le droit à la sûreté. L'expression latine *Habeas corpus ad subjiciendum et recipiendum* traduite par « que tu aies ton corps pour le présenter » entérine l'idée selon laquelle le corps n'appartient pas au souverain et que toute arrestation ou détention doit faire l'objet d'un contrôle et d'une autorisation par le juge. Le postulat axiologique qui sous-tend cette garantie est le suivant : toute contrainte imposée par la force publique lors d'une arrestation, d'une détention et *a fortiori* à l'occasion de mauvais traitements est une violence qu'il convient d'encadrer.

Le dessein des droits fondamentaux est précisément de dompter l'usage illicite de la force qui recouvre à proprement parler toutes les hypothèses de violence exercées par l'État. On le comprend donc aisément, la violence et les droits fondamentaux sont deux notions largement antinomiques, l'une ne peut prospérer sans réduire irrémédiablement l'autre à néant. Une précision sémantique s'impose toutefois. Dans le cadre de cette contribution, la violence ne peut être tenue pour équivalent à la force. En effet, si les droits fondamentaux répugnent toute situation de violence, ils n'empêchent pas pour autant tout recours à la force. On sait depuis Max Weber que l'État jouit du « monopole de la contrainte physique légitime »²⁵⁵. Si le recours à la force légitime n'est pas contraire aux droits fondamentaux, il en va autrement de la violence, qui s'analyse comme un usage illicite de la force constituant par la même une violation du droit en général et des droits fondamentaux en particulier.

L'une des difficultés est précisément de saisir la violence dans toutes ses déclinaisons. En effet, la violence peut non seulement émaner des autorités publiques, mais également des entités privées. La protection de droits non pas « théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »²⁵⁶ impose donc de se préserver de toutes les déclinaisons de violence, quelle que soit leur origine, publique ou privée. Dans cette optique, l'État est tenu d'assurer, en vertu de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de

* Maître de conférences en droit public à l'Université Clermont Auvergne, Centre Michel de l'Hospital (EA 4232).

²⁵⁵ M. Weber, *Le savant et le politique*, La Découverte, 2003, p. 34.

²⁵⁶ CourEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, § 24.

l'Homme, la jouissance des droits fondamentaux à toutes les personnes relevant de sa juridiction. Il en résulte que l'État doit non seulement assurer une obligation négative, celle de ne pas exercer de violence contre l'individu, mais également assurer une obligation positive, à savoir prendre toutes les mesures afin d'éviter la commission d'actes violents par des personnes privées. Ainsi, à chaque fois que la violence s'exprime, les droits fondamentaux sont irrémédiablement menacés. Aussi, dans une perspective tout autant historique qu'axiologique, l'instauration d'une société démocratique soucieuse de la protection des droits fondamentaux passe inévitablement par l'exclusion des manifestations de violence. Le projet porté par la Convention européenne est à cet égard à peine voilé : à la lecture du Préambule, on comprend qu'un lien presque consubstantiel unit les droits fondamentaux et l'équilibre pacifié²⁵⁷ des relations sociales. Il est en effet indiqué que les libertés fondamentales consacrées par le texte « constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde ».

L'accélération de la diffusion des droits fondamentaux depuis les années 1990, plus connue sous le vocable de fondamentalisation, aurait donc dû se traduire par un recul de la violence au sein des sociétés démocratiques. En effet, comme aurait pu le déclarer la Cour européenne et pour paraphraser sa politique jurisprudentielle, il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme et de soutenir une société fondée sur la violence²⁵⁸.

Pourtant, si les droits fondamentaux se sont bel et bien affermis dans l'ordre interne sous l'influence significative de la Cour européenne, les phénomènes violents ne se sont pas taris. Les sociétés démocratiques sont en effet régulièrement traversées par des situations de violence émanant tant de personnes privées que de la force publique. L'on songe en particulier lors de ces dernières années aux événements dits des Gilets jaunes où les seuils de violence ont atteint leur paroxysme. Faut-il y voir l'échec des droits fondamentaux? La question est ouverte, car ces derniers entretiennent en réalité une relation complexe et paradoxale avec l'idée même de violence.

L'objectif de cette recherche est précisément de s'intéresser à la manière dont les droits fondamentaux se pensent et s'appliquent lorsqu'ils sont confrontés à des phénomènes de violence. La réponse pourrait en apparence être rapidement apportée: les droits fondamentaux répugnent toute idée de violence et ils ne sauraient donc en aucun cas l'autoriser, la cautionner, ou plus encore la favoriser. Selon ce prisme classique, la violence serait toujours condamnée au nom de la protection des droits fondamentaux. La multiplication des mesures administratives de dissolution des associations ou groupements de fait prônant ouvertement la violence est éloquente à cet égard. De nombreuses associations ou groupements de fait islamistes, d'extrême droite ou d'extrême gauche ont été dissous avec les faveurs de la Cour européenne au nom précisément de la lutte contre la violence. Dès lors qu'une association peut « raisonnablement passer pour être le terreau de la violence »²⁵⁹, sa dissolution n'est pas jugée incompatible avec les standards de la Convention. Le Conseil d'État s'inscrit

²⁵⁷ La paix est au demeurant considérée comme antonyme de violence par le CNRTL notamment.

²⁵⁸ CourEDH, GC, 13 février 2003, *Refah Partisi (Parti De La Prospérité) c. Turquie*, req. n° 41340/98, § 123.

²⁵⁹ CourEDH, 8 octobre 2020, *Ayoub c. France*, req. n° 77400/14, § 88.

également dans cette perspective lorsqu'il confirme la dissolution d'association « provoquant à la discrimination, à la haine ou à la violence »²⁶⁰.

De la même manière, les comportements individuels violents sont très largement combattus au nom de la protection des droits fondamentaux d'autrui. Ainsi, si les sanctions pénales peuvent évidemment porter atteinte aux droits fondamentaux, l'absence de sanction pénale effective peut donner l'impression d'une trop grande bienveillance envers le comportement violent. Dans l'affaire *Zontul*, la Grèce a précisément été condamnée pour violation de l'article 3 en raison de « la clémence de la sanction »²⁶¹ imposée à un garde-côte reconnu coupable de viol sur un détenu. Condamné à 6 mois d'emprisonnement avec sursis, la peine fût convertie en une sanction pécuniaire de 792 euros. Aux yeux de la Cour européenne, « le système pénal grec, tel qu'appliqué dans la présente affaire, n'a pas eu l'effet dissuasif escompté »²⁶² pour prévenir la commission d'un acte de violence particulièrement odieux. La répression des actes de violence est donc bel et bien prise au sérieux par les juridictions tant internes qu'européennes.

Cependant, l'interprétation des droits fondamentaux retenue par la jurisprudence est loin d'être toujours aussi implacable en présence d'actes de violence. En effet, dans de nombreuses hypothèses, les droits fondamentaux ne sont pas le rempart espéré susceptible d'endiguer la violence. Confrontés à la violence parfois la plus extrême, les droits fondamentaux s'effacent parfois considérablement et semblent bien démunis pour répondre efficacement à ces enjeux de société. De manière encore plus problématique, l'effacement du droit en général et des droits fondamentaux en particulier, lorsque la violence s'exprime, peut même alimenter la violence elle-même en conférant un sentiment d'impunité conforté par l'impuissance du droit des libertés fondamentales.

Si bien que confrontés à des phénomènes de violence qui atteignent parfois des seuils paroxystiques, il est possible de mettre en évidence non seulement la résignation (**Partie I**), mais également la capitulation des droits fondamentaux (**Partie II**).

Partie I – La résignation des droits fondamentaux

La gestion des débordements et de la violence est l'un des enjeux majeurs des sociétés démocratiques soucieuses de la protection des libertés. L'endiguement (légitime) de la violence ne saurait en effet justifier la privation systématique des libertés sous peine de renoncer à ce qui fonde la démocratie. L'équilibre est donc délicat en ce qu'il convient de réprimer ni trop ni trop peu les phénomènes de violence. Quoiqu'il en soit, la violence met à rude épreuve les droits fondamentaux. En effet, la violence est susceptible de renverser le paradigme sur lequel reposent les sociétés démocratiques dites libérales. D'une part, les actes de violence peuvent rendre illégal l'exercice normalement légal de certaines libertés comme le droit de manifester (A). D'autre part, et à l'inverse, la

²⁶⁰ CE 15 décembre 2017, Association des musulmans de Lagny-sur-Marne, n° 401378, § 5.

²⁶¹ CourEDH, 17 janvier 2012, *Zontul c. Grèce*, req. n° 12294/07, § 108.

²⁶² *Ibid*, § 109.

violence peut parfois rendre légale une atteinte en principe illégale aux droits fondamentaux (B).

A. Rendre illégal l'exercice légal des libertés

La violence ne laisse pas indifférent l'exercice des libertés. En présence d'actes particulièrement violents, certaines libertés normalement garanties se voient entravées, voire annihilées, alors même que les personnes souhaitant les exercer n'usent nullement de la violence. Cette confiscation des droits fondamentaux d'autrui, validée par le droit positif, en raison de la violence de personnes tierces se décline tout particulièrement à travers non seulement les interdictions du droit de réunion et de manifestation (1), mais également à travers les interdictions de déplacement des groupes de supporters (2).

1. L'effacement du droit de manifester

Depuis une dizaine d'années, les violences, les débordements, les atteintes aux personnes et/ou aux biens se sont généralisés et systématisés à l'occasion ou à proximité immédiate des manifestations de grande ampleur. Les actes de violence, commis en particulier par des groupes ultras violents (des casseurs) se sont notamment illustrés lors des grandes manifestations contre la loi Travail (loi El Khomri) ou encore lors des événements dits des Gilets jaunes. La gestion de la violence lors des manifestations sur la voie publique par l'autorité de police compétente est délicate. Selon les mots du *Schéma national du maintien de l'ordre* revisité, « l'augmentation des formes de contestation radicale » est le fait « d'individus ultra-violents, bien organisés et mettant en œuvre des modes d'action alliant mobilité et dissimulation »²⁶³. De plus, des individus violents « cohabitent avec des manifestants pacifistes qui pour certains se retrouvent bien involontairement au plus près des exactions »²⁶⁴. Or, dans de telles situations, la violence s'exerce au détriment des libertés et droits fondamentaux.

En effet, en vertu de l'article L. 211-4 du Code de la sécurité intérieure, « si l'autorité investie des pouvoirs de police estime que la manifestation projetée est de nature à troubler l'ordre public, elle l'interdit par un arrêté ». Interdire la tenue d'une manifestation parce que les manifestants s'apprêtent à commettre des actes de violence ne soulève guère de difficultés sur le plan de la théorie des droits fondamentaux. Il est établi de longue date que la liberté, au sens de l'article 4 de la DDHC, consiste « à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Or, la commission d'actes violents dirigés contre les biens et/ou les personnes nuit gravement aux intérêts d'autrui.

Cependant, interdire la tenue d'une manifestation en raison de la menace d'infiltration de groupes dits de casseurs et alors même que l'immense majorité des manifestants souhaitent exercer leur droit de manifester de manière pacifique soulève d'immenses questions au regard des standards de la société démocratique. En effet, la violence

²⁶³ Schéma national du maintien de l'ordre, décembre 2021, p. 8.

<https://www.interieur.gouv.fr/actualites/communiqués/mise-a-jour-du-schema-national-du-maintien-de-lordre-snm0>.

²⁶⁴ *Ibid.*

commise par des individus extérieurs à la manifestation se solde ainsi par la privation, par ricochet, de l'exercice du droit de manifester, déclinaison de la liberté d'expression et d'opinion. « Fondement de la société démocratique »²⁶⁵, la liberté de manifester se trouve ainsi non pas seulement limitée, mais réduite à néant. Lorsqu'une manifestation est interdite par l'autorité de police au motif qu'elle est susceptible d'agréger des éléments violents, le droit de manifester n'est pas simplement limité, mais atteint dans sa substance même. L'atteinte à la substance d'un droit consacré est particulièrement encadrée par la Cour, car elle revient tout bonnement à nier son existence même.

Pourtant, de telles hypothèses se sont développées ces dernières années à l'occasion des événements des Gilets jaunes ou encore des manifestations contre les mesures sanitaires où de nombreux manifestants, majoritairement pacifiques, ont été privés du droit de manifester en raison du risque de débordements violents imputables à des groupuscules ultras violents. Le risque de troubles graves à l'ordre public devient donc l'argument d'autorité très (trop) facilement mobilisé par les autorités pour justifier la privation de ce droit fondamental. La décision du préfet de Paris d'interdire²⁶⁶ la manifestation des hidjabeuses, sous prétexte d'un risque de trouble à l'ordre public en période électorale est symptomatique de ce réflexe récurrent nuisible au fonctionnement normal de la société démocratique.

Dans ce contexte, la violence vient précisément rendre illégal l'exercice normalement légal d'une liberté. Plus encore, cet état de fait ouvre la porte à de nombreuses dérives et instrumentalisation : désormais, pour lutter contre une idée ou plus spécifiquement contre la tenue d'une réunion ou d'une manifestation, il suffira de provoquer son interdiction en utilisant la violence, voire même la menace de l'usage de la violence. De telles situations ne sont pas satisfaisantes en ce que la violence est un vecteur de privation de liberté dirigé à l'endroit de ceux qui ne l'ont pas exercée...

Elles le sont d'autant moins que le rôle des autorités n'est pas d'empêcher, mais bien de prendre toutes les mesures afin de permettre l'exercice effectif du droit de manifester²⁶⁷. Or, dans l'hypothèse d'une interdiction de manifestation pour risque de violences, il est plus aisé d'interdire l'évènement que de prendre des mesures pour empêcher les éléments violents de passer à l'acte. Il reste que l'interdiction de la tenue d'une manifestation se traduit en réalité par une double sanction pour les manifestants non violents : non seulement ces derniers perdent leur droit – normalement soumis à une simple déclaration préalable – de manifester mais plus encore ils encourent le risque d'une sanction pénale si malgré l'interdiction ils décidaient de se rendre²⁶⁸ de manière pacifique sur les lieux.

²⁶⁵ CourEDH, 3 mai 2022, *Silgir c. Turquie*, req. n° 60389/10, § 18.

²⁶⁶ Il faut néanmoins relever que le juge administratif a suspendu cette interdiction, aux motifs que le préfet de police n'avait pas démontré qu'il était « matériellement impossible de mobiliser des agents de police pour surveiller les éventuels débordements de la manifestation en cause, devant réunir environ 70 personnes et dont l'objet principal est d'organiser un match de football dans lequel seraient présentes des joueuses porteuses du voile islamique », tribunal administratif de Paris, ordonnance, 9 février 2022, n° 2202977/9, § 10.

²⁶⁷ CourEDH, GC, 15 octobre 2015, *Kudrevicius c. Lituanie*, req. n° 37553/05, §§ 158- 159.

²⁶⁸ Une peine de 6 mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende est prévue pour l'organisateur d'une manifestation sur la voie publique ayant été interdite (article 431-9 du code pénal). Une amende prévue pour les

Cet état de fait s'inscrit au demeurant difficilement dans les canons de la Cour européenne. Selon une jurisprudence constante, il est établi que la Convention ne protège que « le droit à la liberté de ‘réunion pacifique’ », laquelle « ne couvre pas les manifestations dont les organisateurs et participants ont des intentions violentes »²⁶⁹. La Cour précise en outre qu'un rassemblement « terni par des actes de violence isolés »²⁷⁰ ne perd pas automatiquement la protection de l'article 11 et que le manifestant pacifique « ne cesse pas de jouir du droit à la liberté de réunion pacifique en raison d'actes de violence sporadiques ou d'autres actes répréhensibles commis par d'autres personnes au cours de la manifestation »²⁷¹. De manière encore plus saisissante, la Cour européenne n'élude pas la problématique des groupes extrémistes violents qui s'infiltrèrent dans les manifestations. Dans l'affaire *Schwabe*, elle relève à juste titre que « la possibilité que des extrémistes aux intentions violentes non-membres de l'association organisatrice se joignent à la manifestation, ne peut pas, comme telle, supprimer ce droit »²⁷².

Cette interprétation jurisprudentielle mérite d'être saluée²⁷³. En effet, la Cour évite l'écueil de la violence consistant à interdire l'entière tenue de la manifestation en raison du risque de débordements violents imputables à quelques individus déterminés. Le Conseil d'État pour sa part, ne s'embarrasse pas de telles précisions. Dans un considérant de principe maintes fois réitéré, il énonce que l'autorité de police doit apprécier le risque de troubles à l'ordre public et, sous le contrôle du juge administratif, prendre « les mesures de nature à prévenir de tels troubles au nombre desquelles figure, le cas échéant, l'interdiction de la manifestation si une telle mesure est seule de nature à préserver l'ordre public »²⁷⁴. L'interdiction d'une manifestation même pacifique dans ses intentions est donc possible si la menace de débordements violents émanant de groupuscule apparaît suffisamment fondée. La présence redoutée d'extrémistes aux perspectives violentes revient donc bien à supprimer l'exercice d'une liberté qu'auraient pu (du ?) exercer les manifestants pacifiques.

contraventions de la quatrième classe est encourue pour le fait de participer à une manifestation sur la voie publique interdite (article R 644-4 du Code pénal).

²⁶⁹ CourEDH, 2 octobre 2001, *Stankov c. Bulgarie*, req. n° 29221/95, § 77.

²⁷⁰ CourEDH, 5 janvier 2016, *Rumkin c. Russie*, req. n° 74568/12, § 137.

²⁷¹ CourEDH, 18 juillet 2017, *Mesut Yildiz c. Turquie*, req. n° 8157/10, § 27.

²⁷² CourEDH, 1^{er} décembre 2011, *Schwabe c. Allemagne*, req. n° 8080/08, § 103.

²⁷³ Dans une logique similaire, la Cour européenne refuse d'entériner la soumission des droits fondamentaux à la menace d'un comportement violent : ainsi, un État ne peut refuser d'exécuter une décision de justice visant l'expulsion d'un occupant sous prétexte que ce dernier avait « fait savoir clairement qu'il se défendrait par les armes ». Si la Cour entend parfaitement l'argument lié au maintien de l'ordre public afin de justifier la non-exécution d'une décision de justice, cela ne saurait pour autant conduire l'Administration à refuser, de manière répétée, le concours de la force publique conduisant à priver la requérante de la jouissance et de la disposition de son bien pendant plus de dix ans, CourEDH 2 décembre 2010, *Sud Est Réalisations c. France*, req. n° 6722/05, § 60.

²⁷⁴ CE, ordonnance, 1^{er} juillet 2022, *Syndicat des Gilets jaunes*, n° 465411, § 4.

2. L'effacement du droit de supporter

Un raisonnement similaire peut par ailleurs être tenu en ce qui concerne les interdictions de stade pour les groupes de supporters. En vertu de l'article L. 332-16-1 et L.332-16-2 du Code du sport, le ministre de l'Intérieur ou le préfet peut « interdire le déplacement individuel ou collectif de personnes se prévalant de la qualité de supporter d'une équipe ou se comportant comme tel sur les lieux d'une manifestation sportive et dont la présence est susceptible d'occasionner des troubles graves pour l'ordre public ». La violence avérée de certains supporters se traduit donc par une interdiction pesant sur l'ensemble des personnes se prévalant de la qualité de supporter d'une équipe ou se comportant comme tel, quand bien même de telles personnes ne présenteraient aucune menace pour l'ordre public. Cette interprétation a été intégralement validée par le Conseil d'État dans une décision du 8 novembre 2013²⁷⁵. En l'espèce, un arrêté ministériel du 30 octobre 2013 interdisant le déplacement individuel ou collectif de toute personne se prévalant de la qualité de supporter de l'Olympique lyonnais, et un arrêté préfectoral du 22 octobre 2013 interdisant l'accès au stade Geoffroy-Guichard et à ses abords aux personnes ayant la qualité de supporters de l'OL ainsi qu'à toute personne appartenant à une association de supporters de l'OL ou ayant appartenu à une association de supporters dissoute de l'OL ont été contestés devant le juge administratif. Dans son ordonnance du 8 novembre 2013, le Conseil d'État relève que de telles mesures ne portent pas d'atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir, à la liberté de réunion et à la liberté d'expression tant qu'elles s'adressent aux personnes « qui se prévalent de leur qualité de supporters de l'OL ou se comportent comme tels ». Le juge exprime au demeurant parfaitement l'idée selon laquelle la violence des uns se traduit, juridiquement, par l'abandon de libertés des autres. Au considérant n° 8, le Conseil d'État explique très clairement que « plusieurs auteurs de ces actes violents n'ayant pu être identifiés, l'exercice, par les autorités publiques, de leur pouvoir de prendre des mesures de restriction individuelle d'accès aux enceintes sportives n'est pas de nature à éviter la survenance de troubles graves à l'ordre public ». Une telle argumentation peine à convaincre : l'impossibilité d'identifier et de sanctionner les auteurs d'actes violents justifierait ainsi l'adoption de mesures liberticides visant l'ensemble des personnes se prévalant de la qualité de supporters. Le droit sacrifie ainsi la liberté des supporters potentiellement pacifiques au nom de son incapacité à appréhender les véritables supporters violents.

Ici ou là, le supporter et/ou le manifestant pacifique sont privés de l'exercice de la liberté d'opinion, de réunion et d'aller et de venir du seul fait de leur proximité géographique avec des individus dangereux et violents.

En outre, de telles mesures posent question en ce qu'elles ont tendance depuis plusieurs années à s'accroître sensiblement. Entre janvier 2021 et août 2022, plus d'une soixantaine d'arrêtés portant interdiction de déplacement de supporters de club de football ont été adoptés. Sur les 18 derniers mois, autant d'arrêtés d'interdiction de

²⁷⁵ CE, ordonnance, 8 novembre 2013, *Olympique lyonnais*, n° 373129. Néanmoins et (fort heureusement !), le juge censure l'interdiction d'accès au stade aux personnes qui appartiennent ou ont appartenu à une association de supporters de l'OL, car une telle interdiction ne tenait pas « compte du comportement des intéressés ».

déplacements ont été adoptés que sur la période allant de 2011²⁷⁶ à 2015... Si la lutte contre les phénomènes violents est bien évidemment légitime, elle se traduit par la privation de liberté de personnes non violentes difficilement soutenable dans le cadre d'une société libérale. Ces personnes subissent la violence d'autrui sans en être elles-mêmes à l'origine et nul ne peut se satisfaire de voir leur liberté bafouée au nom de l'ordre public.

Si la violence peut donc rendre illégal l'exercice normalement légal d'une liberté, elle peut à l'inverse contribuer à légaliser une situation considérée comme illégale, car violant les droits fondamentaux.

B. Rendre légale l'atteinte illégale aux libertés

Les actes de violence menés sur certains territoires de la République peuvent engendrer des conséquences particulièrement néfastes pour les droits fondamentaux. La menace de graves troubles à l'ordre public peut conduire, littéralement, à sacrifier l'exercice des certaines libertés. Trop souvent, les droits fondamentaux s'inclinent en présence d'un phénomène qu'il leur faudrait pourtant combattre. L'affaire du Burkini en 2016 illustre pleinement cette dérive (1). Au-delà de ce cas d'espèce tout à fait singulier, l'affaire du burkini (en Corse spécifiquement) envoie un message symbolique dévastateur en accordant une primauté de fait aux actes violents (2).

1. La subordination des droits fondamentaux face à la violence

Quelques jours après le sanglant attentat islamiste de Nice lors de la fête nationale, de nombreux maires ont décidé d'adopter des arrêtés afin d'interdire le port du burkini sur les plages. Saisi en référé par la Ligue des droits de l'homme, le tribunal administratif de Nice a validé dans un premier temps les arrêtés anti-burkini adoptés par les maires des communes de Nice et de Villeneuve-Loubet. La motivation retenue à l'origine est indissociable du contexte de terrorisme islamiste qui caractérisait l'été 2016. En effet, quelques jours après l'attentat de Nice, le Père Hamel était égorgé dans son église par deux terroristes. Dans sa décision, le tribunal administratif retient précisément que dans ce contexte le port de cette tenue, relevant du « fondamentalisme religieux », peut-être « ressenti par certains comme une défiance ou une provocation exacerbant les tensions ressenties par la population à la suite de la succession d'attentats islamistes subis en France »²⁷⁷.

On sait que le Conseil d'État annulera cette ordonnance en se fondant sur une approche traditionnelle de l'ordre public : en l'absence « de risques avérés de troubles à l'ordre public » ou en l'absence de motifs fondés sur l'hygiène ou la décence, « l'émotion et les inquiétudes résultant des attentats terroristes » « ne sauraient suffire à justifier légalement la mesure d'interdiction contestée »²⁷⁸. La plage n'étant pas un lieu soumis au principe de neutralité et de laïcité, la tenue de bain en question est donc autorisée à

²⁷⁶ Depuis l'adoption de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 dite LOPSI II.

²⁷⁷ Tribunal administratif de Nice, ordonnance 22 août 2016, n° 1603508, § 15.

²⁷⁸ CE, 26 août 2016, n° 402742, § 6.

condition qu'elle n'engendre pas des formes violentes de rejets et donc des troubles à l'ordre public. C'est précisément ce dernier point qui retient l'attention. Le Conseil d'État semble dire que les risques de violences n'étaient pas suffisants pour justifier cette atteinte aux libertés. Si le raisonnement semble classique et conforme à la logique juridique qui anime la jurisprudence administrative de longue date – en l'absence de risque de trouble à l'ordre public, pas d'interdiction – il se prête néanmoins à une autre lecture. L'application des arrêtés anti-burkini en Corse, dans la droite ligne de la décision de principe du Conseil d'État précitée, en témoigne parfaitement.

À la suite de la décision du Conseil d'État du 26 août 2016, tous les arrêtés anti-burkini contestés devant le juge administratif ont été annulés en raison de l'absence réelle de risque de violence et donc en l'absence de troubles avérés à l'ordre public. Un seul arrêté anti-burkini a été validé par la juridiction administrative. Cette affaire, emblématique pour le sujet traité, mérite de s'y attarder assez longuement.

Dans une décision en date du 26 janvier 2017, le tribunal administratif de Bastia a, dans une même décision, annulé l'arrêté anti-burkini adopté par le maire de Ghisonaccia et validé celui adopté par le maire de Sisco. Ces deux conclusions ne sont contradictoires qu'en apparence en ce qu'elles s'inscrivent pleinement dans le strict respect de la lettre et de l'esprit de la jurisprudence précitée du Conseil d'État.

Dans la première affaire, l'arrêté anti-burkini a été confirmé dans le cadre d'un contexte de violence tout à fait singulier. En effet, le 13 août 2016, soit trois jours avant l'adoption de l'arrêté contesté, « une violente altercation », aboutissant à des hospitalisations et à l'incendie de trois véhicules, est survenue « entre un groupe de baigneurs d'origine maghrébine et une quarantaine d'habitants de la commune de Sisco ». Le jugement précise par ailleurs que « le lynchage des baigneurs, tant sur la plage qu'à l'hôpital de Bastia, n'a pu être évité que grâce à l'intervention des forces de l'ordre ». À cet égard, la présence de femmes en burkini « a été perçue comme l'étincelle ayant mis le feu aux poudres »²⁷⁹. L'interdiction est donc bien jugée nécessaire, adaptée et proportionnée « au regard des risques avérés d'atteinte à l'ordre public qu'il appartient au maire de prévenir »²⁸⁰.

Au contraire, dans la seconde affaire, la décision retient que l'arrêté adopté par le maire de Ghisonaccia « ne fait état d'aucun trouble » et que ce dernier ne pouvait donc « sans excéder ses pouvoirs de police, édicter des dispositions qui interdisent l'accès à la plage et la baignade aux personnes portant des tenues manifestant de manière ostensible une appartenance religieuse »²⁸¹. La différence d'approche est significative : là où la violence règne, l'interdiction du port du burkini est rendue, juridiquement, possible, voire souhaitable. Plus encore, seul un certain degré d'intensité de violence pourra justifier une atteinte aussi forte aux libertés. En effet, le Conseil d'État a estimé qu'un incident à Cagnes-sur-Mer consistant en « une altercation verbale entre usagers de la plage » dont certains portaient des burkinis, « compte tenu de sa nature et, au demeurant,

²⁷⁹ Tribunal administratif de Bastia, 26 janvier 2017, n° 1600976, § 5.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *Ibid.*, § 4.

de sa gravité limitée », ne peut justifier « légalement une interdiction de tenues manifestant de manière ostensible une appartenance religieuse »²⁸². Les conclusions du rapporteur public dans l'affaire du burkini corse précitée sont explicites : « les événements estivaux de Sisco, qui ont fait l'objet d'un buzz médiatique, n'ont rien à voir avec les petits incidents survenus à Cagnes-sur-Mer »²⁸³. Quels enseignements tirer de ces illustrations jurisprudentielles ?

Tout d'abord, la violence est au fondement d'un renversement de perspective : la commission d'actes graves de violence dirigés contre les personnes en burkini (ou leurs proches) permet de renverser la logique libérale selon laquelle « la liberté est la règle, la restriction de police l'exception »²⁸⁴. Ainsi que l'a démontré E. Picard dans sa thèse de doctorat²⁸⁵, le maintien de l'ordre public répond à une logique fonctionnelle, non de « l'ordre pour l'ordre »²⁸⁶, mais entièrement vouée à la construction d'un État libéral respectueux des droits fondamentaux²⁸⁷. La jurisprudence exprime parfois explicitement ce « présupposé libéral selon lequel l'ordre est au service de la liberté »²⁸⁸. Or, dans une société dominée par la violence et acclimatée aux réactions sociales vives, le culte du trouble à l'ordre public justifie aisément de nombreuses restrictions de droits fondamentaux lesquelles s'érigent, de fait, en principe. Dans cette perspective, plus les réactions sociales seront virulentes, plus les interdictions seront importantes, et ce, en toute légalité.

De plus, si ce logiciel qui domine traditionnellement l'ordre public (la présence d'un risque de trouble peut justifier des restrictions aux libertés) ne soulève en principe aucune difficulté au regard de la théorie des droits et libertés, il peut néanmoins conduire à des effets pervers en présence d'une violence instrumentalisée pour servir un projet idéologique.

En effet, quel message renvoie en creux les affaires du burkini ? Une forme de primauté de fait de la violence sur les droits. Une primauté qui est susceptible de produire une forme de légitimité de la violence. Lorsque les droits fondamentaux cèdent le pas à la violence, d'une certaine manière, ils l'entérinent comme un état de fait acceptable.

2. La portée symbolique inquiétante de l'affaire du burkini corse

La question n'est donc pas d'être intellectuellement pour ou contre le burkini. Il est tout à fait possible de combattre sur le plan des idées le port du burkini reposant sur une injonction religieuse, portant sur le corps, des femmes qui plus est. Le tribunal

²⁸² CE, ordonnance du 26 septembre 2016, Association de défense des droits de l'homme, req. n° 403578, § 5.

²⁸³ Conclusions Hugues Alladio,

<http://bastia.tribunaladministratif.fr/content/download/82499/776398/version/1/file/1600976%20et%201600980%20LDH%20Police.pdf>.

²⁸⁴ Conclusions du Commissaire du gouvernement Corneilles, CE, 10 août 1917, *Baldy*, n° 59855.

²⁸⁵ E. Picard, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984, pp. 490-529 : la sauvegarde de la liberté se pose non seulement comme le but, mais également comme le fondement de la police administrative.

²⁸⁶ P.-L. Frier, J. Petit, *Droit administratif*, 12^e éd., LGDJ, 2018, p. 322.

²⁸⁷ G. Burdeau, *Les libertés publiques*, *op. cit.*, p. 33 : « ce serait une hérésie de concevoir l'ordre comme un cimetière des libertés, alors qu'il ne peut et ne doit être qu'un agencement des libertés ».

²⁸⁸ B. Plessix, *Droit administratif général*, LEXISNEXIS, 2016, p. 767.

administratif de Nice avait, dans sa première décision, notamment relevé que cette tenue avait pour objet « de ne pas exposer le corps de la femme » ce qui pouvait être analysé « comme l'expression d'un effacement de celle-ci et un abaissement de sa place qui n'est pas conforme à son statut dans une société démocratique »²⁸⁹. On l'aura compris, le propos ne consiste pas à promouvoir cette tenue rétrograde, mais à considérer qu'à partir du moment où ce maillot de baignade relève du libre arbitre de chacun (déclinaison du droit au respect de la vie privée et de la liberté), il s'élève en liberté qu'il convient de protéger. Le Conseil d'État n'affirme au demeurant rien d'autre lorsqu'il estime que rien (sauf la menace objective de troubles à l'ordre public) ne peut justifier d'interdire le port du burkini sur les plages. Or, si le burkini est autorisé en principe sur la plage, son usage doit donc être rendu possible et garanti par la puissance publique à l'instar de l'exercice de toutes les libertés individuelles. C'est précisément sur ce point que le bât blesse : les affaires du burkini laissent penser que la force publique a fait preuve d'une certaine passivité. Soit la présence de femmes en burkini sur les plages n'engendrait aucun ou peu de troubles et son usage était donc autorisé, soit au contraire le risque de débordement était avéré et la solution retenue fut celle de l'interdire plutôt que de chercher à canaliser lesdits accès de violence. Si l'on extrapole au-delà de la question du port de cet habit à l'exercice de n'importe quelle autre liberté, la symbolique d'effacement des droits fondamentaux devant la violence est critiquable. Nous dirigerions-nous vers un modèle de société où certaines libertés individuelles pourraient être, de facto, suspendues parce que certains individus n'en voudraient pas et provoqueraient leurs effacements en organisant des actions violentes ? Dans une telle hypothèse, ce serait la fin du règne du droit remplacé par celui de la violence, de l'arbitraire, de la « justice privée »²⁹⁰ et donc du chaos.

C'est pourquoi, au-delà du cas très spécifique du burkini, la symbolique renvoyée par les affaires corses interpelle. Si les citoyens prennent conscience que, dans le cadre du combat d'idées politiques, ces derniers obtiennent gain de cause aisément dès lors qu'ils sont violents ou menacent de l'être, le fondement même de la société démocratique basé sur la pacification des relations sociales est vicié dans son essence. Ainsi, la venue d'un conférencier pourra être interdite si ses opposants savent organiser des troubles importants à l'ordre public, de même un humoriste ne pourra plus se produire si son spectacle se solde par des débordements, et enfin un journal ne pourra plus publier des caricatures religieuses car ces dernières pourraient entraîner de violents affrontements avec les forces de l'ordre. Rentrer dans cette logique est une voie sans issue pour la démocratie. À chaque fois que la violence a permis d'interdire ce qui aurait dû être autorisé et autoriser ce qui aurait dû être interdit, l'État de droit s'efface et les droits fondamentaux s'inclinent plutôt que de dompter les courants violents qui traversent la société.

²⁸⁹ Tribunal administratif de Nice, ordonnance 22 août 2016, n° 1603508, § 15. La Cour européenne a également considéré dans cette même veine que le port du voile islamique par une institutrice devant ses élèves, « fondé sur une prescription coranique », « est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes ». « Aussi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves », CourEDH, 15 février 2001, *Dahlab c. Suisse (irrecevable)*, req. n° 42393/98.

²⁹⁰ CourEDH, 21 janvier 2010, *R.P. c. France*, req. n° 10271/02, § 42

Quelles solutions adopter pour éviter cet écueil qui sape l'esprit même de la société démocratique ? D'une part, il convient de ne jamais oublier que la liberté doit rester un axiome, un principe qui guide l'action des autorités administratives. Aussi, il importe de ne jamais s'accoutumer aux restrictions qui doivent demeurer exceptionnelles et n'intervenir qu'en ultime recours. D'autre part, il est essentiel de rappeler qu'une force publique a précisément été instituée afin d'éviter que des groupes d'individus usent de la force pour imposer arbitrairement un ordre social portant nécessairement atteinte aux droits fondamentaux d'autrui. Son rôle est de permettre l'exercice effectif des libertés ce qui passe par la neutralisation des individus violents plutôt que par l'interdiction d'une liberté. Dans l'affaire du burkini corse, c'est l'inverse qui s'est produit : on a préféré interdire l'exercice d'une liberté plutôt que de contraindre ceux qui n'en voulaient pas. L'acceptation d'un tel raisonnement comporte un risque, bien identifié par la Cour européenne des droits de l'homme, celui « d'aboutir à une forme de « justice privée » qui peut avoir des conséquences négatives sur la confiance et la crédibilité du public dans le système juridique »²⁹¹. Enfin, il faut veiller à ce que de telles situations ne se généralisent pas, mais restent épisodiques sous peine de légitimer le recours à la violence privée.

Ces hypothèses de mises entre parenthèses des droits fondamentaux sont loin d'être exhaustives. Il arrive parfois, en situation de conflit armé notamment, que le seuil de violence soit porté à son paroxysme. Dans une telle situation de chaos, la jurisprudence récente de la Cour européenne laisse une porte ouverte à la capitulation du droit des libertés fondamentales.

Partie II – La capitulation des droits fondamentaux

Le retour d'un conflit armé de haute intensité et de grande ampleur sur le sol européen renouvelle l'appréhension juridique des phénomènes de violence extrême. Lors d'un conflit armé international ou non international, le degré de violence atteint son paroxysme tant à l'égard des biens qu'à l'endroit des personnes. Dans ce contexte de destructions massives, d'exactions de toute nature, le droit en général et les droits fondamentaux en particulier sont plus que jamais menacés d'extinction. L'analyse de la jurisprudence contemporaine de la Cour européenne des droits de l'homme sur le sujet peine à rassurer (A) et entérine une impuissance des droits fondamentaux pouvant parfois rimer avec une forme d'assentiment à la violence (B).

²⁹¹ CourEDH, 21 janvier 2010, *R.P. c. France*, req. n° 10271/02, § 42. La Cour fait référence à une Recommandation du Comité des Ministres en matière d'exécution des décisions de justice, 9 septembre 2003, n° Rec(2003)17 : « Conscient du fait que, sans un système d'exécution efficace, d'autres formes de « justice privée » peuvent surgir et avoir des conséquences négatives sur la confiance et la crédibilité du public dans le système juridique ». <https://rm.coe.int/recommandation-du-comite-des-ministres-aux-etats-membres-en-matiere-d-168050cca5>.

A. L'abdication de la Cour européenne des droits de l'homme lors de la phase active des hostilités

L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux opérations militaires et plus généralement aux conflits armés n'est pas de nature à rassurer. En effet, en conditionnant l'application de la Convention européenne, y compris sur le sol européen, à l'exercice par l'État membre de sa juridiction extraterritoriale (1), la Cour a littéralement posé les fondements juridiques permettant l'éviction systématique des droits fondamentaux conventionnels en période de conflit armé (2).

1. La suspension de l'effectivité des droits fondamentaux à la notion de « juridiction »

La Cour européenne s'est prononcée à de nombreuses reprises sur la question de la protection des droits fondamentaux à l'occasion de conflits armés²⁹². Dans l'affaire *Hassan*, elle énonce, en principe, que « le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire peuvent s'appliquer simultanément »²⁹³. Plus précisément, et dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour internationale de justice²⁹⁴, elle note que « même en cas de conflit armé international, les garanties énoncées dans la Convention continuent de s'appliquer, quoiqu'en étant interprétées à l'aune des règles du droit international humanitaire »²⁹⁵. Cependant, au-delà de ces déclarations de principe, la jurisprudence de la Cour européenne a récemment entériné l'effacement conceptuel des droits fondamentaux face au déchainement de violence. L'affaire *Géorgie c. Russie (II)* rendue par la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme le 21 janvier 2021 en est la manifestation la plus saillante et mérite à ce titre quelques développements²⁹⁶.

Dans la nuit du 7 au 8 août 2008, à la suite de longues confrontations et de montée en tension, les forces armées géorgiennes lancèrent une attaque d'artillerie en direction de la capitale administrative d'Ossétie du Sud. Les forces russes ripostent immédiatement en traversant l'Abkhazie et l'Ossétie du Sud dont elles prennent rapidement le contrôle. Un accord de cessez-le-feu est conclu le 12 août entre la Géorgie et la Russie. Lors de ce conflit armé international et non international, près de 1000 personnes perdirent la vie, 100 000 furent déplacées et des villages entiers furent détruits. Le 11 août 2008, la Cour européenne fut saisie d'une requête par la Géorgie en vertu de l'article 33 (requête interétatique) accompagnée d'une demande d'application de mesures provisoires. Avant de répondre sur le fond à l'ensemble des violations alléguées, la Cour s'est intéressée à

²⁹² N. Hervieu, « La jurisprudence européenne sur les opérations militaires à l'épreuve du feu », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 20 octobre 2014, consulté le 12 octobre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/890> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.890>.

²⁹³ CourEDH, GC, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, req. n° 29750/09, § 77.

²⁹⁴ CIJ, Avis consultatif du 8 juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, § 25 ; CIJ, Avis consultatif du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, § 106.

²⁹⁵ CourEDH, GC, 16 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, req. n° 29750/09, § 104.

²⁹⁶ M. Gudzenko, CourEDH, GC, 21 janvier 2021, *Géorgie c. Russie (II)*, req. n° 38263/08 : la jurisprudence chaotique de la Cour européenne sur la juridiction extraterritoriale dans les conflits armés» RDLF 2021 chron. n°20 (www.revuedlf.com).

la recevabilité de la requête déposée à l'encontre de la Russie pour des faits commis hors de ses frontières. Or, c'est précisément sur ce point que réside l'essentiel de la portée de cette affaire. Il est bien établi qu'un État peut voir sa responsabilité engagée devant la Cour européenne des droits de l'homme pour des faits commis à l'extérieur de ses frontières nationales. En effet, dès lors qu'il exerce sa « juridiction » au sens de l'article 1^{er} de la Convention, l'ensemble des actes commis au-delà de ses frontières par ses agents ou par les forces dont il a le contrôle doivent être conformes à la Convention. Ainsi, si la juridiction est principalement territoriale, la juridiction de l'État peut être retenue lorsque des biens ou des personnes se trouvent « sous l'autorité et le contrôle d'un agent de l'État »²⁹⁷ (hypothèse de la juridiction dite personnelle) ou lorsqu'il exerce « un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire »²⁹⁸ (hypothèse de la juridiction spatiale). Dans l'affaire *Géorgie c. Russie (II)*, la Cour s'est longuement penchée sur la question de savoir si la Russie avait exercé sa « juridiction » sur les territoires d'Ossétie du Sud et d'Abkhazie tant pendant la durée du conflit armé que durant la période d'occupation ultérieure. Afin de répondre à cette épineuse question, la Cour a distingué deux périodes : la phase active d'hostilité et la phase d'occupation.

En ce qui concerne la phase active des hostilités la Cour considère « d'emblée que lors d'opérations militaires, y compris par exemple des attaques armées, bombardements, pilonnages, menées au cours d'un conflit armé international on ne saurait en règle générale parler de « contrôle effectif » sur un territoire ». Cet argument est justifié par le fait que des combats entre forces militaires ennemies cherchant à « acquérir le contrôle d'un territoire dans un contexte de chaos implique qu'il n'y a pas de contrôle sur un territoire »²⁹⁹. Le chaos inhérent aux scènes de combats intensifs exclut de la même manière « toute forme d'autorité et de contrôle d'un agent de l'État sur des individus »³⁰⁰. La conclusion est dès lors implacable : la Russie n'a pas exercé un contrôle suffisant durant les 5 jours de combats intensifs. Partant, les actes commis par les forces russes ne relèvent pas de son autorité et donc de sa « juridiction ». La requête doit donc être déclarée irrecevable à ce titre. Afin de justifier une telle conclusion, la Cour retient deux arguments peu convaincants.

D'une part, elle estime que cette interprétation est confirmée par la « pratique » des États membres qui ne formulent pas de dérogation au titre de l'article 15 laissant penser qu'en pareille situation ils « n'exercent pas leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention »³⁰¹. Il est regrettable que la Cour mobilise ainsi une pratique étatique dans l'objectif d'asseoir une lecture minimaliste de la Convention. Cet argumentaire donne l'impression d'une forme d'instrumentalisation de la pratique des États dans le sens où d'ordinaire, la Cour n'hésite pas à leur accorder qu'un intérêt limité.

²⁹⁷ CourEDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Skeini c. Royaume-Uni*, req. n° 55721/07, § 133 ; P.-F Laval, « A propos de la juridiction extraterritoriale de l'État. : Observations sur l'arrêt Al-Skeini de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 2011 », *Revue Générale de Droit International Public*, Editions A. Pedone, 2012, pp. 61-88.

²⁹⁸ CourEDH, GC, 8 juillet 2004, *Laşcu c. Moldova et Russie*, req. n° 48787/99, § 314.

²⁹⁹ CourEDH, GC, 21 janvier 2021, *Géorgie c. Russie (II)*, req. n° 38263/08, § 126 ; A. Hermet, « Procédures internes et établissement de la "juridiction" de l'État dans la jurisprudence récente de la CEDH », *Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*, 2021/1, n°3, pp. 96-113.

³⁰⁰ *Ibid.*, § 137.

³⁰¹ *Ibid.*, § 139.

D'autre part, et cela est sans doute davantage problématique, la Cour européenne justifie son interprétation neutralisante de la notion de « juridiction » au regard de la difficulté qu'impliquerait une conclusion différente. La circularité du raisonnement ne peut échapper à la critique. En effet, « compte tenu notamment du grand nombre de victimes alléguées et d'incidents contestés, du volume des éléments de preuve produits et de la difficulté à établir les circonstances pertinentes lors de la phase active des hostilités dans le cadre d'un conflit armé international, ainsi que du fait que de telles situations sont régies principalement par des normes juridiques autres que celles de la Convention »³⁰², la Cour ne juge pas pertinent de considérer que la Russie avait exercé sa juridiction lors de la phase active des hostilités. Autrement dit, la présence de chaos et donc de violations massives et systémiques des droits fondamentaux conventionnels rendent impossible une application de la Convention... C'est donc parce que les droits fondamentaux sont trop lourdement bafoués, en d'innombrables situations, qu'il est donc *de facto* impossible de se saisir de ces allégations.

Comment pourrait-on se satisfaire d'une telle interprétation ? Nul ne le peut et pas même la Cour elle-même qui reconnaît, dans une forme de *mea culpa* jurisprudentiel, que son interprétation de la notion de juridiction « peut paraître insatisfaisante aux yeux des victimes alléguées d'actes et d'omissions commis par un État défendeur pendant la phase active des hostilités dans le cadre d'un conflit armé international se déroulant hors de son territoire, mais sur celui d'un autre État contractant, ainsi qu'aux yeux de l'État sur le territoire duquel ont lieu les hostilités actives »³⁰³.

2. Une interprétation jurisprudentielle aux effets vicieux

Cette affaire est emblématique de la manière dont les droits fondamentaux se pensent lorsqu'ils sont confrontés à des situations de violences extrêmes, massives et systémiques à l'instar des conflits armés. Un cercle vicieux peut se dégager de cette affaire. Si l'on retient une lecture cynique de cet arrêt, l'on peut considérer que plus un État contractant bombarde, pilonne et détruit un territoire situé à l'extérieur de ses frontières et moins il risque de se voir imputer ces violations massives du fait de l'impossibilité d'établir une quelconque juridiction.

En l'espèce, si les forces russes avaient procédé à des bombardements localisés, peu nombreux et ne ciblant que quelques personnes, il est fort probable que la Cour européenne n'aurait pas retenu les mêmes conclusions. En effet, dans l'affaire *Solomou*, la Cour a estimé que la mort d'une victime abattue par les forces turco-chypriotes opérant à la frontière alors même qu'elle se trouvait dans la zone tampon neutre de l'ONU relève de la juridiction de la Turquie³⁰⁴. À la lumière de cette affaire, on saisit mieux l'impasse conceptuelle à laquelle aboutit l'interprétation de la Cour européenne. Elle explique que la plupart des affaires dans lesquelles l'exercice de la juridiction extraterritoriale a été retenu se caractérisaient « par des actions isolées et ciblées

³⁰² *Ibid*, § 141.

³⁰³ *Ibid*, § 140.

³⁰⁴ CourEDH, 24 juin 2008, *Solomou c. Turquie*, req. n° 36832/97, § 51.

comprenant un élément de proximité »³⁰⁵. Or, poursuit-elle, « par contraste, la phase active des hostilités dans le cadre d'un conflit armé international est très différente, car elle porte sur des bombardements et des tirs d'artillerie par les forces armées russes visant à mettre l'armée géorgienne hors de combat et à acquérir le contrôle sur des territoires faisant partie de la Géorgie ». La portée et les conséquences de ce raisonnement sont plus que critiquables. La Cour ne va pas jusqu'à le formaliser explicitement mais c'est pourtant de cela dont il s'agit : plus la violence s'exprime de manière diffuse, anarchique et sans retenue et moins la Cour sera susceptible d'établir sa compétence pour sanctionner cette négation des droits fondamentaux.

L'affaire *Géorgie c. Russie (II)* met en outre en évidence un cruel paradoxe. Alors qu'à l'origine, la théorie dite du contrôle effectif avait été pensée pour dilater le champ d'application de la Convention, dans le cadre du dynamisme interprétatif traditionnel, afin de faire rayonner les droits fondamentaux conventionnels au-delà du territoire des États membres, voilà qu'une telle notion a désormais pour conséquence de priver d'effet l'application de la Convention sur le territoire européen ! Les violations sont bel et bien commises sur le territoire d'un État membre (la Géorgie) et pourtant personne n'en répondra, du moins pendant la phase active des hostilités. Ce faisant, la Cour a littéralement renoncé à protéger les droits fondamentaux, sur le sol européen, au moment même où ils étaient les plus menacés.

Rendue en janvier 2021, la portée de cette affaire résonne tout particulièrement avec la situation actuelle en Ukraine. En envahissant une partie du nord, du sud et de l'est de l'Ukraine le 24 février 2022 et en procédant à des bombardements de très grande intensité et d'une grande violence, la Russie ne pourrait, aussi longtemps que s'étale la phase active des hostilités, voir sa responsabilité engagée devant la Cour européenne en application de la jurisprudence *Géorgie c. Russie (II)*. Même si jusqu'au 16 septembre 2022, « la Cour demeure compétente pour traiter les requêtes dirigées contre la Fédération de Russie concernant les actions et omissions susceptibles de constituer une violation de la Convention »³⁰⁶, cette dernière pourrait ne pas avoir à répondre de ses actes devant la Cour tant que règnera un chaos inhérent à la phase active des hostilités. *In fine*, tant que les bombes pleuvent et que les combats perdurent, l'État russe ne saurait exercer un véritable contrôle ou une autorité sur le territoire ukrainien ce qui rendrait impossible l'exercice d'une quelconque juridiction. La Cour européenne ne pourrait se résoudre à une telle conclusion sous peine de vider de sa substance la lettre et l'esprit de la Convention. Même si la Russie a déclaré le 7 juin qu'elle n'appliquerait plus les décisions de la Cour à partir du 15 mars 2022, il n'en demeure pas moins que si la Cour venait à déclarer irrecevables les innombrables requêtes potentielles pouvant être déposées à la suite de la violation par la Russie d'à peu près toutes les dispositions de la Convention, le message serait incompréhensible, injuste et altérerait gravement l'autorité morale de la Cour. La Cour européenne ne peut plus, au risque de perdre toute autorité, entériner la soumission programmée des droits fondamentaux en présence

³⁰⁵ CourEDH, GC, 21 janvier 2021, *Géorgie c. Russie (II)*, req. n° 38263/08, § 132.

³⁰⁶ Résolution CM/Res(2022) sur des conséquences juridiques et financières de la cessation de la qualité de membre du Conseil de l'Europe de la Fédération de Russie (adoptée par le Comité des Ministres le 23 mars 2022, lors de la 1429 bis réunion des Délégués des Ministres).

d'une violence inouïe blessant et tuant des dizaines de milliers de personnes. Dans cette optique il serait inconcevable que les condamnations ne portent, comme dans l'affaire *Géorgie c. Russie (II)*, que sur les violations commises durant la phase dite d'occupation et non également durant la phase des combats qui durent depuis plus de six mois désormais. La portée à la fois substantielle (en termes de protection des droits fondamentaux) et symbolique (en termes d'image) serait désastreuse, la Cour n'apparaîtrait plus comme la gardienne des droits fondamentaux de la grande Europe, mais comme une juridiction impuissante ayant démissionné face à la violence extrême.

Le retour de la violence des conflits armés sur le sol européen est l'un des défis les plus impérieux de la Convention européenne. Cependant, l'état actuel de la jurisprudence de la Cour ouvre malheureusement la voie à une forme d'assentiment juridique de la violence.

B. L'impuissance des droits fondamentaux, un assentiment à la violence ?

En décidant, lors d'un arrêt rendu dans la formation la plus solennelle, de ne pas condamner la Russie pendant la phase active des hostilités durant la guerre en Ossétie du Sud, la Cour européenne manque à sa mission existentielle visant à sauvegarder et développer les droits fondamentaux sur le territoire européen. Sur le plan symbolique et presque même sur le plan juridique, n'ayant pas violé la Convention européenne pendant la phase active des hostilités, la Russie peut se prévaloir de se conformer à ses obligations conventionnelles européennes. Cette forme de légitimation de la violence destructrice des conflits armés (1) est un camouflet pour la société démocratique qui ne doit pas oublier la fragilité intrinsèque des droits fondamentaux (2).

1. L'absence de condamnation, vecteur de légitimation de la violence armée

L'histoire du droit international humanitaire et celle des droits fondamentaux en particulier est tout entièrement marquée par la volonté d'éradiquer la violence et l'arbitraire. Ainsi, le 27 août 1928, le Pacte Briand-Kellogg, consacrant « une franche renonciation à la guerre », était signé à Paris. Aristide Briand déclarera à la Chambre des députés le 1^{er} mars 1929 : « Voilà ce qu'est le pacte de Paris. Il met la guerre hors la loi. Il dit aux peuples : la guerre n'est pas licite, c'est un crime. La nation qui attaque une autre nation, la nation qui déclenche ou déclare la guerre, est une criminelle ». Mettre la guerre hors la loi, voilà donc l'horizon du droit en général et des droits fondamentaux en particulier. Cependant une telle expression repose sur une ambiguïté : il ne faudrait pas, à l'image de la décision *Géorgie c. Russie (II)*, mettre la guerre hors du droit, en dehors du droit, c'est-à-dire libérer la violence de toute contrainte normative.

Pourtant, en renonçant à imputer les actes de violence commis par des forces armées lors de la phase active du conflit, la Cour a bien mis le droit conventionnel entre parenthèses. Plus encore, il eût été peut-être préférable que la Cour ne se prononce pas afin d'éviter une telle conclusion. Car en l'espèce, la jurisprudence de la Cour européenne peut être interprétée comme apportant (bien involontairement naturellement) une forme de caution à la violence des conflits armés. En effet,

juridiquement, la Russie peut se prévaloir, à la suite de la décision *Géorgie c. Russie (II)*, de ne pas avoir violé la Convention européenne lors des cinq premiers jours de la phase active du conflit en Ossétie du Sud. Si la Cour n'a pas condamné la Russie, cela signifie donc que la Russie a respecté la Convention européenne lors de la phase active des hostilités. Une telle conclusion est moralement difficilement soutenable, c'est pourtant, rigoureusement, celle à laquelle l'analyse du droit positif nous conduit. Les États contractants peuvent donc légitimement considérer que le droit de la CEDH n'est plus une norme pertinente, seul le droit international humanitaire ayant vocation à s'appliquer lors de la phase active des hostilités. Comment dès lors reprocher cette instrumentalisation cynique des droits fondamentaux par les États alors même qu'elle n'est que la résultante directe et indirecte de la jurisprudence de la Cour ? Peut-on réellement reprocher aux États de ne pas être plus royalistes que ne l'est le roi lui-même ?

L'affaire *Géorgie c. Russie (II)* est ainsi profondément dérangeante en ce qu'elle donne une apparence de légalité et donc de légitimité à un ensemble d'actes de violence extrême qui ne peuvent d'aucune manière être légitimés. Comment peut-on raisonnablement considérer qu'un État qui déploie ses forces armées au-delà de ses frontières en procédant à des pilonnages massifs, souvent non discriminants, ne viole pas *a minima* les articles 2, 3, 5 8 ainsi que l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la Convention ? Si la question de l'établissement de la juridiction est bien une question de procédure en ce qu'elle est relative à une condition de recevabilité de la requête, il n'en demeure pas moins que son importance est cruciale et relève pleinement du fond de l'affaire. La frilosité de la Cour pour interpréter de manière satisfaisante la notion de juridiction tranche avec de nombreuses affaires dans lesquelles elle a su retenir une interprétation dynamique.

Ce repli jurisprudentiel n'a au demeurant pas échappé à certains membres de la formation de jugement qui n'ont pas hésité à faire part de leur profond désaccord au sein des opinions dissidentes et/ou partiellement concordantes. D'une part, il faut relever que six juges se sont opposés au constat selon lequel les événements qui se sont déroulés au cours de la phase active des hostilités (du 8 au 12 août 2008) ne relevaient pas de la juridiction de la Fédération de Russie au sens de l'article 1 de la Convention. D'autre part, la lecture des opinions dissidentes met en évidence deux éléments principaux : premièrement, tous s'accordent à considérer qu'il s'agit bien d'une affaire à la fois singulière et essentielle ; deuxièmement, que la portée de cette affaire risque d'entacher durablement l'autorité et la crédibilité de la Cour européenne.

Ainsi, le Juge Pinto De Albuquerque conclut son analyse en estimant que « la Cour va se retrouver face à la tâche monumentale de réparer les dégâts que cet arrêt va causer à sa crédibilité »³⁰⁷. Dans le même sens, le Juge Chanturia affirme que « la majorité a créé un 'vide' dans le système de protection des droits de l'homme en Europe fondé sur la Convention »³⁰⁸. Or poursuit-il, « la Cour a une obligation non seulement juridique,

³⁰⁷ Opinion en partie dissidente du Juge Pinto De Albuquerque, CourEDH, GC, 21 janvier 2021, *Géorgie c. Russie (II)*, req. n° 38263/08.

³⁰⁸ *Ibid.*, opinion en partie dissidente du juge Chanturia.

mais aussi morale de rester active et d'accomplir sa mission de surveillance européenne en cas de conflits armés se produisant dans l'espace juridique de la Convention, sous peine de laisser dans un vide juridique les victimes individuelles de ces conflits militaires, ce qui reviendrait à priver de protection des droits de l'homme ceux qui en ont le plus besoin »³⁰⁹. Cette « lacune » va, conclut-il, à « l'encontre de l'esprit de la Convention ».

De manière encore plus virulente, les juges Yudkivska, Wojtyczek et Chanturia se déclarent tout bonnement « stupéfaits » par les arguments avancés par la majorité pour déclarer la requête irrecevable en ce que le rôle de la Cour « consiste précisément à traiter en priorité les affaires difficiles se caractérisant par un grand nombre de victimes alléguées et d'incidents contestés »³¹⁰.

La portée de ces déclarations traduit les profondes divisions et l'absence de sérénité qui règne au sein de la plus solennelle des formations de jugement de la Cour. Il n'est pas si fréquent de lire au sein des opinions séparées des critiques aussi nombreuses et aussi étayées. Ces éléments confirment pleinement que la Cour européenne, dans la droite ligne de la jurisprudence *Bankovic*³¹¹, a failli à sa mission d'endigement de la violence.

2. La fragilité intrinsèque des droits fondamentaux

Ce rendez-vous manqué de la Cour européenne est l'occasion de revenir sur les fondements mêmes de la protection des droits fondamentaux au sein des sociétés démocratiques. « *Silent enim leges inter arma* (« en temps de guerre, la loi se tait ») », tels sont les propos introductifs des juges Yudkivska, Wojtyczek et Chanturia précités dans leur opinion dissidente. Cette analyse, jadis dressée par Cicéron, trouve un écho singulier au sein du droit positif contemporain. Les événements tragiques comme la crise sanitaire ou encore la guerre sur le sol européen permettent de (re)prendre conscience que les droits fondamentaux, érigés comme les fondements premiers de notre ordre juridique, ne sont en réalité que des colosses au pied d'argile. Quand la tempête se lève, leur sacrifice est à même de s'opérer avec une aisance déconcertante. Ce constat amer met en évidence l'un des problèmes structurels et indépassables des droits fondamentaux : ces derniers sont condamnés à être oubliés au moment même où ils mériteraient une attention renforcée. Les difficultés voire l'impossibilité de ne pas s'effacer en présence d'actes violents interrogent les limites inhérentes des sociétés démocratiques. L'effectivité des droits fondamentaux ne peut réellement être assurée en dehors d'un cadre social apaisé et harmonieux. À cet égard, les droits fondamentaux

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ *Ibid.*, opinion en partie dissidente commune aux Juges Yudkivska, Wojtyczek et Chanturia.

³¹¹ Cette affaire, longuement citée par les juges dans leur opinion séparée, illustre également la frilosité de la Cour européenne pour retenir l'imputabilité d'actes commis par des États membres au-delà de leur frontière nationale. En l'espèce, le bombardement par des États membres à la Convention (et également membres de l'OTAN), du siège de la radio-télévision serbe à Belgrade dans le cadre de la campagne de frappes aériennes au cours du conflit au Kosovo détruisit un bâtiment et provoqua plusieurs victimes. La Cour refusa néanmoins de reconnaître que ces agissements relevaient de la juridiction des États membres n'étant pas persuadée de l'existence d'un lien juridictionnel entre les victimes et les États défendeurs. CourEDH, GC, 12 décembre 2001, *Bankovic c. Belgique*, req. n° 52207/99, § 84.

déploraient pleinement leur effet dans le cadre d'une société pacifiée, ils seraient les droits des temps de tranquillité. En revanche, ces derniers perdent presque immédiatement leur aura et leur superbe dès lors que les tensions sociales apparaissent et *a fortiori* lorsque les sociétés sont traversées par des épisodes de violences extrêmes. La littérature juridique insiste peu sur les conditions économiques et sociales préalables nécessaires à l'affirmation et à l'affermissement des droits fondamentaux. Une société profondément marquée par la violence physique et la pauvreté ne dispose pas des présupposés à l'exercice des libertés. À ce titre, la Convention européenne des droits de l'homme a été pensée à l'origine, non pas pour instaurer, mais pour maintenir et approfondir (ce qui est différent) la démocratie. Si bien que lorsque les sociétés démocratiques sont brutalement confrontées à une rupture majeure de normalité (à l'image d'un conflit armé), les droits fondamentaux s'effacent avec une aisance déconcertante. Ce que l'on considère comme un axiome³¹² gravé dans le marbre juridique en période de prospérité et de tranquillité est réduit à n'être qu'un lointain souvenir lorsque la violence se déchaîne. Si les droits fondamentaux répugnent la violence et l'arbitraire, ils ne jouissent d'aucun moyen pour être à la hauteur de leur prétention. L'affaire *Géorgie c. Russie (II)* illustre parfaitement la manière dont s'opère la soumission *de facto* et (*de jure* !) des droits fondamentaux à la violence des conflits armés.

Faudrait-il en déduire, avec un brin de provocation, que les droits fondamentaux sont les droits des sociétés qui vont bien ? Quel cruel paradoxe de considérer que les droits fondamentaux ont vocation à s'évaporer au moment même où ils mériteraient une attention particulièrement renforcée. Faire fi de ce constat c'est sans doute oublier un peu trop vite que le projet de « sauvegarde et le développement des droits fondamentaux » n'est pas déconnecté des réalités sociales et économiques qui traversent la société. Pour le dire autrement, le réflexe de la fundamentalité disparaît aussi vite qu'apparaît une rupture de normalité. Le juriste a trop souvent tendance à considérer comme acquis ce qui est en réalité précaire. À cet égard, l'espoir suscité par les droits fondamentaux peut rapidement conduire au désenchantement. L'exercice effectif des libertés n'est possible qu'en présence d'une société qui sait contenir la violence et dont l'organisation repose sur un système harmonieux et équilibré afin d'absorber les frustrations individuelles ou collectives. Car, dès lors que ces conditions pacifiées ne sont plus réunies et à partir du moment où la violence ressurgit, les libertés s'effacent inexorablement. Face à la violence, les droits fondamentaux sont à l'instar, de la Cour européenne, des objets de protection bien insuffisants et « insatisfaisant »³¹³. Cette « lamentation » de la Cour, pour reprendre les mots du Juge Pinto De Albuquerque, ressemble bien pour les victimes et leurs proches, « à des larmes de crocodile »³¹⁴.

³¹² La liberté et la dignité, notamment qui sont selon les mots de la Cour, l'essence même de la Convention.

³¹³ CourEDH, GC, 21 janvier 2021, *Géorgie c. Russie (II)*, req. n° 38263/08, § 132.

³¹⁴ Opinion en partie dissidente du Juge Pinto De Albuquerque, CourEDH, GC, 21 janvier 2021, *Géorgie c. Russie (II)*, req. n° 38263/08.

La Cour EDH à l'épreuve de l'invasion russe en Ukraine : l'efficacité de la protection des droits fondamentaux dans le cadre d'un conflit armé

Stefanos Gakis*

L'impact de l'invasion russe en Ukraine sur l'évolution du droit et de la politique est indéniable et aura probablement des effets durables. La protection des droits fondamentaux des personnes se trouvant sur le territoire ukrainien pendant le conflit est sans aucun doute l'un des plus importants parmi les nombreux points d'intérêt soulevés. Cette tâche repose principalement sur la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH) qui, dans le cadre de la régionalisation de la sauvegarde des droits fondamentaux est le principal instrument pour la protection des droits individuels en Europe, d'autant plus que le droit de l'Union européenne, qui présenterait une voie alternative à cet égard, ne peut s'appliquer dans le cas russo-ukrainien.

Or, les différents mécanismes développés pour appliquer la Convention EDH à la protection des droits individuels *in concreto* dans le cas ukrainien n'est pas une affaire simple. Certes, à première vue, la réaction au niveau institutionnel a semblé proportionnelle à la gravité des faits. Le volet concernant la protection des droits individuels a fait l'objet de décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH). Quatre jours après le déclenchement de l'« opération spéciale » russe du 24 février, l'Ukraine a déposé une requête pour des mesures conservatoires auprès de la Cour EDH soulignant les violations massives des droits de l'homme commises par les troupes russes dans le cadre de leurs opérations en Ukraine. Le 1^{er} mars, la Cour a répondu à cette requête en ordonnant aux autorités russes

« to refrain from military attacks against civilians and civilian objects, including residential premises, emergency vehicles and other specially protected civilian objects such as schools and hospitals, and to ensure immediately the safety of the medical establishments, personnel and emergency vehicles within the territory under attack or siege by Russian troops ». ³¹⁵

La Cour a également été le destinataire de demandes de mesures conservatoires de la part d'individus se trouvant en Ukraine et se réfugiant dans des abris, craignant pour leur vie en raison des bombardements et des tirs, sans nourriture ou avec un accès limité à celle-ci, aux soins de santé, à l'eau, à l'assainissement, à l'électricité et aux autres services interconnectés essentiels à la survie, ayant besoin d'une assistance humanitaire et d'une évacuation en toute sécurité. Suite à ces demandes, la Cour s'est à nouveau prononcée le 4 mars, indiquant aux autorités russes que

* Docteur en droit public de l'Université de Strasbourg.

³¹⁵ Press Release, The European Court grants urgent interim measures in application concerning Russian military operations on Ukrainian territory, 1st March 2022, ECHR 068 (2022).

« in accordance with their engagements under the Convention, notably in respect of Articles 2, 3 and 8, they should ensure unimpeded access of the civilian population to safe evacuation routes, healthcare, food and other essential supplies, rapid and unconstrained passage of humanitarian aid and movement of humanitarian workers ». ³¹⁶

La portée des mesures conservatoires susmentionnées a été élargie le 1^{er} avril 2022 à la suite des demandes de l'Ukraine des 16 et 28 mars. L'Ukraine a demandé des mesures conservatoires portant sur quatre points. Le premier concernait la possibilité de recours de la part de la Russie à toute forme d'armes interdites, nucléaires, chimiques ou biologiques et à la violence indiscriminée. Le deuxième portait sur la sécurité des installations nucléaires en Ukraine et de leur personnel se trouvant sous détention russe. Le troisième point appelait à la cessation de toute activité contre les autorités civiles ukrainiennes et au respect des droits fondamentaux des personnes déjà enlevées. Finalement, le quatrième point attirait l'attention de la Cour sur le transfert forcé d'un grand nombre d'Ukrainiens, dont des enfants, vers la Russie ou des parties du territoire ukrainien occupées par la Russie, et concernait l'évacuation sûre des personnes à risque en général. La Cour a considéré que les trois premières demandes de l'Ukraine étaient d'ores et déjà résolues par les mesures conservatoires ordonnées le 1^{er} et le 4 mars et s'est contentée d'explicitier ces dernières et de réaffirmer leur champ d'action. En revanche, la quatrième demande de l'Ukraine a fait l'objet d'une nouvelle mesure de la Cour, qui ajouta que les routes d'évacuation prévues lors des mesures du 4 mars devaient permettre aux civils de se réfugier dans des zones plus sûres du territoire ukrainien ³¹⁷.

La réaction face à l'invasion russe a également été immédiate sur le volet politique du Conseil de l'Europe. Le 25 février, le Comité des ministres a décidé de suspendre la Fédération de Russie de ses droits de représentation au Comité des Ministres et à l'Assemblée parlementaire ³¹⁸. Une décision similaire avait également été prise par le Comité après l'annexion de la Crimée par la Russie en 2014, concernant pour autant uniquement les droits de représentation du pays devant l'Assemblée parlementaire ³¹⁹. Cette fois, le Conseil est allé encore plus loin en décidant, le 16 mars, de l'exclusion définitive de la Russie du Conseil de l'Europe ³²⁰. Cette décision a également des effets catalytiques sur le plan juridique, puisque, comme nous le verrons par la suite, elle implique la perte de qualité de membre de la Convention EDH.

Si les mesures prises par la Cour EDH et le Conseil de l'Europe lors des premiers stades de l'invasion russe constituent une approche solide et une réaction adéquate face aux

³¹⁶ Press Release, Decision of the Court on requests for interim measures in individual applications concerning Russian military operations on Ukrainian territory, 4 March 2022, ECHR 073 (2022).

³¹⁷ Press release, Expansion of interim measures in relation to Russian military action in Ukraine, 1 April 2022, ECHR 116 (2022).

³¹⁸ Conseil des ministres, Décision CM/Del/Dec(2022)1426ter/2.3, Situation en Ukraine – Mesures à prendre, notamment en vertu de l'article 8 du Statut du Conseil de l'Europe, 25 février 2022.

³¹⁹ Resolution 1990 (2014), Reconsideration on substantive grounds of the previously ratified credentials of the Russian delegation, 10 April 2014, §15.

³²⁰ Conseil des ministres, Résolution CM/Res(2022)2 sur la cessation de la qualité de membre de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe, 16 mars 2022.

actions des autorités russes, la question de la protection des droits fondamentaux des personnes de toute nationalité se trouvant sur le territoire ukrainien continue de se poser. D'autant plus, le conflit entre dans une phase d'hostilités intenses et sera, selon toute indication actuelle, prolongé indéfiniment. En effet, la Cour EDH sera appelée pour la première fois à se prononcer sur la possibilité des violations de la Convention lors d'un conflit armé prolongé sur le territoire d'un de ses États membres. Dans ce contexte, les premières actions entreprises dans le cadre du Conseil de l'Europe et de la Cour EDH acquièrent une importance particulière. Elles soulèvent en parallèle des questions d'efficacité sur le long terme de la réponse du système européen à la protection des droits fondamentaux face à un conflit armé.

Deux éléments sont particulièrement importants à cet égard et attestent des problèmes auxquels devra faire face la Cour EDH dans les prochains mois, voire dans les prochaines années. En premier lieu, l'exclusion de la Russie du Conseil de l'Europe signifie que la Russie ne sera plus liée par la Convention. Cela constitue un obstacle insurmontable quant à la compétence de la Cour EDH et la protection des droits fondamentaux des personnes concernées par le conflit dans le long terme, d'autant plus que la Russie refuse désormais de reconnaître la compétence de la Cour (**Partie I**). En second lieu, l'efficacité de la protection accordée par la Cour dépend de l'affirmation de l'exercice de juridiction de la Russie pendant le conflit armé. Les mesures conservatoires sont révélatrices de l'intention de la Cour de statuer sur l'existence des violations des droits fondamentaux protégés par la Convention EDH, nonobstant l'existence d'un conflit armé. Par ailleurs, un grand nombre de requêtes a été présenté à la Cour ces derniers mois, portant sur les effets de l'invasion russe en Ukraine vis-à-vis des droits individuels. Toutefois, ceci signifie que la Cour devra surmonter les obstacles posés par sa jurisprudence antérieure concernant un conflit armé selon laquelle, l'exercice de juridiction étatique ne peut pas être constaté dans le chaos des opérations militaires (**Partie II**).

Partie I – La compétence de la Cour à l'aube de l'exclusion de la Russie du Conseil de l'Europe

Comme pour toute juridiction internationale, pour que la Cour puisse se prononcer sur les violations de la Convention EDH, elle doit avoir la compétence de statuer sur les faits. Or, l'exclusion de la Russie soulève une question importante à cet égard. En effet, aucun membre de la Convention n'avait jamais été exclu auparavant, même si une telle procédure a déjà été envisagée pour la Grèce³²¹. L'exclusion de la Russie risque de mettre la question de la compétence de la Cour sur la table et de présenter des obstacles à la protection des droits fondamentaux à cet égard. Deux enjeux distincts sont identifiables ici. Le premier concerne la détermination de la date à partir de laquelle la Russie est considérée comme déliée de ses obligations en vertu de la Convention. Le

³²¹ L'exclusion de la Grèce avait été envisagée à la fois par l'Assemblée parlementaire et par le Comité des ministres suite à de graves violations de la Convention commises par la dictature grecque. Voir à cet égard la Résolution 361 de l'Assemblée parlementaire, 31 janvier 1968, §8(i) et la Recommandation 547 (1969) 1 de l'Assemblée consultative du Conseil d'Europe sur la situation en Grèce, 30 janvier 1969, §§6 et 7. La Grèce a pour autant opté pour dénoncer la Convention EDH. Voir dans ce sens Résolution DH (70) 1 du Comité des Ministres du Conseil d'Europe, 15 avril 1970.

deuxième enjeu porte sur l'efficacité de la protection des droits individuels à la suite de l'expulsion de la Russie.

La détermination de la date à partir de laquelle la Russie ne sera plus membre du Conseil de l'Europe n'est pas uniquement d'ordre technique mais aura des incidences sur la compétence de la Cour à statuer sur des questions liées au conflit russo-ukrainien. Conformément à la Convention EDH, la perte de la qualité de membre du Conseil de l'Europe équivaut à la perte de la qualité de membre à la Convention³²². De ce fait, la détermination de la date du départ définitif de la Russie du Conseil est d'une grande importance vis-à-vis du traitement des affaires portant sur les effets de l'invasion russe présentés à la Cour. Le fait que l'exclusion d'un État membre ne se soit jamais produit auparavant complique davantage toute tentative de dissoudre toute ambiguïté par le biais d'un recours à une solution précédente.

Les éléments pertinents pour la détermination de la date en question se trouvent dans le Statut du Conseil de l'Europe et dans la Convention EDH³²³. Selon l'article 8 du Statut, le Comité peut décider d'exclure un État membre à compter de la date indiquée par le Comité lui-même. Ceci marque l'opposition avec l'article 7 du Statut portant sur le départ volontaire d'un État membre, le départ en question n'étant effectif qu'à partir de la fin de l'année financière au cours de laquelle il a été annoncé³²⁴. En parallèle, l'article 58 de la Convention EDH consacre les détails de la dénonciation de la Convention par un État membre. Elle dispose qu'un État cesse d'être membre de la Convention six mois après en avoir informé le Secrétaire général du Conseil de l'Europe³²⁵. Elle précise également de manière explicite que l'État demeure lié par ses obligations en vertu de la Convention pendant les six mois qui s'écoulent entre la dénonciation et le départ définitif³²⁶. Ces conditions s'appliquent également lorsqu'une Partie contractante qui cesse d'être membre du Conseil de l'Europe cesse également d'être Partie à la Convention EDH « sous la même réserve » selon le troisième paragraphe de la même disposition. Si l'article 58 dans son ensemble n'a pas été discuté *in extenso* lors des négociations, rendant les travaux préparatoires très laconiques, il n'existe aucun doute sur les conditions de (non) applicabilité de la Convention.

La Russie a été expulsée du Conseil de l'Europe le 16 mai 2022 par une décision du Comité des Ministres donnant suite à une proposition de l'Assemblée parlementaire³²⁷. Les deux documents indiquent que l'expulsion de la Russie devrait avoir un effet immédiat. Ainsi, l'Assemblée parlementaire suggère que le Comité devra décider d'une « date aussi rapprochée que possible » à partir de laquelle la Russie cesserait d'être

³²² Convention EDH, art. 58.

³²³ Statut du Conseil de l'Europe, adopté le 5 mai 1949, Série des traités européens n°1.

³²⁴ Ainsi, pour ce qui était de la Grèce, alors que la dénonciation avait été effectuée le 12 décembre 1969, la Grèce n'était plus considérée membre du Conseil de l'Europe à partir du premier janvier 1971. Voir aussi dans ce sens KISS A.C. et VEGLERIS Ph., « L'affaire grecque devant le Conseil de l'Europe et la Commission européenne des Droits de l'homme », *Annuaire français de droit international*, t. 17, 1971. pp. 889-931, p. 903.

³²⁵ Convention EDH, art. 58(3).

³²⁶ *Ibid.*, (2).

³²⁷ Avis 300 (2022), *Conséquences de l'agression de la Fédération de Russie contre l'Ukraine*, 15 mars 2022.

membre³²⁸. De son côté, le Comité indique dans sa décision que la Russie « cesse d'être membre du Conseil de l'Europe à compter du 16 mars 2022 »³²⁹. La formulation ne laisse aucun doute quant au fait que la Russie n'est plus considérée comme un membre du Conseil de l'Europe, et ce avec effet immédiat. Cela signifie que la Russie cessera d'être membre à la Convention EDH à partir du 16 septembre, une interprétation qui est conforme à une approche littérale et téléologique du texte. La Cour³³⁰ et le Comité des ministres³³¹ ont eux aussi confirmé cette approche en la considérant évidente et au-delà de toute nécessité de justification au sein du texte de leurs décisions respectives³³².

Toutefois, la Russie a opté pour une approche qui va à l'encontre de ses obligations en vertu de la Convention et qui risque de compliquer l'œuvre de la Cour pour les affaires portant sur des faits ayant lieu avant septembre 2022. En effet, le parlement russe a unilatéralement décidé que la juridiction de la Cour avait pris fin dès le 15 mai et qu'aucune décision ultérieurement adoptée par la Cour ne sera appliquée³³³. Cette décision vient clôturer une coopération d'ores et déjà problématique³³⁴. Ceci va à l'encontre non seulement de l'article 58 susmentionné, qui concerne les décisions portant sur les faits se déroulant pendant le délai de six mois, mais affecte aussi des décisions qui reposent sur des faits s'étant produits avant la dénonciation volontaire ou involontaire. Appliquant cette décision, la Russie n'a pas réagi d'une quelconque manière aux démarches la concernant entreprises par les organes du Conseil de l'Europe après le 16 mars, y compris les mesures conservatoires décidées par la Cour après cette date comme cette dernière l'a précisé³³⁵.

³²⁸ *Ibid.*, pt. 20: « En conséquence, l'Assemblée est d'avis que le Comité des Ministres doit demander à la Fédération de Russie de se retirer immédiatement du Conseil de l'Europe. Si la Fédération de Russie ne se conforme pas à cette demande, l'Assemblée suggère que le Comité des Ministres fixe une date aussi rapprochée que possible à partir de laquelle la Fédération de Russie cesserait d'être membre du Conseil de l'Europe. »

³²⁹ Résolution CM/Res(2022)2, préc., pt. unique.

³³⁰ Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights, 22 mars 2022, §1.

³³¹ Comité des ministres, Résolution CM/Res(2022)3 sur des conséquences juridiques et financières de la cessation de la qualité de membre du Conseil de l'Europe de la Fédération de Russie, 23 mars 2022, §7.

³³² Confrontée à une question similaire portant sur la dénonciation de la part du Rwanda de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples (CommADHP) a constaté que le départ d'un pays ne pouvait pas être immédiat, ceci nonobstant l'absence de toute précision dans le texte de la Charte. Voir dans ce sens CommADHP, 6 septembre 2016, *Ingabire Victoire Umuhoza c. Rwanda*, req. n°003/2014, §62.

³³³ « The State Duma adopted laws on non-implementation of the ECHR verdicts », 7 June 2022, disponible en ligne sur : <http://duma.gov.ru/en/news/54515/>, consulté le 23 juillet 2022. La Grèce avait réagi de la même manière suite à son départ. Voir dans ce sens Résolution 361 de l'Assemblée parlementaire, préc., §18.

³³⁴ La relation difficile entre la Russie et la Cour est illustrée par la révision constitutionnelle de 2020 qui rend possible en vertu du nouvel article 79 la non-exécution d'un arrêt de la Cour en cas de non-conformité avec la Constitution russe. Voir aussi dans ce sens CDL-AD(2020)009 Fédération de Russie - Avis sur le projet d'amendements à la constitution (tel que signé par le président de la Fédération de Russie le 14 mars 2020) relatifs à l'exécution en Fédération de Russie des décisions de la cour européenne des droits de l'homme, adopté par la Commission de Venise le 18 juin 2020. La Cour suprême russe a elle aussi refusé l'exécution de certains arrêts de la Cour EDH. Voir à cet égard les arrêts de la Cour constitutionnelle du 19 avril 2016, no 12-II/2016 et du 19 janvier 2017, no 1-II/2017, ainsi que pour une analyse Giannopoulos C., « Jurisprudence constitutionnelle russe. Désobéir pour servir une cause. Considérations sur la première application de la nouvelle compétence de la Cour constitutionnelle russe pour filtrer l'exécution des décisions de la Cour EDH », *Revue française de droit constitutionnel*, 2017-1 (n°109), pp. 255-268.

³³⁵ Expansion of interim measures in relation to Russian military action in Ukraine, préc., §6.

La mission de la Cour sera d'autant plus compliquée après septembre 2022. La Cour sera bien évidemment compétente pour recevoir des requêtes dont les faits se sont produits jusqu'à cette date mais en l'absence de la participation russe, les décisions mèneront à une impasse, au moins quant à l'effectivité de la réparation. En outre, la Cour ne pourra être saisie pour aucune violation qui pourrait avoir lieu après cette date, ni pendant le conflit armé actif ni sur la continuellement fluctuante partie du territoire ukrainien qui se retrouvera progressivement sous occupation russe. Cette éventualité produira une situation inédite pour la Cour : pour la première fois depuis l'entrée en vigueur de la Convention EDH un État non-membre du Conseil de l'Europe contrôlera effectivement une grande partie du territoire d'un État membre, laissant la Cour impuissante pour assurer le respect de la Convention³³⁶.

L'exclusion de la Russie du Conseil de l'Europe est justifiée voire s'est imposée suite aux actions du gouvernement russe, en violation flagrante des obligations entreprises en vertu du Statut du Conseil³³⁷. Or, nonobstant le bien-fondé de la décision prise par le Comité des ministres, il convient de souligner les effets de l'exclusion vis-à-vis de la protection des droits de l'homme. Si la suspension des droits de vote de la Russie, non seulement à l'Assemblée parlementaire mais aussi au Comité des ministres, était une mesure ayant des incidences presque uniquement politiques, l'exclusion de la Russie du Conseil de l'Europe aura des effets catalytiques sur la protection même des droits individuels. La perte de contrôle à laquelle va faire face la Cour fera à nouveau émerger le débat sur l'utilité de l'exclusion d'un État d'une organisation internationale ayant pour objectif principal la protection des droits individuels ou même l'efficacité sur le long terme d'une telle mesure suite à un contrôle des coûts et des bénéfices³³⁸. Ce débat conserve son importance malgré l'intention prononcée de la Russie de quitter le Conseil de l'Europe et de dénoncer la Convention EDH³³⁹.

Les réalités de la non-participation de la Russie ont été identifiées par la Cour qui a décidé la suspension temporaire de l'examen des affaires qui relèvent de la Russie jusqu'à ce que l'impact du départ de la Russie soit apprécié³⁴⁰. Ces affaires sont très nombreuses. En effet, plus de 8 700 affaires concernant la situation en Ukraine étaient pendantes en 2021³⁴¹ et la Russie est visée par 17 750 affaires au total selon une

³³⁶ Ce cas de figure ne concerne pas uniquement l'Ukraine mais aussi d'autres pays comme la Moldavie et la Géorgie.

³³⁷ Statut du Conseil de l'Europe, préambule at art. 3.

³³⁸ Il convient de faire un parallélisme ici avec la situation à laquelle a fait récemment face le système interaméricain des droits de l'homme, suite à la dénonciation de la Charte de l'Organisation des États américains par le Venezuela et le Nicaragua. Voir aussi sur les effets de la dénonciation sur les objectifs collectifs des mécanismes de protection des droits individuels, CourIDH, 9 November 2020, *Advisory Opinion OC-26/20 on the obligations in matters of human rights of a state that has denounced the American convention on human rights and the Charter of the Organization of American States*, §147 : « a State's denunciation of the OAS Charter and its withdrawal from the Organization would otherwise leave those persons under its jurisdiction entirely unprotected by the regional organs of international protection » .

³³⁹ Résolution CM/Res(2022)2, préc., préambule, pt. 4.

³⁴⁰ Press Release, The European Court of Human Rights decides to suspend the examination of all applications against the Russian Federation, 16 March 2022, ECHR 092 (2022).

³⁴¹ Statistical Report on conflict-related applications, Steering Committee for Human Rights, CoE, CDDH(2021)21, 28 October 2021, pp. 4-5.

statistique de septembre 2022. Par ailleurs, il est certain que d'autres s'ajouteront dans la mesure où la Cour sera compétente pour statuer sur toute affaire dont les faits se sont produits avant le 16 septembre, l'intéressé(e) étant admis(e) à porter sa requête devant la Cour après l'épuisement des recours internes. Tôt ou tard, la Cour résumera l'examen des affaires relevant de la Russie nonobstant la non-participation de cette dernière. L'objectif ne consistera bien évidemment pas en l'obtention de réparation, d'autant plus que la non-coopération de la Russie quant à l'exécution est certaine. Il s'agira plutôt d'un objectif moral, de la condamnation des violations commises par les autorités russes, notamment pendant le conflit ukrainien. Or, afin que la Cour puisse remplir pleinement son rôle, certaines difficultés concernant l'affirmation de l'exercice de juridiction lors d'un conflit armé doivent être surmontées.

PARTIE II – L'affirmation de l'exercice de juridiction étatique lors d'un conflit armé

L'affirmation de l'exercice de juridiction par un État fut traditionnellement un point contentieux lors de la protection des droits fondamentaux en dehors du territoire de l'État auquel l'acte est censé être imputable. Lorsque la souveraineté d'un autre État est impliquée, notamment car les faits se produisent sur son territoire, comme c'est le cas de l'Ukraine, la situation se complique davantage. Les agissements des autorités d'un État sur le territoire d'un État tiers peuvent lui être imputés par l'existence d'un contrôle effectif sur l'espace ou sur les personnes concernées³⁴². Ainsi, l'exercice du pouvoir souverain réel et de fait, indépendamment de l'existence d'une base formelle de juridiction *de jure*, rend les actes de l'État imputables à lui-même, malgré leur caractère extraterritorial³⁴³. Les affaires relevant du conflit en Ukraine reposeront dans la plupart des cas précisément sur l'exercice d'un contrôle *de facto*.

Toutefois, le constat d'un contrôle effectif n'est pas toujours automatique pour la Cour. Les affaires relevant du conflit ukrainien seront alors distinguées entre celles dont les faits réels auront eu lieu sur une partie du territoire ukrainien occupé par la Russie et celles qui concerneront des violations potentielles lors du conflit armé actif. Le premier cas apporte peu de difficultés pour la Cour. Le contrôle effectif est de prime abord lié à l'occupation militaire d'un territoire, comme les décisions en la matière l'indiquent³⁴⁴. La durée de l'occupation ne posera pas de problème non plus. Dans certains cas, l'occupation du territoire est illustrée par un contrôle d'une durée considérable³⁴⁵. Toutefois, d'autres cas de contrôle moins durables ont été considérés comme faisant partie de ce concept. À titre d'exemple, l'incursion temporaire sur le territoire d'un autre

³⁴² Il a été soutenu que l'exercice du contrôle effectif sur le territoire n'est pertinent qu'à cause de l'exercice d'un contrôle sur les personnes qui se trouvent sur le territoire en question. Voir dans ce sens S. Besson, « The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts To », *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, n°4, 2012, pp. 857-884, ici p. 876.

³⁴³ Observation générale n°31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, 29 mars 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, §10.

³⁴⁴ Voir à titre d'exemple CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 136.

³⁴⁵ Voir l'exemple de l'occupation d'une partie de la Chypre de la Turquie, ainsi que les affaires de la Cour EDH en la matière.

État a été considérée par la Cour EDH et la Commission interaméricaine des droits de l'homme ('Comm IDH') comme l'exercice d'un contrôle effectif sur une portion du territoire de l'État territorial³⁴⁶. De ce fait, même lorsque les forces russes sont repoussées des positions récemment occupées, un exercice de juridiction peut être constaté. Sur ce point, la reprise par la Cour de sa jurisprudence précédente suffit pour traiter les affaires qui lui seront adressées.

En revanche, la situation est bien plus complexe pour ce qui est de l'attestation des violations commises pendant le conflit armé et sur les lieux où ce dernier a lieu. En effet, la jurisprudence et les décisions des organes de contrôle ont identifié l'exercice de juridiction aux actions des agents de l'État en dehors du territoire de celui-ci, y compris en cas d'absence d'un contrôle effectif du territoire. Notamment, les actes des agents de l'État résultant en une privation de liberté ont été considérés comme l'exercice d'un contrôle envers les individus impliqués par la Cour EDH³⁴⁷, la CommIDH³⁴⁸ et le Comité des droits de l'homme ('ComDH')³⁴⁹. Toutefois, les enlèvements ou la rétention d'une personne font preuve dans la plupart des cas d'une durée certaine qui facilite l'identification de l'exercice de juridiction. Ceci ne signifie pas que des actes instantanés ne puissent pas être synonymes de l'exercice de juridiction. La Cour EDH a reconnu que l'emploi de la force de la part des autorités ou de leurs agents crée un lien de juridiction. Dans l'affaire *Al-Skeini c. Royaume-Uni*, la Cour a reconnu une violation de l'article 2 de la Convention à l'égard des personnes qui ont été tuées dans le cadre d'opérations ou de patrouilles³⁵⁰. Par ailleurs, dans l'affaire *Andreou c. Turquie* la Cour a statué que des tirs de soldats turcs provenant du territoire occupé de Chypre et touchant des personnes se trouvant sur la zone neutre équivalaient à l'exercice de juridiction à l'égard des personnes susmentionnées³⁵¹. D'autres arrêts de la Cour vont également dans ce sens³⁵².

Si les affaires susmentionnées concernaient le recours à la force, il s'agissait pour autant de cas s'inscrivant dans des cadres bien définis à l'égard de l'espace sur lequel les faits ont eu lieu et les acteurs impliqués. La Cour s'est montrée beaucoup plus réticente quant à la détermination de l'exercice de juridiction dans le cadre d'un conflit armé actif semblable à celui de l'Ukraine. La première affaire importante à cet égard est l'affaire

³⁴⁶ Cour EDH, 16 novembre 2004, *Issa et autres c. Turquie*, req. n°31821/96, §74 ; CommIDH, 21 October 2010, *Ecuador v. Colombia*, Report No. 112/10.

³⁴⁷ CourEDH, 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, req. n°46221/99. Voir aussi CourEDH, 20 novembre 2014, *Jaloud c. Pays-Bas*, req. n°47708/08, §152 sur une action des soldats néerlandais en Iraq, où la Cour a jugé que « (...) l'État défendeur exerçait sa « juridiction » dans les limites de sa mission (...) aux fins d'asseoir une autorité et un contrôle sur les personnes qui passaient par ce poste ».

³⁴⁸ CommIDH, 20 March 2012, *Ameziane v. United States of America*, Report No. 112/12, §§30-33 ; CommIDH, 15 April 2016, *Al-Masri v. United States of America*, Report No. 21/16, §§ 23-25.

³⁴⁹ CommIDH, 29 juillet 1981, *Casariago c. Uruguay*, comm. n°56/1979, §§10.1-10.2 ; 29 juillet 1981, *Delia Saldias de Lopez c. Uruguay*, comm. n°52/1979.

³⁵⁰ CourEDH, 7 juillet 2011, *Al Skeini c. Royaume-Uni*, req. n° 55721/07, §136.

³⁵¹ Voir en particulier CourEDH, 27 janvier 2010, *Andreou c. Turquie*, req. n°45653/99, § 25.

³⁵² *Issa et autres c. Turquie*, préc. ; 28 septembre 2006, *Isaak et autres c. Turquie*, req. n° 44587/98 ; 28 juin 2007, *Pad et autres c. Turquie*, req. n° 60167/00 ; 24 juin 2008, *Solomou et autres c. Turquie*, req. n°36832/97. Voir aussi l'arrêt CourEDH 21 septembre 2021, *Carter c. Russie*, req. n°20914/07, §130 lors de laquelle la Cour a reconnu que la juridiction de l'État peut être exercée par le biais de ses agents indépendamment de tout lien territorial.

Bankovic, lors de laquelle la Cour a refusé d'accepter, à propos de l'article premier de la Convention, que « l'obligation positive que fait cette disposition aux États contractants de reconnaître 'les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention' peut être fractionnée et adaptée en fonction des circonstances particulières de l'acte extraterritorial en cause » et que « toute personne subissant des effets négatifs d'un acte imputable à un État contractant 'relève' *ipso facto*, quel que soit l'endroit où l'acte a été commis et où que ses conséquences aient été ressenties, 'de la juridiction' de cet État aux fins de l'article 1 »³⁵³. De ce fait, elle n'a pas constaté une violation du droit à la vie lors des bombardements effectués par les forces armées de la plupart des pays de l'OTAN en ex-Yougoslavie en 1999.

La Cour s'est de nouveau montrée réticente sur l'affirmation de l'exercice de juridiction pendant un conflit armé généralisé dans ses récentes affaires. Ainsi, dans l'affaire *Géorgie c. Russie (II)*, tout en constatant l'existence des violations russes pour ce qui est de la situation après le conflit, la Cour a refusé d'accepter que les actions de la Russie menant à la perte de vie pendant le conflit constituaient un exercice de juridiction, confirmant l'arrêt *Bankovic*. Elle a, par ailleurs, adopté une approche extensive en ce qui concerne les moyens qui rendent la détermination de l'exercice de juridiction impossible lors d'un conflit armé. En effet, aux opérations aériennes citées lors de l'arrêt *Bankovic*, la Cour a également ajouté les opérations des forces terrestres, ce qui est d'importance particulière pour l'emploi de l'artillerie de longue portée principalement au Donbass. L'argumentation de la Cour était fondée sur le fait que « la réalité même de confrontations et de combats armés entre forces militaires ennemies qui cherchent à acquérir le contrôle d'un territoire dans un contexte de chaos implique qu'il n'y a pas de contrôle sur un territoire » et que « lors d'opérations militaires, y compris par exemple des attaques armées, bombardements, pilonnages, menées au cours d'un conflit armé international on ne saurait en règle générale parler de 'contrôle effectif' sur un territoire »³⁵⁴. En outre, la Cour a pris des distances par rapport aux affaires précédentes indiquant que l'affaire *Andreou c. Turquie* précitée et d'autres affaires similaires « concernaient des actions isolées et ciblées comprenant un élément de proximité »³⁵⁵. La Cour a alors procédé à une distinction claire entre l'occupation de la Géorgie d'une part et le conflit armé lui-même d'autre part.

L'arrêt *Géorgie c. Russie (II)* est pertinent pour l'évaluation d'actions russes en Ukraine au vu de la similarité des faits et indique les limites du contrôle de la Cour à cet égard. Toutefois, avant d'examiner la possibilité d'évolution de la jurisprudence de la Cour en la matière, il convient de délimiter davantage les effets de cette approche restrictive à l'égard de l'exercice de juridiction. En effet, la Cour a considéré que seule la privation du droit à la vie dans le cadre d'un conflit armé n'était pas liée à l'exercice de juridiction. En revanche, la rétention des personnes ne relève pas du « chaos » que la guerre représente selon la Cour³⁵⁶. Par ailleurs la difficulté identifiée par la Cour de

³⁵³ CourEDH, 12 décembre 2001, *Banković et autres c. Belgique et autres*, req. n°52207/99, §75.

³⁵⁴ CourEDH, 21 janvier 2021, *Géorgie c. Russie (II)*, req. n°38203/68, §126.

³⁵⁵ *Ibid.*, §132.

³⁵⁶ Voir à titre d'exemple *Géorgie c. Russie (II)*, préc., §§223-256. La Cour indique en § 239 qu'ils ont été retenus *notamment* après la cessation des hostilités sans pour autant exclure la possibilité d'une rétention pendant la phase active.

détermination de l'exercice de juridiction est limitée au volet substantiel, à savoir la violation du droit à la vie de la part des autorités et n'affecte pas le volet procédural qui porte sur l'obligation des autorités de procéder à une investigation des conditions sous lesquelles le droit à la vie d'une personne a été atteint³⁵⁷.

Cette position de la Cour est susceptible d'entraver sa mission lors de l'évaluation des faits dans le cadre du conflit en Ukraine, d'autant plus que parmi les plus graves violations des droits individuels pendant la phase courante de la guerre se trouve la mort des civils dans le « chaos » du conflit. Le bombardement des différents quartiers de Kiev, Marioupol et Severodonetsk s'inscrivent dans ce cadre, d'autres villes de l'Ukraine de l'est ou du sud ayant été affectées par une situation similaire jusqu'au 16 septembre, date à laquelle la compétence de la Cour a pris fin. Il est vrai, compte tenu du caractère extraterritorial des actions russes et de l'existence d'une souveraineté concurrente, que la détermination du seuil à partir duquel un État peut être considéré comme exerçant un contrôle effectif est une tâche ardue. Les accusations des deux côtés attribuant la même attaque à l'adversaire compliquent davantage la mission de la Cour. Cependant, sous le prisme d'un conflit armé prolongé comme celui de l'Ukraine et considérant le grand nombre de victimes civiles, la Cour pourrait difficilement maintenir sa position qu'il est, par principe, impossible d'attester l'exercice de juridiction lors d'un conflit armé actif.

Les mesures conservatoires prises par la Cour à l'égard de l'invasion russe en Ukraine pourraient être considérées comme une première étape, ne serait-ce qu'implicite, puisqu'elles semblent concerner non seulement les territoires occupés par la Russie et les actions des autorités ou des agents russes à l'égard des populations vivant sur ce territoire mais aussi les zones de combat. En effet, la Russie est appelée à cesser toute attaque dirigée contre les civils, les quartiers résidentiels, les écoles et les hôpitaux tout en permettant l'accès du personnel médical et des véhicules d'urgence aux « zones attaquées ou assiégées » par les soldats russes³⁵⁸. Cette formulation laisse entendre qu'un certain contrôle peut également exister lors d'un conflit armé, ce qui contredit pour autant l'affirmation précédente de la Cour lors de l'affaire *Géorgie c. Russie (II)*. Les mesures conservatoires qui ont été adoptées par la suite soutiennent une telle interprétation dans la mesure où elles indiquent aux autorités russes qu'elles sont sous l'obligation de permettre aux civils de se diriger vers le reste de l'Ukraine, nonobstant la conduite des opérations militaires³⁵⁹. Dans les deux cas, la thèse, par définition absolue, que l'exercice de juridiction ne peut pas être constaté lors d'un conflit armé actif semble être remise en question.

Si les mesures conservatoires font preuve d'une possibilité d'évolution de la jurisprudence de la Cour en la matière, la question de la manière par laquelle cette évolution aura lieu se pose toujours. La Cour pourrait se fonder sur son argumentation établissant que des « circonstances propres » peuvent justifier exceptionnellement

³⁵⁷ Voir aussi CourEDH, 16 février 2021, *Hanan c. Allemagne*, req. n°4871/16, ainsi que l'arrêt *Géorgie c. Russie (II)*, préc.

³⁵⁸ The European Court grants urgent interim measures in application concerning Russian military operations on Ukrainian territory, préc., §5.

³⁵⁹ Expansion of interim measures in relation to Russian military action in Ukraine, préc., §13.

l'affirmation de l'exercice de juridiction³⁶⁰. La progression lente et méthodique des forces armées russes lors de leurs opérations, les méthodes dévastatrices employées, ainsi que l'inégalité évidente de la force des deux adversaires permettant à l'armée russe de retenir non seulement l'initiative mais aussi un haut degré de contrôle lors de la conduite de ses opérations sont tous des éléments qui peuvent, s'ils sont démontrés, constituer le fondement de cette affirmation exceptionnelle de juridiction. Le lancement des missiles du côté russe envers des villes ou des installations se trouvant en dehors de la portée des hostilités du front peut lui aussi entrer dans ce contexte, considérant le caractère isolé et ciblé des frappes en question et les similarités avec les affaires susmentionnées de la Cour impliquant des tirs transfrontaliers, à une échelle bien évidemment moins étendue.

Des exemples d'autres juridictions et organes de contrôle peuvent être utiles à cet égard. En effet, les solutions adoptées par d'autres acteurs font preuve d'une flexibilité considérable et d'une approche fonctionnelle qui, dans certains cas, va plus loin que celle de la Cour quant aux limites du contrôle étatique et au degré d'effectivité requis. Le droit à la vie est particulièrement concerné par cette approche. Dans son Observation n° 36, le Comité des droits de l'homme ('ComDH') a reconnu que les obligations de l'État en la matière concernaient également des personnes en dehors du contrôle effectif territorial de l'État, pourvu que leur droit soit affecté par les activités de l'État de manière directe et prévisible, faisant une référence spécifique aux activités militaires³⁶¹. À titre d'exemple, le ComDH a accepté que des actions ou des manquements de la part des autorités étatiques en dehors du territoire de l'État d'accueil puissent, sous certaines conditions, avoir pour conséquence l'exercice de juridiction de la part de ce dernier, notamment lorsque le lien de causalité entre l'action ou le manquement et la violation du droit est direct³⁶². Indépendamment de la critique qui pourrait être soulevée par cette

³⁶⁰ Voir à titre d'exemple CourEDH, 29 janvier 2019, *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie*, req. n°36925/07, §192 identifiant des « circonstances propres » en Chypre. Voir aussi *Hanan c. Allemagne*, préc., §142 : « En l'espèce, le fait que l'Allemagne ait conservé sa compétence exclusive à l'égard des infractions graves commises par ses troupes et le fait que le droit interne et le droit international l'obligeaient de surcroît à enquêter sur ces infractions s'analysent en des 'circonstances propres' qui, combinées, sont de nature à faire naître un lien juridictionnel aux fins de l'article 1 de la Convention et à déclencher de ce fait l'application de l'obligation procédurale d'enquêter découlant de l'article 2. » La Cour a déconnecté ici l'aspect procédural de la violation elle-même du droit qui n'a pas été constaté en soi.

³⁶¹ Observation générale n°36, Article 6 du PIDCP concernant le droit à la vie, 2 novembre 2018, CCPR/C/GC/36, §63 : « Eu égard au paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte, un État partie a l'obligation de respecter et de garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire, et à toutes les personnes relevant de sa compétence, c'est-à-dire à toutes les personnes dont la jouissance du droit à la vie dépend de son pouvoir ou de son contrôle effectif, les droits reconnus à l'article 6. Cela inclut les personnes se trouvant à l'extérieur de tout territoire effectivement contrôlé par l'État mais dont le droit à la vie est néanmoins affecté par ses activités militaires ou autres de manière directe et raisonnablement prévisible (...) ».

³⁶² ComDH, 4 novembre 2020, *A.S., D.I., O.I. et G.D. c. Italie*, comm. n°3042/2017. Dans la communication en question, le ComDH a pris une position extensive constatant une violation du droit à la vie des personnes de la part de l'Italie qui n'a pas dirigé à temps un navire de guerre qui se trouvait à proximité pour porter secours aux naufragés en haute mer. Le Comité a considéré que, compte tenu des circonstances particulières et des obligations étatiques en vertu du droit de la mer, entre l'Italie et les naufragés avait été créée une « relation spéciale de dépendance » qui justifiait l'existence d'un contrôle effectif en vertu du lien de causalité direct et prévisible entre les actions des autorités et la situation des naufragés, nonobstant l'emplacement de ces derniers en haute mer. Cette approche va plus loin que l'affaire de la CourEDH, 2 décembre 2008, *Furdík c. Slovaquie*, req. n°42994/05, §15 lors de laquelle la CourEDH avait reconnu une obligation positive des États en matière de

extension de la causalité, l'approche du ComDH est fondée sur le « contrôle » qu'un État exerce sur les droits d'une personne indépendamment de l'existence d'un contrôle effectif sur le territoire. Il s'agit d'une approche fonctionnelle qui, *mutatis mutandis* pourrait s'avérer être une source d'inspiration pour la Cour dans le contexte d'un conflit armé.

Des exemples d'une approche différente à l'égard de l'application du droit international des droits de l'homme lors d'un conflit armé peuvent aussi être recherchées auprès du système interaméricain de protection des droits de l'homme. Ainsi, contrairement à la Cour EDH, la CommIDH a accepté que le bombardement depuis un avion constituait un exercice de juridiction de la part de l'État³⁶³. Par ailleurs, une approche extensive de la causalité des actions étatiques et l'impact transfrontalier provoqué sur les droits individuels est adoptée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme ('CourIDH') dans un contexte environnemental qui, tout en étant différent du cadre du conflit armé, peut être appliqué également dans ce cas, notamment lorsque les forces armées d'un pays n'exercent aucun contrôle sur le territoire ou une personne mais que leur action est directement liée à la perte d'une vie, y compris par le biais des missiles³⁶⁴.

Un autre point qui doit être traité par la Cour EDH, dans le cas où elle reconnaîtrait l'exercice de juridiction menant à la privation de la vie lors d'un conflit armé, est la nature des rapports entre le droit des droits de l'homme et le droit humanitaire. La Cour internationale de justice a accepté sur ce point que l'application des deux catégories du droit international dans la détermination du caractère arbitraire de la privation de la vie suit le principe selon lequel *lex specialis derogat legi generali*³⁶⁵. Toutefois, le droit humanitaire ne doit pas être considéré comme constituant un bloc de *lex specialis* qui s'applique par définition à la place des droits de l'homme pendant toute la phase du conflit armé actif. Certaines actions peuvent être appréhendées à la fois sous le prisme du droit des droits de l'homme et du droit humanitaire, lorsque les conditions le permettent³⁶⁶. L'interaction entre les deux catégories de droit soulève également la question de l'existence des droits individuels en vertu du droit humanitaire³⁶⁷ et la possibilité pour ce dernier d'être invoqué par une juridiction spécialisée en droits de l'homme comme la Cour EDH.

La Cour EDH a notamment exploré ces questions lors de l'examen de certaines affaires récentes sans pour autant avoir eu de nombreuses occasions de se prononcer à cet

sauvetage en mer liée au respect du droit à la vie, concernant pour autant des endroits où l'État exerce sa juridiction, notamment sa mer territoriale.

³⁶³ Voir aussi CommIDH, 29 September 1999, *Alejandro Jr., et al. v. Cuba*, Report N° 86/99.

³⁶⁴ CourIDH, 'Environment and Human Rights', Advisory Opinion of 15 November 2017, OC-23/17, §101: « For the purposes of the American Convention, when transboundary damage occurs that effects treaty-based rights, it is understood that the persons whose rights have been violated are under the jurisdiction of the State of origin, if there is a causal link between the act that originated in its territory and the infringement of the human rights of persons outside its territory. »

³⁶⁵ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, préc., §25.

³⁶⁶ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, C.I.J. Recueil 2004, p. 136, §§ 36-37.

³⁶⁷ Voir aussi HILL-CAWTHORNE L., « Rights under International Humanitarian Law », *EJIL*, vol. 28, n°4, 2018, pp. 1187-1215.

égard³⁶⁸. Pour ce qui est du droit à la vie, la Cour a souligné l'interaction des deux corpus du droit pendant un conflit armé international³⁶⁹. Au vu du nombre de requêtes, relevant de cette interaction, que va recevoir la Cour, un regard aux solutions adoptées par le système interaméricain pourrait s'avérer utile. En effet, à la fois le CommIDH et la CourIDH ont examiné en détail l'interaction entre les deux catégories du droit international. Le CommIDH a appliqué directement le droit international humanitaire à propos de la protection du droit à la vie, indiquant que dans certains cas, il s'agit d'une base de protection plus bénéfique pour l'individu³⁷⁰. La CourIDH a adopté une approche plus attentive employant le droit international humanitaire pour interpréter et statuer sur les obligations étatiques en vertu du droit international des droits de l'homme, sans l'appliquer de manière autonome³⁷¹. En parallèle, l'application automatique du droit humanitaire à la place du droit international des droits de l'homme lors d'un conflit armé a été rejetée³⁷². Finalement, lors de l'affaire *Cruz Sanchez c. Peru*, portant sur le droit à la vie lors d'un conflit armé, la Cour a employé le droit humanitaire afin de déterminer au cas par cas les pertes de vie qui étaient arbitraires en vertu de la Convention interaméricaine³⁷³. Une interaction entre les deux catégories du droit international autour du droit à la vie lors d'un conflit armé est explicitement constatée également dans le contexte africain, sans pour autant avoir été élaborée davantage³⁷⁴.

Les affaires qui seront éventuellement présentées à la Cour EDH concernant le conflit en Ukraine rendront probablement nécessaire une certaine adaptation de la jurisprudence antérieure de la Cour aux enjeux de la situation actuelle : que ce soit par le biais de la délimitation, la réglementation du « chaos » que représentent les hostilités, ou le développement ultérieur d'une interaction fructueuse entre le droit international des droits de l'homme et le droit humanitaire. Un regard sur les autres juridictions et organes de contrôle est susceptible de faciliter la tâche de la Cour vers l'adoption d'une approche plus flexible et fonctionnelle au regard des nouveaux défis que représente un monde (juridique) de plus en plus interactif et multipolaire.

³⁶⁸ La Cour a examiné les liens entre le droit humanitaire pour ce qui est de la liberté de la personne dans l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*, 16 septembre 2014, req. n°29750/09, indiquant pour autant que la disposition serait interprétée et appliquée à la lumière des règles pertinentes du droit international humanitaire que si l'État le demande expressément. Voir aussi l'arrêt *Géorgie c. Russie (II)*, notamment §§ 92-95 et 234-237 lors duquel la Cour a procédé principalement à un contrôle de compatibilité entre les deux corpus du droit.

³⁶⁹ CourIDH, 18 septembre 2009, *Varnava et autres c. Turquie*, req. n°16064/90 et autres, §185.

³⁷⁰ CourIDH, 18 November 1997, *Abella v. Argentina*, Case No. 11.137, §161; *Mapiripá'n Massacre v. Colombia*, 15 September 2005, Series C, No. 134, § 115.

³⁷¹ CourIDH, 6 December 2001, *Las Palmeras v. Colombia*, Series C, No. 90, §121. Voir aussi dans ce sens CourIDH, 25 November 2000, *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Series C No. 70, §207; CommIDH, 5 October 2018, *José Isabel Salas Galindo et al. v. United States*, Case No. 10 573, Report No. 121/18, § 324.

³⁷² CourIDH, 23 February 2001, *Serrano Cruz Sisters v. El Salvador*, Admissibility Report, Case No. 12.132, §112.

³⁷³ CourIDH, 17 April 2015, *Cruz Sanchez v. Peru*, Series C, No. 292. Sur l'examen des différentes circonstances voir notamment le §266 de l'arrêt.

³⁷⁴ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Observation générale n° 3 sur la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : le droit à la vie (article 4), 18 novembre 2015, §§13 et 32-35.

La question de la limitation du mandat présidentiel devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme : une illustration de la tension entre « démocratie et représentation » en droit international des droits humains

(obs. sous CourIDH, *Presidential reelection without term limits in the context of the Inter-American Human Rights System*, 7 juin 2021, OC-28/21)

Guillaume Dartigue*

Les conventions internationales de protection des droits et libertés ne sont pas seulement constituées de dispositions techniques applicatives, plus ou moins générales, de droit positif. Elles véhiculent également un certain nombre de valeurs, revendiquées par les systèmes sous les auspices desquels elles sont adoptées.

Comprises comme des représentations déterminées par des affects³⁷⁵, les valeurs se présentent, dans le discours juridique, comme la traduction normative de l'éthique³⁷⁶, laquelle renvoie à un ensemble d'affects au fondement d'une représentation du bien, du bon³⁷⁷. En ce sens, les valeurs ont fonction d'idéal, d'horizon dans le discours des droits et libertés, et c'est pourquoi elles sont qualifiées de « soubassement » et d'« assises » des instruments de protection³⁷⁸, ou encore d'« essence et [de] noyau du concept de droits de l'homme »³⁷⁹.

Les termes employés pour désigner les valeurs varient peu d'un système à l'autre : justice, égalité, liberté, État de droit... et démocratie³⁸⁰. Mentionnée dans les principaux textes régionaux, inscrite dans la Déclaration et le Programme d'action de Vienne de 1993, la démocratie jouit d'un statut particulier en droit international des droits de l'homme, et en particulier dans le système interaméricain de protection³⁸¹. Non seulement la Charte de l'OEA a été enrichie de plusieurs protocoles successifs visant à

* Docteur en droit de l'Université de Strasbourg.

³⁷⁵ J.-P. Resweber, *La philosophie des valeurs*, Paris, PUF, 1992, p. 28 et s. ; F. Lordon, *La condition anarchique*, Paris, Seuil, 2018, p. 21 et s.

³⁷⁶ Voir par ex. A. Comte-Sponville, *Valeur et vérité. Études cyniques*, Paris, PUF, 1997, p. 13.

³⁷⁷ Voir G. H. Von Wright, *The Varieties of Goodness*, Londres, Routledge, 1963.

³⁷⁸ À propos des valeurs inscrites dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. R. Cassin, *La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme*, Recueil des cours de l'Académie de La Haye, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 79, 1951, p. 277.

³⁷⁹ À propos de la formule du préambule de la Déclaration universelle selon laquelle « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine (...) constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde », reprise dans de nombreux textes ultérieurs. S.R.S. Bedi, *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2007, p. 82.

³⁸⁰ C. Husson-Rochcongar, *Droit international des droits de l'homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 12 ; R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (trad. J. Rivers), New York, Oxford University Press, 2002, p. 87 et s.

³⁸¹ A. Úbeda De Torres, *Las relaciones entre democracia y derechos humanos en los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos: análisis jurídico comparativo*, Thèse soutenue à l'Université de Strasbourg, 2006.

ajouter des références plus fortes à la démocratie et ses enjeux³⁸², mais en outre, a été adopté en 2001 un instrument dédié : la Charte démocratique interaméricaine.

Parce qu'elles véhiculent des représentations déterminées par des affects³⁸³, les valeurs relèvent de l'intime, du for intérieur, de sorte que toute tentative visant à leur attribuer une signification – et *a fortiori*, une connaissance³⁸⁴ – objective est inévitablement aporétique³⁸⁵. La seule signification s'exprimant effectivement dans les termes axiologiquement chargés est celle qui se traduit dans les règles de droit positif dont ils assurent la légitimation³⁸⁶. Autrement dit, ce sont les droits et libertés qui expriment les valeurs et leur donnent une traduction concrète en droit positif. Leur signification demeure dès lors entre les mains de l'émetteur du discours juridique et ne traduit que les représentations de ce dernier, qui vont se superposer aux représentations des destinataires, pour s'y substituer³⁸⁷. Le terme « démocratie », qui recouvre de multiples acceptions³⁸⁸, est un exemple archétypal de cette mécanique discursive. Dans le discours des droits et libertés en droit international, s'il est peu contestable que l'ensemble des droits contribuent à lui donner corps, certains d'entre eux, les droits dits politiques, en constituent une incarnation particulièrement vive, à l'instar du droit à des élections libres³⁸⁹.

Ces propos liminaires donnent une idée de l'enjeu entourant la question du droit à des élections libres. Dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, celui-ci est consacré à l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention³⁹⁰ et se compose de deux volets³⁹¹ : un volet actif, le droit d'élire librement les représentants constituant le « corps législatif » ; un volet passif, le droit d'éligibilité, c'est-à-dire le droit « de se porter candidat aux élections [du corps législatif] et, une fois élu, d'exercer son mandat »³⁹². Les déclinaisons de ce deuxième volet sont nombreuses quant aux conditions formelles de l'éligibilité, à « l'environnement des candidatures », aux « comportements ou

³⁸² J.-M. Arrighi, *L'Organisation des États américains et le droit international*, Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 355, 2012, p. 295-349.

³⁸³ B. Spinoza, *Éthique* (trad. R. Caillois), III, 9, Scolie, Paris, Gallimard, 1677 (1994) : « nous ne nous efforçons à rien, ne voulons, n'appétons ni ne désirons aucune chose, parce que nous la jugeons bonne, mais, au contraire, nous jugeons qu'une chose est bonne parce que nous nous efforçons vers elle, la voulons, appétons, et désirons ».

³⁸⁴ Sur l'approche non-cognitivistique des valeurs, C. Grzegorzczuk, *La théorie générale des valeurs et le Droit*, Paris, LGDJ, 1982, p. 49-112.

³⁸⁵ A. Viala, « Valeurs et principes (distinction) », in J. Andriantsimbazovina et a. (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 972 ; Voir Champeil-Desplats, *Théorie générale des droits et libertés*, Paris, Dalloz, 2019, p. 132 et s.

³⁸⁶ P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, A. Colin, 2012, p. 37 et s.

³⁸⁷ D. Di Cesare, « Langage, oubli, vérité dans la philosophie de Nietzsche », in *Histoire, Épistémologie, Langage*, 1986, p. 102-103, citant F. Nietzsche, *Généalogie de la morale* (trad. J. Gratien et I. Hildenbrand), Paris, Gallimard, 1887 (1966), p. 18.

³⁸⁸ Voir F. Dupuis-Déri, « Qu'est-ce que la démocratie ? », in *Esthétiques et sociétés*, 1994, vol. 5 n°1, p. 84-95 ; F. Dupuis-Déri, *Démocratie. Histoire politique d'un mot*, Montréal, Lux, 2013.

³⁸⁹ C'est parfois clairement souligné par le juge. CourIDH, *Castañeda Gutman v. Mexico*, 6 août 2008, Series C n°184, para 141 ; *Petro Urrego v. Colombia*, 8 juillet 2020, Series C n°406, para 93.

³⁹⁰ « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».

³⁹¹ Y. Lécuyer, *Le droit à des élections libres*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2014, p. 36 et s.

³⁹² Voir CourEDH, 11 juin 2002, *Sadak c. Turquie*, req. n°26144/94 et a., para 33.

affiliations susceptibles d'entraîner ou non l'inéligibilité », ou encore aux conditions d'accès à la représentation. Néanmoins, en dépit de l'extension de la notion de « corps législatif » à un ensemble d'autres organes que la chambre basse d'un parlement national, la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais vraiment acté l'inclusion des élections présidentielles dans le champ du droit à des élections libres³⁹³.

Dans un tout autre contexte, le système interaméricain prévoit quant à lui un cadre plus large, détaillé et protecteur³⁹⁴ : l'article 23 de la Convention américaine des droits de l'homme (CADH) garantit à « tous les citoyens » de « jouir des droits et facultés (...) de participer à la direction des affaires publiques, directement ou par l'intermédiaire de représentants librement élu », « d'élire et d'être élu dans le cadre d'élections périodiques authentiques, tenues au suffrage universel et légal et par scrutin secret garantissant la libre expression de la volonté des électeurs », et « d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de leur pays »³⁹⁵. Le droit à des élections libres est ainsi inclus dans un droit plus général de participation, dont le régime détermine les conditions de la conformité des élections présidentielles aux obligations des États en matière de droits de l'homme. L'avis *Presidential reelection without term limits in the context of the Inter-American Human Rights System*³⁹⁶, rendu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CourIDH) en juin 2021, en est une nette illustration.

La demande d'avis de la Colombie³⁹⁷ formulait deux questions. La première visait à déterminer si la réélection présidentielle sans limitation de mandat était un droit garanti par la CADH et, le cas échéant, si les règles, limitant ou interdisant une telle réélection violaient l'article 23 de la Convention³⁹⁸, ou si, au contraire, « la limitation ou l'interdiction de la réélection présidentielle constitu[ait] (...) une restriction aux droits politiques conforme aux principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité ». La seconde interrogation portait sur la conformité ou non d'une législation permettant la réélection présidentielle sans limitation de mandat « aux obligations internationales de

³⁹³ Voir Y. Lécuyer, *Le droit à des élections libres*, *ibid.* p. 39-42. Si l'idée a pu être lancée dans *Boškoski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* (déc., 2 septembre 2004, n°11676/04), lorsque la fonction de chef d'État inclut un pouvoir d'initiative et d'adoption de la loi ou bénéficie de larges prérogatives s'agissant du contrôle de l'adoption des lois ou de la censure de l'organe législatif, le moyen semble toutefois « voué à l'échec au regard de son évacuation abrupte » dans *Paksas c. Lituanie* (6 janvier 2011, n°34932/04). La raison de cette réserve de la Cour peut aussi bien s'expliquer par le caractère marginal de la question sur le continent européen que par sa sensibilité au regard des pouvoirs de certains chefs d'États parties (Andorre, Luxembourg, Monaco...).

³⁹⁴ L. Burgogue-Larsen et A. Ubeda De Torres, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford University Press, 2011, p. 596-602.

³⁹⁵ Art. 23 CADH; art. XX DADDH.

³⁹⁶ CourIDH, *Presidential reelection without term limits in the context of the Inter-American Human Rights System*, 7 juin 2021, OC-28/21, para 2.

³⁹⁷ Dans sa demande, l'État précisait bien que sa législation interdisait la réélection présidentielle et que le gouvernement n'avait « aucune intention que cette figure soit rétablie dans le cadre du système juridique national ». La demande d'avis était motivée non « sur la situation particulière de l'État colombien, mais sur les multiples et diverses interprétations réalisées par différentes autorités de plusieurs États américains en rapport avec cette question ». V. *Demande d'avis consultatif présentée par la Colombie, relative à la figure de la réélection présidentielle indéfinie dans le contexte du système interaméricain des droits de l'homme*, octobre 2019, §6.

³⁹⁸ « Soit en restreignant les droits politiques de l'individu qui cherche à être réélu, soit en restreignant les droits politiques des électeurs ».

l'État en matière de droits de l'homme et, en particulier, à son obligation » découlant de l'article 23 de la Convention.

Sans surprise, au regard des impératifs qu'elle met en lumière, la Cour interaméricaine considère qu'il n'existe pas de droit à la réélection, autonome ou rattaché au droit de participer à la direction des affaires publiques de son pays. La limitation de mandat présidentiel n'est dès lors pas contraire à la Convention américaine. Pour la Cour, elle constitue même une obligation conventionnelle, nécessaire à la garantie des droits et libertés (**Partie I**).

Si la solution se justifie aisément, il en va autrement du prisme axiologique auquel la Cour choisit de placer son raisonnement, et ce dès le départ, lorsqu'elle reformule la seconde question et dit devoir déterminer si la réélection présidentielle sans limitation de mandat – soit plus de deux mandats consécutifs –, est, dans un régime présidentiel³⁹⁹, « compatible avec la démocratie représentative dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme »⁴⁰⁰. En s'enfermant dans le prisme de la « démocratie représentative », la Cour confère au sujet traité un rattachement axiologique relativement discuté et rate une occasion de donner à la participation politique un peu plus de relief (**Partie II**).

Partie I – Une solution justifiée par un impératif de limitation du pouvoir

La CourIDH rappelle que si le système interaméricain « n'impose pas aux États un système politique particulier ni une modalité spécifique de limitation de l'exercice des droits politiques », ceux-ci doivent toutefois « garantir l'exercice effectif de la démocratie dans leur pays » et respecter les trois piliers sur lesquels repose la démocratie représentative : des élections régulières, le pluralisme politique et la séparation des pouvoirs⁴⁰¹. Ces trois piliers sont interdépendants et ont pour fonction d'empêcher l'accaparement du pouvoir en assurant une rotation dans son exercice⁴⁰². Là réside, principalement, la justification de la limitation du mandat présidentiel. C'est pourquoi la Cour refuse l'existence d'un droit à la réélection (A) et consacre expressément une obligation de limitation du mandat présidentiel, inévitable au regard des objectifs invoqués (B).

A. Le refus catégorique d'un droit à la réélection

Dans un premier temps, la Cour procède à une interprétation systémique pour constater que la réélection présidentielle sans limitation de mandat « ne constitue pas un droit autonome protégé par la Convention américaine ou par le *corpus juris* du droit

³⁹⁹ *Ibid.* para 87. L'avis est circonscrit aux régimes présidentiels, dans lesquels « la durée du mandat du président n'est pas conditionnée par le soutien d'une autre branche du gouvernement mais repose plutôt sur la durée du mandat fixée par la loi ».

⁴⁰⁰ *Ibid.* para 37-39.

⁴⁰¹ CourIDH, *Presidential reelection without term limits*, para 127-128, citant *Castañeda Gutman v. Mexico*, *op. cit.* para 162.

⁴⁰² *Ibid.*

international des droits de l'homme »⁴⁰³. Elle se fonde notamment sur un rapport publié en 2018 par la Commission de Venise à la demande du Secrétaire général de l'OEA⁴⁰⁴, qui souligne que les dispositions limitant les mandats présidentiels sont textuellement consacrées « dans les chapitres des constitutions portant sur l'institution de la présidence et non dans les déclarations des droits »⁴⁰⁵. Tout au plus « la possibilité prévue par le droit de prétendre à un autre mandat constitue-t-elle « une modalité (...) du droit à la participation politique, et plus précisément du droit d'éligibilité »⁴⁰⁶, et « l'interdiction de la réélection présidentielle sans limitation de mandat (...) une restriction au droit d'éligibilité » tel que prévu à l'article 23 de la Convention⁴⁰⁷. En effet, la mise en place de « véritables élections périodiques au suffrage universel et égal et au scrutin secret, garantissant la libre expression de la volonté des électeurs » suppose de « réglementer les aspects organisationnels ou institutionnels des processus électoraux », et ainsi d'imposer des restrictions non expressément prévues à l'article 23 § 2 de la Convention⁴⁰⁸.

La Cour apprécie ensuite la licéité de la restriction du mandat présidentiel à l'aune des critères établis par sa jurisprudence : elle doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et « respecter les exigences d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité »⁴⁰⁹. À cet égard, la Cour souligne notamment que la limitation de mandat vise à garantir la démocratie représentative en empêchant le président de « s'accrocher au pouvoir », contribuant ainsi au pluralisme politique, à la rotation du pouvoir et à la protection de la séparation des pouvoirs⁴¹⁰. Elle estime en outre qu'au regard des pouvoirs que détient la présidence dans un régime présidentiel, la limitation de sa réélection constitue un « moyen adéquat » – en réalité, le seul moyen – de s'« assurer qu'une personne n'accapare pas le pouvoir » et donc d'atteindre le but légitime poursuivi⁴¹¹. La Commission de Venise est d'ailleurs allée dans le même sens en considérant que « dans un régime présidentiel (...), [où] le pouvoir a tendance à se concentrer entre les mains du Président, tandis que les pouvoirs législatif et judiciaire sont relativement plus faibles », « l'alternance régulière du pouvoir grâce aux élections est (...) le moyen par excellence d'empêcher une concentration excessive du pouvoir présidentiel »⁴¹². Enfin, la Cour considère la restriction proportionnée, aussi bien au regard de l'atteinte au droit d'éligibilité de la personne candidate que du droit d'élire librement des autres citoyens⁴¹³, étant donné qu'elle ne s'applique qu'à la « participation

⁴⁰³ *Ibid.* para 99-102, citant *Castañeda Gutman v. Mexico*, para 165.

⁴⁰⁴ Commission de Venise, *Rapport sur les limitations de mandat. Partie I – Présidents*, 20 mars 2018, Étude n°908/2018, CDL-AD(2018)010, para 100-101.

⁴⁰⁵ *Ibid.* para 78.

⁴⁰⁶ *Ibid.* para 117.

⁴⁰⁷ CourIDH, *Presidential reelection without term limits*, para 103. V. ég. *Yatama v. Nicaragua*, 23 juin 2005, Series C n°127, para 195.

⁴⁰⁸ *Ibid.* para 108-112, citant *Castañeda Gutman v. Mexico*, para 153-161.

⁴⁰⁹ CourIDH, *Presidential reelection without term limits*, para 114 et s., citant not. *Tristán Donoso v. Panama*, 27 janvier 2009, Series C n°193, para 56.

⁴¹⁰ *Ibid.* para 116-119, se fondant not. sur CourIDH, avis, *The Word "Laws" in Article 30 of the American Convention on Human Right*, 9 mai 1986, Series A n°6, para 27 et 32.

⁴¹¹ *Ibid.* para 120-121, citant *Yatama v. Nicaragua*, *op. cit.* para 206.

⁴¹² Commission de Venise, *Avis sur le projet d'amendements à la Constitution de la République d'Azerbaïdjan*, 16 mars 2009, avis n°518/2008, CDL-AD (2009) 010, para 10.

⁴¹³ CourIDH, *Presidential reelection without term limits*, para 122 et s.

aux élections de la personne qui exerce actuellement la présidence ». Le « sacrifice » ainsi fait est donc « mineur et justifié pour (...) [empêcher] la démocratie représentative d'être dégradée »⁴¹⁴.

B. La consécration d'une obligation de limitation de mandat

L'exigence de préservation de la démocratie représentative ne justifie pas seulement une restriction aux droits garantis à l'article 23 de la CADH. Elle permet également à la Cour de fonder la consécration d'une véritable obligation de limitation du mandat présidentiel à la charge des États.

Au titre des « caractéristiques fondamentales » d'une démocratie représentative (telles qu'elles ressortent de la Charte démocratique interaméricaine⁴¹⁵), la Cour mentionne des éléments généraux, tels que le respect des droits et libertés et de l'État de droit dans l'accès au pouvoir et son exercice, mais aussi des exigences plus précises, parmi lesquelles figurent les trois piliers de son argumentation : « la tenue d'élections périodiques, libres et équitables, fondées sur le secret du vote et le suffrage universel », « le système pluraliste de partis et d'organisations politiques » et « la séparation des pouvoirs ». La combinaison de ces trois éléments conduit la Cour à inclure, dans les « principes de la démocratie représentative », « l'obligation d'empêcher le maintien au pouvoir d'une personne et de garantir la rotation du pouvoir »⁴¹⁶. Elle fonde ainsi l'interdiction de la réélection présidentielle sans limitation de mandat, qui répond à des nécessités différentes selon l'angle envisagé.

En lien avec l'obligation de tenir des élections périodiques⁴¹⁷, d'abord, la limitation de mandat permet « d'empêcher les personnes qui occupent un poste élu par le peuple de se maintenir au pouvoir », et prévient ainsi du « risque que le peuple cesse d'être dûment représenté par ses dirigeants élus et que le système de gouvernement ressemble davantage à une autocratie qu'à une démocratie »⁴¹⁸. La Cour affirme ici sa préoccupation à l'égard de l'adéquation entre la volonté des électeurs et l'identité de leurs représentants, vue comme une base de la « démocratie représentative ».

La tenue d'élections régulières a également pour objectif de préserver le pluralisme politique⁴¹⁹. En effet, si un système représentatif organisé autour du principe majoritaire suppose l'élection de la personne ayant obtenu le plus grand nombre de voix, les minorités doivent jouir du droit de « proposer des idées et des projets alternatifs » et de la possibilité d'être élues, dès lors qu'elles obtiennent « la majorité électorale nécessaire ». En d'autres termes, « il doit y avoir une possibilité réelle et effective que

⁴¹⁴ *Ibid.* para 123-124.

⁴¹⁵ *Ibid.* para 67-69. La Cour se fonde not. sur les art. 3 et 4 de la Charte.

⁴¹⁶ CourIDH, *Presidential reelection without term limits*, para 84.

⁴¹⁷ Prévues aux art. 23 CADH et XX DADDH.

⁴¹⁸ *Ibid.* para 72-73. Ég. para 132-133 : la limitation de la durée de mandat agit comme un « mécanisme de contrôle » permettant « d'éviter la concentration prolongée du pouvoir en un seul individu » – le maintien au pouvoir « pendant une longue période [favorisant] l'hégémonie de certains secteurs et idéologies » au détriment de la « diversité de pensées et d'idéologies politiques dans la société ».

⁴¹⁹ Dont l'importance est rappelée par la Charte démocratique interaméricaine (art. 3) et la CADH.

différents mouvements politiques et leurs candidats puissent gagner le soutien populaire et remplacer le parti au pouvoir »⁴²⁰. Il s'agit là ni plus ni moins que de ménager la possibilité d'une rotation dans l'exercice du pouvoir, d'un changement de majorité, et d'éviter qu'une minorité n'accapare le pouvoir. Or, comme le relève la Cour, l'absence de limite à la réélection présidentielle affecte le pluralisme politique⁴²¹. D'une part, elle affaiblit les partis et mouvements d'opposition, en ce sens que ces derniers n'ont plus de réelle perspective d'accéder au pouvoir. Les limites à la réélection, au contraire, font obstacle à la substitution d'une « dictature de fait » à la démocratie. Elles renforcent même cette dernière en faisant de la logique de transition politique un « événement prévisible dans les affaires publiques », ce qui permet de maintenir, dans les différents partis d'opposition, « l'espoir d'accéder prochainement au pouvoir à travers des procédures institutionnalisées »⁴²². D'autre part, et c'est un point essentiel, la limitation de mandat compense le « large avantage » du président sortant, « en termes d'exposition médiatique et de familiarité avec les électeurs » mais aussi parce que « l'exercice du pouvoir lui-même peut donner l'idée que le maintien de la même personne au poste est essentiel au fonctionnement de l'État »⁴²³.

Enfin, s'agissant de la séparation des pouvoirs⁴²⁴, la Cour souligne que la plupart des États membres de l'Organisation des États américains (OEA) ont opté pour un régime présidentiel, avec des pouvoirs présidentiels étendus⁴²⁵ pouvant menacer l'équilibre des pouvoirs. C'est le cas, par exemple, des « possibilités de nommer ou de révoquer des fonctionnaires des autres branches du gouvernement », pour lesquels l'exercice de plusieurs mandats présidentiels consécutifs augmente sensiblement les risques d'abus. Aussi la Cour considère-t-elle qu'il « est essentiel que le système d'équilibre des pouvoirs comprenne des limites claires au mandat présidentiel, comme le prévoient les constitutions de la grande majorité des États »⁴²⁶, qui compensent ainsi les larges prérogatives attribuées à la présidence⁴²⁷. C'est pourquoi elle en conclut que « l'absence de limitation raisonnable de la réélection présidentielle (...) est contraire aux obligations établies dans la CADH et la DADDH »⁴²⁸.

⁴²⁰ *Ibid.* para 78. V. ég. para 134, où est citée la Cour constitutionnelle de Colombie, selon laquelle le parti au pouvoir doit toujours pouvoir être remplacé dans « le gouvernement de la nation » : « les minorités, loin d'être réduites au silence par le principe majoritaire, ont le droit de proposer leurs idées et leurs programmes comme alternatives, avec une réelle possibilité d'inciter les citoyens à les rejoindre pour former une majorité ». Constitutional Court of Colombia, 26 février 2010, C-141-10.

⁴²¹ CourIDH *ibid.* para 134.

⁴²² CourIDH, *Presidential reelection without term limits*, para 136, citant Commission de Venise, *Rapport sur les limitations de mandat*, *op. cit.* para 93.

⁴²³ *Ibid.* para 141-142 et para 145. En résumé, « plus le temps passé au poste est long, plus cet avantage est important ».

⁴²⁴ Réaffirmé à l'art. 3 de la Charte démocratique interaméricaine, le principe de séparation des pouvoirs est considéré comme une condition du respect des droits et libertés. *Ibid.* para 80-81.

⁴²⁵ *Ibid.* para 88-89 : il est chef du pouvoir exécutif et agit en tant que chef de l'État et chef de gouvernement ; il est chargé de nommer et de révoquer les ministres et dirigeants des principales agences gouvernementales ; il est souvent chef des armées ; il dispose de pouvoirs influençant les autres branches du pouvoir : participation au processus législatif, nomination de juges de la cour suprême...

⁴²⁶ *Ibid.* para 140.

⁴²⁷ *Ibid.* para 90.

⁴²⁸ *Ibid.* para 148.

Qu'elle empêche l'accaparement du pouvoir, garantisse un rôle à l'opposition ou compense les pouvoirs conférés à la fonction présidentielle, la limitation du mandat présidentiel est incontestablement au service du respect des droits et libertés. Si sa nécessité ne fait guère de doute, il en va autrement de l'horizon axiologique qu'elle est censée poursuivre, l'invocation de la « démocratie représentative » soulevant d'importantes difficultés au regard de l'orientation qu'elle confère au droit de participer aux affaires publiques.

Partie II – Une motivation regrettable dans son assise axiologique : les errements de la « démocratie représentative »

Nonobstant des similarités⁴²⁹, les régimes européen et interaméricain de garantie du droit à des élections libres diffèrent sensiblement dans leur contenu comme dans leur assise textuelle. Là où le droit européen prévoit une obligation d'organiser des élections à la charge des États⁴³⁰, le droit interaméricain consacre un véritable « droit de participer à la direction des affaires publiques, directement ou par l'intermédiaire de représentants librement élu », couplé à un droit « d'élire et d'être élu dans le cadre d'élections périodiques »⁴³¹. On pouvait s'attendre à ce qu'un tel décalage oriente le raisonnement juridictionnel, au moins dans la mobilisation de la dimension axiologique sous-jacente au droit. Pourtant, la Cour interaméricaine tombe dans les mêmes travers que son homologue européenne en enfermant son argumentation dans le carcan réducteur de la « démocratie représentative ». Discutable à bien des égards (B), une telle opération de simplification axiologique s'accompagne d'une non moins problématique prévalence du droit d'élire librement ses représentants sur le droit d'éligibilité (right to be elected), là où il aurait été préférable de consacrer leur interdépendance (A).

A. La prévalence du droit d'élire librement sur le droit d'éligibilité

Assumer la « démocratie représentative » comme horizon axiologique sous-jacent à l'article 23 de la CADH exige de s'assurer du caractère démocratique de la représentation, ce qui suppose *a minima* de l'assimiler à un mode de participation – indirecte – à l'exercice du pouvoir. Or, l'interdépendance du droit d'élire librement et du droit d'éligibilité, qui devrait constituer l'expression principale de cette assimilation, n'est que partiellement actée par la Cour interaméricaine.

Certes, lorsqu'elle inscrit la question de la limitation de mandat dans le régime plus général du droit à des élections libres, la Cour constate que les deux aspects de celui-ci,

⁴²⁹ S'agissant de l'organisation des élections à intervalles réguliers et au scrutin secret, ou encore dans l'exigence d'égalité devant la loi électorale. Y. Lécuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009, p. 54-57 ; CourIDH, *Presidential reelection without term limits*, para §58-62.

⁴³⁰ CourEDH, 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (n°2)*, req. n°74025/01, para 56.

⁴³¹ Art. 23 CADH et XX DADDH.

le droit d'élire librement ses représentants⁴³² et le droit d'éligibilité⁴³³, sont étroitement reliés. Elle reconnaît notamment que les garanties entourant la libre expression de la volonté des électeurs (volet droit d'élire librement), comme la périodicité, l'universalité du suffrage, ou encore le secret du scrutin, conditionnent également l'effectivité du droit d'éligibilité⁴³⁴. De même, lorsqu'elle analyse la proportionnalité de la restriction, la Cour met en balance les objectifs poursuivis par l'interdiction de la réélection sans limitation de mandat avec le « droit de la personne titulaire de la fonction présidentielle à être réélue » et le « droit des autres citoyens à voter et à participer à la conduite des affaires publiques par l'intermédiaire de représentants librement élus »⁴³⁵, compris comme les deux faces d'une même pièce. Quoiqu'à propos d'élections différentes, et plus explicitement, une dynamique similaire irrigue la jurisprudence de la Cour européenne, qui, opérant une « association (...) entre le droit d'exercer le mandat et le "pouvoir souverain de l'électorat qui élit les députés", a considéré que la déchéance injustifiée d'un mandat parlementaire avait privé les électeurs d'un candidat « librement et démocratiquement choisi pour les représenter "en méconnaissance du principe de la confiance légitime" »⁴³⁶ (puisqu'une limitation au droit de présenter sa candidature, comme le souligne Yves Lécuyer, « a nécessairement des conséquences sur le pluralisme de l'offre politique et sur le droit des citoyens de voter en fonction de l'idée qu'ils se font du candidat qui défendra le mieux leurs intérêts »⁴³⁷).

Toutefois, derrière cette interdépendance de façade, la Cour interaméricaine accorde une protection nettement plus faible au droit d'éligibilité qu'au droit d'élire librement. Ainsi, là où les conditions attachées à l'expression de la volonté des électeurs sont substantiellement détaillées⁴³⁸, celles qui entourent le droit d'éligibilité sont passées sous silence. Tout au plus, la Cour interaméricaine relève vaguement que « le droit d'accès à une fonction publique⁴³⁹ dans des conditions générales d'égalité protège l'accès à une forme directe de participation à la conception, au développement et à l'exécution de la politique de l'État à travers la fonction publique »⁴⁴⁰. Mais rien ne dit ce que sont, concrètement, ces conditions générales d'égalité⁴⁴¹. En Europe, la prévalence du droit d'élire librement est même expressément reconnue par le juge, pour qui « le droit de se présenter aux élections législatives peut être encadré par des exigences plus strictes que le droit de vote ». C'est pourquoi le volet « actif » de l'article

⁴³² CourIDH, *ibid.* para 61. Le droit de vote est perçu comme « l'un des moyens par lesquels les citoyens expriment librement leur volonté et exercent leur droit de participer au gouvernement. Ce droit signifie que les citoyens peuvent décider directement et choisir librement et sur un pied d'égalité qui les représentera dans la prise de décision dans les affaires publiques ».

⁴³³ *Ibid.* para 62. Le droit d'éligibilité « suppose que les citoyens puissent se présenter comme candidats dans des conditions d'égalité et qu'ils puissent occuper une fonction publique soumise à élection s'ils sont en mesure d'obtenir le nombre de voix nécessaires ».

⁴³⁴ CourIDH, *Presidential reelection without term limits*, para 63.

⁴³⁵ *Ibid.* para 122 et s., citant l'avis *The compulsory licensing of journalists (Arts. 13 and 29 ACHR)*, 13 novembre 1985, OC-5/85, Series A n°5, para 46.

⁴³⁶ Y. Lécuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne...*, *op. cit.* p. 47, sur CourEDH, 15 juin 2006, *Lykourazos c. Grèce*, req. n°33554/03.

⁴³⁷ Y. Lécuyer, *Le droit à des élections libres*, *op. cit.* p. 38-39, sur CourEDH, 18 novembre 2008, *Tanase et Chirtoaca c. Moldova*, req. n°7/08, para 113.

⁴³⁸ CourIDH, *Presidential reelection without term limits*, para 63.

⁴³⁹ *Public service* en anglais, *funciones públicas* en espagnol.

⁴⁴⁰ *Ibid.* para 64.

⁴⁴¹ S'agit-il de visibilité ? D'accessibilité ? D'équité de financement ? Est-ce laissé à la discrétion des États ?

3P1 bénéficie d'un véritable contrôle de proportionnalité, alors que l'examen du volet passif « se limite (...) à vérifier l'absence d'arbitraire dans les procédures internes conduisant à priver un individu de l'éligibilité »⁴⁴².

En définitive, une protection moindre du droit d'éligibilité a pour effet d'affaiblir la protection du droit d'élire librement, la Cour de San José considérant que la limitation du mandat présidentiel constitue une atteinte proportionnée aux droits des électeurs. La formule est explicite : « le droit de vote n'implique pas le droit de disposer d'un choix illimité de candidats à la présidence » mais « protège la capacité des électeurs à choisir librement entre les candidats enregistrés et garantit que les restrictions à la candidature ne violent pas la Convention »⁴⁴³. Bien qu'elle admette que l'interdiction de la réélection présidentielle « empêche les citoyens de réélire le président pour plus de deux mandats consécutifs lorsqu'ils estiment qu'il est la personne la plus apte à exercer cette fonction »⁴⁴⁴, la Cour estime que la limitation, fondée sur « les exigences du bien commun », n'affecte pas le droit des électeurs « de choisir, parmi les candidats, la personne la plus conforme à leurs préférences, même un représentant du même parti politique que le président en exercice »⁴⁴⁵. Elle juge ainsi la limitation « mineure par rapport aux avantages que procure à la société le fait d'interdire la réélection sans limitation de mandat »⁴⁴⁶.

Une telle considération en dit long sur la nature du régime du droit à des élections libres, qui porte bien plus sur les modalités de l'élection (certes essentielles) que sur la réalité de la liberté de choix des électeurs – lequel choix nécessiterait des règles substantielles sur la représentativité des candidats, sur la publicité et la diffusion des idées, ou encore sur l'éducation politique et sur le ménagement d'un temps « citoyen » consacré à la réflexion et à la décision. Elle est symptomatique de la réduction des élections à un choix entre partis dont les candidats seraient interchangeables, ce qui, après un *laus* sur le pluralisme et la rotation dans l'exercice du pouvoir, apparaît difficilement compréhensible. Surtout, l'argument témoigne d'une conception étriquée de la démocratie, limitée à une représentation qu'il suffit de désigner parmi plusieurs ensembles admis à concourir ; ce qui est d'autant plus problématique qu'on ne saurait faire l'impasse, dans le cadre interaméricain comme en Europe, sur la dimension personnificatrice des élections présidentielles.

B. La réduction de la démocratie à la représentation

L'assimilation de la démocratie et de la représentation, déjà consacrée par les références textuelles à la « démocratie représentative »⁴⁴⁷, est largement amplifiée par la Cour

⁴⁴² CourEDH, 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, req. n°58278/00, para 115.

⁴⁴³ CourIDH, *Presidential reelection without term limits*, para 125.

⁴⁴⁴ Voir également Commission de Venise, *Rapport sur les limitations de mandat*, para 102.

⁴⁴⁵ *Ibid*, La Commission de Venise a d'ailleurs relevé que les limitations de mandant sont « interprétées comme une forme de contrôle du pouvoir politique, puisqu'elles excluent toute mainmise politique en engendrant des changements de gouvernement et en renforçant la compétition électorale ».

⁴⁴⁶ CourIDH, *ibid*.

⁴⁴⁷ Par ex. la Charte de l'OEA en fait une « condition indispensable de la stabilité, de la paix et du développement de la région » (préambule), un but essentiel de l'OEA (art. 2) et un moyen d'atteindre les objectifs fixés par la Charte (art. 3) ; la Charte démocratique interaméricaine, elle, fait de « l'exercice effectif de la démocratie

interaméricaine⁴⁴⁸. Celle-ci a beau rappeler que la participation politique suppose « individuellement ou de manière organisée (...) d'intervenir dans la désignation des personnes qui gouverneront un État ou seront chargées de la gestion des affaires publiques, ainsi que d'influencer l'élaboration des politiques d'État par le biais de mécanismes de participation directe »⁴⁴⁹, les procédés cités au titre de tels mécanismes – « référendums, plébiscites [et] consultations »⁴⁵⁰ – demeurent des procédés de votation faisant intervenir des représentants. Ainsi, même la participation directe s'inscrit dans le carcan de la représentation. Dans le même ordre d'idées, la Cour européenne, au-delà de la terminologie employée à l'égard du droit à des élections libres (le droit d'élire librement est qualifié de volet « actif » et le droit d'éligibilité de volet « passif »), est allée jusqu'à opérer un renversement de la logique, en affirmant dans une formule malheureuse que « la démocratie suppose de donner un rôle au peuple »⁴⁵¹.

En revanche, à contre-sens d'une telle vision, la Commission de Venise considère que « le peuple vote librement, mais uniquement pour les candidats qui se présentent. La capacité des citoyens à demander des comptes aux personnes au pouvoir est toujours encadrée par les conditions juridiques qui réglementent les suffrages (...) [et] les règles applicables au droit de se porter candidat ou par les modalités de nomination »⁴⁵². Même si la Commission ne tire pas les conséquences de ces insuffisances et se contente de souligner que « le droit de voter pour le candidat de son choix (...) n'en est qu'un parmi de nombreux autres droits politiques et activités liées à la participation politique » – elle en conclut d'ailleurs que la limitation de la réélection ne constitue pas une restriction illicite à ces droits ni à la participation politique⁴⁵³ –, la remarque montre bien que le prisme de la représentation n'est pas inexorable. Plusieurs acceptions de la démocratie sont susceptibles de servir l'horizon axiologique des droits et libertés, et la « démocratie représentative », qui n'en est qu'une parmi d'autres, soulève un certain nombre de difficultés au regard de l'articulation de ses éléments constitutifs : le principe majoritaire et le respect des droits.

D'abord, la combinaison du principe majoritaire et du respect des droits et libertés repose sur l'idée selon laquelle les seconds ont une fonction d'encadrement du premier : le respect des droits et libertés constitue « une limite insurmontable à la règle de la majorité », à « ce qui est “susceptible d'être décidé” par la majorité par des moyens démocratiques »⁴⁵⁴. L'exercice du pouvoir par la majorité est ainsi soumis aux limites de l'État de droit, à des « règles fixées à l'avance et dont les citoyens sont préalablement

représentative » la « base de l'État de droit et des régimes constitutionnels des États membres de l'OEA » (art. 1^{er}).

⁴⁴⁸ CourIDH, *Presidential reelection without term limits*, para 47-54.

⁴⁴⁹ *Ibid.* para 60, se fondant sur *Castañeda Gutman v. Mexico*, *op. cit.* para 146 et *Petro Urrego v. Colombia*, *op. cit.* para 93.

⁴⁵⁰ *Ibid.* para 61, se fondant sur *Castañeda Gutman v. Mexico*, para §147.

⁴⁵¹ CourEDH, GC, 13 février 2003, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et a. c. Turquie*, req. n°41340/98 et a., para 43.

⁴⁵² Commission de Venise, *Rapport sur les limitations de mandat*, *op. cit.* para 103.

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ CourIDH, *Presidential reelection without term limits*, para 70, citant *Gelman v. Uruguay*, 24 février 2011, Series C n°221, para 239.

informés afin d'éviter l'arbitraire », notamment « pour protéger les minorités »⁴⁵⁵. Ces dernières, quant à elles, sont réputées consentir aux « règles du jeu » électoral, donc à la possibilité d'être gouvernée en cas de défaite aux élections. Néanmoins, alors que la Cour fait de ces « règles du jeu » (dont font partie les droits et libertés) une condition de possibilité de la « vie démocratique », la question de leur production n'est pas évoquée. L'avis se contente d'affirmer que les majorités, ou leurs représentants, ne peuvent modifier les règles d'accès au pouvoir dans un sens qui leur serait favorable (et défavorable aux minorités politiques) mais cette interdiction, quand bien même elle serait respectée, n'a pour objectif que d'empêcher les « gouvernements autoritaires » de « se maintenir indéfiniment au pouvoir » en modifiant les règles qui en régissent l'accès⁴⁵⁶. Elle ne dit rien du caractère démocratique de ces règles et de leur instauration. Outre la question de la production des règles encadrant le principe majoritaire, le prisme de la démocratie représentative suscite également une réserve quant à la fonction même qu'il conduit à assigner aux droits et libertés. Placés en contrepoids de l'exercice du pouvoir par les représentants, les droits et libertés sont compris comme une limite au principe d'organisation politique retenu – le principe majoritaire. Autrement dit, le prisme de la « démocratie représentative » crée une dissonance entre droits de l'homme et pouvoir politique⁴⁵⁷. Il opère dès lors un éloignement des citoyens vis-à-vis de l'exercice du pouvoir, alors que les droits et libertés devraient, au contraire, en être la garantie⁴⁵⁸.

Un tel éloignement est aggravé par une forme d'infantilisation des électeurs et par l'incohérence du raisonnement de la Cour quant à la fonction même du principe majoritaire. D'une part, affirmant que le « plus grand danger » pour les démocraties interaméricaines « n'est pas la rupture brutale de l'ordre constitutionnel » mais « l'érosion progressive des garanties démocratiques qui peut conduire à un régime autoritaire, même s'il est élu par le peuple »⁴⁵⁹, la Cour traite le corps électoral avec condescendance en suggérant qu'il peut choisir lui-même un gouvernement liberticide et aller contre ses propres intérêts⁴⁶⁰. D'autre part, en reconnaissant que « la personne au pouvoir [peut] ou non [avoir] le soutien de la majorité des électeurs »⁴⁶¹, elle admet implicitement la possibilité d'un président élu par une minorité et, dès lors, la non-

⁴⁵⁵ *Ibid.* para 71.

⁴⁵⁶ *Ibid.* para 79.

⁴⁵⁷ Témoignant de l'actualité de la critique de K. Marx quant à la séparation des droits de l'homme et des droits du citoyen. K. Marx, « La question juive », in K. Marx, *Œuvres* (trad. M. Rubel), III. Philosophie, *op. cit.* p. 366.

⁴⁵⁸ En ce sens, l'opposition entre droits et libertés et pouvoir politique entretient l'illusion d'une déconnexion entre la société civile et la société politique étatisée, alors que l'hégémonie de l'État intégral (et des rapports de subordination qui s'y déploient) est marquée par la reproduction de l'une dans l'autre et inversement. A. Gramsci, *Cahiers de prison*, III, cahiers 10 à 13 (trad. P. Fulchignoni, G. Granel et N. Negri), Paris, Gallimard, 1978 (1948-1951), par. 17 ; B. de Sousa Santos, *Vers un Nouveau Sens Commun juridique*, Paris, LGDJ, 2004, p. 125. En participant à masquer l'hégémonie de l'État intégral, elle fait obstacle à sa disparition, et empêche l'émergence d'une société civile et d'une société politique « recouplées » hors de toute hégémonie étatique.

⁴⁵⁹ CourIDH, *Presidential reelection without term limits*, para 145.

⁴⁶⁰ La Commission de Venise était allée plus loin, considérant non sans un certain mépris que le peuple pouvait toujours changer la Constitution s'il voulait conserver son président, et qu'il « ne [fallait] pas sous-estimer le risque de manipulation de l'opinion publique par un régime autoritaire ». Commission de Venise, *Rapport sur les limitations de mandat*, *op. cit.* para 101.

⁴⁶¹ CourIDH, *Presidential reelection without term limits*, para 133.

systematicité du principe majoritaire. Or, ce dernier est bien un élément constitutif de la « démocratie représentative » telle qu'entendue dans l'avis.

Toutefois, le problème majeur de l'argumentation développée par la Cour réside dans l'absence d'interrogation sur le modèle même d'organisation politique qui conduit à devoir protéger les minorités des excès éventuels des « représentants » de la majorité. La représentation est conçue comme un prisme indépassable, et la question est envisagée sous la forme d'un équilibre entre deux piliers vus comme antagonistes : d'un côté, la démocratie en tant que telle suppose l'élection de « dirigeants » (« leaders ») par la majorité ; de l'autre, « l'un des objectifs principaux de la démocratie doit être le respect des droits des minorités » et des droits et libertés en général⁴⁶². Le juge met l'accent sur l'importance de la seconde considération, sans se demander si la première est réellement irrémédiable. L'assimilation de la démocratie à la représentation conduit à un impensé, et l'on ne voit plus d'autre possibilité pour respecter les droits et libertés (notamment le droit à des élections libres et les droits des minorités) que de limiter le mandat présidentiel. Alors qu'il résulte seulement d'une acception parmi d'autres de la *démocratie*, le risque est vu comme inexorable, et cloisonne le régime du droit censé le contrebalancer. Ce dernier pourrait pourtant se concevoir autrement dans un autre horizon axiologique, d'autant que la faiblesse – si ce n'est la dimension oxymorique – de la représentation comme modèle démocratique est connue⁴⁶³ et régulièrement dénoncée⁴⁶⁴. Pourquoi, dès lors, ne pas y substituer une autre représentation, et comprendre la démocratie dans une acception centrée sur la participation active des citoyens à l'exercice du pouvoir ?

⁴⁶² *Ibid.* para 44-51.

⁴⁶³ J.-J. Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Livre III, Chapitre XV, « Des députés ou représentants », 1762 ; E.-J. Sieyès, *Discours à l'Assemblée nationale constituante du 7 septembre 1789*.

⁴⁶⁴ K. Marx, « Pour une critique de la philosophie du droit de Hegel », in K. Marx, *Œuvres* (trad. M. Rubel), III. Philosophie, Pléiade, Gallimard, Paris, 1982 (1843). Plus récemment, P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008. Pour des critiques plus radicales, v. F. Dupuis-Déri, *Démocratie, op. cit.* et dans le contexte interaméricain plus particulièrement, W. Mignolo, « *Democracia liberal, camino de la autoridad humana y transición al vivir bien* », *Revista Sociedade e Estado*, vol. 29 n°1, janvier/avril 2014, p. 21-44 ; D. Graeber, *La démocratie aux marges* (trad. P. Chaniel), Paris, Flammarion, 2018.

La migration régulière sous l'angle du nouveau Pacte sur la migration et l'asile du 23 septembre 2020

Stefan Rakić*

L'acquis de l'Union européenne en matière de migration légale consiste actuellement en sept directives adoptées entre 2003 et 2016. Elles couvrent les trois principales catégories de la migration régulière – le regroupement familial, l'immigration des étudiants et des chercheurs et enfin celle aux fins de l'emploi⁴⁶⁵. Nous tenons à préciser que l'utilisation interchangeable des termes « migration illégale » et « migration irrégulière », souvent présente dans le discours quotidien, même parmi les experts en la matière, n'est pas appropriée pour désigner l'immigration des ressortissants des pays tiers qui demandent une protection internationale et dans ces efforts traversent les frontières de manière irrégulière⁴⁶⁶.

Cependant, cet acquis n'a pas résisté à l'épreuve du temps. Bien que le volet 'migration régulière' soit une expression de l'idée de l'immigration choisie, et a pour but de faciliter l'arrivée des personnes jugées utiles pour les sociétés européennes, la législation pertinente de l'UE fait l'objet de nombreuses critiques. Le cadre juridique de l'Union en matière de l'immigration légale peine à assurer les conditions de séjour uniformes pour les différentes catégories d'individus relevant de cette 'immigration choisie', ce qui contredit les objectifs de l'Union européenne – attirer les talents étrangers, et faire en sorte que leurs activités contribuent au développement économique de l'Union, tout en favorisant une meilleure cohérence entre États membres. Les possibilités de mobilité intra-UE représentent un défi à part entière.

Face à ce cadre légal dépassé par le temps, la Commission européenne se concentre sur deux objectifs : terminer les travaux sur la refonte de la directive « Carte bleue » et développer les voies légales d'immigration conformément aux besoins de l'UE en matière de qualifications de la main d'œuvre et de lancer des partenariats destinés à attirer les talents.

* Doctorant en droit public à l'Université de Strasbourg, Centre d'études internationales et européennes, sous la direction de Dominique Ritleng, Professeur des Universités.

⁴⁶⁵ Directive 2003/86/CE relative au regroupement familial; Directive 2016/801 relative aux étudiants et aux chercheurs; Directive 2009/50/CE relative aux conditions de séjour des travailleurs hautement qualifiés (Directive „Carte bleue“); Directive 2003/109/CE relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée; Directive 2011/98/UE – „Permis unique“.

⁴⁶⁶ European Parliament resolution on the situation of fundamental rights in the European Union 2004-2008, 14 January 2009, para. 159; Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1509, “Human Rights of Irregular Migrants”, 2006; UNGA, Measures to ensure the human rights of all migrant workers, 3449, 2433rd plenary meeting, 9 December 1975; “Les migrants illégaux n'existent pas. Les personnes viennent dans l'UE et parfois elles sont obligées d'utiliser les voies irrégulières - mais aucun être humain n'est illégal” - Cecilia Malmström, Commissaire européenne aux Affaires intérieures, 29 novembre 2010.

Dans notre analyse de la réforme entamée par la Commission, nous allons nous pencher sur trois axes de l'action de l'UE en matière d'immigration régulière : la simplification des procédures en vue de faciliter l'admission au séjour (**Partie I**) ; rendre l'Union plus attractive pour les talents provenant de l'étranger, et faciliter la mobilité intra-UE (**Partie II**), et l'intention de développer et de maintenir en place de véritables instruments uniques de l'UE en matière d'immigration régulière (**Partie III**).

Partie I – Le labyrinthe de l'admission légale dans un État membre

Les efforts pour attirer les talents, reposent sur deux piliers – la directive « Carte bleue » pour les travailleurs hautement qualifiés et la directive « Étudiants-chercheurs » relative aux activités académiques des étrangers. Elles ont pour objectif de stimuler l'innovation au sein de l'UE. Pourtant, les deux directives souffrent d'un même écueil - l'approche trop restrictive des États membres, ce qui entrave leur efficacité.

A. Travailleurs hautement qualifiés – la compétitivité de l'Union entre innovation et craintes sécuritaires

La limitation du champ d'application de la directive « Carte bleue » a donné lieu à de nombreuses critiques. Sont exclus de son application les catégories de personnes qui pourraient remplir d'autres critères d'admission – tout bénéficiaire ou demandeur d'une forme de protection internationale, quelle qu'elle soit, ainsi que les membres de la famille de citoyens de l'Union ayant exercé leur droit à la libre circulation conformément à la directive 2004/38/CE. Le but de ces exclusions est, d'une part, la nécessité de protéger le marché de travail des États membres, et d'autre part, d'éviter le chevauchement des champs d'application des diverses directives régissant l'un des aspects de l'immigration régulière.

Cependant, si l'exclusion des demandeurs de protection internationale peut être comprise en raison de leur statut juridique incertain, on peut légitimement se poser la question suivante : si la directive « Carte bleue » est conçue comme un moyen de pallier le manque de main d'œuvre hautement qualifiée, et si les États membres, conformément à la directive, disposent de moyens pour éviter d'accorder la carte bleue⁴⁶⁷ – pourquoi soustraire de son champ d'application les bénéficiaires de protection internationale qui remplissent les conditions exigées par la directive ? Cette catégorie d'individus séjourne sur le territoire d'un État membre de manière régulière, vraisemblablement avec une intention de s'y installer. De ce fait, il ne semble pas y avoir de contre-indication au cumul des statuts de ces individus. De plus, aucune caractéristique du dispositif carte bleue européenne, ni d'une quelconque forme de protection internationale n'est de nature à rendre impossible le cumul des deux statuts. Ceci est encore plus pertinent étant donné l'afflux des réfugiés ukrainiens, dont la grande partie est probablement titulaire d'un diplôme universitaire. Il en va de même pour les personnes relevant du champ d'application de la directive 2004/38/CE. Conformément à la législation actuellement en vigueur, les membres de famille visés par cette directive disposent d'un droit de séjour dérivé qui dépend de la survie de leur relation avec le citoyen de l'UE qu'ils

⁴⁶⁷ En appliquant le test du marché du travail – art. 8(2) de la Directive « Carte bleue ».

accompagnent et, en règle générale, il peut y être mis fin en cas d'évolution substantielle de cette relation.

L'amendement du Parlement, qui permettrait aux demandeurs de protection internationale d'être titulaires de la carte bleue européenne (sous réserve de suspension de leur application de protection internationale), n'a pas été inclus dans le champ d'application élargi de la directive « Carte bleue ». Ce refus remet en question l'existence de la valeur ajoutée de la réforme.

La situation a aussi évolué au regard des critiques du seuil salarial minimal en tant que critère d'admission. Selon le texte de la directive actuellement en vigueur, ce seuil salarial est au moins égal à 1,5x le salaire brut annuel moyen de l'État membre concerné. D'un côté, ce critère d'admission a été jugé trop restrictif. De l'autre côté, la proposition initiale de la Commission de sa réduction à 1x le salaire brut moyen au minimum et à 1,4x ce montant au maximum semble être un compromis politique. Cette suggestion de baisser le seuil salarial n'a pas été bien reçue de la part des certains membres du Conseil, par crainte de faciliter l'arrivée des travailleurs peu ou moyennement qualifiés. L'existence même de ce seuil salarial, en principe plus élevé que le salaire moyen dans l'État membre concerné peut être examinée sous deux angles. D'abord, comme un moyen de protection contre une sorte de « dumping social », où les employeurs auraient la possibilité de recourir à ce dispositif afin de baisser les coûts d'une masse salariale hautement qualifiée en employant des ressortissants de pays tiers et en leur offrant une rémunération inférieure au salaire moyen du secteur concerné. Ensuite, comme un mécanisme discriminatoire contre les travailleurs étrangers concernés, puisque l'employeur pourrait se tourner vers des travailleurs locaux non soumis à cette condition.

B. Les étudiants et les chercheurs – Un capital encore mal exploité

En facilitant l'entrée et le séjour des ressortissants de pays tiers relatifs à l'enseignement supérieur, l'UE crée une réserve potentielle des travailleurs hautement qualifiés. Cette stratégie reflétée par la directive « Étudiants-chercheurs » est la manifestation d'une 'bataille pour les cerveaux'. Cette tendance contraste la manière dont cette catégorie d'immigration est initialement traitée. Historiquement⁴⁶⁸, l'admission au séjour des étudiants étrangers est envisagée comme une forme d'aide au développement. Nous allons limiter notre étude à la considération de la situation des étudiants et des chercheurs, en tant que deux catégories prépondérantes de la directive.

La Commission maintient que « [l]a mobilité internationale est susceptible d'accroître la mise en commun des compétences au sein des universités »⁴⁶⁹. Il s'avère donc « essentiel de mettre pleinement en œuvre la directive relative aux étudiants et aux chercheurs, qui a été révisée récemment, afin de faciliter et de rendre plus attrayante la

⁴⁶⁸ T. de Lange, « A Legal Jungle for Third-Country National Students and Researchers. Multilayered Intersections and Directive 2016/801 », in De Lange, T, Minderhoud, P. (dir.), *Students & Reserachers Directive book. Central Themes, Problem Issues and Implementation in Selected Member States*, 2020, pp. 137-146.

⁴⁶⁹ COM(2020) 609 final, p. 30.

venue dans l'UE et de promouvoir la circulation des connaissances grâce aux déplacements entre États membres. »⁴⁷⁰. Il en découle que la Commission, à ce stade, n'envisage pas une refonte de cette directive, estimant sa version actuelle suffisante pour répondre aux besoins et estimant également qu'une « pleine mise en œuvre » suffirait pour remédier à tous les défis auxquels font face les personnes relevant de son champ d'application.

Néanmoins, le texte actuel de la directive « Étudiants-chercheurs » laisse planer le doute sur son efficacité par rapport à son objectif implicite. En l'espèce, il y existe trois domaines dans lesquels la directive ne se montre pas apte à pleinement accomplir ces tâches principales : la reconnaissance des diplômes pré-universitaires obtenus dans les pays tiers ; les conditions de séjour à la suite de l'admission dans un établissement d'enseignement supérieur ; et la facilitation de la mobilité des étudiants et des chercheurs à l'intérieur de l'UE (la question de la mobilité intra-UE sera examinée ultérieurement).

Reconnaissance des diplômes étrangers. C'est le premier obstacle que rencontrent les étudiants étrangers. En l'espèce, nous parlons ici du manque d'harmonisation des législations des États membres en la matière. De Lange identifie une 'jungle légale' à laquelle font face les étudiants étrangers⁴⁷¹. Elle se résume en de multiples points d'interaction entre divers domaines juridiques, tels que le droit administratif, le droit du travail ou encore le droit de l'enseignement supérieur.

Le manque d'harmonisation en la matière engendre des différences de traitement, étant donné que chaque État membre a ses propres règles quant à la reconnaissance des diplômes donnant accès à l'enseignement supérieur. Il serait donc possible que le titulaire d'un tel diplôme puisse poursuivre ses études supérieures dans certains États membres, mais pas dans d'autres. La directive reste muette à ce sujet.

Conditions de séjour. La directive « Étudiants-chercheurs » simplifie la procédure administrative de l'admission au séjour introduite auprès des autorités d'immigration des États membres. Il est laissé une primauté aux institutions de l'enseignement supérieur quant à la détermination de l'éligibilité des candidats à tel point que dans la pratique, une décision d'admission d'un ressortissant de pays tiers par l'établissement d'enseignement supérieur vaut presque *de facto* la décision d'admission au séjour. Le rôle des autorités nationales d'immigration devient majoritairement administratif. La jurisprudence de la CJUE confirme ainsi implicitement que les établissements de l'enseignement supérieur sont les seuls à apprécier l'aptitude et la compétence de l'étudiant à suivre les cours⁴⁷².

⁴⁷⁰ *Ibid.* Il découle de la formulation de cette phrase, la Commission ne présentera pas de projet d'une refonte de cette directive.

⁴⁷¹ T. de Lange, « A Legal Jungle for Third-Country National Students and Researchers. Multilayered Intersections and Directive 2016/801 », *op. cit.*

⁴⁷² CJUE, 3^e chambre, 10 septembre 2014, *Ben Alaya c. Allemagne*, C-491/13, ECLI:EU:C:2014:2187

La nouveauté par rapport à la version précédente de la directive est la possibilité d'agrément pour les établissements d'enseignement supérieur⁴⁷³. Si un État membre choisit de l'instaurer, la directive prévoit le rejet obligatoire de la demande lorsque celle-ci émane d'un établissement non-agréé⁴⁷⁴. Cet instrument reflète une approche conservatrice de la directive. Si le but de la directive est de rendre plus facile la venue d'étudiants et de chercheurs étrangers, il serait plus utile de donner les mêmes possibilités à tout établissement d'enseignement supérieur accrédité dans l'État membre concerné. Même facultatifs, et conçus comme un mécanisme 'exceptionnel', les agréments reflètent un repli vers l'optique sécuritaire, qui régit déjà la plupart des autres instruments juridiques de l'ELSJ. L'accès des étudiants étrangers au marché du travail est aussi un point d'intérêt. Selon le considérant 52 de la directive, « le principe de l'accès des étudiants au marché du travail devrait constituer la règle générale ». Cependant, les États membres conservent la possibilité de prendre en considération la situation de leur marché du travail dans des cas exceptionnels. Or, cet accès s'avère trop restreint. Il est garanti aux étudiants un nombre minimal d'heures de travail, à savoir 15 heures par semaine – une nette augmentation par rapport à la directive 2004/114/C. Il est laissé une marge de manœuvre aux États membres, dans la mesure où les législations nationales peuvent accorder un accès au marché du travail. Chaque État membre traite cette question de manière différente⁴⁷⁵. Certains limitent le temps de travail des étudiants, d'autres non.

Box 3 - To what extent can students work during their studies? An overview of Member States' implementation of Art. 24.3 of Directive 2016/801

| | |
|--|---|
| <p>Examples of Member States where there is no limit on the number of hours a student can work:</p> | <p>Austria Czech Republic Poland Portugal</p> |
| <p>Examples of Member States where there is a limit to how many hours a student can work:</p> | <p>France - Up to 964 hours per year, and full-time work must be limited to not more than 6 months (part-time work allowable for the full year). Germany – 120 full-time days or 240 half-days per year. Italy – Max. 20 hours per week and no more than 1040 hours per year. Luxembourg – Max. 15 hours per week, possibility to work full-time during the holiday seasons. Netherlands – Max. 16 hours per week or full-time in June, July and August. Spain – Max. 20 hours per week and full-time during the holiday seasons.</p> |

Étant donné que la question de l'accès au marché du travail pendant les études est souvent le facteur déterminant dans le choix de destination, il serait pertinent d'augmenter le seuil minimal d'heures de travail, voire de le supprimer parce que le travail à temps partiel pendant les études ne peut couvrir qu'une partie des frais d'étude. De surcroît, nous remarquons que la plupart des États membres ayant limité l'accès au

⁴⁷³ A.C. Horta, J. Antoons, « Attracting and Retaining Foreign Talent Across the EU: A Comparative Overview of Member States' Policies » in De Lange, T, Minderhoud, P. (dir.), *Students & Researchers Directive book. Central Themes, Problem Issues and Implementation in Selected Member States*, 2020, pp. 43-59.

⁴⁷⁴ Article 20(1)(c) de la Directive « Étudiants-chercheurs ».

⁴⁷⁵ Horta & Antoons, *op. cit.* Tableau ci-dessous reproduit.

marché du travail sont ceux au coût de la vie considérablement plus élevé que dans le reste de l'UE et au taux de chômage *a priori* plus faible. La limitation est susceptible de créer une barrière financière à l'accès aux études supérieures des personnes autrement admissibles aux établissements d'enseignement supérieur. Cela est difficile à comprendre dans une situation où les États membres souhaitent attirer des individus compétents, et où il existe déjà la possibilité de prendre en considération le marché du travail national et de réagir en cas de taux de chômage élevé en restreignant l'accès au marché du travail de manière proportionnée. Le simple fait que certains États membres n'appliquent aucune limite quant au temps de travail justifie ce propos et souligne cette incohérence.

Ensuite, bien que la directive n'ait pas pour objet de réguler l'admission et le séjour de ressortissants de pays tiers à des fins d'emploi⁴⁷⁶, l'accès illimité au marché du travail ne modifierait en rien le motif de séjour. Quant aux craintes de l'abus de la procédure pour gagner l'accès à l'UE à d'autres fins, l'exigence de progression des études suffisante garantirait que le motif principal de séjour reste la poursuite d'étude. Ce serait donc à l'étudiant concerné d'estimer s'il a les capacités nécessaires de poursuivre ses études avec succès et en même temps de financer son séjour par un emploi. Cela n'empêche pas les vérifications par rapport au motif réel de séjour par d'autres moyens.

Enfin, dans l'esprit de vouloir garder les talents étrangers après leurs études, la directive prévoit la possibilité d'une période durant laquelle l'ancien étudiant ou chercheur peut rester sur le territoire de l'État membre d'accueil au-delà de la fin de ses études ou après la fin de son projet de recherche. Bien que cette possibilité soit qualifiée d'« innovatrice » par la doctrine⁴⁷⁷, sa mise en œuvre pratique n'est pas idéale. La période minimale de séjour aux fins de la recherche de travail/création de l'entreprise ne peut être inférieure à 9 mois⁴⁷⁸. Cette durée est un compromis entre la proposition de la Commission de 12 mois, l'amendement du Parlement (18 mois) et la position du Conseil (6 mois). Cependant, une partie des États membres a prévu des durées supérieures de séjour à cette fin. Ces dépassements peuvent atteindre une durée de 12 mois (PT, ES, IT, FR, AT, NL, PL), voire 18 mois (DE)⁴⁷⁹.

Cependant, l'article 25(3) dispose que l'étudiant ou le chercheur qui souhaite rester, doit introduire une nouvelle demande de titre de séjour. De plus, la directive dispose que « l'autorisation délivrée aux fins d'identifier les possibilités d'exercer une activité professionnelle ou de créer une entreprise ne devrait pas accorder un droit automatique d'accéder au marché du travail ou de créer une entreprise ». Ces restrictions s'expliquent par la volonté des États membres de garder le contrôle sur la main d'œuvre étrangère mais elles n'en restent pas moins incohérentes. Pour attirer des étudiants provenant d'États tiers, il faut qu'ils puissent bénéficier de garanties d'accès à l'emploi à l'issue de leurs études.

⁴⁷⁶ Considérant 37.

⁴⁷⁷ H. Calers, « The Students and Researchers Directive: Analysis and Implementation Challenges », in De Lange, T, Minderhoud, P. (dir.), *Students & Reserachers Directive book. Central Themes, Problem Issues and Implementation in Selected Member States*, 2020, pp. 19-41.

⁴⁷⁸ Article 25.

⁴⁷⁹ Calers, *op. cit.*

Partie II – L'attraction des talents et la logique du marché intérieur pour faciliter la mobilité intra-UE

Toute forme d'immigration régulière dans l'UE octroie un droit à la mobilité intra-UE. Cependant, les modalités d'exercice de ce droit varient. La Commission reconnaît la nécessité d'assurer « de meilleures possibilités de déplacement et de travail dans des différents États membres »⁴⁸⁰, mais les dispositions législatives en la matière n'offrent pas les mêmes possibilités de mobilité au sein de l'Union européenne, malgré des situations analogues dans certains cas de figure.

A. La directive « Carte bleue » - mobilité renforcée

La nouvelle version de la directive détaille plusieurs aspects dans la régulation. À propos de la mobilité intra-UE, deux cas de figure se profilent : celui du titulaire de la « Carte bleue », et celui des membres de sa famille. De plus, la nouvelle version de la directive distingue la mobilité à court terme et à long terme. Un autre critère intégré à la nouvelle version de la directive est celui de (non)application de l'acquis Schengen.

Elle prévoit aussi un délai plus court pour exercer le droit à la mobilité. La nouvelle directive n'exige aucune durée minimale de séjour dans le premier État membre pour une mobilité à court terme (90 jours dans une période de 180 jours)⁴⁸¹. De plus, aucune autre autorisation à part la « Carte bleue » européenne ne sera exigée pour l'exercice des activités économiques dans un État membre appliquant intégralement l'acquis Schengen.

En cas de mobilité à long terme, le délai après lequel le titulaire de la « Carte bleue » délivrée par le premier État membre est autorisé à s'établir dans un autre État membre après une période de 12 mois de séjour dans le premier État membre (contrairement à la période de 18 mois, prévue par le texte actuellement en vigueur – cf. *supra*). La nouvelle directive prévoit des dispositions particulières quant aux membres de la famille qui rejoignent ou accompagnent le détenteur de la « Carte bleue » européenne : la directive 2003/86/CE serait applicable *mutatis mutandis*, conformément aux dérogations prévues par la directive « Carte bleue », notamment quant aux facilitations à la mobilité applicables au détenteur de la « Carte bleue » lui-même. De plus, la nouvelle directive permet aux membres de la famille d'entrer et de séjourner dans le deuxième État membre exclusivement sur la base de leurs titres de séjour délivrés par le premier État membre, pendant la période de l'examen de leur demande de titre de séjour dans le deuxième État membre⁴⁸², ainsi dérogeant l'article 13(1) de la directive 2003/86⁴⁸³, qui exigerait l'examen préalable⁴⁸⁴ de leurs demandes par le deuxième État membre. La

⁴⁸⁰ COM(2020) 609 final, p. 30.

⁴⁸¹ Article 20 de la nouvelle directive.

⁴⁸² Article 22 (2) de la nouvelle directive.

⁴⁸³ « Dès que la demande de regroupement familial est acceptée, l'État membre concerné autorise l'entrée du ou des membres de la famille [et] accorde (...) toute facilité pour obtenir les visas exigés. »

⁴⁸⁴ Vu l'approche réservée des États membres vis-à-vis la question d'immigration, nous nous permettons d'établir une telle interprétation de cette disposition, malgré le manque de jurisprudence de la Cour de justice.

mobilité vers le « troisième » État membre est mieux régie et peut désormais avoir lieu après six mois de résidence dans l'État membre précédent⁴⁸⁵.

La nouvelle directive renforce de manière considérable les possibilités de mobilité des détenteurs de la « carte bleue » européenne. Les dispositions régissant la mobilité à court terme de manière plus claire sont utiles du point de vue pratique, tandis que les conditions de mobilité à long terme plus souples contribuent à l'intégration des ressortissants de pays tiers à la société européenne dans un sens plus large, malgré la crainte des États membres vis-à-vis du manque de contrôles⁴⁸⁶.

B. Directive « Étudiants-chercheurs » - une application plus efficace mais insuffisante

En raison du besoin « d'accroître la mise en commun des compétences disponibles au sein des universités et des instituts de recherche européens »⁴⁸⁷ l'adaptation du volet 'mobilité' de la directive « Étudiants-chercheurs » devient nécessaire. Pourtant, la question de la mobilité des personnes relevant du champ d'application de la directive « Étudiants-chercheurs » ne serait pas traitée de manière adéquate par sa « pleine mise en œuvre ».

La version actuelle de la directive n'offre pas de mécanisme de mobilité intra-UE efficace. Pour cette raison, De Lange décrit la mobilité intra-UE comme une étape de la 'jungle juridique' auquel font face les étudiants et les chercheurs⁴⁸⁸. Même s'il est vrai que la directive prévoit les possibilités de mobilité, leur mise en œuvre pratique est loin d'être efficace. Elle distingue la mobilité dont peuvent bénéficier les chercheurs (courte et longue durée), et celle dont peuvent bénéficier les étudiants (où il n'y a pas de distinction par rapport à la durée).

Pour la mobilité de courte durée des chercheurs (180 sur 360 jours), la directive prévoit la possibilité pour les États membres d'accueil d'imposer l'obligation de notifier leurs autorités compétentes, l'intention du chercheur de faire une mobilité. Cette notification est matériellement une **autorisation**. L'article 28(2-7) prévoit la possibilité pour les États membres d'émettre des objections à la mobilité du chercheur, la rendant ainsi impossible. De plus, ces dispositions mettent en place une procédure complexe qui ne semble pas être appropriée à une mobilité de courte durée. Au moins 17 États membres adoptent la procédure visée à l'article 28. La variété des solutions adoptées par les États membres empêche une application uniforme de la directive – d'autant plus qu'il y existe trois mécanismes de mobilité des personnes relevant de son champ d'application et que les États membres ont à leur disposition divers outils⁴⁸⁹. Le manque d'harmonisation est susceptible de rendre les démarches administratives plus difficiles. Vu l'analogie, la mobilité de courte durée des chercheurs pourrait être régie de la même façon que la

⁴⁸⁵ Article 21 (11) de la nouvelle directive.

⁴⁸⁶ T. de Lange, « A new narrative for European migration policy: Sustainability and the Blue Card recast », in *European Law Journal*, 2021, pp. 1-9.

⁴⁸⁷ COM(2020) 609 final, p. 30.

⁴⁸⁸ T. De Lange, 2020, *op. cit.*

⁴⁸⁹ V. Calers, 2020, *op. cit.*

mobilité de courte durée des travailleurs hautement qualifiés, en se référant à la nouvelle directive « Carte bleue ».

La mobilité de longue durée des chercheurs est également conditionnée. Les exigences diffèrent par rapport à celles d'une mobilité courte. Dans ce cas de figure, le deuxième État a deux options : soit appliquer l'article 28 *mutatis mutandis* ; soit appliquer l'article 29 de la directive. Dans ce dernier cas de figure, le dépôt d'une demande pour une mobilité de courte durée donne lieu à un examen par les autorités compétentes du deuxième État membre dans un délai de 90 jours. La durée de ce type de mobilité (plus de 180 jours) pourrait véritablement mériter une procédure supplémentaire, mais le délai fixé à 90 jours est trop long, étant donné que l'instrument de la mobilité académique implique le retour dans l'État membre où se situe l'établissement d'enseignement supérieur où le chercheur est inscrit. Il n'y a donc pas lieu dans ces circonstances de craindre l'arrivée de chercheurs et de leur imposer une charge administrative qui pourrait s'avérer, dans des cas extrêmes, dissuasive à leur mobilité, ce qui serait contraire à l'esprit de la directive.

Les étudiants bénéficient d'un régime différent. La directive ne fait aucune distinction par rapport à la durée de leur mobilité⁴⁹⁰. La distinction est faite en fonction de la participation (ou non) à un programme d'échange universitaire⁴⁹¹. Les participants à l'un de ces programmes sont automatiquement exemptés de l'obligation de soumettre une demande auprès des autorités du deuxième État membre, mais comme le précisent Correia Horta & Antoons⁴⁹², les États membres disposent toujours d'une possibilité d'exiger une notification de mobilité des étudiants. De Lange et Calers identifient une lacune de la directive par rapport à la mobilité des étudiants aux fins de stage de fin d'études.

Partie III - la difficulté de développer des instruments uniques en matière de migration régulière

A. Un statut uniforme élusif

La directive « Carte bleue ». À la différence de la *green card* américaine, le dispositif européen est en concurrence avec d'autres mécanismes nationaux, ce qui incite les États membres à recourir à leurs propres dispositifs pour attirer la main d'œuvre hautement qualifiée, et empêche la réalisation d'un rôle fédérateur de la « Carte bleue » européenne, étant donné que les dispositifs créés par les législations nationales, ne permettent pas la mobilité dans l'UE. La Commission européenne a proposé un réexamen de cette directive, dans ses orientations politiques de 2014. La proposition de 2016 visait à abolir les systèmes nationaux parallèles afin d'améliorer l'efficacité du dispositif « Carte bleue »⁴⁹³. Or, en raison d'une forte opposition des États membres

⁴⁹⁰ Art. 31 de la Directive « Etudiants-chercheurs ».

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² Correia Horta & Antoons, *op.cit.*

⁴⁹³ COM(2016) 378 final, 7 juin 2016.

disposant des systèmes nationaux pour attirer la main d'œuvre qualifiée (tels que la Suède ou les Pays-Bas)⁴⁹⁴, les négociations au Conseil furent bloquées.

La persistance des systèmes nationaux ne permet pas l'utilisation pleine et entière du potentiel de la directive. Sa raison d'être est de faciliter l'immigration des travailleurs hautement qualifiés et de la rendre possible dans les mêmes conditions dans tous les États membres. Pour ce faire, il faut orienter tous les acteurs concernés vers le dispositif européen. Il serait donc crucial à la fois de véritablement inciter les talents étrangers, par des conditions substantiellement plus favorables, et d'éliminer les systèmes nationaux, afin d'assurer une approche plus cohérente.

La directive « Résidents de longue durée ». Cette directive n'établit pas un statut de résident de longue durée de l'UE – le résident en question est toujours le résident de longue durée de l'État membre qui lui octroie ce statut.

La Commission estime que cette directive n'est pas suffisamment utilisée. Les États membres préfèrent octroyer le statut de résident de longue durée conformément aux législations nationales⁴⁹⁵. La directive établit uniquement les conditions d'acquisition de ce statut dans les États membres, à savoir la durée de résidence légale. Or, la directive ne prétend pas remplacer le statut de résident de longue durée établi par les législations nationales. De plus, son champ d'application est trop limité. Si l'exclusion des *solliciteurs* d'une quelconque forme de protection internationale, des travailleurs temporaires et du personnel diplomatique et consulaire s'avère justifiée en raison d'incompatibilité des champs d'application des instruments juridiques régissant ces situations, l'exclusion des *bénéficiaires* de protection internationale dans un État membre ou encore des étudiants et des chercheurs (à condition qu'ils remplissent les autres conditions exigées par la directive) ne mérite pas une telle justification. Au contraire, l'acquisition du statut de résident de longue durée des étudiants et des chercheurs s'inscrit bien dans la logique de leur intégration à la société européenne et au marché unique.

Comme précisé auparavant, la directive ne prévoit pas un droit effectif à la mobilité⁴⁹⁶. Comme toute autre catégorie d'immigration légale, les résidents de longue durée de l'UE ont aussi la possibilité de se rendre dans d'autres États membres pour une période dépassant trois mois, à condition de remplir les exigences du Chapitre III de la directive. Les conditions d'admission au séjour des résidents de longue durée UE dans un deuxième État membre, bien entendu, adaptées à cette catégorie d'individus, reflètent largement les autres instruments en la matière (ressources stables, assurance maladie). Cependant, les points de friction sont possibles au niveau des droits que confère le statut de résident de longue durée des différents États membres. La directive n'harmonise pas la législation des États membres à un tel degré, et de plus, elle laisse un certain nombre de domaines non-couverts – par exemple, le droit de voter aux élections locales ou

⁴⁹⁴ M.V. Desiderio, *Blue Card Redux: European Commission Plan to Recast Work Permit for Highly Skilled Holds Question Marks*, Migration Policy Institute, 2016.

⁴⁹⁵ Article 13 de la Directive « Résidents de longue durée ».

⁴⁹⁶ COM(2020) 609 final.

régionales – la possibilité qui existe en SI, EE, HU, LU, ES, ou encore l'accès aux soins (PT)⁴⁹⁷.

Une telle divergence par rapport au statut des résidents de longue durée entre États membres est susceptible de produire la confusion du grand public affecté par la directive. La Commission souligne qu'il est trop peu recouru à cette directive – en grande partie en raison du manque d'information des administrations nationales sur la possibilité d'octroyer le statut de résident de longue durée UE, et donc attribuent le statut de résident de longue durée en vertu des législations nationales⁴⁹⁸.

B. La nécessité d'une harmonisation des autorisations de séjour et de travail

En règle générale, lorsqu'un étranger souhaite s'établir dans un État autre que celui de sa nationalité, il est obligé de demander un permis de séjour et une autorisation de travailler. La législation de l'Union européenne dispose d'un instrument dont le rôle est de fusionner les deux procédures dans une seule procédure d'admission au séjour, à l'issue de laquelle le demandeur devrait, théoriquement, se voir attribuer un seul document valant les deux permis en vertu de la directive « Permis unique »⁴⁹⁹.

Son objectif est d'harmoniser les règles en matière d'attribution des autorisations de séjour et de travail des ressortissants de pays tiers. Elle établit aussi un socle commun de droits pour les ressortissants de pays tiers qui résident légalement dans un État membre. Il s'agit d'une directive cadre qui couvre également les travailleurs étrangers admis au séjour conformément aux dispositions du droit national.

Le socle commun de droits conférés aux ressortissants de pays tiers inclut le droit de circuler, de travailler et de résider sur le territoire de l'État membre qui a délivré le titre de séjour en question. Néanmoins, les États membres peuvent limiter l'accès à certains droits conférés par la directive, tels que l'éducation, la formation professionnelle, le traitement fiscal, l'accès aux marchandises et services, ou encore la sécurité sociale. Conséquemment, la directive permet aux États membres de porter préjudice à l'efficacité de quatre droits sur huit conférés par la directive⁵⁰⁰. Étant donné l'approche restrictive des États membres en matière d'immigration, des limitations plus prononcées des droits dans le cadre de la marge d'appréciation des États membres sont plus que probables. Or, cette liberté des États membres de limiter le traitement égal des demandeurs n'est pas sans limite. La Cour de justice a tranché dans l'affaire *Kamberaj*⁵⁰¹, que les références au droit national ne devraient pas justifier des entraves à l'effectivité de cette directive lors de l'application du principe du traitement égal.

⁴⁹⁷ P. Ralph, A. Sommaribas, *Le statut de résident de longue durée dans l'UE*, EMN, Bruxelles, 2020.

⁴⁹⁸ COM (2019) 161 final, Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2003/109/EU.

⁴⁹⁹ Directive 2011/98/UE.

⁵⁰⁰ A. Beduschi, "An Empty Shell? The protection of social rights of third country workers in the EU after the single permit directive", in *European Journal of Migration and Law*, n° 17(2-3), 2015, pp. 210-238.

⁵⁰¹ CJUE, GC, 24 avril 2012, *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia Sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e.a.*, C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233C-571/10.

La directive établit uniquement *la procédure* unique pour la délivrance des titres de séjour et des autorisations de travail, et en elle seule, ne confère pas le droit aux ressortissants de pays tiers d'entrer et de séjourner dans un État membre aux fins d'emploi ou de recherche de l'emploi. Elle ne traite que les aspects procéduraux.

En observant que la directive « n'a pas pleinement atteint son objectif de simplification des procédures d'admission pour l'ensemble des travailleurs provenant de pays tiers »⁵⁰², la Commission constate qu'une révision de la directive serait indispensable en vue de « simplifier et de clarifier le champ d'application de la législation, y compris les conditions d'admission et de séjour des travailleurs peu et moyennement qualifiés »⁵⁰³.

*

Le discours politique attribue un rôle secondaire à l'immigration régulière, alors qu'elle représente un intérêt vital pour l'Union européenne et son marché unique.

La refonte de la directive « Carte bleue » est un succès, malgré l'échec de la Commission d'établir un instrument européen unique, tandis que la directive « Étudiants-chercheurs » aurait dû faire l'objet des propositions plus ambitieuses. Les questions de mobilité ou de reconnaissance des diplômes étrangers ont à peine été abordées. Nous sommes convaincus que les dispositions obsolètes de la directive devraient être mises à jour dans une nouvelle refonte. La refonte des directives « Résidents de longue durée » et « Permis unique » apportera probablement quelques nouveautés. Au vu du processus de refonte de la directive « Carte bleue », il est à craindre que les avancées manqueront d'ambition.

⁵⁰² COM(2020) 609 final.

⁵⁰³ *Ibid.*

Provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence à l'égard d'un groupe de personnes à raison de leur religion : le curseur fixé par la Cour de cassation pour qualifier l'infraction

Lauren Bakir*

Le 17 janvier 2022, le candidat à l'élection présidentielle Éric Zemmour est condamné en première instance pour provocation à la haine raciale après avoir tenu des propos, deux ans auparavant, qualifiant les mineurs isolés étrangers de voleurs, violeurs et assassins. Le polémiste a aussitôt dénoncé dans un communiqué « *une condamnation idéologique (...)* », « *la condamnation d'un esprit libre par un système judiciaire envahi par les idéologues* »⁵⁰⁴. Le flux de propos pernicieux déversé tous les jours à travers les déclarations de ce type est désormais continu et traverse à la fois les médias télévisés, la presse écrite, et les réseaux sociaux.

Dans ce contexte, le cadre juridique de la liberté d'expression interroge. Liberté fondamentale, la liberté d'expression est consacrée à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Sur la base de cet article et dès 1976, la Cour européenne des droits de l'Homme affirme, dans son célèbre arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*⁵⁰⁵, que la liberté d'expression est un des fondements essentiels d'une société démocratique et « une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun ». Cette liberté « vaut non seulement pour les 'informations' ou 'idées' accueillies en faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population »⁵⁰⁶.

Au niveau national, la liberté d'expression trouve un écho dans la liberté de la presse affirmée par la loi du 29 juillet 1881, progressivement complétée et qui prévoit également des limites. Si seules la diffamation et l'injure publique sont prévues par le texte originel de 1881, le délit de provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence a été créé par une loi du 1^{er} juillet 1972, dite loi Pléven, dont les dispositions ont été intégrées à la loi de 1881. Aujourd'hui prévu à l'alinéa 7 de l'article 24 de la loi de 1881, ce délit punit d'un an d'emprisonnement et/ou de 45 000 euros d'amende « ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ». L'alinéa 8 de cet article étend le champ d'application du délit aux propos tenus à l'égard d'une personne ou d'un

* Ingénieure de recherche CNRS, UMR 7354 DRES.

⁵⁰⁴ F. Johannès, 17 janvier 2022, « Éric Zemmour condamné pour la troisième fois par la justice », *Le Monde*, [URL : https://www.lemonde.fr/politique/article/2022/01/17/eric-zemmour-condamne-pour-la-troisieme-fois-par-la-justice_6109839_823448.html], consulté le 05/06/2022.

⁵⁰⁵ CourEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, §49.

groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap.

Ce délit suppose la réunion de plusieurs éléments constitutifs : le caractère public des propos (art. 23 de la loi de 1881), une provocation – élément constitutif dont l’interprétation a connu des évolutions⁵⁰⁷ -, à la haine, à la discrimination ou à la violence qui se déduit du sens et de la portée des propos, à l’égard d’une personne ou d’un groupe de personnes déterminé, et un caractère intentionnel qui se déduit de la teneur des propos et de leur contexte.

C’est donc au prisme de ces éléments matériels et intentionnels⁵⁰⁸ que les juges du fond apprécient si les propos tenus en public entrent ou non dans le champ d’application du délit. Le temps du droit apparaît alors très éloigné du temps médiatique : si une grande partie des propos tenus aux heures de grande antenne de certaines chaînes au contenu fortement éditorialisé « heurtent, choquent ou inquiètent une fraction quelconque de la population »⁵⁰⁹, elle n’en demeure pas moins légale. A l’heure où les déclarations visant les musulmans se multiplient, cet article s’intéresse spécifiquement à la jurisprudence relative au délit de provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence à l’égard d’un groupe de personnes à raison de leur religion – en l’espèce la religion musulmane. Le curseur fixé par la juridiction judiciaire pour déterminer ce qui relève d’une provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence à l’égard d’un groupe de personnes à raison de leur religion doit être interrogé.

Une recherche sur la base de données Légifrance à partir des mots-clefs « provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence » et « musulmans » permet de dégager une vingtaine de décisions de la Chambre criminelle de la Cour de cassation portant directement sur cette question⁵¹⁰. Ce corpus jurisprudentiel permet de dégager deux éléments constitutifs qui font particulièrement l’objet de l’appréciation des juges dans ce type de litige : la détermination objective d’un groupe de personnes et l’élément matériel de la « provocation » à la haine, à la discrimination ou à la violence à l’égard de ce groupe.

Si les critères permettant de constituer un groupe de personnes à raison de leur religion sont intelligibles et constants (**Partie I**), l’interprétation de l’élément matériel de l’infraction, la « provocation », a connu des évolutions jurisprudentielles successives. Sur la problématique spécifique de la provocation à l’égard d’un groupe de personnes à

⁵⁰⁷ La jurisprudence a successivement retenu une interprétation extensive puis restrictive de la « provocation ». Pour le détail des revirements jurisprudentiels, v. notamment C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, 2020, Dalloz, Hors collection, Chapitre 326 – Manifestations d’opinions prohibées p. 313 et s. ; A-M. Santeraud, « Les nouveaux contours de la provocation à la haine ou à la violence raciale ou religieuse », in *Légipresse 2019* n°61, p. 33.

⁵⁰⁸ Si l’interprétation de l’élément matériel de la « provocation » a évolué, la jurisprudence relative à la question de la preuve de l’élément moral reste confuse. La Cour de cassation semble instaurer une présomption de mauvaise foi, sur ce point v. D. Roets, « La provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence en raison de l’origine, de l’appartenance ou de la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée : une incrimination insaisissable », in *Mélanges en l’honneur de Geneviève Giudicelli-Delage, Humanisme et Justice*, Dalloz, 2016, p. 654.

⁵⁰⁹ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, §49.

⁵¹⁰ Les autres décisions se rapportent à des propos ne concernant pas ce groupe déterminé de personnes.

raison de leur religion, cette interprétation est mise à l'épreuve de la réalité médiatique : l'accroissement exponentiel des invectives et des propos publics tendancieux⁵¹¹ (**Partie II**).

Partie I – Une jurisprudence constante et intelligible quant au groupe visé par les propos

Les décisions de la chambre criminelle de la Cour de cassation excluent du champ d'application du délit, de façon claire et constante, les propos véhéments à l'égard de la religion ou de ses prescriptions (A) et les propos ne visant qu'une partie du groupe visé (B).

A. Une distinction nette entre la critique de la religion et la provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence à l'égard des personnes pratiquant cette religion

En France, le blasphème n'est pas interdit⁵¹². Dès lors, hormis les quelques décisions dans lesquelles la Cour de cassation admettait de dédommager les préjudices issus d'insultes de la religion sur le terrain de la responsabilité civile⁵¹³, les propos tenus en public peuvent critiquer, même de façon véhémente, toutes les religions. En vertu de l'article 24 alinéa 7 de la loi de 1881, seuls les propos qui provoquent à la haine, à la discrimination ou à la violence à l'égard des personnes pratiquant une religion (ou supposées l'être) sont condamnés. Cette distinction entre les propos tenus à l'égard des religions et les propos tenus à l'égard des (présumés) pratiquants est constante dans la jurisprudence. Pour déceler ce qui relève d'une critique de la religion des propos qui entrent dans le champ de l'article 24 alinéa 7 de la loi de 1881, les juges apprécient le sens et la portée des propos. Cette difficulté d'appréciation est variable et dépend des propos tenus.

Par exemple, un tract dénonçant l'action de financer un lieu de culte musulman⁵¹⁴ ne pose pas de difficultés particulières d'appréciation : les auteurs du tract « dénoncent cette action en ce qu'elle est, selon les auteurs du tract, favorable à l'islam pris en tant que religion dont les pratiquants ne sont pas visés en tant que tels »⁵¹⁵. Comme le relevait la Cour d'appel, « ces considérations sont d'ordre politique (...) la critique porte sur la décision de financer un lieu de culte mais n'a pas pour objet de stigmatiser ceux qui pratiquent ce culte (...) ».

⁵¹¹ Tendancieux notamment eu égard à la confusion créée entre considérations politiques liées à la question de l'immigration et personnes de confession musulmane ou présumées l'être.

⁵¹² Sur cette question, les États membres du Conseil de l'Europe ont des régimes juridiques très distincts ; v. par ex. CourEDH, 25 octobre 2018, *E. S. c. Autriche*, req. n° 38450/12.

⁵¹³ Pendant quelques années, la Cour de cassation admettait de dédommager les préjudices issus d'écrits blasphématoires ou irrespectueux des croyances religieuses sur le terrain de la responsabilité civile (anc. art. 1382 C. civ.), une position abandonnée par Cour de cass., Ass. Plen., 12 juillet 2000, req. n° 98-10.160. Sur ce sujet, v. notamment : T. Massis, « La liberté de conscience, le sentiment religieux et le droit pénal », in *Recueil Dalloz D.* 1992, p. 113 ; T. Massis, « La foi et la liberté d'expression », in *Légicom* 2015, p. 69 ; *contra* : C. Bigot, « Blasphème, respect des croyances et liberté d'expression : l'impasse de l'article 1382 du Code civil », in *Légicom* 2015, p. 59.

⁵¹⁴ A. Darsonville, « Distinction entre critique politique d'un culte et provocation à la discrimination religieuse », *note sous Crim.* 30 mai 2007, req. n° 3286, *Dalloz actualité*, 13 juil. 2007.

⁵¹⁵ Cass. crim., 30 mai 2007, req. n° 06-84.328.

La critique d'une pratique religieuse, comme l'égorgement des animaux, doit également être distinguée des propos incitant à la haine, à la discrimination ou à la violence à l'égard des pratiquants. Les propos formulés à l'égard de pratiques religieuses sont couverts par la liberté d'expression tandis que les propos s'étendant aux pratiquants eux-mêmes entrent dans le champ de l'article 24 alinéa 7. C'est le cas lorsque l'auteur de critiques à l'égard de l'égorgement des animaux « étend son propos à des considérations beaucoup plus générales relatives à la présence musulmane en France qu'elle qualifie de "débordement", qui participe, selon elle, d'une nouvelle invasion, dont elle indique que "nous devons subir à nos corps défendants toutes les traditions" et qu'elle présente comme une menace (...) ». Par le biais d'une appréciation *in concreto*, se référant à l'ensemble des passages de ce texte pour rendre sa décision, la Cour d'appel en déduit que la défenderesse « appelle donc implicitement la population française à un nouveau combat » (...) et qu'« à ce degré d'intensité, de dramatisation, d'extension, la critique, qui n'est plus seulement véhémence, revêt la portée d'un message, équivaut, de par son impact, à une exhortation claire et sans équivoque au rejet, à l'injonction de réagir, de s'opposer, suscite la haine (...) »⁵¹⁶.

Certains propos nécessitent un contrôle plus poussé. C'est notamment le cas de propos beaucoup plus longs et comportant des passages mêlant différentes problématiques : islam, pratiques religieuses, pratiquants. Le juge analyse alors les propos de façon distincte.

Un arrêt⁵¹⁷ rendu suite à des propos pamphlétaires publiés sur internet illustre bien la distinction entre la critique d'une religion et l'incitation à la haine, à la discrimination ou à la violence à l'égard d'un groupe de personnes à raison de leur religion. Deux séries de propos peuvent être évoquées. Dans la première série de propos, l'auteur fait un rêve dans lequel la liberté de pratiquer sa religion est interdite et la liberté de conscience protégée : une commission d'enquête parlementaire sur la comptabilité de l'islam et de la République prouve que l'islam n'est pas une simple religion mais un système politique d'essence totalitaire mettant en danger notamment la démocratie, l'égalité, la liberté d'expression. Les gouvernants ont donc voté une loi interdisant la pratique de l'islam sur notre sol, la vente du Coran et son enseignement, mais ont garanti « bien entendu », la liberté de croire en Dieu. En l'espèce, en dépit de « termes volontiers polémiques et assurément de nature à heurter la sensibilité des membres de la communauté musulmane », d'une « opinion sur l'islam extrêmement négative, considérant qu'il s'agit d'une confession dangereuse », les propos ont « pour objet principal la critique de l'islam en tant que religion ». La position de la Cour est claire : « la seule expression de jugements de valeur portés sur une religion, même très négatifs, ne saurait constituer une provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard des adeptes de cette religion, un tel délit supposant spécifiquement un acte positif d'incitation au rejet, non d'une religion, mais bien d'un groupe de personnes déterminé ; que, de même, lorsque le texte fait état, dans un futur imaginaire, du vote d'une loi interdisant la pratique de l'islam, tout en garantissant la liberté de croire, il faut constater

⁵¹⁶ Cass. crim., 5 octobre 1999, req. n° 97-85.708.

⁵¹⁷ Cass. crim., 28 mars 2017, req. n° 15-87.415.

que reste uniquement mise en cause la religion en tant que telle ; qu'au regard de ces éléments, le délit poursuivi n'est pas suffisamment établi s'agissant de ce premier passage ».

En revanche, dans la deuxième série de propos, l'auteur écrit : « Les musulmans, qu'ils soient Français ou pas, auront donc le choix. S'ils veulent rester en France, ils seront dans un pays où disparaîtra toute visibilité de l'islam, le voile, le kami, l'abattage rituel, les boucheries halal, les prénoms musulmans, les mosquées... Les nés-musulmans pourront alors librement abdiquer l'islam et devenir apostats ou pratiquer leur culte de façon totalement privée, chez eux, sans en faire état. Si cela ne leur convenait pas, ils auraient le droit de gagner un des 57 pays musulmans de la planète où règne la charia ». L'auteur développe une thèse relative à l'interdiction de l'islam dans un futur imaginaire, en précisant son propos de manière beaucoup plus détaillée sur le sort réservé aux musulmans. La Cour relève alors plusieurs éléments : tous les musulmans sont visés et sont appelés à ne plus pratiquer leur religion ou à partir. En l'espèce, la Cour d'appel juge que le délit de provocation à la discrimination raciale à l'égard de la communauté musulmane est établi. Les propos visent en effet directement un groupe de personnes à raison de leur religion : « les juges relèvent que le texte incriminé constitue une stigmatisation généralisée des musulmans, et non de certains d'entre eux, et ne peut être analysé comme la seule critique de la religion musulmane, dès lors qu'il impute aux musulmans diverses déviances les conduisant à des pratiques perverses et des comportements criminels, contraires à la dignité humaine, de nature à provoquer à leur égard un rejet violent et à favoriser à leur encontre les réactions les plus haineuses ».

À travers ces trois exemples – la critique d'un tract politique, la critique d'une pratique religieuse, un pamphlet sur l'interdiction de l'islam et le sort réservé à ses adeptes – la distinction entre islam et musulmans est claire, bien qu'elle requière un degré d'appréciation plus ou moins élevé en fonction du contenu des propos.

B. L'impossible qualification de « groupe de personnes à raison de leur religion » pour les propos ne visant qu'une partie du groupe

Pour entrer dans le cadre de l'infraction prévue par l'article 24 alinéa 7 de la loi de 1881, les propos doivent viser l'ensemble de la communauté et pas une partie de celle-ci. Cette position est constante. Ainsi, pour des propos se rapportant à la disparition fantasmée de la visibilité de l'islam (voile, abattage rituel, boucheries halal, prénoms musulmans, mosquées), les juges notent que « ces manifestations culturelles ne concernent pas que les musulmans extrémistes mais l'ensemble de la communauté pratiquante »⁵¹⁸.

Dans le même sens, plusieurs arrêts se rapportent à des propos assimilant les musulmans à une menace, à des envahisseurs⁵¹⁹ : le groupe est constitué dès lors que les propos visent la totalité des musulmans. C'est le cas lorsque des critiques formulées à l'égard

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ De longue date, les immigrés peuvent également être considérés comme un groupe de personnes lorsqu'ils sont visés à raison de leur non-appartenance à la communauté française, pour « leur assurer l'identité nécessaire à leur protection », Y. Mayaud, « Profession de foi électorale et provocation à la haine raciale », Crim. 24 juin 1997 (Bull. Crim., n° 253), RSC 1998, p. 102.

de l'égorgement des animaux sont accompagnées de ce type de propos. Dès 1999⁵²⁰, les juges considèrent que des propos dépassant le cadre d'une critique légitime des conditions d'égorgement des animaux et présentant les Français « comme humiliés par le refus quotidien du 'respect et de l'estime' » sont incités à des réactions de rejet « de la population musulmane, visée dans son ensemble ». La communauté religieuse n'est alors pas présentée comme ayant un comportement critiquable dans une circonstance déterminée mais bien comme « menaçante de par sa présence même en France ». L'année suivante⁵²¹, des propos faisant suite à un paragraphe consacré à l'abattage rituel des moutons en France indiquent : « On égorge femmes, enfants, nos moines, nos fonctionnaires, nos touristes et nos moutons, on nous égorgera un jour et nous l'aurons bien mérité. La France musulmane avec une Marianne maghrébine pourquoi pas, au point où on en est » – ce qui évoque directement la menace vitale que ferait peser sur les Français l'ensemble de la communauté musulmane (on nous égorgera un jour) et les invite à réagir en sous entendant que par leur passivité « ils l'ont bien mérité », « de tels propos ne peuvent que provoquer une réaction de haine à l'égard de l'ensemble d'une communauté dont les membres sont présentés comme des envahisseurs et des égorgeurs et constituent le délit de provocation à la discrimination et à la haine raciale ».

Les propos litigieux plus récents ayant donné lieu à de la jurisprudence désignent également les musulmans comme violents, envahisseurs, néo-colonisateurs, des propos désormais mis sous la bannière du « grand remplacement »⁵²². Ces affirmations ne relèvent pas de critiques contre certaines pratiques religieuses comme l'égorgement des animaux mais s'inscrivent – ou prétendent s'inscrire – dans un débat sur l'immigration. Dans un arrêt rendu le 20 septembre 2016⁵²³, la Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel et juge que les déclarations, au prétexte d'un débat légitime sur les conséquences de l'immigration et la place de l'islam en France, assimilaient tous les membres du groupe visé au grand banditisme et au crime organisé, et visaient donc « l'ensemble des immigrés de religion musulmane ».

Deux autres arrêts se rapportent à des allégations dont l'objet est similaire, c'est-à-dire qu'ils alertent sur un danger, mais ne concernent cette fois-ci qu'une partie, qu'un groupe de la communauté musulmane et non la totalité des musulmans. Un arrêt rendu le 14 mai 2002⁵²⁴ montre la nécessité, pour le juge, d'analyser l'intégralité des propos pour se prononcer sur le groupe visé. D'un côté, un paragraphe vise les commerçants extra européens, « profiteurs prospérant grâce aux aides publiques qui leur sont distribuées au détriment des français de souche » – c'est donc bien un groupe de personne qui est visé par l'article. En revanche, le paragraphe suivant affine la pensée de l'auteur et « ne laisse pas de doute sur la nature du groupe visé par l'article ». Ce paragraphe concerne le groupe pris dans sa généralité, « composé d'une population de confession musulmane, constituant un danger pour les autochtones qui se retrouvent colonisés et martyrisés sur leur sol ».

⁵²⁰ Cass. crim., 5 octobre 1999, req. n° 97-85.708.

⁵²¹ Cass. crim., 25 janvier 2000, req. n° 98-87.278.

⁵²² Concept théorisé par Renaud Camus qui a désormais pénétré les discours politiques et médiatiques.

⁵²³ Cass. crim., 20 septembre 2016, req. n° 15-83.070.

⁵²⁴ Cass. crim., 14 mai 2002, req. n° 01-85.482.

En revanche, dans un arrêt rendu le 28 mars 2017⁵²⁵, seuls les extrémistes sont visés par les propos litigieux : « Bien sûr, il y aura contestations, émeutes et même menaces terroristes. Le pouvoir y mettra fin grâce à sa détermination sans faille, et, s'il faut sacrifier quelques extrémistes pour redonner à 65 millions d'habitants paix et protection, il faudra faire savoir que l'armée, dépêchée à chaque menace, n'hésitera pas à tirer dans le tas. C'est terrible, mais il n'y aura pas d'autre solution pour calmer le jeu et imposer notre loi ». Les juges notent qu' « il est indubitable que ce paragraphe préconise l'usage de la violence pour réprimer les manifestations attendues, ce qui peut apparaître particulièrement choquant ; que pour autant, le délit en cause suppose que soit visée la totalité de la communauté musulmane ; qu'or, ce passage fait référence aux 'quelques extrémistes', ce qui ne permet pas de considérer qu'est visée la totalité de la communauté musulmane », les propos ne peuvent donc être considérés comme constitutifs de l'infraction poursuivie.

À titre de comparaison, cette distinction entre les propos visant une partie d'un groupe ou la totalité de celui-ci est tout à fait semblable concernant la communauté juive. Ainsi, faut-il distinguer les juifs dans leur ensemble des nationaux israéliens religieux soutenant des mesures discriminatoires⁵²⁶ de même qu'il faut distinguer les juifs du CRIF qui est « une institution à laquelle le peuple juif en son entier ne peut être assimilé » de même que la référence au sionisme qui « ne peut, à elle seule, viser la communauté juive dans son ensemble »⁵²⁷. En revanche, parler des juifs comme de « prédateurs migrants » ou du « pouvoir juif » qui souhaite une guerre civile destructrice vise l'ensemble des personnes d'origine juive⁵²⁸. Enfin, prêter à la communauté juive des visées suprémacistes destinées à permettre le remplacement physique des européens revient à susciter dans l'esprit des lecteurs l'existence d'un complot les vouant à la disparition et désigne la communauté juive⁵²⁹. Du reste, il est assez évident que le champ lexical mobilisé pour désigner ces groupes de personnes à raison de leur religion (juifs et musulmans) est assez similaire.

Désormais, la notion de « grand remplacement » est utilisée dans le débat public français aux heures de grande antenne, sans susciter d'émotions particulières. Ces propos, souvent tenus au prétexte de débats sur l'immigration et créant ainsi une confusion entre musulmans et étrangers, font aujourd'hui partie de la scène médiatique et politique. Ce phénomène, étudié et dénoncé par d'autres disciplines⁵³⁰, met nécessairement la jurisprudence à l'épreuve.

⁵²⁵ Cass. crim., 28 mars 2017, req. n° 15-87.415.

⁵²⁶ Tribunal judiciaire de Paris, 7 septembre 2021, *Avocats sans frontières c. Bernhard W*, req. n° 19073000771.

⁵²⁷ CA de Paris, 19 mai 2021, *Liera et a. c. Alain Soral*, req. n° 20/06191.

⁵²⁸ *Ibid.* Idem pour l'utilisation de l'expression « nomades errants » qui fait référence à un certain imaginaire collectif représentant les juifs comme avides et comploteurs, TGI de Paris, 10 février 2016, req. n° 14-09.2000675.

⁵²⁹ Cass. crim., 22 juin 2010, req. n° 10-82.337 ; idem pour le directeur de publication d'un journal et auteur d'un article qui écrit que « nous vivons en pleine tyrannie juive », expression condamnée car incitation au rejet des juifs dans leur ensemble, TGI de Paris, 4 décembre 2014, req. n° 14024000423.

⁵³⁰ F. Heran, « 'Migrations de remplacement', ou la lecture complotiste des projections démographiques », in F. Heran (dir.), *Avec l'immigration. Mesurer, débattre, agir, Paris, La Découverte*, 2017, p. 232-239 ; N. Lebourg, « Le Grand remplacement », in N. Mayer, A. Policar, P. Corcuff (dir.), *Les mots qui fâchent - Contre le maccarthysme intellectuel*, L'aube Eds De, 2022, pp. 45-50.

Partie II – Une jurisprudence à l’épreuve d’une diffusion accrue des propos publics tendancieux

Si la provocation, élément matériel de l’infraction, a connu des revirements jurisprudentiels successifs, son interprétation est désormais stable : seuls les propos contenant une exhortation, une invitation à la haine, à la discrimination ou à la violence entrent dans le champ d’application de l’article 24 alinéa 7 de la loi de 1881. Cette position, conforme au principe d’interprétation stricte de la loi pénale, peut toutefois être discutée – la limite entre dénoncer une situation de fait (supposée) et inciter à la haine, à la discrimination ou à la violence étant souvent difficile à déceler (A). En outre, le temps du droit apparaît bien éloigné de la réception du droit au sein de la société civile, dans laquelle le flux de propos provoquant une hostilité, un rejet à l’égard d’un groupe de personnes, entraîne indéniablement des problèmes en termes de cohésion sociale (B).

A. L’interprétation désormais stricte de la « provocation » : l’impossible condamnation des propos conduisant à une hostilité envers un groupe de personnes à raison de leur religion

La provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence doit être caractérisée pour constituer le délit. L’interprétation de cet élément matériel de l’infraction a connu plusieurs revirements jurisprudentiels⁵³¹ : la juridiction judiciaire est successivement passée d’une interprétation large de la « provocation », permettant ainsi de sanctionner les propos faisant naître un sentiment d’hostilité, de rejet ou de haine⁵³², à une interprétation stricte, permettant alors de ne sanctionner que les propos qui exhortent, invitent, même implicitement, à la haine, discrimination ou violence.

L’étude de la jurisprudence de la Cour de cassation relative au délit de provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence à l’égard d’un groupe de personne à raison de leur religion permet de dégager, de façon schématique, deux types de propos tenus à l’égard des musulmans. D’une part, les propos leur imputant la violence : affirmer que les musulmans sont responsables du développement de la délinquance et de l’insécurité dans une commune⁵³³ ou assimiler les immigrés de religion musulmane au grand banditisme et au crime organisé⁵³⁴. D’autre part, les propos assimilant les musulmans à des envahisseurs, la communauté musulmane étant alors présentée comme croissante et représentant une menace⁵³⁵. Ces propos, souvent tenus au prétexte d’un débat sur l’immigration, étaient considérés comme provoquant un sentiment d’hostilité à l’égard des musulmans et entraînaient, par ce biais, dans le champ de l’article 24 alinéa 7 de la loi de 1881. C’est donc l’interprétation large de la provocation, élément constitutif de l’infraction, qui permettait de caractériser l’infraction. Toutefois, la Cour de cassation alternait entre cette interprétation large et une interprétation plus stricte de la

⁵³¹ Pour le détail des revirements jurisprudentiels successifs, de l’interprétation stricte à l’interprétation large, v. C. Bigot, « Chapitre 326 – Manifestations d’opinions prohibées », op. cit., p. 313 et s.

⁵³² Ce qui conduit selon certains auteurs à un risque de dérive vers le délit d’opinion, *ibid.*, p. 315.

⁵³³ Cass. crim., 17 mars 2015, req. n° 13-87.922.

⁵³⁴ Cass. crim., 20 septembre 2016, req. n° 15-83.070.

⁵³⁵ Cass. crim., 3 février 2009, req. n° 06-83.063.

« provocation », créant selon plusieurs auteurs une insécurité juridique⁵³⁶ qui faisait de la provocation un élément constitutif « insaisissable »⁵³⁷. L'interprétation large a finalement été abandonnée par la Cour de cassation en 2017⁵³⁸, retenant depuis une interprétation stricte désormais pérenne.

L'arrêt rendu le 7 juin 2017, de par la différence de position de la Cour d'appel et de la Cour de cassation, est particulièrement éclairant pour rendre compte du champ d'application désormais plus restreint de l'article 24 alinéa 7.

En l'espèce, les juges du fond retiennent que l'expression « l'invasion qu'on cache » sur une couverture de magazine se rapporte non pas aux naturalisations massives en général mais aux naturalisations de personnes de confession musulmane « puisqu'il est fait précisément référence à 'l'islam', sans qu'aucune autre communauté provenant de l'immigration susceptible d'être naturalisée, ne soit visée, ainsi qu'au 'poids des musulmans qui n'a cessé d'augmenter' ». Les juges du fond rappellent ainsi que « s'il relève certes de la liberté d'opinion de critiquer la politique gouvernementale de naturalisation, en lui reprochant, notamment, d'être massive et de répondre à des visées électoralistes, présenter les personnes de confession musulmane naturalisées ou susceptibles de l'être comme des envahisseurs, et représentant un danger d'autant plus grand pour les citoyens que cette invasion est dissimulée, suscite nécessairement chez le lecteur (...) un sentiment d'hostilité et de rejet à l'égard de cette communauté ». Cette position s'inscrit dans une continuité jurisprudentielle et reprend, peu ou prou, l'interprétation des éléments constitutifs du délit jusque là mobilisée par la juridiction judiciaire. La Cour de cassation rend une décision contraire et juge que « les propos litigieux, portant sur une question d'intérêt public relative à la politique gouvernementale de naturalisation, ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression et que, même si leur formulation peut légitimement heurter les personnes de confession musulmane, ils ne contiennent néanmoins pas d'appel ou d'exhortation à la discrimination, à la haine ou à la violence à leur égard ».

Ces propos, qui évoquent des considérations politiques relatives à l'immigration tout en créant une confusion entre musulmans et immigrés, se multiplient et ont donné lieu à plusieurs affaires. Les juges semblent distinguer, comme dans l'arrêt de 2017, d'un côté les propos qui dénoncent une prétendue invasion, et d'un autre côté des propos appelant à des réactions, exhortant à la haine, à la discrimination ou à la violence.

Ainsi, dans un arrêt rendu le 4 juin 2019⁵³⁹, la Cour de cassation doit se prononcer sur un tweet concernant la mention du grand remplacement, processus qui consisterait selon l'auteur en un remplacement, en France, du peuplement européen par des personnes originaires du Maghreb ou d'Afrique subsaharienne. La Cour juge qu'il ne peut être tenu compte des paroles ultérieures selon lesquelles les élèves des écoles n'étaient plus en grande majorité « blancs comme auparavant », ce que son auteur déplore, mais la teneur

⁵³⁶ C. Bigot, « Chapitre 326 – Manifestations d'opinions prohibées », *op. cit.*, p. 313 ; D. Roets, « La provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence en raison de l'origine, de l'appartenance ou de la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée : une incrimination insaisissable », *op. cit.*, p. 655.

⁵³⁷ D. Roets, *ibid.*, p. 643.

⁵³⁸ Cass. crim., 7 juin 2017, req. n° 16-80.322.

⁵³⁹ Cass. crim., 4 juin 2019, req. n° 18-82.742.

des propos « reste floue et imprécise pour contenir le moindre appel, même implicite, à la discrimination, à la haine ou la violence ». Concernant le passage d'une interview où le prévenu affirme que le pourcentage d'enfants musulmans dans une classe est intolérable, non pas pour ces enfants eux-mêmes mais bien pour les autres, et s'inquiète des effets de l'immigration massive sur l'identité de la France, la Cour d'appel juge que « s'exprimant sur une question d'intérêt public relative à l'immigration, il n'use pas de termes violents ni n'invite le public à combattre, haïr ou discriminer de potentiels envahisseurs, de sorte que ces propos, dont la formulation peut légitimement choquer, n'ont pas, en l'absence d'appel ou d'exhortation, même implicite, excédé les limites admissibles de la liberté d'expression ». La Cour de cassation confirme et retient l'absence d'appel ou d'exhortation, même implicite, pour ces deux passages incriminés « dès lors que, s'ils déploraient ce qu'ils présentaient comme une situation de fait, ils n'invitaient à aucune réaction particulière, sous forme de discrimination ou de violence, ni ne stigmatisaient les personnes concernées dans des conditions visant à susciter la haine à leur égard ».

En revanche, lorsque les propos dénoncent une invasion et invitent, en outre – même implicitement⁵⁴⁰ – à une réaction de la part des destinataires des propos, l'élément matériel de la provocation est caractérisé. Dans le cadre d'une interview indiquant que « nous vivons depuis trente ans une invasion, une colonisation, qui entraîne une conflagration » et « Dans d'innombrables banlieues françaises où de nombreuses jeunes filles sont voilées, c'est également l'islam, c'est également du djihad, c'est également la lutte pour islamiser un territoire qui n'est pas, qui est normalement une terre non islamisée, une terre de mécréant. C'est la même chose, c'est de l'occupation de territoire », la Cour d'appel expose que ce passage décrit les musulmans comme des envahisseurs et des colonisateurs qui « nécessitent, au moins implicitement, une résistance des populations concernées » ce qui constitue un appel au rejet et à la discrimination des musulmans en tant que tels, « l'ensemble du discours du prévenu étant axé sur l'idée que tous ne peuvent, par vocation religieuse, même lorsqu'ils ne sont pas violents, qu'être adeptes du jihad, sans se désolidariser de ceux qui se livrent à la violence au nom de leur foi. ». Les juges ajoutent que le cinquième passage poursuivi, donnant aux musulmans « le choix entre l'islam et la France », est l'expression d'un rejet de cette communauté qui ne peut qu'appeler à l'exclusion de celle-ci en son entier. Le 17 septembre 2019, la Cour de cassation⁵⁴¹ juge que la Cour d'appel a exactement retenu que, par leur sens et leur portée, les propos incriminés, qui désignaient tous les musulmans se trouvant en France comme des envahisseurs et leur intimaient l'obligation de renoncer à leur religion ou de quitter le territoire de la République, contenaient un appel à la discrimination.

Dans le même ordre d'idées, un tract comportant les mots « islam assassin, islam dehors », contrairement à la Cour d'appel qui retient que ces 4 mots ne « permettent pas à eux seuls de considérer qu'ils viseraient l'ensemble des musulmans, plutôt que leur religion (...) », la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 16 mars 2021⁵⁴², juge qu'« en

⁵⁴⁰ Cass. crim., 14 novembre 2017, req. n° 16-84.945.

⁵⁴¹ Cass. crim., 17 septembre 2019, req. n° 18-85.299.

⁵⁴² Cass. crim., 16 mars 2021, req. n° 20-83.325.

se déterminant ainsi, et alors qu'elle a relevé que les quatre mots poursuivis étaient présentés sur fond d'un dessin représentant du sang et un poignard ainsi qu'une mosquée évoquant la religion musulmane, et présentés par un texte qui associe par un procédé oratoire, « les islamistes » et « les prétendus musulmans modérés », en parlant d'« attentat musulman », « de prétendus imams modérés qui continuent d'enseigner les versets de mort et de haine », des « impostures Islam-islamisme », en proposant d'« opérer une remigration massive de tous ceux qui préfèrent la charia aux lois de la République », d'« en terminer avec les illusions néfastes d'un prétendu Islam de France » et de « redonner du courage, de l'espoir à des peuples désespérés par l'invasion qu'on leur impose, l'islamisation qu'on leur fait subir et le Grand remplacement qu'on leur prépare », sans mieux rechercher si ces éléments extrinsèques n'étaient pas de nature à conférer aux propos poursuivis le caractère d'une exhortation à la haine ou à la violence, à l'encontre de la communauté des musulmans dans son ensemble, personnes définies par leur appartenance religieuse et présentées comme animées par un esprit de conquête, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations et n'a pas justifié sa décision.

Il semble donc y avoir, dans la jurisprudence, une distinction entre les propos dénonçant une (supposée) situation de fait et les propos dénonçant une invasion qui nécessiterait une réaction, un agissement de la part des destinataires des propos. Cette distinction comporte néanmoins des difficultés diverses. D'une part, et comme le relève Damien Roets⁵⁴³, la discrimination et la violence sont des comportements – pouvant donc être objectivement constatés lorsque la provocation est suivie d'effet – tandis que la haine, qui est un sentiment, est plus difficilement identifiable. D'autre part, le positionnement du curseur entre les propos créant un rejet, un sentiment d'hostilité à l'égard d'un groupe de personnes, et des propos provoquant à la haine, à la discrimination ou à la violence est particulièrement difficile à déceler. En effet, outre l'utilisation désormais banalisée de l'expression « grand remplacement » qu'il conviendrait pourtant d'interroger, dénoncer l'invasion ou un grand remplacement sans appeler à la haine, à la discrimination ou à la violence n'implique pas nécessairement une absence de réaction. Des tueries ont déjà eu lieu sur la base de ces théories, qu'il s'agisse de la tuerie de Christchurch ou, plus récemment, de Buffalo. Plus largement, les effets de tels propos sur la cohésion sociale sont indéniables. L'interprétation stricte de la provocation, bien que conforme à l'interprétation stricte de la loi pénale, n'est donc pas nécessairement adaptée à la réalité de la société. Le curseur ainsi fixé laisse libre cours à des théories et propos qui peuvent s'avérer dangereux. Enfin, et de façon complémentaire, d'autres critères que l'élément matériel de provocation pourraient davantage être pris en compte par la juridiction judiciaire : le statut de l'auteur des propos⁵⁴⁴ et le canal de diffusion qui a indéniablement un impact sur l'audience des propos⁵⁴⁵.

⁵⁴³ D. Roets, « La provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence en raison de l'origine, de l'appartenance ou de la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée : une incrimination insaisissable », *op. cit.*, p. 646.

⁵⁴⁴ v. notamment CourEDH, 16 juillet 2009, *Feret c. Belgique*, req. n° 15615/07 ou CourEDH, 2 septembre 2021, *Sanchez c. France*, req. n° 45581/15 : la Cour rappelle qu'un homme politique, de par sa position, a un devoir de vigilance accrue concernant les propos qu'il tient en public, mais également les propos tenus sur son mur Facebook qu'il lui revient de supprimer promptement lorsqu'ils provoquent à la haine.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

Il est à cet égard intéressant de noter qu'un pamphlet qui impute aux musulmans « diverses déviances les conduisant à des pratiques perverses et des comportements criminels (...) » exhortent à la haine contre les musulmans⁵⁴⁶ et entrent donc dans le champ d'application du délit – en dépit du peu d'audience qu'un tel pamphlet suscite – tandis que l'interview précédemment évoquée, largement retweetée et évoquant la théorie dangereuse du grand remplacement, ne remplit pas le caractère de la provocation et n'entre pas dans le champ d'application du délit. Or il est indéniable que son impact, en termes d'audience, est bien plus important à l'échelle de la société.

En tout état de cause, ces critères échappent au justiciable qui ne maîtrise pas nécessairement toutes ces nuances. La pénalisation de ce type de propos est en réalité insuffisante pour contrer les idéologies dangereuses.

B. Une interprétation stricte conforme au principe de légalité mais posant d'indéniables problèmes en termes de cohésion sociale

La provocation se définit littéralement comme le fait d'inciter, de pousser une personne à commettre une action⁵⁴⁷. En d'autres termes, la provocation peut être définie comme le « fait (intentionnel) de pousser autrui à commettre » une action ou encore comme un « fait (causal) d'avoir déterminé une personne à réagir »⁵⁴⁸. Dès lors, l'argument selon lequel l'interprétation stricte de la « provocation » par la juridiction judiciaire est plus conforme au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale⁵⁴⁹ est difficilement réfutable. En effet, créer chez l'auditeur ou le lecteur un sentiment d'hostilité ou de rejet d'un groupe de personnes en raison de leur religion ne peut être rattaché à la « provocation » ainsi définie que de façon très indirecte. Pour autant, le dispositif pénal n'est pas figé, les infractions prévues par la loi devant évoluer en même temps que la société. Sur le terrain de la loi pénale, il serait possible, par exemple, de condamner les propos publics suscitant un sentiment d'hostilité ou de rejet (l'équivalent de l'interprétation *lato sensu* de la provocation)⁵⁵⁰.

Un tel durcissement du droit pénal en matière de liberté d'expression serait, du reste, conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après CourEDH). En effet, les propos dont il est question ne se limitent pas à « heurte [r], choque [r] ou inquiète [r] l'État ou une fraction quelconque de la population »⁵⁵¹ mais suscitent un sentiment d'hostilité, de rejet de l'autre. Or, la pénalisation de tels propos,

⁵⁴⁶ Cass. crim., 19 juin 2018, req. n° 17-86.604.

⁵⁴⁷ <https://www.larousse.fr/>

⁵⁴⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2000.

⁵⁴⁹ C. Bigot, « Chapitre 326 – Manifestations d'opinions prohibées », *op. cit.*

⁵⁵⁰ D. Roets préconise quant à lui de condamner la diffusion publique d'écrits ou de propos manifestement racistes et/ou xénophobes, D. Roets, « La provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence en raison de l'origine, de l'appartenance ou de la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée : une incrimination insaisissable », *op. cit.*, p. 655. La diffusion de propos qui essentialisent certains groupes de personnes en leur assignant des caractéristiques qui leur seraient inhérentes, groupes auxquels il conviendrait d'ajouter les groupes mentionnés aux alinéas 7 et 8 de l'article 24 de la loi de 1881, seraient alors condamnés (infraction-obstacle).

⁵⁵¹ CourEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, §49.

autrefois à travers l'interprétation *lato sensu* de la « provocation » prévue à l'article 24 alinéa 7 du Code pénal, avait déjà été déclarée conforme à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après Conv. EDH) dans l'arrêt *Soulas contre France*⁵⁵². En l'espèce, les requérants avaient publié un ouvrage intitulé « La colonisation de l'Europe » sous-titré « Discours vrai sur l'immigration et l'islam » et condamnés par les juridictions françaises pour délit de provocation à la haine et à la violence à l'égard des communautés musulmanes d'origine maghrébine et de l'Afrique sub-maghrébine. La CourEDH a conclu à la non-violation de l'article 10 de la Convention, jugeant que les propos renvoyaient une « image négative des communautés visées » (§41) et « avaient pour objet de provoquer chez les lecteurs un sentiment de rejet et d'antagonisme, accru par l'emprunt au langage militaire, à l'égard des communautés visées, désignées comme l'ennemi principal, et d'amener les lecteurs à partager la solution préconisée par l'auteur, celle d'une guerre de reconquête ethnique » (§43).

Si en l'espèce les propos litigieux étaient teintés d'un langage militaire, les arrêts *Féret contre Belgique*⁵⁵³ et *Le Pen contre France*⁵⁵⁴, rendus respectivement en 2009 et 2010, sont encore plus explicites puisque dénués de cette terminologie militaire. Dans le premier arrêt, la requête concerne des tracts distribués lors de la campagne électorale belge d'un député et président d'un parti politique d'extrême droite. Le message de ces tracts était de « s'opposer à l'islamisation de la Belgique », d'« interrompre la politique de pseudo-intégration », et de « renvoyer les chômeurs extra-européens » - ce qui rappelle, du reste, les nombreuses déclarations entendues lors de la campagne présidentielle française de 2022. La Cour a conclu à la non-violation de l'article 10 de la Convention, le discours du requérant risquant « inévitablement de susciter, particulièrement parmi le public le moins averti, des sentiments de mépris, de rejet, voire de haine à l'égard des étrangers » (§69). La condamnation du requérant était en outre justifiée pour protéger l'ordre public et les droits d'autrui, en l'espèce ceux de la communauté immigrée (§78).

Le second arrêt a trait aux propos tenus par le président, à l'époque, du parti politique français Front national dans un entretien au quotidien *Le Monde* dans lequel il affirmait notamment que « le jour où nous aurons non plus 5 millions, mais 25 millions de musulmans, ce seront eux qui commanderont ». Bien que les propos se soient inscrits dans le cadre d'un débat d'intérêt général relatif aux problèmes liés à l'installation et à l'intégration des immigrés dans les pays d'accueil, les États disposant donc d'une marge d'appréciation pour apprécier la nécessité des ingérences, la Cour déclare la requête de l'auteur des propos irrecevable : elle juge que les propos du requérant étaient susceptibles de donner « une image inquiétante de la communauté musulmane dans son ensemble, pouvant susciter un sentiment de rejet et d'hostilité ». Il opposait, d'une part, les Français et, d'autre part, une communauté dont l'appartenance religieuse était expressément mentionnée et dont la forte croissance était présentée comme une menace, déjà présente, pour la dignité et la sécurité des Français. Plus récemment, la CourEDH

⁵⁵² CourEDH, 10 octobre 2008, *Soulas et a. c. France*, req. n° 15948/03.

⁵⁵³ CourEDH, 16 juillet 2009, *Féret c. Belgique*, req. n° 15615/07.

⁵⁵⁴ CourEDH, 20 avril 2010, *Lepen c. France*, req. n° 18788/09.

a également rejoint la position des juridictions françaises dans l'arrêt *Sanchez contre France*⁵⁵⁵ en considérant que les propos assimilant les personnes de confession musulmane avec la délinquance et l'insécurité, tendent à susciter un fort sentiment de rejet et d'hostilité envers ce groupe.

Ainsi, la pénalisation de propos suscitant un sentiment d'hostilité ou de rejet à l'égard d'un groupe de personnes serait conforme à l'article 10 de la Conv. EDH, que cette pénalisation soit le fruit d'une interprétation *lato sensu* de la « provocation » par les juridictions ou, *a fortiori*, qu'elle soit directement prévue par la loi. Du reste, la jurisprudence de la CourEDH laisse, en matière de liberté d'expression, une large marge d'appréciation aux Etats – allant jusqu'à admettre la répression de certaines formes de blasphème⁵⁵⁶. En droit interne, il ne s'agirait en aucun cas de réprimer le blasphème mais d'adapter la législation à l'évolution des propos tenus en public et créant un sentiment de rejet et d'hostilité à l'égard de certains groupes de personnes.

La jurisprudence de la CourEDH, au-delà de la conformité du dispositif pénal français à l'article 10 de la Convention, rappelle le soubassement axiologique de la liberté d'expression. L'exercice de cette liberté est indétachable des valeurs qui sous-tendent la Convention. La liberté d'expression est notamment nécessaire pour garantir le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique⁵⁵⁷. Le respect de l'égalité de tous les êtres humains est également rappelé par la Cour⁵⁵⁸, une notion absente de la jurisprudence judiciaire et pourtant au cœur d'une société apaisée.

Néanmoins, aucun dispositif pénal ne serait efficace sans un véritable investissement dans l'éducation, un outil préventif de première importance. Le problème réside peut-être davantage dans le manque de mesures complémentaires efficaces, sur le terrain de la pédagogie et de la sensibilisation : l'analyse stricte du droit positif semble être anecdotique au regard de l'ampleur des discours de haine ; ampleur qui a conduit le Haut-Commissariat des Nations-Unies pour les droits de l'Homme à créer la première Journée internationale de la lutte contre les discours de haine⁵⁵⁹ en juin dernier.

La résurgence du problème de la haine de l'autre et le nécessaire travail de sensibilisation à ces questions sont également soulignés par les nombreux textes de droit souple des institutions européennes⁵⁶⁰, qui rappellent la lourde histoire du continent européen et le caractère progressif des idéologies qui incitent à la haine puis à la violence

⁵⁵⁵ CourEDH, 2 septembre 2021, *Sanchez c. France*, req. n° 45581/15 ; v. notamment : T. Besse, « Sur les réseaux, prière de tenir vos chiens en laisse (et correctement muselés) », in *Legipresse* 2021, p. 605.

⁵⁵⁶ CourEDH, 25 octobre 2018, *E.S. c. Autriche*, req. n° 38450/12.

⁵⁵⁷ CourEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, op. cit., §49 ; v. également CourEDH, 6 juillet 2006, *Erbakan c. Turquie*, req. n° 59405/00, § 56.

⁵⁵⁸ CourEDH, *Erbakan c. Turquie*, *ibid.*

⁵⁵⁹ <https://unric.org/fr/vers-une-approche-globale-de-la-lutte-contre-les-discours-de-haine/>

⁵⁶⁰ C. Denizeau fait état des différents rapports, communications, fiches thématiques des institutions européennes qui ont conscience de cette résurgence des discours de haine qu'il faut combattre pour préserver la paix et la démocratie en Europe, C. Denizeau, « L'Europe face aux discours de haine », in *Revue générale du droit, Etudes et réflexions* 2015, n° 11, p37.

envers des groupes de personnes déterminés⁵⁶¹. Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne se sont en effet construits « en réaction contre les crimes fascistes, qui, avant d'être perpétrés, étaient inscrits dans des discours idéologiques »⁵⁶².

Au niveau national, il serait donc pragmatique d'agir à deux niveaux : poursuivre l'évolution de la législation actuelle – des dispositions de lutte contre la haine en ligne ont par exemple été adoptées récemment⁵⁶³ – et investir plus largement la sensibilisation à ces questions, la mise à distance des propos tenus aux heures de grandes antennes et sur les réseaux sociaux, un seuil minimal de connaissances étant primordial pour garantir l'exercice pacifié et commun des libertés fondamentales.

⁵⁶¹ V. notamment CNCDH, *La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie, Rapport, La Documentation française*, 2020, p. 271 et s. qui met en exergue le lien entre discours médiatiques au contenu fortement éditorialisé et effets concrets.

⁵⁶² C. Denizeau, « L'Europe face aux discours de haine », *op. cit.*

⁵⁶³ Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, art. 36-48.

DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

| | |
|--|-----|
| N. Mavronicola, The Future is a Foreign Country : State (In)Action on Climate Change and the Right against Torture and Ill-Treatment | 211 |
| T. Larrouturou, One Year of French Single Judge Decisions Before the European Court of Human Rights | 238 |
| L. Benezech, Les droits fondamentaux face à la violence | 252 |

FOCUS

| | |
|--|-----|
| Stefanos Gakis, La CEDH à l'épreuve de l'invasion russe en Ukraine : l'efficacité de la protection des droits fondamentaux dans le cadre d'un conflit armé | 272 |
| Guillaume Dartigue, La question de la limitation du mandat présidentiel devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme : une illustration de la tension entre « démocratie et représentation » en droit international des droits humains | 285 |
| Stefan Rakic, La migration régulière sous l'angle du nouveau Pacte sur la migration et l'asile du 23 septembre 2020 | 298 |
| Lauren Bakir, Provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence à l'égard d'un groupe de personnes à raison de leur religion : le curseur fixé par la Cour de cassation pour qualifier l'infraction | 310 |