



# EUROPE DES DROITS & LIBERTÉS

---

# EUROPE OF RIGHTS & LIBERTIES

## DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

F. Benoît-Rohmer, Les droits de l'homme et le sport professionnel en Europe

V. Lopandić, De Karl Marx à Costas Douzinas : à propos de la nature paradoxale des droits de l'homme

A. Tsampi, Article 18 ECHR as a new pillar of judicial independence and separation of powers

## DIALOGUE ENTRE LES JUGES ET LA DOCTRINE SUR L'ARRÊT *ÁSTRADSSON C. ISLANDE* [GC]

Pere Pastor Villanova, L'arrêt *Ástráðsson c. Islande* [GC] ou le triomphe de l'indépendance de la justice

P. Ducoulombier, L'indépendance de la justice et la Convention européenne des droits de l'Homme

Retranscription d'un échange oral entre M. le Juge Pere Pastor Villanova et Mme la Professeure Peggy Ducoulombier autour de l'arrêt Cour EDH, *Ástráðsson c. Islande* [GC] du 1<sup>er</sup> décembre 2020, req. n°26374/18

## FOCUS

La persistance du *Strasbourg reversal* : l'affaire *Savran* à l'épreuve des philosophies des migrations

N° 7

MARS 2023 | MARCH 2023

## NOTPE ÉQUIPE | 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**

**MARS 2023**

---

**N° 7**

## Sommaire | Table of Contents

### DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

- Florence Benoît-Rohmer, Les droits de l'homme et le sport professionnel en Europe 330
- Vedran Lopandić, De Karl Marx à Costas Douzinas : à propos de la nature paradoxale des droits de l'homme 356
- Aikaterini Tsampi, Article 18 ECHR as a new pillar of judicial independence and separation of powers 369

### DIALOGUE ENTRE LES JUGES ET LA DOCTRINE SUR L'ARRÊT *ÁSTRÁÐSSON C. ISLANDE* [GC]

- Père Pastor Villanova, L'arrêt *Ástráðsson c. Islande* [GC] ou le triomphe de l'indépendance de la justice 382
- Peggy Ducoulombier, L'indépendance de la justice et la Convention européenne des droits de l'Homme 387
- Retranscription d'un échange oral entre M. le Juge Père Pastor Villanova et Mme la Professeure Peggy Ducoulombier autour de l'arrêt Cour EDH, *Ástráðsson c. Islande* [GC] du 1<sup>er</sup> décembre 2020, req. n°26374/18 399

### FOCUS

- Edoardo Stoppioni, La persistance du *Strasbourg reversal* : l'affaire *Savran* à l'épreuve des philosophies des migrations 403

# Les droits de l'homme et le sport professionnel en Europe

---

Florence Benoît-Rohmer\*

Comme le rappelle la Charte Olympique, « la pratique du sport est un droit de l'homme. Chaque individu doit avoir la possibilité de pratiquer du sport sans discrimination d'aucune sorte et dans l'esprit olympique, qui exige la compréhension mutuelle, l'esprit d'amitié, de solidarité et de fair-play ». C'est un lieu commun que de rappeler qu'il unit au-delà des différences culturelles et de renforcer les valeurs de diversité, d'égalité et de respect de l'autre et garantit l'inclusion sociale, le développement du bien-être et la protection de la santé. Mais alors que le sport est considéré comme permettant d'améliorer les relations au sein de la société, il peut être aussi la cause ou la source de violations des droits de l'Homme.

Il ne s'agit pas d'un phénomène nouveau, car, dès l'essor des compétitions internationales, l'idéal olympique a très vite été confronté au problème des manipulations politiques. Le sport a été instrumentalisé à des fins politiques pour permettre à des régimes autoritaires de s'affirmer sur la scène internationale pour blanchir leur bilan désastreux en matière de droits humains. Les jeux olympiques de Berlin de 1936 avaient servi de propagande pour le régime nazi et la RDA avait utilisé sa réussite sportive pour renforcer sa visibilité internationale, en risquant la santé de ses athlètes qu'elle dopait systématiquement et le plus souvent à leur insu. Aujourd'hui la pratique du « sportwashing » (littéralement « blanchiment par le sport ») est devenue monnaie courante et a encore été utilisée récemment par la Russie, dont les fraudes à grande échelle en matière de dopage ont fini par être révélées, ou encore par la Chine. La polémique s'est amplifiée à l'occasion de l'attribution contestée de la Coupe du monde de football au Qatar qui en a profité pour redorer son image de marque, renforcer sa reconnaissance internationale et s'affirmer vis-à-vis de ses pairs du Golfe, au détriment notamment des droits humains des travailleurs migrants chargés de construire les infrastructures sportives et de la lutte contre le réchauffement climatique.

Outre le sportwashing, l'image du sport professionnel est ternie par le développement du dopage chez les athlètes, les affaires de corruption, le trucage des appels d'offres pour les grandes manifestations sportives, les paris illégaux et l'exploitation des êtres humains ou le trafic de jeunes athlètes. La violence s'est emparée des stades et met en jeu la sécurité des supporters des équipes qui sont négativement touchés par des mesures restrictives de leurs droits pour assurer leur sécurité. Enfin, les enjeux économiques colossaux engendrés par le sport entrent souvent en conflit avec les engagements en matière de droits de l'homme, moral ou écologique.

---

\* Professeur émérite de l'Université de Strasbourg ; Professeur invité au Collège d'Europe de Bruges.

La responsabilité des organisations sportives est souvent mise en cause car il leur revient, au nom de l'autonomie qui leur est reconnue en raison de la spécificité des activités sportives et de leur statut d'organisme privé, de déterminer leur organisation, notamment les règles encadrant les compétitions sportives et la promotion de leurs sports respectifs. L'intervention de l'État n'est pas jugée opportune car les règles sportives répondent à une rationalité spécifique que seules les organisations sportives maîtrisent<sup>1</sup>. Néanmoins, elles doivent comme toute organisation privée agir dans le respect des réglementations nationales ou internationales et encourent des sanctions en cas de non-respect de celles-ci, ce qui les oblige à respecter les droits de l'homme dans le cadre de leurs activités ou leurs relations commerciales et à réprimer les violations qui en résultent.

Le Conseil de l'Europe a été la première organisation européenne à s'intéresser au secteur sportif et à promouvoir un cadre européen et mondial commun pour le développement du sport fondé sur les valeurs qu'il défend, à savoir la démocratie pluraliste, la prééminence du droit, les droits de l'homme et l'éthique sportive. Il s'est dès les années 1970 donné pour mission de soutenir et conseiller les États de la grande Europe et les organisations sportives afin de « constituer une plateforme pour le développement, le suivi et la mise en œuvre de normes et de politiques pour un sport sûr, éthique et inclusif ». Pour satisfaire cette priorité, de très nombreuses recommandations sont adoptées par le Comité des ministres dont la Charte du sport pour tous de 1975 qui deviendra en 1992 la Charte européenne du sport<sup>2</sup> ou encore le Code éthique sportif<sup>3</sup> qui constituent les instruments de référence de l'Organisation dans le domaine du sport. Il se préoccupe également de phénomènes comme le dopage ou la violence des spectateurs dans le cadre des manifestations sportives ou des manipulations sportives, ce qui aboutira à quatre importantes conventions. Pour l'assister dans cette mission, le Conseil de l'Europe s'appuie sur l'action coordonnée de deux entités motrices, à savoir l'Accord Partiel Élargi sur le Sport (APES) établi en 2010 considéré comme un forum sans égal de coopération intergouvernementale et de dialogue entre les autorités publiques, les fédérations sportives et les ONG, et le secteur des Conventions dans le domaine du sport, réunies désormais au sein d'une seule entité, la Division Sport<sup>4</sup>. Il agit également en coopération étroite avec d'autres organisations

---

<sup>1</sup> Chappelet, *L'autonomie du sport en Europe*, éd. du Conseil de l'Europe, 2010.

<sup>2</sup> Recommandation CM/Rec (2021)5 sur la Charte européenne du sport révisée du 13 octobre 2021. La Charte a pour but de donner aux gouvernements des orientations dans la conception et la mise en œuvre de cadres juridiques et politiques dans le domaine du sport, qui mettent en valeur les multiples bénéfices qu'il présente sur les plans individuel et social (notamment en matière de santé, d'inclusion et d'éducation), et qui respectent et promeuvent les valeurs des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit.

<sup>3</sup> Recommandation CM/Rec (2010)9 sur le Code d'éthique sportive révisé du 16 juin 2010.

<sup>4</sup> L'APES est une plateforme qui a pour mission de faciliter les activités de coopération intergouvernementale dans le domaine du sport. Il est notamment chargé de développer des stratégies pour les politiques du sport, de définir des normes adaptées reflétant l'importance du sport dans la société moderne et de suivre l'application des recommandations du Comité des ministres concernant le sport dans les États membres de l'Accord.

internationales telles que l'ONU<sup>5</sup> et l'Union européenne ainsi qu'avec les fédérations internationales les plus importantes<sup>6</sup>.

Le Conseil de l'Europe n'a toutefois plus l'exclusivité en matière sportive car l'Union européenne est devenue avec le temps un acteur important de l'organisation du sport dans chacun de ses États membres. Faute de base juridique suffisante dans les traités pour élaborer une politique communautaire sportive, il est initialement revenu à la jurisprudence de la Cour de justice de la préciser. Elle a abordé la question du sport sous l'angle de la libre circulation des travailleurs, de la libre prestation de service et du droit de la concurrence, protégeant ainsi la liberté et les droits des sportifs face aux clubs et fédérations sportives. Avec le Traité de Lisbonne, l'Union s'est vue dotée d'une base juridique spécifique lui permettant de mener des actions destinées à appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres dans le domaine du sport. Il ne s'agit toutefois que d'une simple compétence d'appui qui ne l'autorise pas à harmoniser les dispositions réglementaires et législatives des États membres ou à adopter des actes juridiques tels que des règlements ou directives. La responsabilité du sport demeure entre les mains des États membres et des organisations sportives nationales conformément au principe de subsidiarité<sup>7</sup>. L'intégration du sport dans les politiques européennes s'exprime ainsi dans l'article 165, paragraphe 2, TFUE selon lequel l'Union contribue à la promotion des enjeux sportifs européens, tout en tenant compte de la spécificité du sport, de ses structures fondées sur le volontariat et de sa fonction sociale et éducative, autant de spécificités qui constituent ce que l'on a pu appeler le « modèle sportif européen »<sup>8</sup>.

Les deux organisations européennes œuvrent aujourd'hui de manière conjuguée, chacune dans leur domaine de compétence, pour encourager et faciliter la coopération entre les États et les fédérations sportives afin de clarifier la réglementation applicable aux activités sportives professionnelles et contribuer à l'élaboration d'un modèle sportif européen fondé sur l'équité et l'ouverture dans les compétitions sportives et la coopération entre les organismes responsables du sport, tout en protégeant les droits et libertés des sportifs et en tenant compte de la nature spécifique du sport. S'agissant plus particulièrement du sport professionnel, elles ont axé leurs priorités autour de la nécessité d'encadrer les manifestations sportives, tant pour protéger le droit des

---

<sup>5</sup> L'ONU insiste sur la contribution essentielle apportée par le sport et les grands événements sportifs à la réalisation du développement durable et de la paix dans le monde grâce à la promotion de la tolérance et du respect des autres qu'il implique. Cf. le Programme de développement durable à l'horizon 2030 de l'ONU.

<sup>6</sup> Le Conseil de l'Europe a passé des protocoles d'accord avec l'UEFA et la FIFA qui structurent et renforcent la coopération dans des domaines de la bonne gouvernance, la lutte contre la corruption, la protection et la promotion des droits de l'homme et la promotion des conventions de l'Organisation. Il a également renforcé sa coopération avec le CIO, en mettant en exergue les questions relatives aux droits des athlètes, à l'intégrité du sport et aux droits de l'homme en général.

<sup>7</sup> En l'absence d'harmonisation, chaque État membre conserve sa culture, ses particularités et sa propre organisation sportive.

<sup>8</sup> Concl. de l'avocat général Rantos, 15 décembre 2022, *European Superleague Company*, C-333/21, ECLI:EU:C:2022:993.

supporteurs à la sécurité dans les stades que pour préserver l'intégrité des compétitions sportives contre la tricherie et les risques de manipulations financières (Partie I). Elles ont aussi garanti les droits des sportifs eux même contre d'éventuelles violations de leurs droits par les organisations sportives. Certaines de ces violations ont été portées devant la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice qui ont ainsi eu l'occasion de réagir et de contribuer à l'élaboration d'une jurisprudence venant au soutien de la politique des organisations européennes (Partie II).

## **Partie I – L'encadrement des activités sportives**

Les deux organisations européennes ont voulu encadrer les manifestations sportives de manière à préserver leur intégrité. Chacune a entendu faciliter au vu de leurs compétences tant la coordination nationale entre les États et les fédérations sportives que la coopération internationale face aux manifestations de violence dans les stades et aux manipulations de compétitions sportives.

### **A. La lutte contre la violence dans les stades et le droit à la sécurité des supporters**

La catastrophe du stade du Heysel, en mai 1985, au cours de laquelle trente-neuf supporters ont péri à la suite d'exactions commises par les hooligans anglais, a ébranlé l'Europe et a révélé la nécessité de prendre d'urgence des mesures pour lutter contre la violence lors des manifestations sportives et pour garantir la sécurité des supporters ainsi que leur liberté à assister à des compétitions sportives. L'élaboration de la Convention européenne sur la violence et les débordements des spectateurs lors de manifestations sportives, et notamment de matches de football, a constitué la réponse du Conseil de l'Europe à ce besoin. L'Union a quant à elle adopté diverses mesures en matière de coopération policière et d'échange d'information policières pour identifier les auteurs de trouble. La mise en œuvre progressive de cette convention, conjuguée aux initiatives prises au sein de l'Union européenne à partir des années 2000, a permis aux Européens de réaliser des progrès considérables en matière de lutte contre le hooliganisme.

#### **1. Les conventions du Conseil de l'Europe destinées à lutter contre la violence dans les stades**

Ce n'est pas une mais deux conventions qui ont été successivement adoptées par le Conseil de l'Europe pour faire en sorte que les matches de football et les autres manifestations sportives se déroulent dans un environnement sécurisé, sûr et accueillant pour tous. La première est toutefois destinée à être remplacée à terme par la seconde. La Convention européenne sur la violence et les débordements de spectateurs lors de manifestations, sportives, notamment de matches de football, répond au besoin de renforcer la sûreté lors des manifestations sportives et invite les États Parties à coopérer entre eux et à favoriser la collaboration entre leurs organisations sportives pour prévenir, maîtriser et sanctionner la violence des spectateurs. Élaborée en un temps record à la suite de la catastrophe du Heysel, elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1985 et est

ouverte à la signature des États non-membres du Conseil de l'Europe afin de renforcer son caractère mondial. Elle engage les États Parties à prendre des mesures concrètes destinées à prévenir la violence et protéger les spectateurs contre le hooliganisme, telles que le renforcement de la coopération entre les forces de police concernées, l'identification, la poursuite, la condamnation des contrevenants et l'application de peines appropriées, le contrôle rigoureux des ventes de billets, la restriction de la vente de boissons alcoolisées ainsi que des structures appropriées pour les stades. Sur le plan international, elle appelle à la mise en place d'une véritable coopération internationale afin de repérer les fauteurs de troubles et de les exclure des stades. L'extradition de personnes reconnues coupables d'infractions violentes est à cet égard préconisée.

La Convention a mis en place un Comité permanent dont la mission principale est de veiller au respect de celle-ci par les États parties et de suivre les progrès réalisés. Des visites consultatives et d'évaluation sont organisées pour accompagner les États parties. En outre, chaque Partie soumet un rapport annuel au Comité sur les mesures qu'elle prend pour mettre en application les dispositions de la Convention. Le Comité permanent débat également de questions d'intérêt général et adopte des recommandations adressées à l'ensemble des États parties.

En décembre 2013, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, au vu d'une étude sur l'opportunité de réviser la Convention, a estimé qu'une partie de ses dispositions était devenue obsolète et qu'une trop grande priorité était donnée aux mesures de sécurité sans que soient suffisamment pris en considération certains éléments, comme la sûreté et les services d'accueil dont les effets sur le comportement des supporters et les niveaux de risques sont déterminants. Plutôt que de réviser la Convention, le Comité des ministres a décidé que devait être élaborée une nouvelle convention, la Convention sur la sécurité, la sûreté et les services lors des matches de football et autres manifestations sportives, également connue sous le nom de Convention de Saint-Denis<sup>9</sup>. Ouverte à la signature en 2016 aux États membres du Conseil de l'Europe, aux États parties à la Convention culturelle européenne et aux États non-membres ayant ratifié la première Convention, elle est aujourd'hui ratifiée par un total de 25 États<sup>10</sup>. Elle est appelée à remplacer progressivement la Convention de 1985, puisque chaque État qui ratifie la nouvelle Convention doit dénoncer l'ancienne<sup>11</sup>.

L'importance de la Convention de Saint-Denis est notable car elle est actuellement le seul instrument international contraignant qui établit une approche intégrée et fondée sur le partenariat autour de trois piliers interdépendants: la sécurité, la sûreté et les services. Alors que la Convention de 1985 prônait une approche exclusivement axée sur la violence, la nouvelle Convention insiste sur le fait que les organismes publics et privés et autres parties prenantes doivent avoir à l'esprit que la sécurité, la sûreté et la prestation

---

<sup>9</sup> Celle-ci a été ouverte à la signature depuis le 3 juillet 2016 à Saint-Denis (France), à l'occasion d'un match des quarts de finale de l'UEFA EURO 2016.

<sup>10</sup> Le seul État non-membre ayant actuellement ratifié cette Convention est la Fédération de Russie.

<sup>11</sup> Actuellement, 25 États sont parties à la Convention de Saint-Denis et 18 États parties à la Convention sur la violence des spectateurs.

de services ne peuvent être pris en considération isolément et que chacun de ces objectifs peut avoir une incidence directe sur la mise en œuvre des deux autres.

Elle prescrit à cet effet des mesures précises basées sur les normes les plus élevées en ces matières développées en Europe et prône la coopération aux niveaux international, national et local entre toutes les parties prenantes, publiques et privées, impliquées dans l'organisation de manifestations sportives, y compris la population locale et les supporters. Aux termes de la Convention, les autorités doivent notamment s'assurer que les infrastructures des enceintes sportives sont conformes aux normes et réglementations nationales et internationales pour permettre une gestion efficace de la foule et de sa sécurité et que des plans de secours et d'intervention en cas d'urgence sont établis, testés et perfectionnés au cours d'exercices conjoints réguliers. Enfin, les États s'engagent à renforcer la coopération internationale par la création d'un point de contact national d'information football (PNIF) faisant office dans chaque État de point de contact unique pour l'échange d'informations et de données à caractère personnel concernant les supporters violents et à faciliter la coopération policière entre les États. La Convention a établi un Comité (dit comité de Saint-Denis) sur la sécurité et la sûreté des événements sportifs chargés de suivre l'état du respect des engagements des Parties pris au titre de la Convention et de leur apporter soutien et des conseils politiques ciblés dans la mise en œuvre de ses dispositions<sup>12</sup>. Il constitue aujourd'hui une plateforme internationale unique en son genre pour l'échange d'expériences et de bonnes pratiques et pour le développement de la coopération internationale afin de mieux garantir la sûreté, la sécurité et les services lors des matches de football et autres manifestations sportives<sup>13</sup>. Il doit aussi veiller à ce que la protection des droits de l'homme et la lutte contre les discours de haine, le racisme et la discrimination soient dûment intégrées dans les différentes politiques sportives.

Bien qu'intervenant plus tardivement, l'Union européenne a pris des initiatives significatives, essentiellement par la voie du Conseil et du Parlement, pour lutter contre la violence dans les stades et soutenir l'action du Conseil de l'Europe dans le cadre de la coopération prévue à l'article 165 TFUE. En outre, les mesures tant générales que spécifiques concernant la coopération et l'échange d'informations policières adoptées par l'Union européenne dans le cadre de la JAI s'appliquent au domaine de la sécurité et de la sûreté lors de matches de football revêtant une dimension internationale. La décision 2002/348/JAI du Conseil du 25 avril 2002 impose à cet égard à chaque État membre de créer ou de désigner un « point national d'information "football" à caractère policier » (PNIF), institution dont s'est inspirée la Convention de Saint-Denis. La décision 2007/412/JAI du Conseil du 12 juin 2007 modifiant la décision de 2002 a ajouté des dispositions relatives à l'évaluation régulière des troubles liés au football au

---

<sup>12</sup> Les comités des deux conventions coexisteront pendant quelques années. Ils se réunissent l'un à la suite de l'autre, deux fois par an. Un groupe de coordination a été créé pour veiller à ce que leurs activités respectives se renforcent et s'alignent mutuellement.

<sup>13</sup> Ce contrôle s'effectue au travers de questionnaires annuels de suivi, de visites de suivi et de l'évaluation des grands événements sportifs – comme les Coupes du monde de la FIFA ou les Championnats d'Europe de l'UEFA. La FIFA, l'UEFA, l'Association européenne des Ligues professionnelles de football, Football Supporters Europe, Supporters Direct Europe, ainsi qu'Interpol et l'Union européenne participent à ses travaux.

niveau national et aux formulaires destinés à l'échange d'informations. Enfin, s'il n'a pas été prévu que l'Union elle-même puisse devenir partie à la Convention de Saint-Denis, celle-ci a autorisé ses États membres à la signer et à la ratifier<sup>14</sup> dans la mesure où elle contient des dispositions concernant la coopération policière et l'échange d'informations qui relèvent de sa compétence.

## 2. La protection des supporteurs par la Cour européenne des droits de l'Homme

Si les deux organisations ont pour objectif de garantir la sécurité des spectateurs dans les stades, la Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de soutenir cette politique au travers de sa jurisprudence. Celle-ci mentionne la Convention de Saint-Denis et le code sportif européen révisé, renforçant ainsi la corrélation de sa jurisprudence avec les instruments élaborés par le Conseil de l'Europe en matière sportive. Mais cette jurisprudence reste encore très modeste. Elle se fonde sur les obligations positives mises à la charge des États pour garantir la sécurité des manifestations sportives qui exigent de ceux-ci qu'ils prennent les mesures nécessaires pour prévenir les débordements des spectateurs ou qu'ils mènent une enquête officielle effective en cas de mauvais traitement ou de décès d'un individu.

Certains supporteurs maltraités par les forces de police ont ainsi pu invoquer l'article 3 de la Convention qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants. Dans l'arrêt *Hentschel et Starck c. Allemagne*<sup>15</sup>, la Cour a estimé que l'article 3 n'avait pas été violé s'agissant de deux supporteurs de football qui se plaignaient d'avoir été molestés par les forces de l'ordre après un match, estimant qu'il n'avait pas été établi au-delà de tout doute raisonnable que les événements s'étaient effectivement déroulés conformément à la description des requérants. Elle a en revanche conclu à la violation de l'article 3 de la Convention en son volet procédural en raison du caractère non effectif de l'enquête menée sur les allégations des intéressés, le déploiement de policiers casqués sans insignes d'identification et les difficultés pour l'enquête qui en ont résulté n'ayant pas été suffisamment contrebalancées par des mesures d'investigation approfondies.

La Cour s'est également prononcée dans deux autres affaires sur la conformité au regard du droit à la liberté et à la sûreté consacré à l'article 5 de la Convention, de la mise en garde à vue ou de privation de liberté pendant plusieurs heures de supporteurs pour éviter les violences lors de matches de football. Dans les deux cas elle a conclu à l'absence de violation. Dans l'arrêt *Ostendorf c. Allemagne*<sup>16</sup>, elle a jugé que la garde à vue du requérant était justifiée au regard de cette disposition en ce qu'elle avait eu pour but « de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ». Elle a estimé en particulier que cette mesure avait permis de contraindre le requérant à s'acquitter de l'obligation spécifique et concrète de s'abstenir d'organiser une bagarre entre des groupes opposés de hooligans lors d'un match de football. Dans le second arrêt rendu en grande chambre, *S., V. et A. c. Danemark*<sup>17</sup>, elle a considéré que les juges danois

---

<sup>14</sup> COM(2018) 247 final du 27 avril 2018.

<sup>15</sup> CourEDH, 9 novembre 2017, *Hentschel et Starck c. Allemagne*, n°47274/15.

<sup>16</sup> CourEDH, 7 mars 2013, *Ostendorf c. Allemagne*, n°15598/08.

<sup>17</sup> CourEDH, GC, 22 octobre 2018, *S., V. et A. c. Danemark*, n° 35553/12, 36678/12 et 36711/12.

avaient dans chaque affaire ménagé un juste équilibre entre le droit des requérants à la liberté et l'importance de prévenir le hooliganisme.

La Cour a enfin été confrontée à la question de la conformité de la dissolution par un État d'une association de supporters au regard de la liberté d'association consacrée à l'article 11 de la Convention<sup>18</sup>. L'affaire concernait deux clubs de supporters de football du Paris-Saint-Germain qui avaient été dissous à la suite d'échauffourées auxquelles certains de ses membres avaient participé et qui se terminèrent par la mort d'un supporter. Les associations requérantes soutenaient en particulier que leur dissolution avait constitué une ingérence disproportionnée dans leur droit à la liberté de réunion et d'association. La Cour a conclu à la non-violation de l'article 11 de la Convention. Prenant en considération le contexte particulier dans lequel la mesure de dissolution litigieuse avait été prise, la Cour a jugé que les autorités nationales avaient pu considérer qu'il existait un « besoin social impérieux » d'imposer des restrictions drastiques à l'égard des groupes de supporters, comme l'étaient en l'espèce les mesures litigieuses. Les mesures de dissolution étaient donc nécessaires, dans une société démocratique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime. Elle a en outre admis que l'ampleur de la marge d'appréciation en matière d'incitation à l'usage de la violence est particulièrement ample. À cet égard, et vu le contexte, la Cour a estimé que les mesures de dissolution pouvaient passer pour proportionnées au but poursuivi.

La violence n'est pas le seul fléau à s'abattre sur le sport. Le dopage, l'afflux massif d'argent, le développement rapide des paris sportifs légaux et illégaux rendu possible grâce aux progrès technologiques ont porté atteinte à l'intégrité du sport et aux droits tant des sportifs professionnels que des amateurs de paris.

## **B. La manipulation des compétitions sportives et l'intégrité sportive**

Malgré les efforts significatifs des organisations sportives pour améliorer et démocratiser leur gouvernance, le sport est de plus en plus éclaboussé par des scandales liés au dopage ou aux matchs arrangés ou truqués, au développement du marché des paris sportifs illégaux ainsi qu'à d'autres formes de corruption. De telles manipulations portent atteinte à l'intégrité des compétitions sportives en compromettant l'imprévisibilité de leurs résultats<sup>19</sup>.

### **1. La lutte contre le dopage et la protection de la santé des athlètes**

Le dopage consiste pour les sportifs à recourir à des substances ou des procédés interdits dans le but d'améliorer leurs performances et leurs résultats. La lutte contre le dopage évoque souvent la nécessité de préserver la loyauté des compétitions sportive et l'égalité des compétiteurs dans les compétitions sportives. Mais elle est également destinée à

---

<sup>18</sup> CourEDH, 27 octobre 2016, *Les « Authentiks » c. France* ; « *Supras Auteuil 91* » c. France, n° 4896/11 et 4703/1 ; voir aussi CourEDH, 7 mars 2011, *Association Nouvelle Des Boulogne Boys c. France*, n° 6468/09.

<sup>19</sup> S. Cuendet, I. Prezas, *La Donvention du Conseil de l'Europe sur la manipulation de compétitions sportives : prélude à un régime global de lutte contre un nouveau fléau des relations transnationales*, AFDI, 2014, pp. 707-730.

protéger la santé physique et mentale des sportifs car les substances ingérées peuvent entraîner des troubles du comportement, et de multiples problèmes de santé, parfois mortels, comme des arrêts du cœur ou des cancers. Comme le souligne le rapport explicatif de la Convention européenne anti-dopage, « le sport a pour but d'exalter la vie et non pas de lui faire courir des risques ».

En vertu du principe d'autonomie des organisations sportives, celles-ci sont, en étroite collaboration avec l'Agence Mondiale antidopage (AMA), seules responsables de la gestion des contrôle antidopage et de l'application de sanctions en cas de violation des règles antidopage<sup>20</sup>. Le rôle de l'Union européenne est encore peu développé en ce domaine mais devrait sur la base de l'article 164-2 du TFUE soutenir le travail de l'AMA et renforcer la coopération existante entre les organisations sportives et les autorités nationales. Le Conseil de l'Europe a été la première organisation internationale à promouvoir la lutte anti-dopage et à adopter une convention sur la question du dopage, avant même que l'UNESCO ne s'en préoccupe<sup>21</sup>.

La Convention contre le dopage a été adoptée au sein du Conseil de l'Europe le 16 novembre 1989. Elle est aujourd'hui ratifiée par tous les États membres du Conseil de l'Europe ainsi que par 6 autres États non-membres<sup>22</sup>. Instrument de référence à l'échelle européenne, elle met en avant la volonté politique des États parties de lutter contre le dopage dans le sport de manière active et coordonnée ainsi que leur souhait de renforcer leur coopération avec les organisations sportives en vue de réduire et, à terme, d'éliminer le dopage dans le sport. Si elle n'a pas pour ambition la création d'un modèle uniforme de lutte contre le dopage, elle vise néanmoins à établir un certain nombre de standards et de règlements communs, poussant les États parties à adapter leur législation. Ceux-ci s'engagent notamment à rendre plus difficile la possibilité de se procurer et d'utiliser des substances interdites telles que les stéroïdes anabolisants, à aider au financement des tests antidopage, à établir un lien entre l'application stricte des réglementations antidopage et l'octroi de subventions aux organisations sportives ainsi qu'aux sportifs et à veiller à ce que leurs organisations sportives procèdent à des contrôles antidopage réguliers tant au cours qu'en dehors des compétitions, y compris dans d'autres pays. En adoptant un cadre commun, les gouvernements agissent dans l'intérêt des athlètes qui sauront qu'ils sont soumis à la même politique et aux mêmes procédures quel que soit le pays d'où ils viennent.

---

<sup>20</sup> Les premières règles antidopage ont été en vertu du principe d'autonomie du sport initialement adoptées par le mouvement sportif et non par les États. Il est revenu au CIO d'élaborer en 1988 la première Charte contre le dopage qui est toujours en vigueur. Elle fixe des objectifs généraux aux États, et prévoit notamment qu'ils s'engagent à apporter leur aide aux fédérations sportives pour l'organisation des contrôles.

<sup>21</sup> La convention de l'UNESCO a été élaborée dans le souci de permettre à l'ensemble des États membres de l'ONU, et non pas seulement aux États membres du Conseil de l'Europe, de se doter d'un instrument de droit international public traduisant leur engagement en matière de lutte contre le dopage, et reconnaissant le rôle de l'Agence mondiale antidopage (fondation de droit suisse) et du code mondial antidopage (instrument de droit international privé).

<sup>22</sup> Il s'agit de l'Australie, du Bélarus, du Canada, de la fédération de Russie, du Maroc et de la Tunisie.

La Convention a prévu la mise en place d'un groupe de suivi, le T-DO, qui suit sa mise en œuvre et fournit une assistance ciblée aux États parties<sup>23</sup>. Il joue également un rôle actif dans l'harmonisation nationale et internationale des mesures à prendre contre le dopage.

Un protocole additionnel, entré en vigueur en 2004, et ratifié par 29 États dont deux États non-membres du Conseil de l'Europe<sup>24</sup>, a renforcé la Convention en garantissant la reconnaissance mutuelle des contrôles anti-dopage et en renforçant la mise en œuvre de la Convention par un système de contrôle obligatoire. Il améliore le mécanisme de suivi mis en place en l'assortissant d'une équipe d'évaluation chargée d'examiner le rapport national soumis au préalable par chaque Partie concernée au moyen d'une visite sur place et d'élaborer un rapport d'évaluation. En vertu du Protocole, les Parties doivent se prêter à l'évaluation, ce qui fait de la Convention contre le dopage l'une des rares conventions internationales assortie d'un système de contrôle aussi rigoureux. Il est aussi le premier instrument de droit international public qui reconnaît la compétence de l'Agence mondiale antidopage pour la réalisation des contrôles hors compétition<sup>25</sup>.

Malgré les nombreuses mesures prises, qu'elles soient répressives ou préventives, à l'échelon national, européen ou mondial, la pratique du dopage ne fait que s'amplifier et est de plus en plus difficile à déjouer. En même temps, les techniques mises en œuvre pour le détecter sont de plus en plus raffinées et performantes. Mais les conditions de contrôle auxquelles sont soumis les athlètes sont parfois ressenties par ces derniers comme une atteinte à leurs droits, droits qu'ils n'hésitent plus à invoquer devant les tribunaux qui sont de plus en plus reconnus aux sportifs, sous certaines conditions, par les cours européennes (cf. infra).

## 2. La Convention sur la manipulation des compétitions sportives et la protection des parieurs

Avec l'évolution des nouvelles technologies, les manipulations financières qui touchent les compétitions sportives se sont mondialisées et ont permis aux réseaux internationaux de criminalité organisée de s'y insérer. La menace criminelle est devenue telle que les mouvements sportifs ne peuvent plus y faire face seuls. En outre, pour les États, laisser aux organisations sportives au nom de leur autonomie le soin de se défendre contre ces phénomènes représentait un risque pour leur souveraineté. Lutter contre la

---

<sup>23</sup> Le Groupe de suivi est assisté dans son travail par quatre groupes consultatifs permanents: le Groupe consultatif sur la conformité (T-DO COMP), le Groupe consultatif sur l'éducation (T-DO ED), le Groupe consultatif sur les questions juridiques (T-DO LI) et le Groupe consultatif sur la science (T-DO SCI). Les groupes consultatifs accomplissent les tâches spécifiques qui leur sont confiées par le Groupe de suivi et rendent compte des résultats obtenus lors des réunions du Groupe.

<sup>24</sup> Protocole ratifié par 29 États dont 2 États non-membres du Conseil de l'Europe, à savoir, la Tunisie et le Bélarus.

<sup>25</sup> Le Conseil de l'Europe a également instauré le Comité ad hoc européen pour l'Agence mondiale antidopage (CAHAMA) qui doit notamment examiner les questions concernant les relations entre le Conseil de l'Europe, ses États membres et l'Agence mondiale antidopage (AMA), et élaborer, chaque fois que possible, une position commune sur ces questions et élaborer, si nécessaire, des avis à l'intention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur ces questions, y compris sur les aspects budgétaires.

cybercriminalité et les possibilités de blanchiment d'argent qu'elle offre, combattre la corruption nécessitaient donc une réponse commune et harmonisée<sup>26</sup>. C'est ce qu'ont compris les États membres du Conseil de l'Europe qui ont élaboré sous les auspices de l'organisation le premier et seul instrument juridique contraignant de droit international destiné à lutter contre la manipulation des résultats des compétitions sportives, à savoir la Convention sur la manipulation des compétitions sportives (dite Convention de Macolin). Celle-ci a été adoptée en septembre 2014 après deux années de négociations difficiles auxquelles la Commission au nom de l'Union européenne était partie prenante, et est entrée en vigueur en 2019. Afin d'apporter des réponses mondiales à ce problème, les États non-membres du Conseil de l'Europe ayant participé à son élaboration ou ayant le statut d'observateur auprès du Conseil ainsi que l'Union européenne ont été admis à devenir Parties à la Convention. Mais le nombre de ratifications reste peu élevé – huit à ce jour – et l'Union européenne ne l'a toujours pas ratifiée<sup>27</sup>, ce qui remet en question son efficacité et son influence.

Le but de la Convention de Macolin est de combattre la manipulation des compétitions sportives, afin de protéger l'intégrité du sport et l'éthique sportive, dans le respect du principe de l'autonomie du sport. La Convention ne se limite pas à la question des paris sportifs, elle concerne toutes les modifications intentionnelles et irrégulières du déroulement ou du résultat d'une compétition sportive afin de supprimer tout ou partie du caractère imprévisible de cette compétition, en vue d'obtenir un avantage indu pour soi-même ou pour d'autres. En raison de l'inadaptation des instruments internationaux existants ou de leur inapplicabilité à cette question, elle invite les gouvernements à se doter des moyens pour prévenir, détecter et sanctionner disciplinairement ou pénalement les manipulations nationales ou transnationales des compétitions sportives nationales ou internationales. Ils doivent entre autres prévenir les conflits d'intérêts et l'utilisation abusive d'informations d'initiés par les opérateurs de paris sportifs et encourager les autorités de régulation des paris sportifs à lutter contre la fraude et les paris illégaux. L'un des apports majeurs de la Convention a été d'organiser le dialogue et la coopération entre les différents acteurs impliqués dans la lutte contre la manipulation des compétitions sportives, à savoir les autorités publiques, les organisations sportives, les organisateurs de compétitions, les sportifs eux-mêmes et les opérateurs de paris. Enfin, elle propose un cadre juridique commun pour une coopération internationale efficace afin de répondre à cette menace transnationale.

---

<sup>26</sup> C. Kalb, *Mafias, Sport et paris : les liaisons dangereuses*, Reflets et perspectives de la vie économique, 2015, n°3, pages 13 à 26.

<sup>27</sup> À ce jour, trente-neuf pays ont signé la convention, dont trois pays tiers : l'Australie, le Maroc et la Russie. Cependant, seuls huit États l'ont ratifiée, à savoir trois États membres de l'Union européenne (la Grèce, l'Italie et le Portugal), et cinq autres membres du Conseil de l'Europe (l'Islande, Moldavie, la Norvège, la Suisse et l'Ukraine). S'agissant des États membres de l'Union européenne (UE), l'absence de ratification s'explique principalement par les difficultés institutionnelles liées aux conditions d'adhésion de l'Union à la Convention, ainsi que par l'absence d'accord commun due à l'opposition de Malte. En effet, ce pays oppose un refus constant à la Convention en raison de la définition du pari sportif illégal qu'elle contient qui, selon lui, dépasserait l'objet de la Convention.

Un Comité de suivi est chargé de veiller à la mise en œuvre de la Convention afin de lui assurer une assise institutionnelle. Il adresse des recommandations aux Parties concernant les mesures à prendre pour la mise en œuvre de la Convention, notamment en matière de coopération internationale ou pour améliorer la coopération opérationnelle entre les autorités publiques pertinentes, les organisations sportives et les opérateurs de paris.

La Cour de justice de l'Union européenne a, quant à elle, abordé la question des paris sportifs et de la protection des consommateurs sous l'angle très général de la liberté d'établissement et de la prestation de service dès lors que l'un des prestataires est établi dans un autre État membre que celui dans lequel le service est offert. Selon une jurisprudence constante, elle considère que les mesures qui visent à restreindre le nombre d'opérateurs de paris sportifs sur un territoire national constituent une restriction à ces deux libertés qui ne peut être justifiée que par *des raisons impérieuses d'intérêt général, tels que les objectifs de protection des consommateurs, de prévention de la fraude et de l'incitation des citoyens à une dépense excessive liée au jeu, ainsi que de prévention des troubles à l'ordre social en général*<sup>28</sup>. En outre, ces mesures restrictives doivent être appliquées de façon non discriminatoire et être proportionnées à l'objectif poursuivi. Il appartient aux autorités nationales d'apprécier si, dans le contexte du but poursuivi, il est nécessaire d'interdire totalement ou partiellement des activités de cette nature ou seulement de les restreindre et de prévoir à cet effet des modalités de contrôle plus ou moins strictes. Elle a ainsi pu considérer dans l'arrêt *Placanica*<sup>29</sup> qu'un système de concession peut constituer un mécanisme efficace permettant de contrôler les opérateurs actifs dans le secteur des jeux de hasard, afin de prévenir l'exploitation de ces derniers à des fins criminelles ou frauduleuses.

## **Partie II – La reconnaissance encore balbutiante des droits des sportifs professionnels**

La Cour européenne a très récemment développé une jurisprudence pour protéger d'une manière générale les droits des sportifs professionnels. En effet, ces derniers n'hésitent plus à invoquer directement la Convention européenne des droits de l'homme devant les tribunaux sportifs, permettant à la Cour de connaître des violations dans le chef des droits garantis aux athlètes dans la Convention européenne des droits de l'homme. Cette jurisprudence est confortée par celle de la Cour de justice de l'Union européenne. Il s'agit toutefois de jurisprudences encore peu importantes, mais qui sont appelées se développer dans le futur.

---

<sup>28</sup> CJCE, *Placanica*, 6 mars 2007, aff. jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04 ; CJCE, *Schindler*, 24 mars 1994, aff. C-275/92 ; CJCE, *Questore di Verona c/ Diego Zenatti*, 21 octobre 1999, aff. C-67/98 ; CJCE, *Piorgiorgio Gambelli et autres*, 6 novembre 2003, aff. C-243/01.

<sup>29</sup> CJCE, *Placanica*, préc.

## A. Les droits des sportifs professionnels consacrés par la Cour européenne des droits de l'homme

Parmi les droits reconnus aux sportifs figure en premier lieu le droit à un procès équitable. Ce droit concerne la procédure utilisée devant le Tribunal arbitral sportif (TAS) dont le siège est à Lausanne mais aussi devant les autres juridictions sportives. D'autres droits ont été revendiqués devant la Cour européenne des droits de l'homme qui y répond par une jurisprudence toute en nuance, adaptée aux cas concrets. Elle reconnaît sans le mentionner explicitement le principe d'autonomie sportive à travers l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme qu'elle applique aux tribunaux arbitraux sportifs, qu'il s'agisse du TAS ou des tribunaux arbitraux nationaux. En outre, les sportifs professionnels se voient reconnaître d'autres droits de manière progressive, ceux-ci n'hésitant plus à revendiquer leurs droits devant la Cour de Strasbourg.

### 1. Le droit à un procès équitable (article 6 CEDH) et la reconnaissance implicite de l'autonomie sportive

Le droit à un procès équitable est essentiel pour les sportifs car il vise non seulement à garantir que les droits de l'homme des sportifs et de toute personne impliquée dans le sport soient respectés mais aussi à lutter contre l'arbitraire et les abus grâce à l'accès à une justice indépendante et à un procès équitable. Le Conseil de l'Europe a eu l'occasion dans la recommandation CM/Rec(2022)14 de rappeler l'importance de ce droit en ce qui concerne les procédures antidopage engagées contre un sportif ou toute autre personne physique ou morale qui aurait enfreint les règles antidopage.

Ainsi, la Cour de Strasbourg, a récemment été appelée à connaître de plusieurs affaires concernant l'application des garanties de l'article 6§1 aux juridictions sportives. Elle a rendu avec l'arrêt *Mutu et Pechstein c. Suisse*<sup>30</sup> un arrêt phare concernant le mécanisme du Tribunal arbitral sportif (TAS) mis en place pour préserver le plus possible l'autonomie et l'autogouvernance des fédérations sportives au travers d'un recours systématique à son arbitrage pour la contestation par les athlètes des décisions prises à leur égard. Elle a, au grand soulagement des organisations sportives, tenu compte de la spécificité sportive en jugeant que les procédures d'arbitrage devant le TAS offrent dans leur principe l'ensemble les garanties d'un procès équitable. Elle a surtout reconnu la pertinence d'un mécanisme d'arbitrage pour régler les litiges en matière sportive, confortant ainsi l'autonomie des fédérations sportives<sup>31</sup>. Elle indique en ce sens qu'« un mécanisme non étatique de règlement des conflits en première et/ou deuxième instance, avec une possibilité de recours, bien que limitée, devant un tribunal étatique, en dernière instance », peut constituer une solution appropriée en ce domaine. Elle note à cet égard l'intérêt certain de soumettre les différends qui naissent dans le cadre du sport

---

<sup>30</sup> CourEDH, 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, n° 40575/10 et 67474/10.

<sup>31</sup> F. Latty, « Le TAS marque des points devant la CEDH », *Jurisport*, n° 192, décembre 2018, pp. 31-36 ; Mathieu Maisonneuve, « Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes », *RDLF* 2017, chron.n°09 ([www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com)).

professionnel, notamment ceux qui comportent une dimension internationale, « à une juridiction spécialisée, qui soit à même de statuer de manière rapide et économique ». Elle ajoute que « le recours à un tribunal arbitral international unique et spécialisé facilite une certaine uniformité procédurale et renforce la sécurité juridique. Cela est d'autant plus vrai lorsque les sentences de ce tribunal peuvent faire l'objet de recours devant la juridiction suprême d'un seul pays, en l'occurrence le Tribunal fédéral suisse, qui statue par voie définitive »<sup>32</sup>.

Dans cette affaire, la Cour a été saisie par M. Mutu, un footballeur professionnel condamné à indemniser son ancien club, et par Mme Pechstein une patineuse professionnelle de vitesse condamnée pour dopage, qui contestaient le refus du Tribunal fédéral suisse d'annuler les sentences litigieuses du TAS les concernant. Leurs deux requêtes portaient sur la question de l'indépendance du TAS et en conséquence sur une éventuelle violation par la Suisse du droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre le droit à un procès équitable.

La Cour a été appelée à clarifier différents points, et d'abord celui de sa compétence. L'arrêt était d'autant plus attendu que le statut du TAS prête à discussion car le TAS n'est pas un tribunal étatique, mais émane du Conseil international de l'arbitrage en matière de sport (CIAS) qui est une fondation de droit privé. La Cour de Strasbourg s'est néanmoins reconnue compétente, considérant que la responsabilité d'un État peut être engagée au regard de la Convention lorsque ses autorités sont appelées à approuver, formellement ou tacitement, les actes des particuliers violant les droits garantis par la Convention dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction. Or tel est bien le cas, dans la mesure où la loi suisse prévoit la compétence du Tribunal fédéral suisse pour connaître de la validité des sentences du TAS, notamment en ce qui concerne la régularité de la composition de la formation arbitrale. En outre, le Tribunal fédéral a, en rejetant le recours des requérant, donné force de chose jugée dans l'ordre juridique suisse aux sentences arbitrales contestées. La Cour reconnaît en conséquence que la responsabilité de l'État défendeur, en l'occurrence la Suisse, est susceptible d'être engagée en vertu de la Convention en ce qui concerne le TAS, par application de la théorie de l'effet horizontal de la Convention qui permet à celle-ci de s'appliquer à des relations purement privées, ici entre les athlètes, d'une part, et le TAS, de l'autre. Nul doute qu'après cet arrêt, les sportifs seront incités à invoquer de manière directe – et non plus seulement indirectement – devant le TAS, non seulement l'article 6 de la

---

<sup>32</sup> L'avocat général Rantos cite dans ses conclusions sur l'affaire *International Skating Union contre Commission européenne* portée devant la cour de Justice de l'Union européenne, l'arrêt Mutu et Pechstein de la Cour européenne des droits de l'homme, pour reconnaître que le recours à un mécanisme d'arbitrage exclusif et obligatoire est une méthode généralement acceptée de règlement des différends dans le domaine sportif et que le fait de conclure une clause d'arbitrage ne restreint pas en soi-même la concurrence : « Au demeurant, la Cour européenne des droits de l'homme serait parvenue à la même conclusion, en estimant que, dans un contexte sportif, il est légitime de soumettre les litiges à un tribunal arbitral international spécialisé, comme le TAS, dans la mesure où un tel mécanisme garantit l'uniformité procédurale, la sécurité juridique ainsi que des décisions rapides et économiques, tout en reconnaissant par ailleurs l'indépendance et l'impartialité du TAS » (Concl. du 15 décembre 2022, *International Skating Union contre Commission européenne*, C-124/21, ECLI:EU:C:2022:988, §157).

Convention, mais aussi les dispositions de la Convention dont l'horizontalité n'est pas contestée<sup>33</sup>.

Quant à sa compétence *rationae materiae*, la Cour note que dans les deux requêtes, la présence d'une contestation de caractère civil au sens de la Convention ne fait aucun doute, qu'il s'agisse de la condamnation de M. Mutu à verser des dommages et intérêts au club Chelsea ou d'une procédure disciplinaire menée contre Mme Pechstein devant des organes corporatifs et dans le cadre duquel le droit de pratiquer une profession se trouve en jeu<sup>34</sup>. La Cour confirme donc sa compétence à l'égard des joueurs professionnels, mais tel ne semble pas être le cas pour les joueurs amateurs sauf en cas de litige financier. En effet, dans l'affaire *Riza Ali et autres c. Turquie*, elle a jugé irrecevables les requêtes de trois joueurs de football amateurs, dans la mesure où la procédure disciplinaire dans laquelle ils étaient engagés ne relevait pas de la détermination d'une accusation pénale au sens de l'article 6 de la Convention et où les requérants n'avaient pas apporté la preuve que le litige était d'ordre pécuniaire.

Sa compétence reconnue, la Cour de Strasbourg s'attarde longuement sur la question de la conformité du TAS au regard des exigences de l'article 6 et confirme l'indépendance du mécanisme d'arbitrage mis en place dans le cadre du TAS. Elle considère que si les parties au litige font le choix de l'arbitrage, elles optent pour un mécanisme privé en raison de ses avantages liés à sa rapidité et à son efficacité. Elles peuvent en conséquence renoncer à certaines garanties procédurales de l'article 6 § 1 qui s'imposent normalement à la justice étatique. La Cour pose néanmoins une condition pour que l'acceptation de la clause d'arbitrage vaille renonciation à tout ou partie de ces garanties procédurales: celle-ci ne doit pas être contrainte, c'est-à-dire qu'elle doit relever d'un choix « libre, licite et sans équivoque » de l'athlète. Dans le cas contraire d'une acceptation « forcée » de la clause d'arbitrage, c'est à dire imposée par la loi, la procédure d'arbitrage doit nécessairement respecter les garanties de l'article 6§1 de la Convention<sup>35</sup>. En effet le caractère obligatoire de l'arbitrage sportif requiert qu'il ne puisse exister aucun doute dans l'esprit des athlètes quant à l'indépendance structurelle du TAS vis-à-vis des fédérations sportives qui leur imposent l'arbitrage.

---

<sup>33</sup> Pour le TAS, les dispositions de la CEDH ne peuvent pas s'appliquer directement aux organisations sportives. Il reconnaît toutefois que les dispositions de la CEDH peuvent s'appliquer indirectement aux instances arbitrales et, par voie de ricochet, aux organisations sportives CF TAS 2011/A/2433 27 *Amadou Diakite c. FIFA*, sentence du 8 mars 2012 ; Mathieu Maisonneuve, « Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes », *RDLF*, 2017 chron. n°09 ([www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com)).

<sup>34</sup> La Cour relève dans la décision *Bakker c. Suisse* que l'article 6 de la Convention est applicable aux contestations relatives au retrait du droit d'exercer une profession (CourEDH, 12 septembre 2009, *Bakker c. Suisse*, n° 7198/07).

<sup>35</sup> Confirmé par CourEDH, 28 janvier 2020, *Riza Ali et autres*, n°30226/10, 17880/11, 17887/11, 17891/11 et 5506/16. Elle précise dans cet arrêt que la nature *sui generis* des litiges liés au football et les particularités du mécanisme de règlement des litiges par voie d'arbitrage ne suffisent pas à priver les requérants des protections d'un procès équitable garanties par l'article 6 § 1 de la Convention et que conformément à la jurisprudence *Mutu and Pechstein*, l'article 6 §1 de la Convention est applicable à une procédure d'arbitrage introduite par des sportifs professionnels, au moins dans le cas où leur droit à exercer leur profession est en cause.

Appliquant cette dissociation aux requérants, elle considère dans le cas de Mme Pechstein que l'acceptation de la juridiction du TAS par la requérante s'analyse comme un arbitrage « forcé », même si l'arbitrage n'a pas été imposé par la loi mais par la réglementation de l'Union internationale de patinage. En effet, le seul choix s'offrant à elle consistait soit à accepter la clause d'arbitrage pour continuer à gagner sa vie en pratiquant sa discipline au niveau professionnel, soit à la refuser et être contrainte de renoncer complètement à pratiquer sa discipline à un tel niveau. Quant à M. Mutu, s'il n'avait pas été forcé d'accepter la juridiction du TAS, il n'avait pas pour autant renoncé de manière non équivoque à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial, dans la mesure où sa demande portait précisément sur la récusation de l'arbitre choisi par le club de football de Chelsea. Aussi, pour la Cour, la procédure d'arbitrage devait dans les deux cas offrir les garanties de l'article 6 § 1 de la Convention.

La Cour avait en conséquence carte blanche pour rechercher si le TAS remplissait les conditions d'indépendance et d'impartialité exigées par l'article 6 de la Convention par rapport aux organisations sportives qu'il est conduit à juger. La position de la Cour sur cette question était très attendue pour mettre un terme aux débats doctrinaux et aux divergences d'interprétation de la part de certains juges nationaux. A l'argument tiré de l'absence d'indépendance du TAS en raison du financement de celui-ci par les instances sportives, la Cour invoque l'analogie du financement des tribunaux nationaux par les États. À celui relatif au mode de désignation des arbitres sur la liste du TAS, la Cour se dit prête à reconnaître que les organisations sportives susceptibles de s'opposer aux athlètes dans le cadre de litiges portés devant le TAS exerçaient effectivement une réelle influence dans le mécanisme de nomination des arbitres à l'époque des faits, mais que pour autant elle « ne peut pas conclure que, du seul fait de cette influence, la liste des arbitres était composée, ne serait-ce qu'en majorité, d'arbitres ne pouvant pas passer pour indépendants et impartiaux, à titre individuel, objectivement ou subjectivement, vis-à-vis de ces organisations ». La Cour renvoie à la jurisprudence du Tribunal fédéral pour lequel « le système de la liste d'arbitres satisfait aux exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité applicables aux tribunaux arbitraux et le TAS, lorsqu'il fonctionne comme instance d'appel extérieure aux fédérations internationales, s'apparente à une autorité judiciaire indépendante des parties ».

S'agissant toutefois de la question de la publicité de la procédure devant le TAS, la Cour conclut dans l'affaire Pechstein, à une violation de l'article 6§1 de la Convention en raison de l'absence d'audience publique. Elle a considéré que les questions concernant le bien-fondé d'une sanction pour dopage et débattues devant le TAS, nécessitaient la tenue d'une audience sous le contrôle du public. La Cour rappelle à cet égard « que la publicité de la procédure judiciaire constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1 de la Convention. Cette publicité protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public et constitue ainsi l'un des moyens qui contribuent à la préservation de la confiance dans les tribunaux ».

A la suite de cet arrêt, la Cour affirme que les garanties d'indépendance et d'impartialité de l'article 6 s'appliquent non seulement au TAS, mais aussi à tous les mécanismes

d'arbitrage nationaux en cas d'acceptation obligatoire de leur compétence, confirmant ainsi clairement que la procédure d'arbitrage fait bien partie de la spécificité sportive. Elle rappelle en effet dans l'arrêt *Riza Ali et autres c. Turquie* du 28 janvier 2020<sup>36</sup> que la création de tribunaux arbitraux pour régler certains litiges pécuniaires entre particuliers est conforme à la Convention dès lors qu'ils offrent les garanties appropriées. Dans cet arrêt, la Cour a conclu sur des litiges concernant un joueur professionnel et un arbitre à la violation de l'article 6§1 en raison d'un défaut d'indépendance et d'impartialité de la Fédération turque de football (TFF)<sup>37</sup>. Elle a jugé en particulier que l'organe exécutif de la TFF, le conseil d'administration, qui avait toujours été dans une large mesure composé de membres ou de cadres de clubs de football, exerçait une influence excessive sur l'organisation et le fonctionnement de la commission d'arbitrage. De plus, le règlement de la TFF ne prévoyait pas de garanties propres à protéger les membres de la commission d'arbitrage contre les pressions extérieures. Pour la Cour, les requérants avaient donc une raison légitime de douter que les membres du comité d'arbitrage, en l'absence de garanties adéquates les protégeant contre les pressions extérieures, notamment celles du conseil d'administration, aborderaient leur affaire avec l'indépendance et l'impartialité nécessaires. Enfin, notant que l'affaire avait mis en évidence un problème systémique touchant le règlement des litiges dans le milieu du football en Turquie, la Cour a indiqué, en vertu de l'article 46 de la Convention, que l'État devait prendre des mesures visant à assurer l'indépendance structurelle de la commission d'arbitrage<sup>38</sup>.

Si la question de la conformité de la procédure devant des juridictions arbitrales pouvait se poser au regard des exigences de l'article 6 de la Convention, ces dernières s'imposent à l'évidence lorsque les tribunaux nationaux sont compétents pour connaître des litiges concernant les clubs sportifs et professionnels. Tel est bien le cas du droit d'accès à un tribunal qui doit, conformément aux exigences de l'article 6 de la Convention, être conféré aux athlètes professionnels. Ainsi dans l'affaire *FC Mretebi c. Géorgie*<sup>39</sup> qui concernait des sommes importantes d'argent liées au transfert d'un joueur de football entre des clubs de football géorgiens et étrangers, la Cour a conclu à l'existence d'un déni injustifié d'accès à un tribunal et en conséquence à une violation de l'article 6 de la Convention, dans la mesure où le club requérant avait dû renoncer sous peine de faire faillite à un pourvoi en cassation car il n'avait pas pu obtenir une exonération du paiement des frais de justice devant la juridiction de cassation. Elle a relevé que la Cour suprême de Géorgie n'avait pas assuré un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt de l'État à percevoir des frais de justice d'un montant raisonnable et,

---

<sup>36</sup> L'affaire *Riza Ali et autres c. Turquie* du 28 janvier 2020 (préc.) concerne des allégations de trois footballeurs amateurs, d'un footballeur professionnel et d'un arbitre portant sur le manque d'indépendance et d'impartialité des procédures les concernant devant la Commission d'arbitrage créée au sein de la fédération turque de football.

<sup>37</sup> En ce qui concerne les 3 joueurs amateurs contre lesquels était engagée une procédure disciplinaire, la Cour a jugé leurs requêtes irrecevables dans la mesure où la procédure disciplinaire engagée contre les requérants ne relevait pas la détermination d'une accusation pénale au sens de l'article 6 de la Convention et où les requérants n'ont pas apporté la preuve que le litige était d'ordre pécuniaire.

<sup>38</sup> Voir également CourEDH, 19 mai 2021, *Sedat Dağan c. Turquie*, n° 48909/14 ; *Naki et Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği c. Turquie*, n°48924/16 et *Ibrahim Tokmak c. Turquie*, n°54540/16.

<sup>39</sup> CourEDH, 31 juillet 2007, *Mretebi c. Géorgie*, n°38736/04.

d'autre part, l'intérêt du club de football requérant à faire valoir ses prétentions en justice. La Cour a été amenée à conclure que la restriction en l'espèce était purement financière, sans rapport avec le bien-fondé de la demande ou ses perspectives de succès, ce qui appelait un examen particulièrement rigoureux dans l'intérêt de la justice.

Dans une affaire *Ali Riza* dirigée cette fois-ci contre la Suisse<sup>40</sup>, la Cour a de nouveau eu l'occasion de se prononcer sur le droit d'accès des sportifs professionnels à un tribunal. L'affaire concernait un litige opposant un joueur de football professionnel qui se plaignait d'avoir été condamné par la Fédération de Football de Turquie à payer des dommages et intérêts pour avoir quitté le Club sans préavis avant le terme de son contrat. Le joueur avait saisi le Tribunal arbitral du sport (TAS), qui se déclara incompetent, décision confirmée par le Tribunal Fédéral suisse. La Cour a considéré que la décision d'incompétence du TAS ainsi que celle du Tribunal fédéral n'étaient ni arbitraires ni manifestement déraisonnables et que la limitation au droit d'accès du requérant à un tribunal n'était pas disproportionnée au regard du but poursuivi, à savoir la bonne administration de la justice et l'effectivité des décisions judiciaires internes.

Enfin la Cour a été saisie dans l'affaire *Bakker c. Suisse*<sup>41</sup> de la question de l'accès au Tribunal fédéral suisse à l'occasion d'un appel contre une sanction prononcée par le TAS ayant eu pour effet d'interdire à vie au requérant d'exercer sa profession de cycliste en raison d'abus en matière de dopage. La Cour a déclaré la requête irrecevable car manifestement mal fondée. S'agissant du droit d'accès du requérant au Tribunal fédéral, la Cour a considéré que les motifs invoqués par le Tribunal fédéral pour fonder l'irrecevabilité du recours n'étaient pas constitutifs d'une restriction à ce droit qui soit arbitraire ou disproportionnée<sup>42</sup>. Quant au grief tiré du pouvoir restreint du Tribunal fédéral, la Cour a considéré que le requérant ne saurait se plaindre que le Tribunal fédéral ne bénéficie pas d'un plein pouvoir d'examen dans la mesure où il avait bénéficié d'un contrôle complet devant le TAS, portant aussi bien sur des questions de droit que des constatations de fait.

## 2. Les autres droits consacrés au bénéfice des sportifs professionnels

D'autres droits ont été invoqués par les athlètes devant la Cour européenne des droits de l'homme et selon les circonstances de l'affaire reconnus ou non à ceux-ci. La difficulté principale pour la Cour est de trouver dans chaque affaire une juste balance entre les droits consacrés par la Convention et les intérêts pouvant entrer en conflit avec ceux-ci, comme la sûreté et la sécurité du public, la tolérance et le respect mutuel, la nécessité de combattre les discours de haine et de violence etc... et de déterminer si les restrictions

---

<sup>40</sup> CourEDH, 13 juillet 2021, *Ali Riza c. Suisse*, n°74989/11.

<sup>41</sup> CourEDH, 12 septembre 2009, *Bakker c. la Suisse*, n°7198/07.

<sup>42</sup> En effet, pour la Cour, la règle jurisprudentielle contestée par le requérant selon laquelle le second mémoire doit être identique au premier, vise, d'une part, à éviter un surcroît de travail au Tribunal fédéral et, d'autre part, à faire en sorte que les requérants utilisent le délai imparti pour rectifier des défauts formels mais non pour améliorer la substance du mémoire du recours. La Cour s'est également ralliée à l'argument du Tribunal fédéral selon lequel le recours était voué à l'échec. Enfin, elle n'a pas jugé inappropriée ou déraisonnable la conclusion selon laquelle le recours n'avait pas satisfait aux exigences formelles du droit suisse.

imposées par les autorités à ces droits sont nécessaires dans une société démocratique et proportionnées au but poursuivi. En outre, elle fait le plus souvent bénéficier l'État mis en cause d'une large marge d'appréciation en raison du caractère très sensible des affaires qui lui sont soumises.

#### La liberté d'expression (art. 10 de la CEDH)

Traditionnellement, la liberté d'expression des sportifs est largement encadrée par les instances sportives qui considèrent que la performance sportive doit seule compter et que le sport doit rester neutre. Surtout celui-ci ne doit interférer ni avec la politique ni avec la religion, tout comme ces dernières ne doivent pas s'ingérer dans le sport. Le sport apparaît ainsi comme un espace clos que la liberté d'expression ne doit pas perturber. À cet égard, la Charte Olympique est très claire. Le deuxième point de l'article 50 mentionne qu'« aucune sorte de démonstration ou de propagande politique, religieuse ou raciale n'est autorisée dans un lieu, site ou autre emplacement olympique ».

Mais les manifestations de protestations ou de soutien à des causes politiques se multiplient pendant ou en dehors des événements sportifs, qui sont d'autant plus médiatisées que le sportif est connu du grand public. La Cour européenne des droits de l'homme n'a eu que peu d'occasions de se prononcer sur la question de la liberté d'expression des sportifs professionnels.

Les organisations sportives ont souvent tendance à restreindre la liberté d'expression des sportifs afin que ces derniers ne l'utilisent pas pour les critiquer. La Cour a ainsi été saisie de requêtes contestant sur le fondement de l'article 10 de la Convention des sanctions qui avaient été infligées aux sportifs professionnels par la commission de discipline du football professionnel de la Fédération turque de football (TFF) en raison de déclarations dans les médias ou de messages publiés ou relayés sur les réseaux sociaux ainsi que des procédures d'opposition que les requérants avaient introduites contre ces sanctions devant la Commission d'arbitrage de la fédération. Dans trois arrêts rendus le même jour, *Sedat Doğan c. Turquie*, *Naki et Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği c. Turquie* et *Ibrahim Tokmak c. Turquie*, la Cour a constaté dans chaque affaire une violation de l'article 10 de la Convention, car la motivation des sanctions disciplinaires prononcées à l'encontre des requérants attestait un défaut de mise en balance adéquate par les autorités turques entre la liberté d'expression des requérants avec le droit des dirigeants d'une fédération sportive au respect de leur vie privée ainsi que d'autres intérêts en jeu, tels que le maintien de l'ordre et de la paix dans la communauté footballistique<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> CourEDH, 19 mai 2021, *Sedat Doğan c. Turquie*, n°48909/14 ; *Naki et Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği c. Turquie*, n° 48924/16 ; *Ibrahim Tokmak c. Turquie*, n° 54540/16. L'arrêt *Sedat Doğan* concernait un arbitre qui s'était exprimé lors d'une émission télévisée à propos télévisée à propos du renvoi devant la même commission de discipline de deux joueurs de son club qui avaient dévoilé sous leur maillot lors d'un match de football un tee-shirt sur lequel était inscrit un message d'hommage à Nelson Mandela, décédé la veille. L'arrêt *Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği c. Turquie* était relatif à un footballeur professionnel qui avait publié un message sur son compte Facebook à propos de la victoire de son équipe. L'arrêt *Ibrahim Tokmak c. Turquie* portait sur une publication par un footballeur professionnel sur son compte Facebook d'une publication d'un

Mais la liberté d'expression reconnue aux sportifs connaît des limites. Ainsi à propos de la liberté d'expression politique, la Cour a considéré dans sa décision *Simunic c. Croatie*<sup>44</sup>, que celle-ci peut faire l'objet de restrictions dans l'intérêt de la société à promouvoir la tolérance et le respect mutuel lors des manifestations sportives ainsi qu'à lutter contre la discrimination à travers le sport. Dans cette affaire, le requérant, un joueur professionnel de football, contestait, sur le fondement de l'article 10 de la Convention, sa condamnation pour s'être adressé aux spectateurs d'un match de football en criant « Pour la Patrie », un cri de ralliement croate qui était utilisé durant la seconde guerre mondiale par le mouvement fasciste des Oustachis. Les tribunaux internes ont considéré le requérant coupable d'une infraction mineure ayant consisté à adresser au public des messages dont la teneur exprimait une haine fondée sur la race, la nationalité et la religion, ou incitait à une telle haine. La Cour a jugé la requête irrecevable pour défaut manifeste de fondement, considérant que la condamnation du requérant avait reposé sur des motifs pertinents et suffisants et qu'un juste équilibre avait été ménagé par la juridiction interne entre sa liberté d'expression et les intérêts précités. Elle relève néanmoins que le requérant qui était un footballeur célèbre et un modèle pour de nombreux fans, aurait dû être conscient de l'impact négatif que l'emploi d'un slogan provocant pouvait avoir sur le comportement des spectateurs, et aurait dû s'abstenir d'une telle conduite.

Si cette jurisprudence reste encore limitée, les litiges concernant la liberté d'expression des sportifs pourraient dans l'avenir se multiplier compte tenu de la sensibilité de plus en plus grande des sportifs à certaines formes d'atteintes aux droits de l'homme et de la volonté d'exprimer dans le stade leur opposition comme on a pu le constater lors de l'affaire George Floyd ou de la Coupe du monde de football au Qatar. Les athlètes entrent alors en conflit avec les fédérations sportives qui veulent à tout prix préserver leur vision de la neutralité du sport.

#### Le respect de la vie privée (art. 10 de la CEDH) et la liberté de circulation (art. 2 Protocole 3 CEDH)

La lutte contre le dopage dans le sport suppose la mise en place de procédures équitables tout en respectant la nécessité de protéger la vie privée des athlètes, y compris leur réputation et leurs informations médicales. Pour eux, la lutte contre le dopage mise en place par le code mondial anti-dopage est construite sur la base d'une présomption de fraude, qui oblige à fournir aux instances de contrôles des informations personnelles et intimes obtenues par des moyens médicaux contraignants et parfois intrusifs (prise de sang, urine). Ils estiment également que la législation antidopage actuelle ne leur permet pas de refuser la collecte ou le traitement de ces informations, car ce refus emporterait violation de cette législation. Ils contestent surtout l'obligation de localisation qui autorise les contrôles inopinés et individualisés en dehors des manifestations sportives et des périodes d'entraînement et qui est imposé à des sportifs composant un « groupe

---

tiers à propos d'un journaliste décédé deux jours plus tôt dans une chambre d'hôtel pendant un voyage en Arabie saoudite.

<sup>44</sup> CourEDH, déc., 22 janvier 2019, n°20373/17.

cible »<sup>45</sup>, car elle porterait atteinte à la libre disposition de leur corps, au droit au respect de leur vie privée et familiale et de leur domicile, ou encore de leur liberté d’aller et de venir<sup>46</sup>.

La Cour européenne des droits de l’homme a été saisie de cette question sensible par la Fédération nationale des associations et syndicats de sportifs (FNASS) et individuellement par des sportifs. Ceux-ci contestaient la conformité de la disposition de l’ordonnance française de 2010 relative à la santé des sportifs et la mise en conformité du code du sport avec les principes du code mondial antidopage<sup>47</sup> qui imposent une obligation de localisation au regard de certains droits garantis par la Convention européenne des droits de l’homme, dont le droit à la protection de la vie privée<sup>48</sup>. L’arrêt était, on s’en doute, fort attendue par les sportifs, mais ceux-ci ont été déçus car la Cour a considéré dans l’arrêt *FNASS et autres*<sup>49</sup> que l’obligation de localisation était conforme à la Convention. Certes, elle admet l’impact non négligeable qu’une telle obligation fait peser sur la vie privée des sportifs, mais elle considère que les motifs d’intérêt général qui la justifient sont d’une importance telle qu’ils rendent nécessaires les ingérences dans leur vie privée. Comme l’avait fait auparavant le Conseil d’État français<sup>50</sup>, elle juge l’obligation justifiée par des enjeux sanitaires et de santé publique. Pour elle, la réduction ou la suppression de cette obligation « conduirait à accroître les dangers du dopage pour la santé des sportifs et irait à l’encontre de la communauté de vue européenne et internationale sur la nécessité d’opérer des contrôles inopinés pour conduire la lutte antidopage ». Elle ajoute qu’une telle obligation se rattache également au but légitime que constitue la protection des droits et libertés d’autrui car l’usage de substances dopantes pour obtenir des résultats dépassant ceux des autres sportifs « écarte injustement les compétiteurs de même niveau qui n’y recourent pas, incite dangereusement les pratiquants amateurs, et en particulier les jeunes, à utiliser de tels procédés pour capter des succès valorisants et, enfin, prive les

---

<sup>45</sup> Ce groupe cible est constitué de sportifs de haut niveau, de sportifs professionnels licenciés des fédérations agréées et de sportifs ayant fait l’objet d’une sanction disciplinaire durant les années précédentes.

<sup>46</sup> Une partie de la doctrine a ainsi pu les considérer comme des « sous citoyens » ou des « citoyens de seconde zone » 46 dans la mesure où ils sont soumis à des obligations auxquelles la majorité de la population active n’est pas tenue. Le sportif et plus particulièrement le sportif de haut niveau est en effet soumis à des contrôles, à des suivis, à une “traçabilité”, à des atteintes à la vie privée auxquels échappe la plupart des citoyens ordinaires, et notamment ceux qui consomment de la drogue... cf. P. Collomb, « Les sportifs de haut niveau sont-ils des citoyens de seconde zone ? », *JCP G*, 2011, II, n° 564, p. 936.

<sup>47</sup> Ordonnance no 2010-379 du 14 avril 2010. Les dispositions de l’ordonnance ont été codifiées dans le code du sport, dont les dispositions ont depuis lors subi plusieurs modifications, aux articles L. 232-2 et suivants.

<sup>48</sup> Cf. M. Maisonneuve, La CEDH et les obligations de localisation des sportifs: le doute profite à la conventionnalité de la lutte contre le dopage, note sous CourEDH, 5e sect., 18 janvier 2018, *Fédération nationale des associations et des syndicats sportifs (FNASS) et autres c. France*, n° 48151/11 et 77769/13. *Journal d’actualité des droits européens*, 2018, 9.hal-01767063.

<sup>49</sup> CourEDH, 18 janvier 2018, *Fédération nationale des associations et des syndicats sportifs (FNASS) et autres c. France*, n° 48151/11 et 77769/13.

<sup>50</sup> Le Conseil d’État dans un arrêt du 24 février 2011, *Union nationale des footballeurs professionnels*, a en effet jugé l’obligation conforme à la Convention. Il a considéré que les atteintes à la liberté d’aller et de venir et au droit au respect de la vie privée des sportifs protégé par l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme sont nécessaires et proportionnées aux objectifs d’intérêt général poursuivis par la lutte contre le dopage, notamment la protection de la santé des sportifs ainsi que la garantie de l’équité et de l’éthique des compétitions sportives.

spectateurs d'une compétition loyale à laquelle ils sont légitimement attachés ». En conséquence, pour la Cour, un juste équilibre a bien été aménagé entre les différents intérêts en jeu et l'obligation de localisation ne viole pas le droit au respect de la vie privée, de la vie familiale et du domicile.

Quant à l'argument des requérants selon lequel l'obligation de localisation porterait à leur liberté de circulation garantie par l'article 2 du Protocole 4 à la Convention, la Cour de Strasbourg a considéré ce grief comme irrecevable. En effet les contraintes qu'elle impose aux sportifs ne sont pas suffisantes pour être considérées comme une restriction à cette liberté, car l'obligation de localisation n'interdit pas aux sportifs concernés de librement circuler à l'intérieur du territoire national ni même de le quitter. Ils sont simplement contraints d'indiquer l'endroit où ils seraient disponibles dans le pays de destination pour un tel contrôle.

Si cet arrêt ne concerne que la réglementation française, sa portée est bien plus générale car les obligations de localisation concernées prévues par le code du sport et précisées par des directives de l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD), ne constituent que la transposition en droit interne de dispositions du code mondial antidopage.

### 3. La discrimination

D'autres polémiques se sont développées autour de la discrimination opérée entre les athlètes en raison de leur genre ou de leur religion<sup>51</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme n'a été, pour le moment saisie que d'une question liée à une discrimination fondée sur le sexe mais la requête est encore pendante devant celle-ci, et d'une discrimination fondée sur le handicap.

L'affaire *Semenya c. Suisse*<sup>52</sup>, qui n'est pas encore jugée, concerne une athlète de niveau international spécialisée dans des courses de demi-fond qui se plaint d'un règlement de l'International Association of Athletics Federations (IAAF) l'obligeant à réduire son taux naturel de testostérone par des traitements hormonaux pour pouvoir participer aux compétitions internationales dans la catégorie féminine. L'affaire met en cause – et c'est nouveau – la conformité de normes émises par une fédération sportive au regard de la Convention. En outre, elle permet de revenir sur l'interprétation de plusieurs droits garantis par la CEDH sous le prisme des compétitions sportives et de la discrimination. En effet la requérante estime être victime d'une violation de l'article 3 qui porte sur l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, de l'article 8 qui concerne le droit au respect de la vie privée, séparément et combinés avec l'article 14 qui interdit les discriminations. Elle se plaint en effet d'être discriminée sur le fondement du sexe dans la mesure où le règlement sportif entraînerait un effet prétendument discriminatoire à

---

<sup>51</sup> La question de la non-discrimination au regard de la religion s'est par exemple posée à propos de la question sensible de la tenue vestimentaire des femmes lors des compétitions sportives organisées dans certains États. Les fédérations internationales considèrent généralement que le port du voile, signe d'appartenance religieuse, peut être autorisé lors des épreuves. De même en beach-volley, la fédération internationale a admis depuis 2012 que des concurrentes puissent ne pas jouer en maillot de bain.

<sup>52</sup> Req. n°0934/21, communiquée au gouvernement suisse.

l'égard des athlètes femmes présentant une « différence de développement sexuel » pour accéder aux compétitions sportives féminines. Elle invoque également les articles 6 (droit à un procès équitable) et 13 (droit à un recours effectif) de la Convention. Cette jurisprudence sur la discrimination fondée sur le genre devrait rapidement se développer du fait que les athlètes transgenres se voient aujourd'hui de plus en plus souvent opposer par les fédérations sportives une interdiction de participer à certaines compétitions sportives féminines, notamment les compétitions d'athlétisme.

La Cour a aussi statué sur la violation de l'article 1 du Protocole 12 (interdiction générale à la discrimination) dans une affaire de compétition sportive *Negovanovic et autres c. Serbie* du 25 janvier 2022. Elle a estimé que s'il était légitime pour les autorités serbes de « mettre l'accent dans leur système de récompense sur les meilleures performances sportives et les compétitions les plus importantes, traiter différemment les requérants du fait de leur handicap n'avait aucune justification objective et raisonnable »<sup>53</sup>.

Parallèlement à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la Cour de Luxembourg développe elle aussi une jurisprudence favorable aux sportifs professionnels, tout en tâchant de prendre en considération la spécificité des activités sportives de nature économique.

## **B. La Cour de justice et la reconnaissance expresse d'une spécificité sportive pour les activités sportives de nature économique**

Les affaires sportives portées devant la Cour de justice concernant le droit de l'Union sont peu nombreuses mais elles sont significatives du fait de l'importance sociale considérable que revêt l'activité sportive en Europe. La Cour a considéré que le droit de l'Union européenne, notamment les droits de la concurrence et du marché intérieur, étaient applicables au sport nonobstant sa spécificité, dans la mesure où il constitue une activité économique<sup>54</sup>. Les organisations sportives ont vivement critiqué le concept « d'activité économique », en raison de son caractère trop vague et de l'incertitude juridique qu'il engendre quant à l'applicabilité du droit de l'Union aux activités sportives. L'arrêt *Meca-Medina*<sup>55</sup> de la CJCE tente de clarifier la formule pour permettre aux fédérations sportives de comprendre les mesures qu'elles seraient susceptibles d'adopter sans crainte de violer le droit communautaire. Il précise ainsi que « si l'activité sportive en cause entre dans le champ d'application du traité, les conditions de son exercice sont alors soumises à l'ensemble des obligations qui résultent des différentes dispositions du traité ». L'on comprend que cette phrase – ambiguë il faut bien l'avouer – n'ait pas convaincu les fédérations sportives européennes ainsi que le CIO et la FIFA qui y voient une régression de leur autonomie par rapport à la jurisprudence antérieure de la Cour, dans la mesure où, d'une part, la plupart des activités sportives ont une

---

<sup>53</sup> CourEDH, 25 janvier 2022, *Negovanovic et autres c. Serbie*, n°29907/16.

<sup>54</sup> Voir, notamment, CJCE 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, 36/74, EU:C:1974:140, point 8 ; 25 avril 2013, *Asociația Accept*, C-81/12, EU:C:2013:275, point 45 ; jurisprudence citée.

<sup>55</sup> CJCE, 18 juillet 2006, *Meca-Medina*, C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492.

dimension économique et rentrent ainsi dans le champ d'application des traités de l'Union et, d'autre part, la notion de « conditions d'exercice » d'une activité sportive peut englober des questions, comme ici la réglementation anti-dopage, relevant jusqu'alors de la compétence des organisations sportives.

Cette affaire concernait deux athlètes professionnels qui pratiquaient la natation qui avaient été testés positifs à l'occasion de la coupe du monde de cette discipline et sanctionnés par la fédération internationale de Natation (FINA) par une décision de suspension de quatre ans, sanction réduite par le TAS à deux ans. Ceux-ci ont saisi le Tribunal puis la Cour de Justice en mettant en cause la compatibilité de certaines dispositions réglementaires adoptées par le CIO et mises en œuvre par la FINA, ainsi que certaines pratiques relatives au contrôle du dopage, avec les règles communautaires de concurrence et de libre prestation de service.

La Cour de justice a considéré nécessaire de prendre en considération la spécificité du sport dans le sens où elle admet que les règles sportives qui ont pour effet de restreindre la concurrence ne constituent pas forcément une violation du droit de la concurrence si elles sont justifiées par l'organisation et le bon déroulement d'un sport de compétition et proportionnées à l'intérêt sportif légitime poursuivi. La nécessité de vérifier la proportionnalité implique toutefois celle de tenir compte des caractéristiques de chaque affaire.

En l'occurrence, la Cour admet que le caractère répressif de la réglementation antidopage litigieuse et l'importance des sanctions applicables en cas de violation de celle-ci peuvent fausser la concurrence au cas où des sanctions infondées conduiraient à ce qu'un athlète puisse être exclu de manière injustifiée d'une compétition, et donc à fausser les conditions d'exercice de l'activité sportive en cause. Une réglementation pourrait effectivement s'avérer excessive, d'« une part dans la détermination des conditions permettant de fixer la ligne de partage entre les situations relevant du dopage passible de sanctions et celles qui n'en relèvent pas, et d'autre part dans la sévérité desdites sanctions ». En l'espèce, la Cour rejette le pourvoi car il ne lui apparaît pas que le seuil de tolérance pour le dopage imposé aux sportifs par la réglementation litigieuse aille au-delà de ce qui est nécessaire afin d'assurer le déroulement et le bon fonctionnement des compétitions sportives.

La portée de cet arrêt a été contestée dans la mesure où il conduit à restreindre la liberté des fédérations sportives pour fixer les règles antidopage. À vrai dire presque toutes les mesures disciplinaires sportives seront désormais susceptibles d'être contestées sous l'angle du droit communautaire de la concurrence. En témoigne l'arrêt du Tribunal qui confirme que les règles de l'Union internationale de patinage prévoyant des sanctions sévères contre les athlètes qui participent à des épreuves de patinage de vitesse non reconnues par elle sont contraires aux règles de l'Union en matière de concurrence<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Trib., 16 décembre 2020, *International Skating Union/Commission*, aff.T-93/18, ECLI:EU:T:2020:610.

Comme le note l'UEFA, une telle situation constitue « du pain béni pour les juristes, mais un véritable cauchemar pour les instances sportives et leurs responsables »<sup>57</sup>.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a également joué un rôle essentiel en matière de discrimination fondée sur la nationalité au regard de la libre circulation des joueurs professionnels. Saisie à titre préjudiciel d'un litige entre un club belge et un footballeur professionnel français relatif à son transfert, la Cour a considéré dans l'arrêt *Bosman*<sup>58</sup> que, non seulement le droit de l'Union s'applique au sport en tant qu'il constitue une activité économique sauf situation particulière, mais que la clause de nationalité prévue par les règlements de football, particulièrement ceux de l'UEFA, qui restreint le nombre de footballeurs professionnels étrangers admis à participer aux compétitions, qu'il soient ressortissants de la Communauté européenne ou non, constitue une atteinte à la libre circulation des sportifs professionnels car elle est disproportionnée au regard des fins qu'elle s'assigne. Elle a également considéré dans cette affaire qu'il était illégal de permettre à un club de refuser de vendre un joueur, même lorsque son contrat a pris fin. Cette jurisprudence fondamentale a bouleversé le monde sportif et a donné naissance à la pratique des libres transferts, permettant ainsi la libre circulation des joueurs dans l'Union européenne. En conséquence les clauses de nationalité pour la composition des équipes professionnelles sont devenues illicites, de même que les indemnités de transfert pour les transferts internationaux de joueurs ressortissants de l'Union à la fin de leur contrat. La jurisprudence *Bosman* s'est appliquée à d'autres sports et aux joueurs de tous les États ayant conclu un accord d'association avec l'Union européenne<sup>59</sup>.

C'est également en se fondant sur la libre circulation des travailleurs qu'elle a estimé que les sportifs ressortissants d'un autre État membre doivent bénéficier des mêmes avantages sociaux que ceux octroyés aux nationaux<sup>60</sup>.

En revanche d'autres réglementations sportives ont été jugées conformes à la libre prestation de service ou à la libre circulation des travailleurs comme celle concernant la sélection des athlètes professionnels pour pouvoir participer à une compétition sportive internationale de haut niveau qui n'oppose pas des équipes nationales, dès lors qu'elles découlent d'une nécessité inhérente à l'organisation d'une telle compétition<sup>61</sup> ou celle relatives au transfert de joueurs si elles sont justifiées par des motifs non économiques, intéressant uniquement le sport en tant que tel<sup>62</sup>.

\*

---

<sup>57</sup> G. Infantino, *Meca-Medina : un pas en arrière pour le modèle sportif européen et la spécificité du sport ?* INF, 02.10.2006, UEFA.

<sup>58</sup> CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, ECLI:EU:C:1995:46.

<sup>59</sup> CJCE, 8 mai 2003, *Wählergruppe Gemeinsam*, aff. C-171/01, ECLI:EU:C:2003:260.

<sup>60</sup> CJUE, 18 décembre 2019, *UB c./ Generalny riaditel' Socialnej poist'ovne Bratislava*, aff. C-447/18, ECLI:EU:C:2019:1098.

<sup>61</sup> CJCE, 11 avril 2000, *Deliège*, aff. C-51/96, ECLI:EU:C:2000:199.

<sup>62</sup> CJCE, 13 avril 2000, *Lehtonen*, aff. C-176/96, ECLI:EU:C:2000:201.

En conclusion, si les organisations européennes ont multiplié les efforts pour tenter de prévenir les manipulations sportives ou les violences dans les stades et ont remporté quelques succès, beaucoup reste encore à faire pour renforcer l'éthique sportive et les droits des athlètes. La jurisprudence de la Cour européenne et celle de la Cour de justice restent à cet égard embryonnaires, mais elles ne manqueront pas de se développer dans la mesure où les athlètes n'hésitent plus à les saisir. Au demeurant, tant la spécificité sportive et l'autonomie des organisations sportives défendue avec ardeur par celles-ci ne devraient plus entraver le développement de la jurisprudence des deux cours européennes afin de développer les droits des sportifs professionnels. Mais des efforts restent à faire pour réduire l'écart souvent constaté entre le discours des fédérations et des États et la réalité de leurs comportements. Réaliser l'idéal de l'Olympisme reste encore un défi pour le sport européen, tant il est difficile de concilier en matière sportive discipline, spectacle, industrie et droits des sportifs.

## De Karl Marx à Costas Douzinas : à propos de la nature paradoxale des droits de l'homme<sup>63</sup>

Vedran Lopandić\*

Dans *La question juive*<sup>64</sup>, un texte de jeunesse, Karl Marx formule et développe sa célèbre critique des droits de l'homme, tels que proclamés notamment par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Les arguments de Marx sont bien connus : les droits de l'homme seraient ceux de « l'homme égoïste, l'homme en tant que membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire un individu séparé de la communauté, uniquement préoccupé de son intérêt personnel »<sup>65</sup>. Les droits de l'homme ne seraient alors qu'un instrument idéologique au service de la société bourgeoise, instrument renforçant l'aliénation inhérente à celle-ci. Marx a repris ces idées en substance dans la *Sainte famille*<sup>66</sup>, et n'est plus jamais revenu sur sa critique des droits de l'homme. On peut peut-être en déduire qu'il estimait la question réglée<sup>67</sup>.

La critique marxienne des droits de l'homme est régulièrement revisitée par des auteurs de toute provenance. Par rapport à l'hostilité de Marx envers le concept des droits de l'homme, il est possible de distinguer trois attitudes différentes. La plus évidente consiste à simplement prendre acte du rejet des droits de l'homme par Marx. Elle est typique de certains auteurs marxistes. Par exemple, Steven Lukes écrit que « le canon marxiste ne fournit pas de raison pour protéger les droits de l'homme »<sup>68</sup>. Ces auteurs interprètent Marx à la lettre. La deuxième approche consiste à tenter de réconcilier Marx avec les droits de l'homme<sup>69</sup>. C'est le courant le plus fécond. Ces auteurs lisent la *Question juive* guidés par *l'esprit* de Marx. Dans ce sens, Ernst Bloch affirme qu'« il n'y a pas de véritable instauration des droits de l'homme sans fin de l'exploitation, pas de véritable fin de l'exploitation sans instauration des droits de l'homme »<sup>70</sup>. De la même manière, David Leopold<sup>71</sup> affirme que le projet marxiste d'émancipation ne peut se passer d'une revendication de droits. L'auteur vise à démontrer qu'il n'y a pas de véritable opposition entre la pensée du jeune Karl Marx et les revendications des droits de l'homme. Il

---

<sup>63</sup> Cet article est une version revue et remaniée d'une intervention faite aux Rencontres pluridisciplinaires à l'occasion du bicentenaire de Karl Marx (1818-2018), le 21 octobre 2018, à l'Université de Strasbourg.

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

<sup>64</sup> Karl Marx, *Sur la Question juive* (1844), trad. J-F. Poirier, Paris, La Fabrique éditions, 2006.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>66</sup> Karl Marx, Friedrich Engels, *La sainte famille*, trad. E. Cogniot, Paris, Éditions sociales, 1972, pp. 142-145.

<sup>67</sup> Dans le *Manifeste du parti communiste*, Marx et Engels définissent le droit comme « la volonté de [la classe bourgeoise] érigée en loi, volonté dont le contenu est déterminé par les conditions matérielles d'existence de [cette] classe ». Karl Marx, Friedrich Engels, *Manifeste du parti communiste*, Paris, Éditions sociales, 1958, p. 7. Voir aussi Karl Marx, *Contribution à la critique de la philosophie du droit de Hegel*, Paris, Éditions Allia, 2018, pp. 20-24.

<sup>68</sup> Steven Lukes, « Can a Marxist believe in human rights », *Praxis International*, vol. 1, n° 4, 1982, p. 344.

<sup>69</sup> Justine Lacroix, Jean-Yves. Pranchère, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2016, pp. 215-245.

<sup>70</sup> Ernst Bloch, *Droit naturel et dignité humaine*, trad. D. Authier, J. Lacoste, Paris, Payot, 1976, p. 180.

<sup>71</sup> David Leopold, *The Young Karl Marx. German philosophy, Modern Politics and Human Flourishing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 150.

s'agirait en quelque sorte d'un malentendu tenant au fait que les exégètes de *La question juive* ne prenaient pas en compte la nature polémique du texte qui fut rédigé en réponse à plusieurs articles de Bruno Bauer. Dans un esprit similaire, Lacroix et Pranchère écrivent qu'on « voit mal comment l'émancipation individuelle (...) peut se passer d'une revendication de droits »<sup>72</sup>. Pour eux, la critique marxienne de l'idéologie va de pair avec une conception de la liberté individuelle qui « appelle l'idée des droits de l'homme »<sup>73</sup>. De son côté, Bernard Bourgeois note qu'il est « bien clair que le rejet définitif, par Marx, de l'idéologie des *Droits de l'homme* ne signifie aucunement que sa théorie matérialiste de l'histoire sociale anéantisse le principe même d'une affirmation réelle du *droit des hommes* en tant qu'*individus* »<sup>74</sup>.

Il existe aussi une troisième voie, empruntée par exemple par Costas Douzinas<sup>75</sup> dont la démarche consiste à conserver la critique de Marx tout en prenant acte de l'importance des droits de l'homme. On peut alors parler d'une approche *critique* du texte de Marx. En partant du constat que les droits de l'homme « n'ont plus que des amis »<sup>76</sup>, comme l'écrivait aussi Michel Villey<sup>77</sup>, Douzinas affirme que les droits de l'homme représentent « l'idéologie après la fin des idéologies »<sup>78</sup>. En effet, rares sont ceux qui remettent les droits en question à la manière de Marx ou bien les rejettent en bloc. Toujours plus de droits ou plus d'effectivité des droits, ce sont les mots d'ordre de la modernité. Les droits sont devenus l'objet de luttes politiques, mais ils sont aussi les outils permettant l'action collective en démocratie<sup>79</sup>. De plus, on peut soutenir la thèse qu'ils sont devenus une politique<sup>80</sup>. Cependant, Douzinas avance que le triomphe du discours des droits de l'homme dans les sociétés occidentales coïncide avec l'apparition d'un sentiment collectif d'impuissance politique, d'un désabusement et d'une désillusion générale des citoyens envers les institutions démocratiques. Il s'agit de l'avènement de l'époque que l'on qualifie de post-politique, post-démocratique, ou encore post-idéologique<sup>81</sup>. Or, pour l'auteur, la concomitance du triomphe des droits avec l'apparition de cette impuissance collective ne serait pas le fait du hasard, et une bonne interprétation des travaux de Marx pourrait aider à éclairer ce phénomène.

---

<sup>72</sup> Justine Lacroix, Jean-Yves Pranchère, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, précité, p. 216.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 218.

<sup>74</sup> Bernard Bourgeois, *Philosophie et droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Questions », 1990, pp. 128-129. Italiques de l'auteur.

<sup>75</sup> Voir Costas Douzinas, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart Publishing, 2000 ; Costas Douzinas, *Human Rights and Empire. The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Abingdon, Routledge Cavendish, 2007.

<sup>76</sup> Costas Douzinas, *The End of Human Rights*, précité, p. 2.

<sup>77</sup> Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, pp. 8-9.

<sup>78</sup> Costas Douzinas, *The End of Human Rights...*, précité, p. 2.

<sup>79</sup> Les droits de l'homme sont le « code élémentaire de la démocratie ». Dominique Rousseau, « La démocratie ou le vol de la Joconde », in Alain Delcamp, Anne-Marie Le Pourhiet, Bertrand Mathieu, Dominique Rousseau (dir.), *Nouvelles questions sur la démocratie*, Paris, Dalloz, 2010, p. 145.

<sup>80</sup> En 1980 Marcel Gauchet affirme que les droits de l'homme « ne sont pas une politique », thèse sur laquelle il est contraint de revenir deux décennies après. Voir Marcel Gauchet, « Les droits de l'homme ne sont pas une politique », *Le Débat*, 1980/3, n° 3, pp. 3-21 ; Marcel Gauchet, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000/3, n° 110, pp. 258-288.

<sup>81</sup> V. Colin Crouch, *Post-democracy*, Malden, Polity, 2004 ; Mathieu Laine, *Post-politique*, Paris, J.-C. Lattès, 2008.

Selon Douzinas, Marx a été le premier à entrevoir la nature paradoxale des droits qui peuvent en même temps être un instrument d'émancipation et d'oppression<sup>82</sup>. Penser les droits de l'homme avec l'aide de Marx permettrait alors de comprendre leur double nature. Tel Janus à deux visages, écrit-il, les droits n'ont que des paradoxes à offrir<sup>83</sup> : ils peuvent « émanciper et dominer, protéger et discipliner »<sup>84</sup>. Car les droits s'opposent au pouvoir, certes, en constituant la limite matérielle à l'exercice du pouvoir souverain, mais ils sont aussi un des moyens par lesquels les « effets du pouvoir sont distribués à travers le corps social »<sup>85</sup>. Le philosophe italien Giorgio Agamben a également relevé ce phénomène dans ses travaux : « Comme si, à partir d'un certain moment, tout événement politique décisif était toujours à double face : en gagnant des espaces, des libertés et des droits dans leurs conflits avec les pouvoirs centraux, les individus préparent à chaque fois simultanément une inscription tacite, mais toujours plus profonde de leur vie dans l'ordre étatique, offrant ainsi une assise nouvelle et plus terrible au pouvoir souverain dont ils voudraient s'affranchir »<sup>86</sup>.

Les droits conquièrent des espaces de liberté – ou des zones de non-ingérence opposables aux pouvoirs publics – mais cette liberté reste encadrée : ses contours mêmes sont tracés et délimités par l'autorité à laquelle on voudrait la soustraire. Et il ne saurait en être autrement<sup>87</sup> : on ne s'affranchit pas de l'État lorsque l'on revendique avec succès de nouveaux droits ; on contribue plutôt à réguler le fonctionnement du pouvoir de l'État. Mais par-delà l'étrange volonté de s'affranchir de l'ordre qui rend possible l'existence même des droits<sup>88</sup>, il nous semble que les arguments de Douzinas méritent réflexion<sup>89</sup>. Pour cette raison, revisiter, à la lumière des réflexions de Douzinas, les arguments que Marx expose dans la *Question juive* (**Partie I**) permet d'exposer la thèse sur la nature paradoxale des droits de l'homme (**Partie II**).

## **Partie I - La critique marxienne des Déclarations des droits de l'homme**

Dans la *Question juive* Marx salue l'émancipation politique que les déclarations de droits apportent, tout en jugeant cette forme d'émancipation comme étant partielle (A). En effet, Marx vise « l'émancipation humaine complète », qu'à ses yeux seul le communisme peut offrir ; un des effets pervers des droits de l'homme serait alors de pérenniser les fondements de la société bourgeoise empêchant par conséquent l'avènement de la révolution que Marx appelle de ses vœux (B).

---

<sup>82</sup> Costas Douzinas, *Human Rights and Empire*, précité, p. 101.

<sup>83</sup> Costas Douzinas, *The End of Human Rights*, précité, p. 21.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 175: « But human rights are Janus-like, they carry the dual ability to emancipate and dominate, to protect and discipline ».

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>86</sup> Giorgio Agamben, *Homo sacer 1. Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Éditions du Seuil, 1997, p. 131.

<sup>87</sup> En droit international des droits de l'homme aussi l'État est tel Janus : il est à la fois la plus grande menace pour les droits et leur ultime garant.

<sup>88</sup> Car en dehors de l'ordre de l'État, il n'y a pas de droit ni de droits, il n'y a que des mythes et des chimères : le mythe de l'état de nature ou le leurre de la révolution.

<sup>89</sup> Ses travaux n'ont à ce jour pas été traduits en France, mais Costas Douzinas s'inscrit dans une certaine tradition française. On pourrait par exemple le situer dans la filiation d'auteurs tels que Michel Villey ou Pierre Legendre.

## A. Les limites de l'émancipation politique selon Marx

Rédigé en 1843 et publié en 1844 à Paris<sup>90</sup>, *Sur la question juive* est un texte écrit en réponse à deux articles de Bruno Bauer<sup>91</sup>, membre du groupe des jeunes hégéliens, dans lesquels Bauer affirme, entre autres, que l'émancipation politique présuppose l'émancipation religieuse. Selon Bauer, un individu ou groupe adhérant à une religion donnée ne peut être émancipé civiquement. Par conséquent, pour que les juifs s'émancipent politiquement, affirme-t-il, il faudrait qu'ils renoncent d'abord à leur religion<sup>92</sup>. Dans sa réponse, Marx commence par pointer plusieurs défauts dans le raisonnement de Bauer. Au sujet de l'émancipation politique, Marx rétorque que l'État moderne ne saurait discriminer les juifs par rapport aux chrétiens ni poser comme condition qu'ils abandonnent leur religion pour accéder à la citoyenneté. Il souligne notamment que les déclarations des droits de l'homme – les instruments de l'émancipation politique – garantissent explicitement le droit à la religion<sup>93</sup>. Toutefois, si la question de la religion est le point de départ de son l'article, la réponse polémique de Marx s'inscrit dans une réflexion plus globale sur l'émancipation.

Selon Marx, l'émancipation politique n'est pas synonyme d'émancipation humaine : non seulement elle laisse l'aliénation religieuse intacte, mais elle la renforce et la rend plus efficace. Marx donne l'exemple des États-Unis, pays certes émancipé politiquement au sein d'un État véritablement laïc, mais qui en même temps reste le « pays de prédilection de la religiosité »<sup>94</sup>. Pour Marx, ceci n'est pas dû au hasard, ou à la conjoncture de la société américaine ; ce phénomène est lié à « l'essence et la catégorie »<sup>95</sup> de l'émancipation politique : « l'État chrétien parfait, ce n'est pas le prétendu État chrétien, qui reconnaît le christianisme comme sa base, comme la religion d'État, et prend donc une attitude exclusive envers les autres religions ; c'est plutôt l'État athée, l'État démocratique, l'État qui relègue la religion parmi les autres éléments de la société bourgeoise »<sup>96</sup>. Dans un État laïc, si la religion « n'est plus l'esprit de l'État (...) elle est devenue l'esprit de la société bourgeoise, de la sphère de l'égoïsme, de la guerre de tous contre tous (...). Elle a été reléguée au nombre des intérêts privés et expulsée de la

---

<sup>90</sup> Dans la revue *Deutsch–Französische Jahrbücher*.

<sup>91</sup> Pour une traduction française de ces articles, voir Bruno Bauer, « La question juive », trad. Jean-Marie Caillé, in Karl Marx, *La question juive*, Paris, UGE, coll. « 10/18 », 1968, pp. 57-183.

Le deuxième article de Bauer en question a été traduit en français pour la première fois par Jean-François Poirier pour l'édition de la Question juive présentée et commentée par Daniel Bensaïd. Voir Bruno Bauer, « L'aptitude des juifs et des chrétiens d'aujourd'hui à devenir libres », in Karl Marx, *Sur la question juive*, précité, p. 138-160.

<sup>92</sup> Bruno Bauer, « L'aptitude des juifs et des chrétiens d'aujourd'hui à devenir libres », précité, p. 158.

On ne s'étonnera pas des relents antisémites du texte de Bauer. D'une manière plus discutable, certains affirment que la réponse de Marx est elle aussi entachée d'antisémitisme. Voir par exemple Robert Misrahi, *Marx et la question juive*, Paris, Gallimard, coll. « Idées », 1972.

<sup>93</sup> Karl Marx, *Sur la question juive*, précité, p. 54.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 38. Pour une analyse contemporaine de ce phénomène, voir par exemple Marcela Iacub, *De la pornographie en Amérique. La liberté d'expression à l'Age de la démocratie délibérative*, Paris, Fayard, 2010.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 46. « L'achèvement de l'État chrétien est l'État qui s'affirme comme État et fait abstraction de la religion de ses membres. L'État s'émancipant de la religion ne veut pas dire que l'homme réel s'émancipe de la religion » (*Ibid.*, p. 51).

communauté considérée en son essence»<sup>97</sup>. Ainsi, contrairement à ce que soutient Bauer<sup>98</sup>, Marx voit dans la suppression du pouvoir politique de la religion le triomphe même de cette dernière, sa réalisation effective : « il ne faut pas se faire illusion sur la limite de l'émancipation politique. La scission (*Spaltung*) de l'homme en homme public et en homme privé, le déplacement de la religion qui passe de l'État à la société bourgeoise, tout cela n'est pas une étape, mais bien l'achèvement de l'émancipation politique, qui ne supprime donc pas et ne tente même pas de supprimer la religiosité réelle de l'homme »<sup>99</sup>. Parce qu'elle ne supprime pas la religion et la propriété privée, l'émancipation politique n'est pour Marx qu'une émancipation partielle, un pas en avant dans la bonne direction, et aucunement l'émancipation humaine définitive. C'est dans cette mesure que Marx la salue. L'émancipation politique constitue assurément un « grand progrès », selon lui, même si elle « n'est pas la dernière forme de l'émancipation humaine », mais seulement « la dernière forme de l'émancipation humaine dans l'ordre du monde actuel »<sup>100</sup>. Or, selon Marx, en raison des effets paradoxaux des droits de l'homme, leur consécration empêche la continuation du projet d'émancipation humaine.

## B. La nature paradoxale des droits de l'homme

C'est à partir du constat sur le caractère insuffisant et partiel de l'émancipation politique que Marx analyse les instruments de cette émancipation, c'est-à-dire les déclarations de droits de l'homme de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, « sous leur forme authentique, sous la forme qu'ils possèdent chez ceux qui les ont *découverts*, les Américains du Nord et les Français »<sup>101</sup>. Concrètement, Marx analyse plusieurs déclarations comme un tout, sans s'attarder sur les spécificités historiques propres à chacune d'entre elles, toutes ces déclarations étant le produit de la même idéologie libérale<sup>102</sup>.

Ce qui interpelle Marx d'emblée est la distinction entre les droits de l'homme et les droits du citoyen. Il juge artificielle la séparation entre la « vie générique de l'homme » (le citoyen) et sa « vie matérielle » (l'Homme). Selon lui, le citoyen auquel les déclarations font référence est, tel un spectre, « le membre imaginaire d'une souveraineté imaginaire, dépouillé de sa vie réelle et individuelle et rempli d'une généralité irréaliste »<sup>103</sup>, tandis que l'« homme » distinct du citoyen est lui bien réel et n'est nul autre que le membre de la société civile-bourgeoise, « c'est-à-dire l'homme indépendant, qui n'est rattaché à l'homme que par le lien de l'intérêt privé et de la nécessité naturelle privée de conscience, l'esclave du travail pour le gain de son propre besoin égoïste comme du besoin égoïste d'autrui »<sup>104</sup>. Ainsi, la référence à la figure du citoyen ne serait qu'un leurre visant à occulter la consécration des intérêts de la classe bourgeoise sous l'apparence de valeurs universelles.

---

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>98</sup> Bruno Bauer, « L'aptitude des juifs et des chrétiens d'aujourd'hui à devenir libres », précité, p. 142-145.

<sup>99</sup> Karl Marx, *Sur la question juive*, précité, p. 47.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>102</sup> Il s'agit de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793, la Constitution de Pennsylvanie de 1776 et la Constitution du New Hampshire de 1776.

<sup>103</sup> Karl Marx, *Sur la question juive*, précité, p. 43.

<sup>104</sup> Karl Marx, Friedrich Engels, *La sainte famille*, précité, p. 139.

Marx analyse en particulier les quatre « droits naturels et imprescriptibles de l'homme », tels qu'énoncés notamment par la Déclaration des droits de la Constitution de 1793, « la plus radicale de toutes »<sup>105</sup> : l'égalité, la liberté, la sûreté et la propriété. Pour Marx, ceux-ci sont tous déterminés par leur caractère de classe, « l'égoïsme de la lutte concurrentielle », de la lutte sur le marché capitaliste, étant « inscrit dans la forme même des droits »<sup>106</sup>.

Marx reproche aux auteurs des déclarations notamment de concevoir la liberté négativement : elle apparaît comme le droit de faire tout ce qui « ne nuit pas à autrui »<sup>107</sup>. Elle ne repose alors pas sur les relations entre les hommes, mais plutôt sur leur séparation : « Les limites dans lesquelles chacun peut se mouvoir sans nuire à autrui sont marquées par la loi, de même que la limite de deux champs est déterminée par un piquet. Il s'agit de la liberté de l'homme considéré comme monade isolée, repliée sur elle-même »<sup>108</sup>. Le droit de propriété privée devient alors l'application pratique de la liberté négative : « Le droit de propriété est donc le droit de jouir de sa fortune et d'en disposer "à son gré", sans se soucier des autres hommes, indépendamment de la société ; c'est le droit de l'égoïsme (...) Elle fait voir à chaque homme, dans un autre homme, non pas la réalisation, mais plutôt la limitation de sa liberté »<sup>109</sup>. De même, l'égalité n'aurait pas de signification politique : ce n'est que le principe en vertu duquel « tout homme est également considéré comme une telle monade basée sur elle-même »<sup>110</sup>. Quant à la sûreté, elle apparaît à Marx comme la « notion sociale la plus haute de la société bourgeoise, la notion de police »<sup>111</sup>. Elle est le principe garantissant la survie et la pérennité de l'ordre établi.

Pour Marx, « aucun des prétendus droits de l'homme ne dépasse donc l'homme égoïste, l'homme en tant que membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire un individu séparé de la communauté, replié sur lui-même, uniquement préoccupé de son intérêt personnel et obéissant à son arbitraire privé »<sup>112</sup>. Pour cette raison, proclamer ces droits nécessairement contingents comme étant « naturels et imprescriptibles » équivaut à essentialiser ou naturaliser les conditions de reproduction de la société bourgeoise. Toute la téléologie des droits tendrait alors vers ce but, la déclaration de 1789 énonçant que « la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme » est « le but de toute association politique »<sup>113</sup>. Or, selon Marx, faire « de la communauté politique (...) un simple moyen devant servir à la conservation de ces soi-disant droits de l'homme »

---

<sup>105</sup> Karl Marx, *Sur la question juive*, précité, p. 55.

<sup>106</sup> Justine Lacroix, Jean-Yves. Pranchère, *Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, précité, p. 220.

<sup>107</sup> DDHC 1789, art. 4.

<sup>108</sup> Karl Marx, *Sur la question juive*, précité, p. 55-56.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> DDHC 1789, art. 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ». DDHC 1793, art. 1 : « Le but de la société est le bonheur commun. Le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles » ; art. 2 : « Ces droits sont l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété ».

représente une inversion insidieuse de l'ordre des choses, car le citoyen devient alors « le serviteur de "l'homme" égoïste » et « la sphère, où l'homme se comporte en qualité d'être générique, est ravalée au-dessous de la sphère où il fonctionne en qualité d'être partiel ». Comme ultime conséquence de cette inversion, « c'est l'homme en tant que bourgeois, et non pas l'homme en tant que citoyen, qui est considéré comme l'homme vrai et authentique »<sup>114</sup>.

Selon Marx, une des principales conséquences de la révolution bourgeoise a été de mettre à l'abri le pouvoir économique de l'intervention de l'État. En effet, en période féodale « l'ancienne société bourgeoise avait immédiatement un caractère politique », car « cette organisation de la vie populaire n'éleva pas la propriété, le travail au rang d'éléments sociaux »<sup>115</sup>. Pour cette raison, le pouvoir politique et le pouvoir économique coexistaient dans la même personne, celle du seigneur féodal. C'est la révolution qui a séparé l'espace social du féodalisme en deux domaines distincts : le domaine politique, qui relève de l'État, et le domaine économique, qui relève de la société civile<sup>116</sup>. C'est de cette manière que « la révolution politique a aboli (...) le caractère politique de la société »<sup>117</sup>. L'innovation principale des droits « naturels et imprescriptibles » a donc été de séparer le champ politique du champ civil ou social, et de mettre une fin à l'identification automatique du pouvoir économique avec le pouvoir politique, ce dernier relevant de l'État à la suite de la révolution<sup>118</sup>. La séparation effectuée, l'État se présente alors comme dominant politiquement tandis que le vrai pouvoir, le pouvoir économique, reste situé dans la société bourgeoise. La religion et la propriété, deux leviers de pouvoir de la classe dominante, ont été transformées en institutions sociales et sont ainsi protégées de l'intervention de l'État par l'effet des droits, ce qui *in fine* garantit plus de sécurité aux institutions bourgeoises : « L'homme ne fut donc pas émancipé de la religion ; il reçut la liberté religieuse. Il ne fut pas émancipé de la propriété ; il reçut la liberté de la propriété. Il ne fut pas émancipé de l'égoïsme de l'industrie ; il reçut la liberté de l'industrie »<sup>119</sup>.

L'apparition des droits de l'homme aurait donc eu pour effet de *dépolitiser* l'économie en la renvoyant vers la société civile. Par conséquent, si les droits sont porteurs d'une émancipation partielle, ils contribuent simultanément à maintenir et renforcer l'ordre bourgeois établi. Le rejet marxien des droits ne serait alors pas la conséquence d'un quelconque manque d'empathie ou d'une hostilité envers l'inspiration humaniste des droits. En effet, face au supposé détournement du potentiel subversif des droits, Marx évoquera plus tard la nécessité de retrouver le véritable esprit de la révolution, contre « le contenu étroitement bourgeois »<sup>120</sup> des déclarations.

L'idée que les droits *ne vont pas assez loin*, qu'ils *n'offrent pas tout ce qu'ils promettent* a été reprise par d'autres auteurs s'inscrivant parfois dans un courant intellectuel radical ou subversif.

---

<sup>114</sup> Karl Marx, *Sur la question juive*, précité, p. 58.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>116</sup> Costas Douzinas, *The End of Human Rights*, précité, p. 162.

<sup>117</sup> Karl Marx, *Sur la question juive*, précité, p. 60.

<sup>118</sup> Costas Douzinas, *Human Rights and Empire*, précité, p. 101.

<sup>119</sup> Karl Marx, *Sur la question juive*, précité, p. 62.

<sup>120</sup> Karl Marx, *Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte* (1851), Paris, Nouveau Monde, 2017, p. 14.

## Partie II - Costas Douzinas, un lointain successeur de Karl Marx

Auteur contemporain s'inscrivant dans une démarche critique, Costas Douzinas s'est emparé de l'intuition de Marx sur la double nature des droits pour l'actualiser et la développer. Si selon Marx les droits de l'homme ont dépolitisé l'économie lors de la transformation de la société féodale en société bourgeoise, Douzinas affirme que le triomphe global des droits de l'homme vers la fin du XX<sup>e</sup> siècle a parachevé de *dépolitiser le politique* (A). Selon l'auteur, cela a pour conséquence d'exclure toute possibilité de changement politique radical (B).

### A. Le « triomphe » des droits de l'homme et la dépolitisation du politique

Pour Douzinas, Marx a été le premier à comprendre l'effet paradoxal des droits. Toutefois, pour présenter la thèse de Douzinas sur la *dépolitisation du politique*, il convient au préalable de clarifier la distinction que l'auteur établit entre *le* politique et *la* politique.

En s'appuyant sur les travaux de Claude Lefort, Chantal Mouffe ou encore Jacques Rancière, Douzinas avance que, contrairement à *la* politique qui renvoie au sens attribué communément à ce mot<sup>121</sup>, *le* politique est le domaine de la philosophie – philosophie politique voire philosophie tout court –, celui de la recherche sur l'essence de ce phénomène<sup>122</sup>. Dans ce sens par exemple, Chantal Mouffe écrit que « la science politique traite du champ empirique de la politique, tandis que la théorie politique, domaine des philosophes, n'interroge pas les faits de *la* politique, mais l'essence *du* politique »<sup>123</sup>. En termes heideggériens, « *la* politique renvoie au domaine de l'ontique alors que *le* politique relève de l'ontologique »<sup>124</sup>. L'ontique concerne donc « les variétés des pratiques de la politique conventionnelle », laquelle représente un « ensemble de pratiques et d'institutions à travers lesquelles un ordre est créé, organisant la coexistence humaine »<sup>125</sup> ; de son côté « l'ontologique concerne la façon même dont la société est instituée »<sup>126</sup> et désigne par-là « la dimension d'antagonisme [...] constitutive des sociétés humaines »<sup>127</sup>, l'auteur voyant dans le conflit et son institutionnalisation la matrice même de la société. Le mode d'institution de la société, c'est-à-dire les soubassements idéologiques, sociaux, culturels et économiques de l'ordre en place, serait alors ce qui est révélé en creux *du politique*, lorsque l'on parvient à transpercer le brouillard de *la politique* au quotidien. D'après Claude Lefort, « le politique se révèle ainsi non pas dans ce qu'on nomme l'activité politique, mais dans ce double mouvement

---

<sup>121</sup> Qui est loin d'être monosémique. Voir par exemple Yves Schemel, *Introduction à la science politique*, Paris, Dalloz, Les Presses Sciences Po, 3<sup>e</sup> éd., 2015, pp. 45-48.

<sup>122</sup> Voir par exemple Julien Freund, *L'essence du politique*, Paris, Sirey, 1965.

<sup>123</sup> Chantal Mouffe, *L'illusion du consensus*, Paris, Albin Michel, 2016, p. 18.

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>126</sup> *Ibid.*

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 18.

d'apparition et d'occultation du mode d'institution de la société »<sup>128</sup>. Apparition, poursuit-il, « en ce sens qu'émerge à la visibilité le procès par lequel s'ordonne et s'unifie la société, à travers ses divisions ; occultation, en ce sens qu'un lieu de la politique (lieu où s'exerce la compétition des partis et où se forme et se renouvelle l'instance générale du pouvoir) se désigne comme particulier, tandis que se trouve dissimulé le principe générateur de la configuration de l'ensemble »<sup>129</sup>.

Selon Douzinas, les droits de l'homme peuvent contribuer à « faire émerger à la visibilité » cet éluif « principe générateur » de la société<sup>130</sup>. Pour l'auteur, la politique apparaît comme un « procédé de négociation entre les différentes parties du tout social »<sup>131</sup>, son but étant de redistribuer rationnellement les ressources disponibles sans remettre en cause l'ordre établi. Il s'agit d'une forme de politique consensuelle dans laquelle les groupes et les classes sociales acceptent leurs positions et rôles respectifs dans la hiérarchie de l'ensemble. Douzinas estime que dans une telle société les droits de l'homme remplissent une fonction corrective : ils permettent d'articuler les revendications de groupes sociaux et politiques divers visant à mettre en adéquation leur situation juridique avec leur condition sociale, celle-ci étant en évolution constante. Cependant, selon Douzinas, les droits ne peuvent avoir pour objet *le politique* en tant que tel, c'est-à-dire le mode d'institution même de la société ; il s'agirait d'une limite structurelle des revendications exprimées sous la forme des droits de l'homme<sup>132</sup> qui ne pourraient ainsi jamais dépasser la sphère « banale » de *la politique*<sup>133</sup>.

Selon Douzinas et d'autres auteurs appelant de leurs vœux une transformation profonde de la société<sup>134</sup>, une altération du politique, au sens ontologique du terme, implique l'émergence d'un nouveau sujet politique, un sujet qui jusque-là n'avait pas sa place dans l'ordre social et symbolique préexistant<sup>135</sup>. Par exemple, Rancière appelle cela la « partie des sans parties »<sup>136</sup>, en avançant les exemples des sans-papiers ou encore des migrants ; dans la philosophie d'Alain Badiou, la rupture radicale avec l'ordre en place est appelée « Évènement »<sup>137</sup>, concept à l'intersection de la révolution et la parousie. Pour Douzinas, le politique est en cause dès lors que des exclus demandent d'être inclus dans l'ordre (politique, juridique, économique, social, etc.). Leur irruption dans l'ordre ébranle celui-

---

<sup>128</sup> Claude Lefort, *Essais sur le politique*, Paris, Éditions du Seuil, 1986, p. 20.

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> Costas Douzinas, *Human Rights and Empire*, précité, p. 103.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> Pour prendre un exemple simple : la reconnaissance du mariage pour tous représente un élargissement du nombre de titulaires du droit au mariage. Toutefois, cette victoire des défenseurs des droits de l'homme ne remet jamais en question l'institution traditionnelle et « bourgeoise » du mariage. Au contraire, elle lui confère une plus grande légitimité.

<sup>134</sup> Voir par exemple les contributions réunies dans l'ouvrage collectif Costas Douzinas, S. Žižek, *The Idea of Communism*, Londres New York, Verso, 2010.

<sup>135</sup> Costas Douzinas, *Human Rights and Empire*, précité, p. 105: « Politics proper is a form of disruption of the established social order by a group or class that has no place in it ».

<sup>136</sup> Jacques Rancière, « Who is the Subject of the Rights of Man? », *South Atlantic Quarterly*, vol. 103, n° 2/3, 2004, p. 304.

<sup>137</sup> Alain Badiou, *L'Être et l'évènement*, Paris, Éditions du Seuil, 1988.

ci et modifie « les règles de l'inclusion et de l'exclusion »<sup>138</sup>. Telle est par exemple la position du prolétariat dans la théorie marxiste classique. Dans la société politique bourgeoise, le prolétariat n'avait pas de place : il n'était pas encore constitué en tant que sujet politique et ce n'est qu'avec la prise de conscience de classe que le prolétariat se constitue comme tel. Or, avec l'existence de l'outil des droits de l'homme, affirme l'auteur, chaque nouveau sujet se voit assigner une place prédéterminée dès son émergence. Il ne peut pas réécrire les règles d'inclusion *ab initio*, mais doit se contenter de revendiquer pour son propre compte des droits préexistants ou bien d'exiger un élargissement du champ d'application des droits dont d'autres jouissent déjà.

Revendiquer pour son compte et avec succès un droit quelconque serait alors une véritable manifestation de *l'assujettissement*<sup>139</sup>. De la sorte, la démarche renforce plutôt qu'elle ne perturbe l'ordre établi. Pour Douzinas, le sujet moderne n'est pas dans une situation comparable à celle des révolutionnaires des premières déclarations ou du prolétariat de la fin du XIXe siècle, « car il ne demande pas une transformation fondamentale des règles juridiques, mais seulement une redistribution limitée »<sup>140</sup> des ressources matérielles et positions symboliques au sein d'une société. Ce serait donc là une manifestation de la double nature des droits de l'homme : ils permettent des évolutions limitées dans la société, mais empêchent simultanément toute transformation radicale de cette dernière. Douzinas ne nie pas que les combats pour les droits de l'homme peuvent aboutir à des réarrangements marginaux des hiérarchies et à des redistributions limitées des richesses, mais comme ils ont pour effet de « dépolitiser le conflit qui est à leur base »<sup>141</sup>, ils écartent en même temps toute possibilité de changement radical, tout comme Marx affirmait que la consécration du droit à la propriété et du droit à la liberté religieuse n'a fait *in fine* que placer la religion et la propriété bourgeoise hors d'atteinte de l'intervention de l'État.

Au niveau ontologique, les droits de l'homme laissent intact *le politique*, ne pouvant remettre en cause les fondements mêmes de la société, la configuration de l'ensemble ; mais sur le plan ontique, au niveau quotidien de *la politique*, les droits peuvent servir d'instruments de lutte efficaces contre les inégalités et les oppressions. Cependant, les auteurs de la veine de Douzinas cherchent à penser précisément un changement radical des sociétés occidentales, d'où provient probablement leur désillusion face aux résultats des luttes pour les droits de l'homme qui n'ont vraisemblablement pas toujours pour but d'inciter une révolution.

---

<sup>138</sup> Costas Douzinas, *Human Rights and Empire*, précité, p. 106.

<sup>139</sup> Le sujet n'exigeant pas une réforme profonde de l'ordre, une modification des règles de l'inclusion et de l'exclusion, mais uniquement sa reconnaissance en tant que sujet de l'ordre en place.

Sur la notion d'assujettissement, voir par exemple Guillaume Le Blanc, « Être assujetti : Althusser, Foucault, Butler », *Actuel Marx*, 2004/2, n° 36, p. 45-62.

<sup>140</sup> Costas Douzinas, *Human Rights and Empire*, précité, p. 107.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 108.

## B. La tentation de la démocratie radicale

Deux siècles après la *Question juive* et deux décennies après *La fin des droits de l'homme*, les arguments de Douzinas, malgré leur caractère quelque peu impressionniste, incitent néanmoins à une certaine réflexion. Le succès du discours des droits de l'homme est indéniable, même si de toute évidence celui-ci n'est pas synonyme d'effectivité des droits. Il faut aussi convenir que les discours sur la nécessité de « radicaliser la démocratie »<sup>142</sup> sont florilèges et qu'un certain nombre d'auteurs s'accorde pour diagnostiquer une défaillance des systèmes démocratiques actuels. Toutefois, la question de savoir s'il existe un rapport de corrélation ou alors de causalité entre ces deux phénomènes reste ouverte.

D'aucuns soutiennent en effet que les sociétés démocratiques souffrent d'une sorte de malaise qui serait le symptôme d'une impuissance politique collective<sup>143</sup>. Cette insatisfaction démocratique aurait pour cause l'existence d'une demande de changement – inexprimée ou inexprimable – ne parvenant pas à être articulée dans la conjoncture actuelle, à savoir dans le cadre du système représentatif démocratique et libéral tel que nous le connaissons. Selon ce courant de pensée, un *je ne sais quoi* démocratique – dont supposément jouissaient les premières générations d'après-guerre – se serait peut-être irrémédiablement perdu, quelque part au tournant du siècle, et une partie de la responsabilité serait imputable aux droits de l'homme. Par-delà la nature discutable de cet argument, il semble aussi qu'une partie des auteurs déplorant la supposée impuissance collective actuelle ait en commun une certaine volonté de voir l'ordre en place transgressé ou subverti<sup>144</sup>.

Toutefois, même si l'on admet l'hypothèse de la fin ou du dépérissement des idéologies<sup>145</sup>, est-il pour autant judicieux d'imputer aux droits de l'homme une partie de la responsabilité de ce déclin ? La protection des droits, en particulier à travers le développement de mécanismes nationaux et internationaux, est un acquis dont les racines remontent aux déclarations que Marx critique. Il s'agit là d'un succès à long terme du mouvement humaniste des Lumières qui a aussi inspiré les mouvements révolutionnaires socialistes et communistes du XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles. L'émancipation complète que ces derniers espéraient n'est certainement jamais venue, mais les droits de

---

<sup>142</sup> Chantal Mouffe, Iñigo Errejón, *Construire un peuple : pour une radicalisation de la démocratie*, Paris, Éditions du Cerf, 2017 ; Dominique Rousseau, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Paris, Seuil, 2015 ; Alexandros Kioupiolis, Giorgios Katsambekis (dir.), *Radical Democracy and Collective Movements Today. The Biopolitics of the Multitude Versus the Hegemony of the People*, Surrey Burlington, Ashgate Publishing Company, 2014 ; Jeffrey W. Robbins, *Radical Democracy and Political Theology*, New York, Columbia University Press, 2011.

<sup>143</sup> Voir par exemple Jean-Pierre. Le Goff, *Malaise dans la démocratie*, Paris, Éditions Stock, 2016.

<sup>144</sup> Il ne s'agit pas vraiment d'appels à la révolution, ses contours étant assez vagues, mais plutôt d'un désir de révolution, désir bien entendu pour l'instant frustré. Voir par exemple, Bernard Yack. *The Longing for Total Revolution: Philosophic Sources of Social Discontent from Rousseau to Marx and Nietzsche*, Princeton, Princeton University Press, 1992.

<sup>145</sup> Pour un résumé fouillé des débats, voir par exemple Howard Brick, « The end of ideology thesis », in Michel Freeden, Lyman Tower Sargent, Marc Stears, *The Oxford Handbook of Political Ideologies*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 90-111.

l'homme, avec parfois leurs défauts et aussi leurs limites, restent une victoire de cette lutte pour une société libre et égalitaire. Par ailleurs, associer systématiquement les droits de l'homme à un élan ou mouvement révolutionnaire, que ce soit positivement, comme le principe qui enclenche une révolution, ou négativement, comme celui qui la perturbe ou l'empêche, ne paraît pas judicieux non plus. Certes, les déclarations qu'analyse Marx ont bel et bien été portées par des révolutions, mais ce n'est par exemple pas le cas des conditions historiques de la mise en place du droit européen et international des droits de l'homme, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale<sup>146</sup>.

Les sociétés démocratiques modernes sont désormais fondées aussi sur le respect des droits individuels. Or, les droits subjectifs, « ce fleuron de la pensée juridique moderne »<sup>147</sup>, sous leur forme des droits de l'homme sont aussi porteurs d'une certaine éthique<sup>148</sup>. Il convient alors de distinguer, du moins analytiquement, la *technique* proprement juridique des droits de leur *éthique*, des valeurs et aspirations qu'ils portent. Il est possible en effet que ce soit l'éthique qui induise en erreur, que ce soit elle qui promette trop (la paix dans le monde, le bonheur, etc.). Marx jugeait que les droits n'allaient pas assez loin, qu'ils annonçaient une émancipation qu'aussitôt ils trahissaient. Les droits de l'homme sont « irréels », écrit Villey que Douzinas cite, « leur impuissance est manifeste (...) Leur tort est de *promettre trop*... Les promesses des Déclarations ont d'autant moins de chance d'être tenues que leurs formules sont incertaines, indéterminées »<sup>149</sup>. En présentant peut-être l'écueil, Marx s'est toujours gardé d'articuler ses revendications politiques et sociales sous forme de droits. Ainsi, il n'énonça jamais un quelconque droit au communisme ; il préféra l'ambiguïté du silence, laissant aux commentateurs la tâche de déchiffrer son attitude<sup>150</sup>. Toutefois, si l'on convient que les droits de l'homme promettent trop, il en va de même *a fortiori* des projets révolutionnaires...

Toutefois, les droits de l'homme n'ont pas pour objet de transformer radicalement la société<sup>151</sup>. On ne s'attend pas à une révolution à chaque réforme du droit des contrats ou du Code civil. En revanche, on attend une petite révolution (toujours plus de progrès, toujours plus d'effectivité des droits, etc.) de chaque arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, ou presque. Or, le travail des droits est lent. Ils contribuent à modifier une société, certes, mais par petites touches. Par exemple, la présence obligatoire de l'avocat dès le début de la garde à vue<sup>152</sup>, ou encore l'abolition progressive de la peine

---

<sup>146</sup> On peut certes parler d'une réponse ou réaction aux totalitarismes, mais pas vraiment de révolution.

<sup>147</sup> Norbert Campagna, *Michel Villey. Le droit ou les droits ?*, Paris, Michalon, coll. « Le Bien Commun », 2004, p. 103.

<sup>148</sup> Céline 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. 230.

<sup>149</sup> Michel Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983, p. 11.

<sup>150</sup> Jan Kandiyali, « Is Marx's Thought on Freedom Contradictory? », *Critical Review*, 2021, 33:2, pp. 171-183.

<sup>151</sup> Bien entendu, tel est le cas lors du passage de la société féodale à la société bourgeoise, ou de celui, plus récent, des sociétés totalitaires aux sociétés démocratiques, mais Douzinas vise précisément ces dernières, les sociétés occidentales, où les droits de l'homme auraient atteint leur fin selon lui.

<sup>152</sup> Voir par exemple Cour EDH, GC, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, n° 36391/02 ; Cour EDH, GC, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgique*, n° 71409/10 ; Cour EDH, 11 juillet 2019, *Olivieri c. France*, n° 62313/12.

de mort en Europe<sup>153</sup>, sont des réformes qui n'ont pas eu pour effet de transformer en profondeur les sociétés européennes – là n'était d'ailleurs pas leur but – mais elles ont certainement contribué à aider concrètement des individus. Ces exemples démontrent que les droits peuvent réaliser ce pour quoi ils ont été conçus : protéger l'individu des abus de la puissance publique (et non pas apporter une révolution)<sup>154</sup>. Par ailleurs, la thèse du déclin idéologique global, de l'avènement de l'ère post-politique, n'est pas neutre : il semble que les auteurs qui la défendent regrettent le déclin d'une idéologie en particulier, à savoir une certaine idéologie révolutionnaire... Or, les autres idéologies ne sont pas nécessairement affectées par ce déclin. Le succès des thèses déplorant la fin de l'ère politique pourrait alors être le symptôme du dépérissement de l'idéologie révolutionnaire d'extrême gauche, et aucunement la confirmation de la fin de toutes les idéologies.

*Quid* des droits en guise de conclusion ? Il faut rester critique envers les droits de l'homme, certes, ne pas sombrer dans l'angélisme, ou dans cette attitude d'« insignifiance satisfaite »<sup>155</sup> que dénonce Douzinas. Les droits de l'homme ne sont pas la solution à tous les maux. Il convient de bien circonscrire leur champ d'intervention dans une société pour *in fine* se garder d'exiger trop de leur part : le respect des droits de l'homme n'apportera pas le bonheur, la justice, la démocratie, mais il ne leur est pas préjudiciable non plus. Pour cette raison, il faudrait se garder tant du droit-de-l'hommisme<sup>156</sup> que des velléités révolutionnaires. Les petites avancées valent peut-être mieux que les grandes promesses nécessairement creuses.

---

<sup>153</sup> CourEDH, , 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88 ; CourEDH, 11 juillet 2000, *Jabari c. Turquie*, n° 40035/98 ; CourEDH, 12 mars 2003, *Öcalan c. Turquie*, n° 46221/99 ; CourEDH, 8 novembre 2008, *Bader et Kanbor c. Suède*, n° 13284/04. Voir aussi les Protocoles n° 6 et 13 à la CEDH.

<sup>154</sup> « Nous n'oublions pas que les droits de l'homme sont "opératoires" ; qu'ils sont utiles aux avocats d'excellentes causes, protègent des abus du gouvernement et de l'arbitraire du "droit positif". Si par impossible on rayait ce terme de notre vocabulaire, encore faudrait-il le remplacer par un autre moins inadéquat. Nous ignorons lequel. Tel est notre problème. » Michel Villey, *Le Droit et les droits de l'homme*, précité, p. 14.

<sup>155</sup> Costas Douzinas, *Human Rights and Empire*, précité, p.14: « An air of self-satisfied irrelevance is the permanent characteristic of human rights conferences. The only human rights violation most human rights experts, international lawyers and diplomats have ever experienced is being served a bad bottle of wine at their working lunches ».

<sup>156</sup> Alain Pellet, « Droits-de-l'hommisme et droit international », *Droits fondamentaux*, n° 01, 2001, <https://www.crdh.fr?p=4820> Dernière consultation le 21 novembre 2022.

# Article 18 ECHR as a New Pillar of Judicial Independence and Separation of Powers

Aikaterini Tsampi\*

## 1. INTRODUCTION

There is no originality in noting that Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR/Convention) is the fundamental pillar of judicial independence in the system of the Convention. It also comes as no surprise that the European Court of Human Rights (ECtHR/Court) invokes the principle of separation of powers in cases connected to the independence of the judiciary under the same provision.<sup>157</sup>

Notwithstanding the aforementioned observations, Article 6 ECHR is not the only relevant provision on the principles of judicial independence and separation of powers as far as the system of the Convention is concerned. Cases decided under Articles 5 and 10 ECHR indicatively exemplify the potential of provisions other than Article 6 to advance the requirements for judicial independence and separation of powers.<sup>158</sup> What this paper aims to demonstrate is that recent jurisprudential developments have rendered Article 18 a key provision for judicial independence and separation of powers in the ECHR system.

Article 18 provides that '[t]he restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed'. While the wording of the provision is not revealing any connection whatsoever neither to judicial independence nor to separation of powers, recent scholarship has clearly accentuated the pertinence of Article 18 for the rule of law itself.<sup>159</sup> Relying on Article 18 literature, but also considering the most recent case-law on Article 18, the lines that follow will analyse in what ways Article 18 has become relevant for judicial independence and separation of powers.

The analysis will revolve around two axes. First, it will be argued that any violation of Article 18 ECHR relates to the principles of judicial independence and separation of

---

\* Assistant Professor of Public International Law, Department of Transboundary Legal Studies, Faculty of Law, University of Groningen.

<sup>157</sup> Aikaterini Tsampi, 'Separation of Powers and the Right to a Fair Trial under Article 6 ECHR: Empowering the Independence of the Judiciary in the Subsidiarity Epoch' in Spano, Motoc, Lubarda, Pinto de Albuquerque and Tsirli (eds), *Fair Trial: Regional and International Perspectives = Procès équitable: perspectives régionales et internationales: Liber amicorum Linos-Alexandre Sicilianos* (2020) 693-708.

<sup>158</sup> *Ibid.* at 695.

<sup>159</sup> Floris Tan, 'The Dawn of Article 18 ECHR: A Safeguard Against European Rule of Law Backsliding?' (2018) 9(1) *Goettingen Journal of International Law* 109-141; Corina Heri, 'Loyalty, Subsidiarity, and Article 18 ECHR: How the ECtHR Deals with Mala Fide Limitations of Rights' (2020) 1(1) *European Convention on Human Rights Law Review* 25-61; Aikaterini Tsampi, 'The New Doctrine on Misuse of Power under Article 18 ECHR: Is it about the System of Contre-Pouvoirs within the State after all?' (2020) 38(2) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 134-155; Basak Çali, 'History as an Afterthought: The (Re)discovery of Article 18 in the Case Law of the European Court of Human Rights' in Helmut Philipp Aust and Esra Demir-Gürsel (eds), *The European Court of Human Rights: Current Challenges in Historical Perspective* (2021) 158-176.

powers, no matter what the status of the applicant is. Considering the actual state of the Court's case-law, a violation of Article 18 may qualify as general "barometer" or even as actual "verdict" on the status of judicial independence and separation of powers within the respondent State (2). Second, the paper will focus on the cases where the victims of Article 18 violations are judges themselves. The relevance of these cases for judicial independence and separation of powers is even more accentuated (3).

## 2. ARTICLE 18 VIOLATION: FROM "BAROMETER" TO "VERDICT" ON JUDICIAL INDEPENDENCE AND SEPARATION OF POWERS

Article 18 had been for long a dormant clause in the system of the Convention. Inspired by the *détournement de pouvoir* (misuse/misapplication of power) theory of French Administrative Law,<sup>160</sup> the 'anti-détournement clause' of the Convention,<sup>161</sup> while dear to numerous applicants throughout the years, was marginalised in the Court's practice<sup>162</sup> and only sporadically scrutinized in scholarly debate.<sup>163</sup> Its reinvigoration with the Grand Chamber judgment *Merabishvili v Georgia*<sup>164</sup> in 2017 dramatically converted this clause to a highly debated one. Even so, the number of cases in which the Court found a violation of Article 18 is not dramatically high to date, more than five years later.<sup>165</sup>

---

<sup>160</sup> Under the French Administrative Law doctrine, misuse of power occurs either when the administrative act is foreign to any public interest (primary *détournement de pouvoir*) or when it is taken in a public interest, but not in the one for which the powers necessary to take the act have been conferred to its author (secondary *détournement de pouvoir*).

<sup>161</sup> ECtHR, GC, Merits and Just Satisfaction, 28 November 2017, *Merabishvili v Georgia*, n°72508/13, at paras 154 and 283.

<sup>162</sup> Concurring opinion of Judge Kūris in ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 21 June 2016, *Tchankotadze v Georgia* Application, n°15256/05, at paras 13-42.

<sup>163</sup> Before 2017, Article 18 would be the focus of a handful of studies/chapters in books: e.g. Vincent Coussirat-Coustère, 'Article 18' in Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux and Pierre-Henri Imbert (eds), *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article* (1999) 527; Dmytro Kotlyar, 'The challenges of arguing Article 18 at the European Court' (2012) 18 *EHRAC Bulletin* [6]-7; Pablo Santolaya, 'Limiting Restrictions on Rights. Art. 18 ECHR (A Generic Limit on Limits According to Purpose)' in García Roca and Pablo Santolaya (eds), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights* (2012) 527-536; Helmut Satzger, Frank Zimmermann and Martin Eibach, 'Does Art. 18 ECHR Grant Protection against Politically Motivated Criminal Proceedings? – Rethinking the Interpretation of Art. 18 ECHR against the Background of the New Jurisprudence of the European Court of Human Right [Parts 1 and 2]' (2014) 4 *European Criminal Law Review* 91-113 [Part 1] and 248-264 [Part 2]; Jean-Paul Costa, 'Sauvegarde, développement, destruction des droits et libertés' in Elisabeth Lambert-Abdelgawad, David Szymczak, and Sébastien Touzé (eds), *L'homme et le droit: en hommage au professeur Jean-François Flauss* (2014) [207]-217; Joël Andriantsimbazovina, 'L'abus de droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme' (2015) 32 *Recueil Dalloz* 1854-1860; Corina Heri and Helen Rex Keller, 'Selective criminal proceedings and Article 18 ECHR: the European Court of Human Rights untapped potential to protect democracy' (2016) 36(1-6) *Human Rights Law Journal* 1-10.

<sup>164</sup> *Merabishvili v Georgia*, supra n 5.

<sup>165</sup> The Court has found violations of Article 18 in 24 cases from 2004 until the end of January 2023. Seventeen of these cases were decided since ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 19 May 2004 *Merabishvili: Gusinskiy v Russia*, n°70276/01; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 13 November 2007, *Cebotari v Moldova*, n°35615/06; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 3 July 2012, *Lutsenko v Ukraine* Application, n°6492/11; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 30 April 2013, *Tymoshenko v Ukraine*, n°49872/11; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 22 May 2014, *Ilgar Mammadov v Azerbaijan* Application, n°15172/13; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 17 March 2016, *Rasul Jafarov v Azerbaijan*, n°69981/14; ECtHR, GC, Merits and Just Satisfaction, 28 November 2017, *Merabishvili v Georgia* Application, n°72508/13, (*Merabishvili v Georgia* Application No 72508/13, Merits and Just Satisfaction, 14 June 2016); ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 19 April 2018, *Mammadli v Azerbaijan*, n°47145/14; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 7 June 2018, *Rashad Hasanov and others v Azerbaijan*,

The finding of a violation of Article 18 is considered a violation ‘out of the ordinary’ as it indicates that the rule of law is suffering within the respondent State. It would not be an exaggeration to holistically call Article 18 the “systemic rule of law clause” of the Convention, at least for the time being. In this alarming context for the rule of law within a State, the independence of the judiciary and the separation of powers are under pressure themselves. This is not necessarily explicitly stressed in the relevant cases, but one cannot disregard that an Article 18 violation may operate as a ‘barometer’ on the condition of judicial independence and separation of powers within a State (A). In some cases, even, such violation may as well function as ‘verdict’ on the threat against judicial independence *in globo* as the Court takes clear note of this threat (B).

### **A. Article 18 Violation as ‘Barometer’ on Judicial Independence and Separation of Powers**

The general wording of Article 18 does not necessarily presuppose that the violation of this provision has specific characteristics as far as the threat to the rule of law is concerned. Considering the connection of the misuse of power under Article 18 ECHR with the *détournement de pouvoir* theory of French Administrative Law, one would legitimately expect that the prominent feature of a violation of Article 18 is bad faith and the moral reproach that it entails. This is not, however, the only determinative characteristic of an Article 18 violation. Apart from the psychological element inherent in the use of the restrictions permitted under the Convention for one or more ulterior purposes, a violation of Article 18 is a signal of a rule of law threat under which the judicial independence and the separation of powers themselves suffer.

Since *Merabishvili*, Article 18 became the provision synonym to the oppression of dissent within a State. Only that Article 18 is not simply about oppressing dissent within any State, but oppressing dissent in a State where there are serious indications that the judiciary and the legislative are not in a position to effectively check the government and where the latter tries to both exploit and solidify its dominant position.<sup>166</sup> The

---

n°48653/13, 52464/13 and 65597/13; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 20 September 2018, *Aliyev v Azerbaijan*, n°68762/14 and 71200/14 ; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 15 November 2018, *Navalnyy v Russia*, n°29580/12, 36847/12, 11252/13, 12317/13 and 43746/14 ; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 9 April 2019, *Navalnyy v Russia (no 2)*, n°43734/14 ; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 7 November 2019, *Natig Jafarov v Azerbaijan*, n°64581/16 ; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 10 December 2019, *Kavala v Turkey*, n°28749/18; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 13 February 2020, *Ibrahimov and Mammadov v Azerbaijan*, n°63571/16, 74143/16 and 2883/17 ; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 27 February 2020, *Khadija Ismayilova v Azerbaijan (no 2)*, n°30778/15 ; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 16 July 2020, *Yunusova and Yunusov v Azerbaijan (no 2)*, n°68817/14; ECtHR, GC, Merits and Just Satisfaction, 22 December 2020, *Selahattin Demirtaş v Turkey (no 2)* n°14305/17 (ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 20 November 2018, *Selahattin Demirtaş v Turkey (no 2)*, n°14305/17); ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 18 February 2021, *Azizov and Novruzlu v Azerbaijan*, n°65583/13 and 70106/13 ; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 14 October 2021, *Democracy and Human Rights Resource Centre and Mustafayev v Azerbaijan*, n°74288/14 and 64568/16 ; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 19 October 2021, [Miroslava Todorova v Bulgaria](#) Application, n°40072/13 ; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 6 October 2022, *Juszczyszyn v Poland* Application n°35599/20; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 8 November 2022, *Yüksekdağ Şenoğlu and others v Türkiye*, n°14332/17 and 13 others ; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 24 January 2023, *Kutayev v Russia* Application, n°17912/15.

<sup>166</sup> Aikaterini Tsampi, ‘The Role of Civil Society in Monitoring the Executive in the Case-Law of the European Court of Human Rights: Recasting the Rule of Law’ (2021) 17(2) Utrecht Law Review 102, at 112.

typology of cases in which the Court has found a violation of Article 18 allows us to conclude that a violation of Article 18 reflects the attempts of the executive branch of government to control any source of power within the State that opposes it.<sup>167</sup> In a relevant study, in which the case-law until the end of 2019 was considered, we held that a violation of Article 18 ECHR is connected to the *male fide* effort of the executive branch of government to erode the social, political and economic monitors within a State.<sup>168</sup> However, for the executive to achieve this ulterior purpose it is also required that the institutional monitors, namely the judicial and the legislative branch of government, fail to avert this erosion.<sup>169</sup> The failure of the judiciary to protect the applicants against a hidden agenda does not necessarily have to fall within an orchestrated attempt by both the executive and the judiciary from the beginning. It is not necessary that both branches of government share and serve a common ulterior purpose from the outset. For a violation of Article 18 to occur, the sole failure of the judiciary to act as a *contre-pouvoir* – ergo the failure to unveil the ulterior motive of the executive – suffices.<sup>170</sup> The cases decided by the Court ever since these conclusions were drawn continue to corroborate this conclusion.<sup>171</sup>

The Court has particularly highlighted the failure of the judicial branch of government to hinder the achievement of the ulterior purpose pursued by the executive. In the post-*Merabishvili* cases in which the Court found violations of Article 18 ECHR against Azerbaijan, the role of the judiciary was particularly observed. The Court assessed the function of judicial control over the acts of the executive, namely the detention of the applicants, members of civil society, for ulterior purposes. Both in *Ilgar Mammadov* and *Rasul Jafarov*, the Court observed that with respect to the judicial review of the lawfulness of the applicant's detention, the domestic courts 'limited their role to one of mere automatic endorsement of the prosecution's requests' without conducting a 'genuine' review of the 'lawfulness' of the detention'.<sup>172</sup> In *Aliyev*, but also in more recent cases against Azerbaijan, the Court did not only emphasised the lack of genuineness in the judicial review conducted in the case of the applicant but also its lack of independence.<sup>173</sup> It is noteworthy that in some cases even, the Court observed that the failure of the judiciary was systematic.<sup>174</sup> In *Aliyev*, in particular, the Court insisted more on the role of the judiciary. In its observations under Article 46 of the Convention, and taking also into consideration the rest of the cases where Azerbaijan was found to have breached Article 18, the Court

consider[ed] important to stress, as a matter of concern, that the domestic courts, being the ultimate guardians of the rule of law, systematically failed to protect the applicants against arbitrary arrest and continued pre-trial

---

<sup>167</sup> *Merabishvili v Georgia*, supra n 5 at para 324.

<sup>168</sup> *Aikaterini Tsampi*, supra n 3.

<sup>169</sup> *Ibid.* at 148-150.

<sup>170</sup> *Ibid.* at 149.

<sup>171</sup> *Supra* n 9.

<sup>172</sup> *Ilgar Mammadov v Azerbaijan*, supra n 9 at para 118; also, *Rasul Jafarov v Azerbaijan*, supra n 9 at para 143.

<sup>173</sup> *Aliyev v Azerbaijan*, supra n 9 at 172; also, *Khadija Ismayilova v Azerbaijan (no 2)*, supra n 9 at para 91; *Yunusova and Yunusov v Azerbaijan (no 2)* supra n 9 at 117.

<sup>174</sup> *Aliyev v Azerbaijan*, supra n 9 at para 224; also, *Khadija Ismayilova v Azerbaijan (no 2)* supra n 9 at para 91.

detention in the cases which resulted in the judgments adopted by the Court.<sup>175</sup>

Certainly, it should be noted that even in cases where the Court openly addressed the failure of the judiciary as systematic, it did not necessarily link the violation of Article 18 to the lack of judicial independence *in globo* within the State at hand. In other words, for a violation of Article 18 to be found, it is not necessary for the applicant to prove that the judicial system within the State at hand is not independent from the other branches of government, the executive in particular. Certainly, even if the lack of independence of the judiciary is not a prerequisite for the triggering of Article 18 ECHR, a violation of Article 18 still operates as ‘barometer’ for the judicial independence within a State. The cases where an Article 18 violation occurs reflect the efforts of the executive to silence their opponents through *mala fides* restrictions of their rights. After all, post-*Merabishvili*, the Court is routinely employing contextual evidence that corroborate the existence of the ulterior purposes on the part of the executive. In such settings, it would be hard to claim that the judiciary was ignorant of the situation, especially since the applicants are high-profile figures of the opposition. It would not be an exaggeration to claim thus that the failure of the judiciary to put an end to the hidden agenda of the government can be attributed to its lack of independence, as judges are unwilling or unable to put an end to the ulterior purposes of the government.

The Court openly linked the attitude of the judicial authorities in the applicant’s case to the influence of the political climate in *Selahattin Demirtaş (No. 2) v Turkey*.<sup>176</sup> The case concerned the unforeseeable lifting of the applicant’s parliamentary immunity and pre-trial detention on terrorist charges for political speeches. The Court found that the pre-trial detention of the applicant, dominant figure of the political opposition in Turkey, pursued the ulterior motive of stifling pluralism and limiting freedom of political debate.<sup>177</sup> The judgment issued by the Chamber in 2018 noted in particular the influence of the political climate after the coup d’état in Turkey:

the tense political climate in Turkey during recent years has created an environment capable of influencing certain decisions by the national courts, especially during the state of emergency. In that context, concordant inferences drawn from this background support the argument that the judicial authorities reacted harshly to the applicant’s conduct, bearing in mind his position as one of the leaders of the opposition, and to the conduct of other HDP members of parliament and elected mayors, as well as to dissenting voices more generally.<sup>178</sup>

Even so, the Chamber did not *expressis verbis* link the situation at hand with the lack of independence of the judiciary *in globo*. This point was taken up by Judge Karakaş in his dissenting opinion in which he doubted that the existence of ulterior purpose can be proved unless ‘the Court had found that the Turkish justice system was not sufficiently

---

<sup>175</sup> *Aliyev v Azerbaijan*, supra n 9 at para 224.

<sup>176</sup> *Selahattin Demirtaş (No. 2) v Turkey*, supra n 9.

<sup>177</sup> *Ibid.* at para 273.

<sup>178</sup> *Ibid.* at para 271.

independent from the executive'.<sup>179</sup> To further corroborate his argument the dissenting judge referred to the findings of the Court in *Merabishvili*. In *Merabishvili*, the Court denied to find a violation of Article 18 on the assertion that the ulterior purpose of the applicant's detention was principally to remove him from Georgia's political scene; it considered that factors deriving from the broader political context in which the criminal case was brought against the applicant were not sufficient proof in that respect.<sup>180</sup> Among others, the Court did not find that the statements about the criminal cases against opposition figures by officials from the executive were seen as 'proof of ulterior purpose behind a judicial decision' since there was no 'evidence that the courts were not sufficiently independent from the executive authorities'.<sup>181</sup>

Even though it is true that in *Merabishvili* the Court did not consider the general political climate as proven to have an impact on the judiciary because the latter was sufficiently independent from the executive, this does not imply that for a violation of Article 18 to occur the applicant has to prove the lack of independence of the judiciary in its entirety. In *Merabishvili*, the Grand Chamber did not find prove of ulterior purpose 'behind [the] judicial decision'<sup>182</sup> itself. For a violation of Article 18 to occur there is no need to prove that the ulterior purpose was shared between the executive and the judiciary; it is enough to prove that the judiciary did not avert the implementation of the ulterior purpose of the executive. If by implication this means that the judiciary is not independent enough from the executive, this is a different story. In such a context the violation of Article 18 operates as 'barometer' of the judicial independence within the State at hand. Such a finding does not exclude the fact that an Article 18 violation can also operate as 'verdict' on the status of judicial independence within a State, as it will be discussed in the next section.

## **B. Violation of Article 18 as “Verdict” on Judicial Independence**

The previous section demonstrated that a violation of Article 18 ECHR occurs when the judiciary fails to avert the implementation of the hidden agenda of the executive to oppress its dissenters. In such a context, the system of 'checks and balances' within the State suffers. The same can be said for the judicial independence itself.

In the vast majority of cases, the Court did not make an explicit reference to the status of the judicial independence within the respondent State. The Court employed contextual evidence that reflect the ulterior purposes of the executive mostly, by considering reports and opinions adopted by international observers. Even so, however, these reports did not necessarily reflect on the status of judicial independence within the State at hand. The Court did not go as far to suggest that the judiciary was not sufficiently independent from the executive, since strictly speaking this was not necessary for it to find a violation of Article 18 ECHR.

---

<sup>179</sup> Partly dissenting opinion of Judge Karakaş in *Selahattin Demirtaş (No. 2) v Turkey*, supra n 9 at para 7.

<sup>180</sup> *Merabishvili v Georgia*, supra n 5 at para 322.

<sup>181</sup> *Ibid.* at para 324.

<sup>182</sup> *Ibid.*

In this context, the observations of the Grand Chamber in *Selahattin Demirtaş (No. 2) v Turkey* of 2020 are noteworthy. Even though the Grand Chamber held the same conclusion as the Chamber with respect to the existence of a violation of Article 18,<sup>183</sup> the Grand Chamber, unlike the Chamber, relied on extensive contextual evidence on the independence of the judicial system in Turkey. More specifically the Court focused on the findings of international observers on the Supreme Council of Judges and Prosecutors ('the Supreme Council') as it considered it 'relevant to the Court's examination under Article 18 of the Convention'.<sup>184</sup> The Grand Chamber relied on the findings of the Venice Commission which characterised the new composition of the Supreme Council 'extremely problematic' and took the view that

the composition of the Supreme Council would seriously endanger the independence of the judiciary, because it was the main self-governing body of the judiciary, overseeing appointments, promotions, transfers, disciplinary measures and the dismissal of judges and public prosecutors.<sup>185</sup>

In addition to these findings, the Court considered other reports indicating the impact of the political climate in the State:

the tense political climate in Turkey during recent years has created an environment capable of influencing certain decisions by the national courts, especially during the state of emergency, when hundreds of judges were dismissed, and especially in relation to criminal proceedings instituted against dissenters.<sup>186</sup>

Overall, the Grand Chamber not only relied on the intense political climate that influenced the judicial function in the State, but it also assessed structural reforms that have an impact on the judicial body *in globo*.

With *Selahattin Demirtaş (No. 2)*, the Grand Chamber explicitly put judicial independence on the picture in a way that one can legitimately hold that such findings not only operated as verdicts on Article 18 but also on judicial independence as such.<sup>187</sup> Even so, the Court did not refer to the notion of separation of powers. Notwithstanding the fact that the references of the Court to the separation of powers are growing both in quantitatively and qualitatively, especially in the cases against Poland where the Court assesses the structural reforms of the judiciary of these recent years, the Court does not necessarily make the connection between the importance of the separation of powers and the lack of judicial independence in cases where Article 18 is violated. Such an explicit connection would have been welcomed especially when Article 18 ECHR violations qualify as indicators of structural deficiencies in the relation between the

---

<sup>183</sup> GC, *Selahattin Demirtaş (No. 2) v Turkey*, supra n 9 at para 437.

<sup>184</sup> *Ibid.* at para 434. Cf. partly concurring, partly dissenting opinion of Judge Yüksel in *Selahattin Demirtaş (No. 2) v Turkey* [Grand Chamber], supra n 9 at para 28.

<sup>185</sup> GC, *Selahattin Demirtaş (No. 2) v Turkey*, supra n 9 at para 434.

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> See similarly, *Yüksekdağ Şenoğlu and others v Türkiye*, supra n 9 at paras 637 and 638.

branches of government within a State. Certainly, one cannot disregard the more recent Article 18 case-law on cases brought before the Court by members of the judicial themselves. As it will be indicated in the next chapter, this time, separation of powers made its way in Article 18 jurisprudence.

### **3. TARGETING JUDICIAL INDEPENDENCE AND SEPARATION OF POWERS: ULTERIOR PURPOSE IN ARTICLE 18 VIOLATIONS**

The first - and quantitatively still dominant - set of cases in which the Court found a violation of Article 18 ECHR pertained to the restriction of rights of prominent figures of civil society or political opposition.<sup>188</sup> In such settings, as argued above, judicial independence was a pertinent feature of the case to the extent that the oppression of the dissenters under Article 18 could not occur in a setting of a judicial system that could operate independently. However, the ulterior purpose of the executive was not necessarily connected to undermining judicial independence itself. The targeting of the executive pertained to a number of social and political monitors of the executive but not to its main institutional check, the judiciary itself. Almost four years lapsed since *Merabishvili* for the Court to find a violation of Article 18 in a case brought before it by a member of the judiciary itself (A). The cases brought before the Court by judges have a determinative value for the connection between Article 18 and the principles of judicial independence and separation of powers (B).

#### **A. Judges in support of judicial independence and separation of powers as victims of Article 18 violations**

Until now the Court has found Article 18 violations in two cases in which the applicants were judges. The first case, *Miroslava Todorova v Bulgaria*,<sup>189</sup> was decided in 2021 and the second one, *Juszczyszyn v Poland*,<sup>190</sup> one year later. The two cases present both convergencies and divergencies that enlighten the connection between Article 18 and the principles of judicial independence and separation of powers.

The common denominator of the aforementioned cases was the sanctioning of members of the judiciary for actions that aimed in the defence of judicial independence within the respective States. In *Miroslava Todorova* the Court found a violation of Article 18 in conjunction with Article 10 as the predominant purpose of the disciplinary proceedings against the applicant and of the sanctions imposed on her was to penalise and intimidate

---

<sup>188</sup> *Gusinskiy v Russia*, supra n 9; *Cebotari v Moldova*, supra n 9; *Lutsenko v Ukraine*, supra n 9; *Tymoshenko v Ukraine*, supra n 9; *Ilgar Mammadov v Azerbaijan*, supra n 9; *Rasul Jafarov v Azerbaijan*, supra n 9; *Merabishvili v Georgia* supra n 9; *Mammadli v Azerbaijan* supra n 9; *Rashad Hasanov and others v Azerbaijan* supra n 9; *Aliyev v Azerbaijan*, supra n 9; *Navalnyy v Russia*, supra n 9; *Navalnyy v Russia (no 2)*, supra n 9; *Natig Jafarov v Azerbaijan*, supra n 9; *Kavala v Turkey*, supra n 9; *Ibrahimov and Mammadov v Azerbaijan*, supra n 9; *Khadija Ismayilova v Azerbaijan (no 2)*, supra n 9; *Yunusova and Yunusov v Azerbaijan (no 2)*, supra n 9; *Selahattin Demirtaş v Turkey (no 2)*, supra n 9; *Azizov and Novruzlu v Azerbaijan*, supra n 9; *Democracy and Human Rights Resource Centre and Mustafayev v Azerbaijan*, supra n 9; *Yüksekdağ Şenoğlu and others v Türkiye*, supra n 9; *Kutayev v Russia*, supra n 9.

<sup>189</sup> [Miroslava Todorova v Bulgaria](#), supra n 9.

<sup>190</sup> *Juszczyszyn v Poland*, supra n 9

her on account of her criticism of the Bulgarian Supreme Judicial Council and the executive. The applicant's criticism had aimed to strengthening the independence of the judiciary.<sup>191</sup> On a similar vein, the Court ruled that the disciplinary measures that had been taken against Mr Juszczyzyn leading to his suspension, were incompatible with Article 18 in conjunction with Article 8. Indeed their ulterior purpose was to sanction him and to dissuade him from assessing the status of judges appointed upon the recommendation of the recomposed National Council of the Judiciary by applying the relevant legal standards, including those stemming from Article 6 (1) ECHR.<sup>192</sup>

Nonetheless, these two cases are significantly different too. In *Miroslava Todorova*, the applicant was targeted for activities relevant to the operation of the judiciary but conducted outside her official judicial duties *stricto sensu*. At the relevant time the applicant had been President of the BUJ. Her role and her duty consisted primarily in defending the professional interests of the members of that organisation, inter alia by making public pronouncements about the functioning of the judicial system, the need for its reform or the imperative of maintaining judicial independence.<sup>193</sup> On the contrary, in *Juszczyzyn*, the applicant was targeted for the manner in which he exercised his official judicial functions. Furthermore, while the actions of both judges aimed at the defence of judicial independence, it cannot be disregarded that the status of judicial independence in the respective States is not necessarily the same. This is reflected in the respective judgments too, even though both found Article 18 to be violated.

It is noteworthy that in *Miroslava Todorova* the Court did not find a violation of Article 6 with respect to the applicant as it saw no evidence of lack of independence and impartiality on the part of the Supreme Administrative Court.<sup>194</sup> On the contrary, in *Juszczyzyn*, not only did the Court find a violation of Article 6,<sup>195</sup> but it also considered its own findings along with those of other international bodies on the impact of the judicial reform in Poland on the independence of the judiciary *in globo*:

[A]s a result of the successive reforms, the judiciary – an autonomous branch of State power – was exposed to interference by the executive and legislative powers and thus substantially weakened”.<sup>196</sup> The Court had already found that the main objective of the reforms was for the legislative and the executive powers “to achieve a decisive influence over the composition of the NCJ which, in turn, enabled those powers to interfere directly or indirectly in the judicial appointment procedure.<sup>197</sup>

This juxtaposition does not alter our findings in the previous chapter as per the relevance of Article 18 for judicial independence. On the contrary, it corroborates the finding that

---

<sup>191</sup> [Miroslava Todorova v Bulgaria](#), supra n 9 at para 213.

<sup>192</sup> *Juszczyzyn v Poland*, supra n 9 at para 337.

<sup>193</sup> [Miroslava Todorova v Bulgaria](#), supra n 9 at para 8.

<sup>194</sup> *Ibid.* at para 123.

<sup>195</sup> *Juszczyzyn v Poland*, supra n 9 at paras 211 and 215.

<sup>196</sup> *Ibid.* at para 322.

<sup>197</sup> *Ibid.* at para 323.

a violation of Article 18 may operate as ‘barometer’ or ‘verdict’ for the status of judicial independence within a State. While it is true that in *Miroslava Todorova* the Court did not accept the existence of a structural problem with respect to judicial independence in Bulgaria in the same fashion as it did in *Juszczyszyn* or *Selahattin Demirtaş (No. 2)*, the finding of violation of Article 18 is still telling as per the judicial independence within that State. Targeting a member of judiciary for their legitimate efforts to uphold judicial independence is an indicator in itself. After all, in its effort to establish the existence of this ulterior purpose, the Court noted the lively debates in Bulgarian society concerning the independence and effectiveness of justice, in particular concerning the treatment of organized crime affairs, and the fact that disputes have taken place between the association of judges represented by the applicant, and the executive.<sup>198</sup> Furthermore, as far as *Miroslava Todorova* is always concerned, one cannot disregard the relevant observations of two dissenting judges, judge Harutyunyan and the *ad hoc* judge Salkova. The dissenting judges were in favor of finding a violation of Article 6 due to lack of objective impartiality of the tribunal that decided the applicant’s case.<sup>199</sup> In particular they suggested that there was evidence of lack of stability of the Bulgarian judicial system itself to the extent that this stability depends on the independence from the political organs.<sup>200</sup> They noted, in particular, the lack of clear rules that are equitably applied to all judges in the case of the evolution of judges’ careers.<sup>201</sup> Even if it can be argued that both *Miroslava Todorova* and *Juszczyszyn* are reflecting on the status of the judicial independence within the State, it cannot be disregarded that *Juszczyszyn* may operate as ‘verdict’ on judicial independence in Poland in itself.

## **B. *Juszczyszyn v. Poland*: Putting Separation of Powers in the picture**

The finding of a violation of Article 18 in conjunction with Article 8 in the case of *Juszczyszyn* is of particular pertinence. While the connection between judicial independence and the balance in the relations between the different branches of government are connected to an Article 18 violation, the Court explicitly linked the three in *Juszczyszyn*.

Just like in *Selahattin Demirtaş (No. 2)*, in *Juszczyszyn* the Court considered contextual evidence on the status of judicial independence *in globo* in Poland. As the Court clearly put it: “In its assessment of the applicant’s complaint under Article 18 the Court must have regard to judicial independence, which is a prerequisite to the rule of law.”<sup>202</sup> This time the Court had its own findings to also rely on, apart from those adopted by other international bodies. It considered in particular the the general context concerning the reorganisation of the judiciary in Poland as noted in *Grzęda*, a case exclusively decided under Article 6 ECHR.<sup>203</sup> *Grzęda* clearly indicated that the Grand Chamber’s approach

---

<sup>198</sup> [Miroslava Todorova v Bulgaria](#), supra n 9 at para 206. In particular, the Minister of the Interior made statements to the press that targeted the applicant personally and criticized her work as a judge.

<sup>199</sup> Partially dissenting opinion of Judge Harutyunyan and Ad Hoc Judge Salkova in [Miroslava Todorova v Bulgaria](#), supra n 9 at para 252.

<sup>200</sup> *Ibid.*

<sup>201</sup> *Ibid.*

<sup>202</sup> *Juszczyszyn v Poland*, supra n 9 at para 333.

<sup>203</sup> ECtHR, GC, Merits and Just Satisfaction, 15 March 2022, *Grzęda v Poland* Application No 43572/18.

to the principle of judicial independence moved away from its traditional understanding as individual right for the parties to a judicial dispute and embraced instead the general duty for the State to safeguard the independence of the judiciary in its entirety.<sup>204</sup>

This time, the reference to judicial independence was accompanied by the explicit reference to separation of powers. The Court reiterated

that it must be particularly attentive to the protection of members of the judiciary against measures that can threaten their judicial independence and autonomy, given the prominent place that the judiciary occupies among State organs in a democratic society and the importance attached to the separation of powers and to the necessity of safeguarding the independence of the judiciary.<sup>205</sup>

The reference to separation of powers, here, did not introduce any new approach or test as far as the implementation of the ECHR requirements are concerned. However, the fact that the Court explicitly referred to the separation of powers, in conjunction with judicial independence, is not without significance. The Court for the first time clearly made the connection between the requirements of Article 18 and the separation of powers. Of course, it is left to be seen if *Juszczyszyn* inaugurated a new era for Article 18 and its connection to separation of powers. It cannot be disregarded that this Polish case pertained to the *mala fides* restrictions of rights of a judge who issued a judicial decision whereby he intended to verify whether a first-instance judge was lawfully appointed and fulfilled the requirement of independence, in other words, whether the institutional requirements of Article 6(1) of the Convention were complied with.<sup>206</sup> As such, the reference to separation of powers was not necessarily striking.<sup>207</sup>

However, it cannot go unnoticed that these past years the references of the Court to the separation of power have been significant.<sup>208</sup> In *Guðmundur Andri Ástráðsson*, the Grand Chamber made the preservation of the separation of powers inherent part of the new test introduced by the Court for the assessment of whether the irregularities in a given judicial appointment procedure were of such gravity as to entail a violation of the right ‘to a tribunal established by law’.<sup>209</sup> The Court explicitly referred to the separation of powers as the object and purpose of the requirement of a tribunal established by law

---

<sup>204</sup> Mathieu Leloup and David Kosář, ‘Sometimes even easy rule of law cases make bad law. Case note on: ECtHR, GC, 15 March 2022, n°43572/18, *Grzęda v Poland*’ (2002) 18(4) *European Constitutional Law Review* 753 at 767 and 779.

<sup>205</sup> *Juszczyszyn v Poland*, supra n 9 at para 333.

<sup>206</sup> *Ibid.* at para 334.

<sup>207</sup> See for example ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 23 June 2016, *Baka v Hungary*, n°20261/12 at para 165.

<sup>208</sup> Aikaterini Tsampi, ‘The importance of “separation of powers” in the case-law of the European Court of Human Rights: an importance that finally ... grew?’, *Blogdroiteuropeen*, 2 June 2022, available at: <https://blogdroiteuropeen.com/2022/06/02/the-importance-of-separation-of-powers-in-the-case-law-of-the-european-court-of-human-rights-an-importance-that-finally-grew-by-aikaterini-tsampi/> [last accessed 24 February 2023].

<sup>209</sup> ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 1 December 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson v Iceland*, n°26374/18, at para 246.

on an equal footing to the very rule of law.<sup>210</sup> The cases on the Polish reform of the judiciary also routinely referred to separation of powers, rendering it a principle of reference for the assessment of the compatibility of the measures with the Convention.<sup>211</sup> In *Dolińska-Ficek and Ozimek v Poland*, the Court went as far to link the separation of powers to Article 46 ECHR. The Court connected the measures required on the part of the Polish State for the implementation of the judgment to the separation of powers: ‘In this situation and in the interests of the rule of law and the principles of the separation of powers and the independence of the judiciary, a rapid remedial action on the part of the Polish State is required’.<sup>212</sup>

Such developments are relevant to Article 18 too. The Court ‘upgraded’ the pertinence of separation of powers in its case-law<sup>213</sup> and the explicit reference in *Juszczyszyn* consolidated further this tendency. However, *Juszczyszyn* can be considered just the beginning of a long road. As it was argued at the outset of this paper, a violation of Article 18 is telling of systemic deficiencies in the relation of powers within a State. If it is to be accepted that a violation of Article 18 qualifies as a verdict on its own as per the suffering of judicial independence, then the reference to separation of powers comes as little surprise and one can even claim that it occurred quite late. The connection between separation of powers, independence of the judiciary and Article 18 cannot only occur in Article 18 cases where the applicants are members of the judiciary themselves. It is true that since its first references to the significance of the separation of powers in its case-law in 2002, the Court continued to refer to the importance of the notion of separation of powers in two big categories of cases: a) in cases pertaining to the separation of powers between the executive and the judiciary, with a view to protect the independence of the judiciary; and b) in cases related to the separation of powers between the legislative and the judiciary, with a view to protect the independence of the Parliament.<sup>214</sup> Article 18 is a fertile ground for the expansion of such cases and the contemplation of separation of powers in its ‘checks and balances dimension’. It should not go unnoticed that an Article 18 violation is a sign of failure not only of the judiciary but of the legislative as well, to the extent that in most cases where a violation has been found, the adoption of restrictive to rights legislations had also usually occurred.<sup>215</sup> Furthermore, when the reference to separation of powers indeed occurs in Article 18

---

<sup>210</sup> *Ibid.*

<sup>211</sup> E.g. ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 7 May 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v Poland* n°4907/18, at paras 281 and 283; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 22 July 2021, *Reczkowicz v Poland* Application No 43447/19, at para 261; ECtHR, 19 Merits and Just Satisfaction, 8 November 2021, *Dolińska-Ficek and Ozimek v Poland*, n°49868/19 and 57511/, at para 368; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 3 February 2022, *Advance Pharma Sp. Z O.O v Poland*, n°1469/20, at para 345; *Grzęda v Poland*, supra n 47 at para 302.

<sup>212</sup> *Dolińska-Ficek and Ozimek v Poland*, supra n 54 at para 368.

<sup>213</sup> In recent cases, the Court did not refer to the “growing importance” of separation of powers, as it had routinely done since 2002, but rather to its “importance” as such (*Grzęda v Poland*, supra n 47 at para 302; ECtHR, Merits and Just Satisfaction, 7 April 2022, *Gloveli v Georgia* Application No 18952/18, at para 49).

<sup>214</sup> Aikaterini Tsampi, *Le principe de séparation des pouvoirs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* (2019); Laure Milano, ‘La séparation des pouvoirs et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un procès équitable’ *Conseil Constitutionnel*, Titre VII, n° 3, October 2019, available at: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-separation-des-pouvoirs-et-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme-sur-le> [last accessed 24 February 2023].

<sup>215</sup> Aikaterini Tsampi, supra n 3 at 148-150.

ECHR cases, the Court can go as far as to adopt an approach similar to the one in *Dolińska-Ficek and Ozimek v Poland*, indicating, in the interests of the rule of law and the principles of the separation of powers and the independence of the judiciary, rapid remedial action.<sup>216</sup>

#### 4. CONCLUSION

The present paper explored the connection between Article 18 violations and the principles of judicial independence and separation of powers. It argued in particular that such violations operate as ‘barometer’ and, in some cases, as ‘verdict’ even on the sanity of judicial independence and separation of powers within a State. The gradual evolution of Article 18 case-law since *Merabishvili* and the recent cases where the violation of Article 18 occurred with respect to judges, allow us to identify Article 18 as a new pillar for judicial independence and separation of powers in the system of the Convention. Given the rule of law issues that remain open in the Council of Europe member States and the determination of the Court to address them, one can expect that Article 18 will continue to develop in its quality as pillar of judicial independence and separation of powers.

---

<sup>216</sup> *Dolińska-Ficek and Ozimek v Poland*, supra n 54 at para 368.

# **Dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la doctrine**

## **(L'arrêt *Ástráðsson c. Islande* [GC] ou le triomphe de l'indépendance de la justice)**

---

**Pere Pastor Vilanova\***

L'arrêt de Grande Chambre *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande* du 1<sup>er</sup> décembre 2020<sup>217</sup> me semble particulièrement pertinent à aborder dans le cadre de ce colloque entre juges européens et doctrine. Dans un contexte continental de crise (Hongrie, Pologne, etc.) à l'égard du principe fondamental de l'indépendance de la justice, l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme trouve à s'appliquer avec éclat dans cet arrêt, notamment dans ses volets relatifs à la légalité et à l'indépendance des tribunaux.

Partie I - Dans cette affaire, le requérant avait été condamné au pénal pour conduite sous l'emprise de stupéfiants. Contestant la sévérité de la condamnation qui lui avait été infligée en première instance (emprisonnement et retrait à vie du permis de conduire), il avait interjeté appel. Avant que la juridiction d'appel ne statue au fond, le requérant avait allégué que l'un des membres de cette juridiction – la juge A.E. – avait été nommé juge en violation des règles de procédure de sélection prévues par le droit interne. La juge concernée refusa de se déporter. Ultérieurement saisie de cet obstacle de procédure, la Cour suprême reconnut finalement l'irrégularité de la nomination de la juge A.E., au motif, notamment, que la ministre de la Justice avait retenu la candidature de l'intéressée sans s'être livrée à une évaluation indépendante de tous les candidats en lice et sans avoir suffisamment motivé sa décision.

Toutefois, la Cour suprême jugea que de telles irrégularités n'étaient pas de nature à entraîner l'annulation de la nomination de l'intéressée. Par conséquent, elle conclut que le requérant avait bénéficié d'un procès globalement équitable.

Partie II - Dans cette affaire phare de Grande Chambre, la tâche de la Cour consistait, principalement, à déterminer si le fait que la juge A.E. ait siégé dans le procès ouvert contre le requérant, avait privé ce dernier de son droit à être jugé par un « tribunal établi par la loi ». Ce litige a fourni à la Cour l'occasion d'affiner et de clarifier le sens à donner à la notion conventionnelle de « tribunal établi par la loi ».

Dans un premier temps, la Cour a analysé la manière dont les éléments constitutifs de cette notion devaient être interprétés pour que celle-ci soit effective. Elle a ensuite recherché comment cette notion s'articulait avec les autres « exigences institutionnelles » de l'article 6§1, c'est-à-dire l'indépendance et l'impartialité du tribunal.

---

\* Juge à la Cour européenne des droits de l'homme

<sup>217</sup> CourEDH, GC, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, n° 26374/18.

## A. La portée de l'exigence d'un « tribunal établi par la loi »

### 1. « Tribunal »

Un « tribunal » se caractérise, bien entendu, par sa fonction juridictionnelle, mais doit aussi satisfaire une série d'exigences, notamment l'indépendance à l'égard de l'exécutif ainsi que l'impartialité envers les parties, et assurer à ses membres une durée de leur mandat et des garanties statutaires suffisantes. En outre, il est inhérent à la notion même de « tribunal » que celui-ci se compose de juges sélectionnés au mérite, à l'issue d'un concours rigoureux qui doit assurer la nomination des candidats les plus qualifiés, tant du point de vue de leurs compétences professionnelles que de leur intégrité morale. À cet égard, la Cour considère que le mérite présente un double aspect, à savoir, la compétence professionnelle d'une part, et l'intégrité morale du juge d'autre part, cette dernière étant elle-même inséparable de son indépendance d'esprit.

La Grande Chambre semble donc dégager, dans cette affaire, un droit subjectif à un « bon juge ». Elle estime, par ailleurs, que plus un tribunal se situe à un niveau élevé dans la hiérarchie juridictionnelle, plus les critères de sélection applicables à ses membres doivent être exigeants.

### 2. « Etabli »

La Cour considère que les violations du droit interne survenues au stade de la nomination des juges sont susceptibles d'enfreindre le droit à un « tribunal établi par la loi », et que le processus de sélection de ceux-ci constitue, par conséquent, un élément inhérent à la notion de « tribunal établi par la loi ».

Elle observe aussi, que l'établissement d'un tribunal au moyen d'une loi n'a d'autre but que d'éviter que l'organisation du système judiciaire ne soit laissée à la discrétion de l'exécutif. En ce sens, la préservation du pouvoir judiciaire contre toute influence extérieure irrégulière demeure essentielle. C'est pourquoi il existe une corrélation importante entre la procédure de nomination des juges et la régularité de la formation au sein de laquelle ils siègent. Partant, un juge qui serait nommé au mépris des règles pertinentes, serait dépourvu de la légitimité démocratique lui permettant d'exercer sa fonction.

### 3. « Par la loi »

L'exigence d'un « tribunal établi (...) par la loi » dépasse la simple question de l'existence d'une base légale sur laquelle repose la création de la juridiction saisie et des autres prescriptions régissant la constitution et le fonctionnement de celle-ci. En effet, cette exigence implique aussi que le tribunal doit être établi « conformément à la loi ». Toutefois, elle ne vise pas à imposer une uniformité dans les traditions des États membres du Conseil de l'Europe, fort différentes d'ailleurs. À cet égard, la Cour observe qu'une certaine interaction entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire est souvent nécessaire, pourvu qu'aucun d'eux n'empiète indûment sur les fonctions et compétences des autres. Ainsi, le fait que le pouvoir exécutif exerce une influence décisive sur les

nominations n'est pas, en soi, spécialement problématique. En revanche, il importe de veiller à ce que le droit interne pertinent en matière de nomination des juges soit libellé dans des termes clairs, de manière à empêcher toute ingérence arbitraire, notamment de la part du pouvoir exécutif.

**B. Les relations étroites entre les exigences d' « indépendance », d' « impartialité » et d'un « tribunal établi par la loi »**

L'examen de l'exigence d'un « tribunal établi par la loi » ne doit pas perdre de vue le but commun que partagent les garanties d'« indépendance » et d'« impartialité », c'est-à-dire le respect des principes fondamentaux de la prééminence du droit et de la séparation des pouvoirs dans les sociétés démocratiques. Il faut donc rechercher systématiquement si l'irrégularité alléguée dans une affaire donnée était d'une gravité telle qu'elle a gravement porté atteinte aux deux principes fondamentaux susmentionnés et compromis, par voie de conséquence, l'indépendance de la juridiction concernée.

À cet égard, l'« indépendance » ici évoquée est celle qui, d'un point de vue personnel et institutionnel, est nécessaire à toute prise de décision judiciaire impartiale. Elle désigne un état d'esprit des juges, qui doivent se montrer imperméables à toute pression extérieure, mais aussi un ensemble de dispositions institutionnelles et fonctionnelles qui offrent aux citoyens des garanties suffisantes contre toute influence extérieure abusive, tant au stade initial de la nomination des juges que pendant l'exercice de leurs fonctions judiciaires.

Il convient de relever que la Cour dégage deux règles qui me semblent fondamentales pour l'avenir. Elle souligne, d'abord, que le droit à un « tribunal établi par la loi » est un droit autonome et, ensuite, que l'indépendance est un préalable à l'impartialité. Partant, à défaut d'indépendance, il n'est nul besoin d'examiner le critère de l'impartialité. On peut ainsi en déduire que l'indépendance se situe à un rang supérieur à celui de l'impartialité judiciaire dans la hiérarchie des principes.

Partie III - Après avoir défini la portée du droit à un « tribunal établi par la loi » et analysé les interactions entre ses composantes, la Cour a recherché si les irrégularités constatées dans l'affaire avaient privé le requérant de ce droit. Pour ce faire, elle a procédé selon une démarche en trois étapes successives, qui sera désormais applicable au règlement de ce type de contentieux.

Conformément au principe de subsidiarité, il appartiendra d'abord aux autorités nationales de vérifier, d'une part, si les irrégularités alléguées dans la procédure de nomination d'un juge sont d'une gravité telle qu'elles emportent violation du droit à un « tribunal établi par la loi » et, d'autre part, si un équilibre juste et proportionné a été ménagé entre les différents principes en jeu dans les circonstances particulières de l'affaire.

**A. La première étape de la démarche**

Il doit exister, au préalable, une violation manifeste du droit interne, en ce sens que celle-ci doit être objectivement et réellement reconnaissable en tant que telle. La Cour s'en

remet en règle générale aux conclusions adoptées par les juridictions nationales, sauf si la violation est « flagrante » – c'est-à-dire si ses conclusions peuvent être considérées comme arbitraires ou manifestement déraisonnables. Dans cette hypothèse, la Cour peut, à titre exceptionnel, substituer sa propre appréciation à celle des juridictions nationales en sa qualité d'interprète ultime de la Convention. En effet, une procédure de nomination d'un juge peut être a priori conforme aux règles nationales, et pourtant incompatible avec l'objet et le but du droit conventionnel à un « tribunal établi par la loi ».

Si les tribunaux nationaux, ou la Cour dans des circonstances exceptionnelles, constatent l'existence d'une violation manifeste du droit interne, il leur faudra poursuivre le raisonnement.

### **B. La deuxième étape de la démarche**

La violation en question doit s'analyser à la lumière de l'objet et du but de l'exigence d'un « tribunal établi par la loi », qui consistent à garantir que le pouvoir judiciaire puisse s'acquitter de sa mission à l'abri de toute ingérence injustifiée, de manière à préserver la prééminence du droit, la séparation des pouvoirs et la confiance du public. En conséquence, seules les atteintes touchant les règles fondamentales de la procédure de nomination des juges – c'est-à-dire celles qui videraient de sa substance même le droit à un « tribunal établi par la loi » – sont de nature à emporter violation de celui-ci. Il s'ensuit que les violations de pure forme, n'ayant aucune incidence sur la légitimité du processus de nomination, doivent être considérées comme n'atteignant pas le niveau de gravité requis.

### **C. La troisième étape de la démarche**

Le contrôle opéré par les juridictions nationales sur les conséquences juridiques d'une atteinte aux règles internes régissant la nomination des juges joue un rôle très important. Cet examen doit être exercé sur la base des normes pertinentes de la Convention et comporter une mise en balance des intérêts concurrents en présence. L'équilibre à ménager doit tenir compte, en particulier, des principes de la sécurité juridique et de l'inamovibilité des juges, pour autant qu'ils soient pertinents. Si le contrôle interne est réalisé en conformité avec la Convention et si les conclusions qui s'imposaient ont été tirées, il faudra de bonnes raisons à la Cour pour substituer son appréciation à celle des tribunaux nationaux.

Partie IV - Application de cette démarche en trois étapes aux circonstances de l'espèce.

1. Y a-t-il eu une violation manifeste du droit interne ? Compte tenu des conclusions auxquelles la Cour suprême islandaise était parvenue, cette première condition était clairement remplie.
2. Les violations du droit interne touchaient-elles une règle fondamentale de la procédure de nomination des juges ? Il y a eu, effectivement, une violation grave des

règles fondamentales de la procédure nationale de nomination des juges, notamment celles visant à limiter l'influence de l'exécutif sur le pouvoir judiciaire.

En ce qui concerne les violations commises par la ministre de la Justice, cette dernière n'a jamais expliqué pourquoi elle avait retenu la candidature de A.E. en lieu et place d'autres candidats mieux notés, contrairement à ce que lui imposait le droit interne. Qui plus est, compte tenu des allégations du requérant quant aux liens politiques unissant cette ministre et l'époux de la juge en question, l'action de la ministre était de nature à faire naître des soupçons quant à la motivation politique de son choix. Ces éléments suffisaient à jeter le doute sur la légitimité et la transparence de toute la procédure de sélection.

3. Les violations alléguées du droit à un « tribunal établi par la loi » ont-elles fait l'objet d'un contrôle et d'un redressement effectifs par les juridictions internes ? Force est de constater que la Cour suprême ne s'est pas livrée à un contrôle conforme à la Convention. Elle n'a pas tenu compte de la question de savoir si le but de la garantie découlant de la notion de « tribunal établi par la loi » avait été atteint. En effet, alors qu'elle avait le pouvoir de déclarer la nullité des nominations litigieuses, la haute juridiction n'a tiré aucune conséquence pratique de ses propres constatations. Le fait qu'elle ait mis l'accent sur le simple constat que les nominations avaient été entérinées par le président de la République montrait déjà une certaine forme de résignation et une retenue excessive. En outre, la Cour suprême s'est surtout focalisée sur l'incidence concrète des irrégularités du concours sur l'indépendance ou l'impartialité de la juge A.E. Cependant, cette question n'avait aucun rapport direct avec l'examen de la question distincte de l'exigence d'un « tribunal établi par la loi ». Enfin, la Cour suprême n'a répondu à aucun des arguments et allégations précis du requérant concernant les liens politiques entre la ministre et la juge A.E.

La Cour remarque, en dernier lieu, que le principe de la « sécurité juridique » n'a pas été violé en l'espèce, la contestation de la nomination de la juge A.E. ayant eu lieu très peu de temps après son entrée en fonction et la procédure pénale en cause n'ayant lésé les droits d'aucun tiers.

## L'indépendance de la justice et la Convention européenne des droits de l'Homme

Peggy Ducoulombier\*

Élément central de la protection de l'État de droit, l'indépendance de la justice est également au cœur du fonctionnement des systèmes de protection des droits de l'Homme. Sans juge indépendant, pas de protection effective au niveau national des droits fondamentaux, pas de possibilité de prendre l'idée de responsabilité partagée au sérieux pour le système européen. L'atteinte à l'indépendance de la justice est donc une question qui importe non seulement pour les justiciables, privés de leur droit à un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, pour les juges, victimes des attaques du pouvoir politique, mais aussi pour la Cour européenne des droits de l'Homme, garante d'un système fondé sur la bonne foi des États dans l'exécution de leurs obligations internationales et sur le principe de subsidiarité. Comme le rappelait le Président Spano dans différents discours en 2020, « Sans juges indépendants, le système de la Convention ne peut pas fonctionner »<sup>218</sup>.

À la suite d'importantes affaires qui se concentraient principalement sur la liberté d'expression des juges, la possibilité de contester des mesures disciplinaires devant un tribunal ou leur impact sur le droit au respect de la vie privée<sup>219</sup>, la Cour s'est servie de la notion de « tribunal établi par la loi » pour défendre l'indépendance de la justice. Après le retentissement de l'arrêt de Grande chambre *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande* du 1<sup>er</sup> décembre 2020<sup>220</sup>, l'année 2021 a confirmé cette tendance dans la jurisprudence de la Cour, qui ne s'est pas démentie depuis.

Nous nous concentrerons sur certains arrêts particulièrement illustratifs de cette ligne jurisprudentielle. Seront étudiées en premier lieu les affaires polonaises décidées en 2021, qui ne constituent que la partie émergée de l'iceberg contentieux, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o.* du 7 mai 2021, *Reczkowicz* du 22 juillet 2021, *Dolinska-Ficek et Ozimek* du 8 novembre 2021. Toutefois, le contentieux polonais, qui se poursuit comme l'illustrent les arrêts *Advance Pharma sp. z o.o.* du 2 février 2022 et l'arrêt de Grande chambre *Grzęda* du 15 mars 2022, ne doit pas être l'arbre qui cache la forêt des autres pays connaissant des difficultés, comme le révèle l'affaire *Xhoxhaj c. Albanie* du 9

---

\* Professeur à l'Université de Strasbourg, Institut de recherches Carré de Malberg (UR 3399), Lecturer honoraire de l'Université d'Aberdeen. Cet article est issu du dialogue annuel entre la Cour européenne des droits de l'Homme et la doctrine, organisé à l'Université de Strasbourg. Il est à jour des développements, notamment jurisprudentiels, au 18 mars 2022.

<sup>218</sup> R. Spano, « Conférence des ministres de la Justice du Conseil de l'Europe », *L'indépendance de la justice et l'État de droit*, Strasbourg, 9 novembre 2020 ; « Conférence sur les droits de l'homme à l'Académie de justice de Turquie », *L'indépendance du pouvoir judiciaire – la pierre angulaire de l'État de droit*, Ankara, 3 septembre 2020, rappelé dans R. Spano, « L'État de droit – l'étoile polaire de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 127/2021, p. 481-509, spéc. p. 494.

<sup>219</sup> V. en premier lieu CourEDH, GC, 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, n°20261/12.

<sup>220</sup> Sur cet arrêt, v. la contribution du juge Pastor Vilanova dans cette revue.

février 2021<sup>221</sup>. Or, si la Cour a appliqué le nouveau test *Ástráðsson* dans le contentieux polonais, reconnaissant la violation de l'article 6§1 en raison de l'absence de tribunal établi par la loi concernant la Cour constitutionnelle et les deux nouvelles chambres de la Cour suprême<sup>222</sup>, elle n'est pas arrivée à la même conclusion à l'égard des organes impliqués dans le processus de réévaluation des juges et procureurs albanais, ce qui soulève un certain nombre de questions.

L'analyse des affaires rendues en 2021 illustre ainsi la manière dont la Cour a mis en œuvre les critères développés par la Grande chambre en 2020 et révèle également comment elle s'inscrit dans le concert des organes internationaux impliqués dans le suivi et le contrôle des réformes impactant l'indépendance de la justice en Europe (I). Ces affaires soulèvent un certain nombre d'interrogations sur les conséquences que ces situations entraînent, ou vont entraîner, sur le système européen de protection des droits de l'Homme (II).

## **Partie I – Une Cour européenne en « symbiose » avec les autres organes de protection des droits de l'Homme**

Que ce soit au bénéfice (A) ou non du requérant (B), en appliquant le test *Ástráðsson*, et plus largement sa jurisprudence relative à l'indépendance de la justice, la Cour européenne s'est alignée sur les constats faits par d'autres organes européens.

### **A. Les affaires polonaises au cœur du dialogue européen**

Le contentieux polonais ici examiné est la conséquence de la mise en œuvre de réformes du système judiciaire depuis 2017. Les autorités ont ainsi modifié la manière dont les juges des cours supérieures étaient nommés, renforçant le rôle des autres pouvoirs soit directement, comme dans le cas de la nomination des juges de la Cour constitutionnelle<sup>223</sup>, soit à travers la réforme du conseil national de la magistrature (ci-après CNM), chargé de proposer la nomination des juges au président de la République. Le rôle du CNM concerne notamment la nomination des juges de deux chambres de la Cour suprême: la chambre des recours extraordinaires et des affaires publiques, dont la compétence s'étend à des contentieux sensibles, dont le contentieux électoral ou les contestations concernant les licences radio et audiovisuelles, et qui peut se prononcer sur les décisions des autres chambres, et la chambre disciplinaire, jouissant par ailleurs d'une autonomie organisationnelle.

---

<sup>221</sup> V. par exemple, la résolution de l'APCE 2359(2021) du 26 janvier 2021 qui s'inquiète également de l'indépendance de la justice en Moldova, pt 3.

<sup>222</sup> Avec l'arrêt *Advance Pharma* c'est la chambre civile qui est concernée par le constat de violation de l'article 6 pour absence de tribunal établi par la loi, l'arrêt *Grzęda* reconnaissant une violation de l'article 6 en raison de la fin prématurée des mandats de membres du conseil national de la magistrature, sans possibilité de la contester devant un tribunal.

<sup>223</sup> Ces juges étant élus par la chambre basse du Parlement, la Diète (*Sejm*).

Concernant la composition de la Cour constitutionnelle, la Cour, dans l'arrêt *Xero Flor*, a constaté la violation de l'article 6§1 pour absence de tribunal établi par la loi, en raison de la présence dans la formation qui avait jugé l'affaire de la requérante, de juges nommés en violation du droit interne par la Diète. Le président avait en effet refusé d'assermenter trois juges qui avaient été légalement élus en octobre 2015 par la Diète précédente, alors qu'en décembre 2015 la nouvelle Diète élisaient trois autres juges à des postes qui avaient déjà été attribués, et ceux-là étaient nommés par le président de la République.

Concernant les deux autres affaires de l'année 2021, qui se concentrent sur le CNM et les nouvelles chambres de la Cour suprême, il faut souligner qu'avant la réforme de 2017 les juges composant en majorité le CNM étaient élus par leurs pairs. La loi de 2017 a confié ce pouvoir à la chambre basse du parlement, ce qui, en comptant les autres membres non judiciaires du CNM, amène 23 des 25 membres à être désignés par des pouvoirs autres que le pouvoir judiciaire, en contradiction avec les standards européens, posés notamment par la Commission de Venise<sup>224</sup> ou la recommandation de 2010 du Comité des ministres<sup>225</sup>. Les nouveaux juges ont été installés à la faveur de la fin prématurée du mandat de leurs prédécesseurs, dans un contexte difficile qui avait vu une Cour constitutionnelle, dont la composition était elle-même modifiée et contestée<sup>226</sup>, valider la constitutionnalité de ce texte<sup>227</sup>, malgré la régression qu'il représente en termes d'indépendance. À la suite de l'arrêt *A. K.* de la CJUE du 19 novembre 2019<sup>228</sup>, donnant des directives sur les éléments devant faire l'objet d'un contrôle afin de déterminer si le CNM était indépendant, la Cour suprême, dans un arrêt du 5 décembre 2019<sup>229</sup>, considéra que tel n'était pas le cas et que la chambre disciplinaire, dont la composition se fondait sur les candidatures recommandées par le CNM, n'était pas conforme à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article 6 de la CEDH. Une résolution des chambres réunies de la Cour suprême du 23 janvier 2020 confirmait l'absence d'indépendance du CNM et de toute formation, dont la chambre des recours extraordinaires<sup>230</sup>, comprenant un juge nommé sur recommandation du CNM<sup>231</sup>.

---

<sup>224</sup> Commission de Venise, rapport de 2007 sur les nominations judiciaires, CDL-AD(2007)028, § 29.

<sup>225</sup> CM/Rec(2010)12, *Les juges : indépendance, efficacité et responsabilité*, 17 novembre 2010, pt 27 de l'Annexe, dans le Chapitre IV Conseils de la Justice.

<sup>226</sup> V. l'arrêt *Xero Flor*.

<sup>227</sup> V. l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 20 juin 2017, qui revient sur un arrêt du 18 juillet 2007 concernant la nécessité pour les juges du CNM d'être nommés par des juges, complété par un arrêt du 25 mars 2019 qui considère la loi de 2017, modifiant la manière dont les membres du CNM sont nommés, compatible avec la Constitution.

<sup>228</sup> Rendu sur renvoi préjudiciel de la Cour administrative suprême, à la suite de procédures concernant l'abaissement de l'âge de départ à la retraite qui s'imposait aux juges et notamment aux juges de la Cour administrative suprême.

<sup>229</sup> Puis dans deux arrêts du 15 janvier 2020.

<sup>230</sup> Par ailleurs concernant cette chambre, outre la résolution de 2020, la Cour suprême a renvoyé une question préjudicielle à la CJUE dans l'affaire *W.Z.*, qui a rendu son arrêt le 6 octobre 2021, allant dans le même sens que les arrêts précédents en raison du constat du manque d'indépendance du CNM.

<sup>231</sup> La Cour constitutionnelle le 20 avril 2020 déclare cette résolution contraire à la constitution, au droit de l'Union et à la CEDH.

Dans les différentes affaires, appliquant le test *Ástráðsson*, la Cour a conclu à la violation de l'article 6§1 considérant que les formations impliquées n'étaient pas des tribunaux établis par la loi. Cette conclusion s'est fondée sur le constat de violation du droit interne par différentes juridictions nationales : la Cour suprême<sup>232</sup>, la Cour administrative suprême<sup>233</sup> et la Cour constitutionnelle, avant que sa composition ne soit modifiée<sup>234</sup>. De plus, la Cour s'est fondée sur les constats réalisés par différents organes européens : la Commission de Venise, le Réseau européen des conseils de justice<sup>235</sup>, l'APCE, l'OSCE, le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, et bien sûr les institutions de l'Union européenne. La Cour a cité les résolutions du Parlement européen, les décisions de la Commission européenne (notamment sur le fondement du cadre pour l'État de droit<sup>236</sup>) et surtout les arrêts rendus par la CJUE depuis 2019, dans le cadre de procédures en manquement<sup>237</sup> ou de renvois préjudiciels initiés par des juges contestant différentes mesures les impactant, notamment les résolutions du CNM recommandant la nomination de certains candidats, et en écartant d'autres, aux différentes chambres de la Cour suprême<sup>238</sup>.

Les deux Cours sont entrées dans un dialogue sans dissonance sur cette question fondamentale pour les deux systèmes européens, ce qui est logique au regard de l'article 52§3 de la Charte, en plaçant les questions relatives à la procédure des nominations des juges au cœur de l'analyse des dispositions pertinentes (article 19 TUE, article 47 de la Charte et article 6 CEDH). Le président de la Cour européenne a parlé sur ce sujet de « relation symbiotique entre Strasbourg et Luxembourg »<sup>239</sup>.

---

<sup>232</sup> V. l'arrêt du 5 décembre 2019 et la résolution du 23 janvier 2020.

<sup>233</sup> Par exemple, dans des arrêts du 6 mai 2021, dans lesquels la Cour administrative suprême constate que le CNM n'est pas indépendant, en suivant les arrêts de la CJUE des 19 novembre 2019 et 2 mars 2021, et en partageant les conclusions de la Cour suprême de 2019. Elle souligne les mêmes problèmes qui, pris cumulativement, démontrent le manque d'indépendance du CNM et des juges nommés sur sa recommandation.

<sup>234</sup> En 2015, la Cour constitutionnelle avait déclaré que la nomination de certains juges posait problème, mais le président avait ignoré la décision, en refusant de nommer les juges légalement choisis par la 7<sup>e</sup> *Sejm* et nommant les juges choisis par la 8<sup>e</sup> *Sejm*.

<sup>235</sup> Le 28 octobre 2021 le CNM a été exclu du réseau en l'absence d'amélioration de la situation depuis sa suspension en 2018.

<sup>236</sup> *COM/2014/0158 final*. Le cadre a pour objectif de permettre à la Commission de trouver une solution avec l'État membre concerné, afin d'y empêcher l'apparition d'une menace systémique envers l'État de droit qui pourrait se transformer en un « risque clair de violation grave » au sens de l'article 7 du TUE, nécessitant le déclenchement des mécanismes prévus audit article. La Commission a fait quatre recommandations concernant la Pologne en 2016 et 2017 qui, sans amélioration, ont mené au déclenchement de la procédure de l'article 7 § 1 TUE (Proposition motivée (COM(2017) 835 final).

<sup>237</sup> CJUE, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne* (Indépendance de la Cour suprême, par rapport à l'abaissement de l'âge de départ à la retraite) ; CJUE, 5 novembre 2019, *Commission c. Pologne* (Indépendance des juridictions ordinaires) ; CJUE, 15 juillet 2021, *Commission c. Pologne* (régime disciplinaire des juges).

<sup>238</sup> CJUE, 19 novembre 2019, *A.K.*, à la suite de renvois de la chambre du travail de la Cour suprême ; CJUE, 2 mars 2021, *A.B. et autres*, concernant la résolution du CNM concernant les nominations à la chambre civile de la Cour suprême et l'impossibilité de contester ces nominations ; CJUE, 6 octobre 2021, *W.Z.*, sur le régime disciplinaire des juges.

<sup>239</sup> R. Spano, « L'État de droit – l'étoile polaire de la Convention européenne des droits de l'Homme », préc., spéc. p. 503.

Par exemple, dans les arrêts *Reczkowicz* et *Dolinska-Ficek et Ozimek*, le recours au matériau européen<sup>240</sup> a permis à la Cour européenne de choisir la position de la Cour suprême contre celle de la Cour constitutionnelle sur la question de la conformité au droit interne du changement dans le mode d'élection des juges du CNM<sup>241</sup>. Contrairement à ce que dit la Cour européenne sur le fait qu'elle n'a pas à régler le conflit entre les deux interprétations<sup>242</sup>, c'est bien ce qu'elle finit par faire grâce notamment à l'analyse des arrêts de la CJUE, repris par la Cour suprême et s'opposant à l'interprétation de la Cour constitutionnelle<sup>243</sup>. Par ailleurs, dans *Dolinska-Ficek et Ozimek*, la Cour constate une seconde violation du droit interne en raison du fait que le président de la République a nommé les juges à la chambre des recours extraordinaires en violation du sursis à exécution de la résolution du CNM émise par la Cour administrative suprême. Là également, les constats de la CJUE et les opinions des avocats généraux sont utilisés au soutien de cette décision<sup>244</sup>. Ensuite, comme dans l'affaire *Xero Flor*, les sources extérieures sont utilisées pour décider si la violation concerne une question fondamentale de la procédure de nomination des juges.

Il faut souligner que le dialogue avec Luxembourg continue. Ainsi, la Cour européenne s'est inspirée de la CJUE pour affirmer plus clairement un principe général de non-régression en matière d'indépendance de la justice. En effet, la CJUE, dans l'affaire *Repubblika c. Il-Prim Ministru* du 20 avril 2021<sup>245</sup>, a affirmé qu'un État membre ne saurait modifier sa législation, particulièrement en matière d'organisation de la justice, de manière à entraîner une régression de la protection de la valeur de l'État de droit, valeur qui est concrétisée, notamment, par l'article 19 TUE. Or, dans l'arrêt *Grzęda* du 15 mars 2022, la Grande chambre énonce que si le pouvoir qu'a un gouvernement de réformer son système judiciaire ne saurait être remis en question, une réforme du système judiciaire ne doit pas aboutir à un affaiblissement de l'indépendance du pouvoir

---

<sup>240</sup> Notamment les arrêts de la CJUE mais également les résolutions de l'APCE, les documents provenant de l'OSCE, de la Commission de Venise.

<sup>241</sup> La Cour constitutionnelle était notamment revenue en 2017 et 2019 sur sa position de 2007 selon laquelle les juges du CNM devaient être élus par des juges. La Cour suprême estime que c'est une incohérence créée par la Cour constitutionnelle sur une question systémique fondamentale pour la garantie du droit à un procès équitable. La CourEDH estime que la décision de la Cour constitutionnelle ne prive pas d'effet la résolution de 2020 de la Cour suprême, laquelle reprenait les conclusions de la chambre sociale à la suite de l'arrêt de la CJUE de 2019, car la Cour constitutionnelle ne se prononcerait pas réellement sur le point crucial de l'indépendance du CNM et utiliserait mal la jurisprudence de la CourEDH sur l'article 6. La CourEDH qualifie la décision de la Cour constitutionnelle d'arbitraire et qui, par ailleurs, doit être vue dans le contexte de l'attaque qu'elle porte contre la Cour suprême depuis la modification de sa composition et la nomination de juges en violation du droit, comme constaté dans *Xero Flor*. V. CourEDH, *Dolinska-Ficek et Ozimek*, préc., § 297-320.

<sup>242</sup> Par exemple CourEDH, *Dolinska-Ficek et Ozimek*, préc., § 287.

<sup>243</sup> Par ailleurs, la Cour critique le manque de motivation de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, la mauvaise interprétation de la jurisprudence européenne sur l'article 6 qu'elle aurait réalisée.

<sup>244</sup> V. notamment CJUE, 2 mars 2021, *A.B. et autres* (nomination des juges à la Cour suprême) et CJUE, 6 octobre 2021, *W.Z.*, initié par la chambre civile dans le cadre d'un renvoi préjudiciel concernant la nomination du juge A.S. à la chambre des recours extraordinaires, malgré le fait que des appels étaient pendants et malgré le sursis à exécution. La CJUE estime que l'art 19(1) TUE s'oppose à des dispositions qui permettent au président de la République de nommer des juges alors que des appels de candidats écartés sont pendants. V. CourEDH, *Dolinska-Ficek et Ozimek*, préc., § 328.

<sup>245</sup> Concernant par exemple l'élection des juges par les juges, dans les organes chargés de recommander leur nomination à l'Exécutif ou les organes disciplinaires.

judiciaire et de ses organes de gouvernance, de manière similaire à ce que la CJUE a conclu dans la décision *Repubblika c. Il-Prim Ministru*<sup>246</sup>.

Si le contentieux polonais a illustré la constance dans l'application du test *Ástráðsson*, une affaire se signale par la manière assez différente dont les principes jurisprudentiels relatifs à l'article 6 ont été appliqués.

### **B. L'affaire albanaise : une exception à surveiller ?**

L'affaire *Xhoxhaj c. Albanie*, du 9 février 2021, concerne la requête d'une juge de la Cour constitutionnelle, révoquée de ses fonctions à la suite du processus de réévaluation mis en place dans le pays en 2016, dans le cadre des réformes de la justice instaurées depuis 2014 (sous le nom de Stratégie de réforme) afin de lutter contre la corruption, le manque d'indépendance et restaurer la confiance du public dans la justice<sup>247</sup>.

L'évaluation portait sur la situation patrimoniale des juges et procureurs, l'intégrité (par la recherche de lien avec la criminalité organisée) et les compétences professionnelles. Il fut reproché à la requérante de ne pas avoir pu justifier de la manière dont elle avait acquis un appartement<sup>248</sup>. Cependant ce n'est pas pour avoir accumulé des actifs qui aurait représenté le double de ses actifs légaux que la requérante fut révoquée mais sur le fondement plus général d'avoir dissimulé des actifs et sapé la confiance du public dans la justice. On lui reprochait également de ne pas s'être déportée dans une affaire civile impliquant un requérant alors que son père, au niveau de la Cour d'appel, avait connu d'une affaire pénale impliquant le même requérant.

La requérante se plaignait devant la Cour de ne pas avoir eu sa cause entendue par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi. Elle soulignait que les organes ayant procédé à l'évaluation<sup>249</sup> manquaient d'indépendance et d'impartialité au regard de la nomination de leurs membres par le Parlement, sans implication du pouvoir judiciaire, mais aussi en raison du fait que leurs membres manquaient des capacités professionnelles nécessaires. Enfin elle soulignait que la commission indépendante d'évaluation cumulait les fonctions de poursuite et de jugement. Elle invoquait également la violation de son droit à un procès équitable.

La Cour constate l'absence de violation de l'article 6§1 par 5 voix contre 2<sup>250</sup>. La Cour règle la question du tribunal établi par la loi en quelques paragraphes qui ne s'étendent pas en détail sur les critères du test *Ástráðsson* mais relèvent plutôt de la jurisprudence traditionnelle sur le tribunal établi conformément à la loi et sur sa plénitude de

---

<sup>246</sup> § 323.

<sup>247</sup> Ce problème de corruption est constaté tant par les organes du Conseil de l'Europe (GRECO, Commissaire aux droits de l'homme) que de l'Union européenne.

<sup>248</sup> La requérante expliquait que certains revenus ayant servi à cet achat provenaient du travail au noir de son conjoint en Italie il y a de nombreuses années et qu'il était par conséquent difficile d'en prouver la provenance.

<sup>249</sup> Commission indépendante de vérification des qualifications et chambre d'appel spécialisée.

<sup>250</sup> Elle juge également qu'il n'y a pas de violation du droit à un procès équitable ni de l'article 8.

juridiction<sup>251</sup>. Pourtant, dans l'arrêt *Ástráðsson*, la Cour a insisté sur le fait qu'un tribunal doit être composé de juges sélectionnés sur la base du mérite, répondant aux exigences de compétence technique et d'intégrité morale, et que plus le tribunal était élevé dans la hiérarchie judiciaire plus les critères de sélection devaient être exigeants. La procédure de nomination des juges étant inhérente à la notion, elle doit également faire l'objet d'un contrôle strict. Certains éléments auraient sans doute mérité une plus grande analyse comme, par exemple, la présence très limitée de juges dans ces organes (le tiers intervenant souligne que seuls trois membres de la chambre d'appel spéciale ont été juges par le passé) et le fait qu'ils ne sont pas élus par des juges mais par le pouvoir législatif (en contradiction avec les recommandations de différents organes européens et de la jurisprudence de la Cour). Par ailleurs, la requérante avait soulevé des questions relatives aux compétences professionnelles des membres des organes d'évaluation, qui auraient pu faire l'objet d'une analyse plus approfondie, car comme le dit aussi la Cour dans *Ástráðsson*, l'absence de violation flagrante du droit interne n'écarte pas nécessairement la possibilité d'une violation du droit à un tribunal établi par la loi. Au regard des liens entre les notions de tribunal établi par la loi et d'indépendance et d'impartialité, on retrouve ces questions dans la suite du raisonnement de la Cour<sup>252</sup>. Pour constater l'absence de violation, la Cour rappelle les principes généraux qui laissent aux États une importante marge de manœuvre pour retenir tel ou tel système de nomination des juges, en examinant les garanties associées aux mandats des membres des organes (durée et inamovibilité, même si elle n'est pas explicite pour les membres de la commission d'évaluation). La Cour favorise également une analyse individuelle de l'affaire sans prise en compte du contexte général (comme par exemple les déclarations de ministre sur les juges corrompus qui ne sont pas retenues pour démontrer un manque d'indépendance du processus, ou le fait que les membres de la Commission ont reçu un bonus pour leur travail). La Cour se repose surtout sur le caractère exceptionnel du processus de réévaluation qui justifie notamment la faible présence de juges dans les organes d'évaluation. Il est vrai qu'il est difficile de réconcilier l'objectif d'évaluation de la justice, suspectée de corruption, avec la présence de ces mêmes juges. Ainsi, le caractère *sui generis* du processus permet à la Cour d'écarter plusieurs éléments qui, dans des circonstances ordinaires, l'amèneraient plutôt à conclure à la violation de l'article 6. Il n'est pas certain que ce soit parfaitement satisfaisant au regard de la gravité de la sanction prononcée, qui n'entraîne pas non plus de constat de violation de l'article 8, la Cour étant réticente à être vue comme se substituant aux autorités internes dans l'évaluation des faits. Même si elle constate que la mise en cause de l'éthique professionnelle de la requérante n'était pas fondée, la dissimulation d'actifs suffit à justifier la révocation. Là également, le caractère exceptionnel du processus permet à la

---

<sup>251</sup> V. la contribution du juge Pastor Vilanova qui souligne que l'esprit de l'arrêt *Ástráðsson* était bien présent dans l'affaire albanaise.

<sup>252</sup> Auxquels s'ajoute, par ailleurs, la question du cumul de fonctions de la commission indépendante d'évaluation, cumul qui généralement amène la Cour à reconnaître la possibilité de doutes légitimes sur l'indépendance et l'impartialité objective d'un tribunal. La Cour estime cependant qu'il n'y a en réalité pas cumul de fonctions, car la commission n'a pas agi comme un procureur mais s'est contentée d'ouvrir une enquête pour vérifier les déclarations de la requérante, de rendre des conclusions intermédiaires puis, en fonction de l'analyse des arguments en défense, de prendre une décision.

Cour de ne pas appliquer sa jurisprudence traditionnelle sur la proportionnalité des sanctions.

Plusieurs éléments peuvent expliquer le constat de la Cour et, en premier lieu, le fait que les difficultés relatives à l'indépendance de la justice en Albanie ne sont pas le résultat de l'objectif des réformes mises en place depuis 2014, lesquelles par ailleurs sont menées en concertation avec différents organes internationaux et avec leur aide. À cet égard, il faut relever que la Commission européenne était tiers intervenant en la cause, pour soutenir le principe du processus de réévaluation des juges et procureurs et sa mise en œuvre. La Commission de Venise a également apporté son soutien à ce processus qui était sans aucun doute nécessaire à l'amélioration de la justice. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle, à la majorité, a considéré la loi sur le processus de réévaluation conforme à la Constitution. Ces éléments sont expressément mentionnés au soutien de la confirmation de l'indépendance de la commission d'évaluation.

Ainsi, en Albanie, le mouvement n'est pas identique à celui suivi en Pologne. Il ne s'agit pas d'une régression dans l'indépendance du pouvoir judiciaire orchestrée volontairement par l'Exécutif par la mise en place de réformes prises dans ce but précis, mais plutôt d'une tentative imparfaite d'amélioration de la situation mais qui nous semble, en tant que processus exceptionnel autorisant l'adaptation de certains principes jurisprudentiels, devoir faire l'objet d'un suivi particulier. Comme le rappelle la Commission de Venise, il faut se garder que le régime exceptionnel ne vienne remplacer le régime ordinaire, alors même que le processus qui devait avoir une durée de vie limitée se prolonge dans le temps, n'ayant pas encore pu être mené à son terme notamment en raison des conséquences de la pandémie de COVID-19.

Comme le souligne l'opinion dissidente du juge Dedov, il convient aussi de mentionner l'avis plus récent de la Commission de Venise du 19 juin 2020 sur la nomination des juges à la Cour constitutionnelle qui, tout en maintenant son soutien à l'objectif général des réformes, souligne la survenance de « conséquences imprévues », à savoir l'ampleur des révocations de juges au niveau supérieur notamment (Cour constitutionnelle, Cour suprême, CNM), qui ont paralysé la justice albanaise. La Commission de Venise rappelle notamment que cinq juges sur les neuf de la Cour constitutionnelle ont été révoqués à la suite de ce processus (et trois avaient préféré démissionner), entraînant la suspension de ses activités pendant deux ans. De même, pendant plusieurs années, il n'y avait plus qu'un seul juge à la Cour suprême, qui n'était dès lors pas en état de fonctionner et ne pouvait pas non plus jouer son rôle dans la nomination des juges à la Cour constitutionnelle. S'agit-il de la preuve de l'efficacité du système face à une corruption généralisée ou un signe que le système peut ne pas avoir été utilisé uniquement pour écarter des juges peu honnêtes ? Ainsi, alors que dans les affaires polonaises le droit du juge à son indépendance se construit à travers la protection des droits procéduraux des justiciables et des juges<sup>253</sup>, dans l'affaire albanaise c'est l'objectif ultime de protection de l'indépendance de la justice qui amène à une réduction

---

<sup>253</sup> CourEDH, GC, *Grzęda c. Pologne*, préc. § 327 : « Les membres du corps judiciaire devraient bénéficier – tout comme les autres citoyens – d'une protection contre l'arbitraire susceptible d'émaner des pouvoirs législatif et exécutif ; or seule une supervision par un organe judiciaire indépendant de la légalité de mesures telles que la révocation est à même d'assurer effectivement pareille protection ».

des garanties procédurales offertes au juge mis en cause. Les autres affaires dont la Cour aura à connaître sur ce sujet pourront peut-être l'amener à préciser sa position sur les garanties devant être reconnues dans le cadre de cette procédure exceptionnelle<sup>254</sup>.

La mise en danger de l'indépendance de la justice que ces arrêts révèlent nous amène à nous interroger sur leur répercussion à court et moyen terme sur le système européen.

## **Partie II - L'avenir du système européen affaibli par les attaques sur l'indépendance de la justice**

Il convient de s'interroger sur les effets à court (A) et moyen terme (B) sur le système européen des constats de la Cour européenne des droits de l'Homme.

### **A. L'augmentation inéluctable du contentieux**

Les affaires de 2021 ne représentent qu'un début. La Cour a souligné, tant en ce qui concerne le problème albanais que polonais, qu'elles appartenaient à des groupes de requêtes actuellement pendantes devant elle. En ce qui concerne la Pologne, ces affaires sont considérées comme prioritaires et 2022 a donné lieu à de nouvelles condamnations. Au fur et à mesure que les juges sont remplacés par des juges nommés selon un processus qui ne garantit par leur indépendance, les constats de violation vont se multiplier, que ce soit à l'initiative de juges affectés par les réformes ou de simples justiciables dont les affaires seront jugées par des juges nommés irrégulièrement. Le problème ne se limite pas au niveau supérieur du pouvoir judiciaire, les effets du manque d'indépendance du CNM polonais pouvant s'étendre aux juridictions ordinaires<sup>255</sup>.

On peut se demander comment la Cour va gérer ce contentieux en augmentation ? Faisant face à un problème structurel susceptible de créer un afflux de requêtes identiques, un arrêt pilote pourrait-il être envisagé ? La Cour a déjà pris des arrêts quasi-pilotes<sup>256</sup> mais elle n'est pas entrée dans les détails des mesures à prendre au titre de l'article 46, si bien qu'il n'est pas certain qu'un arrêt pilote serait d'une grande utilité pour faciliter la résolution du problème si la Cour n'est pas prête à être plus directive. Par ailleurs, l'absence d'une volonté politique de la Pologne rend vaine cette perspective<sup>257</sup>. Au mieux cela pourrait servir à la Cour à gagner du temps, voire à finir

---

<sup>254</sup> Notamment à la lumière de l'arrêt de la CJUE, 18 mai 2021, *Asociația « Forumul Judecătorilor din România » c. Inspecția Judiciară*, § 205 : « En particulier, une réglementation nationale est susceptible d'engendrer des doutes tels que ceux visés au point 200 du présent arrêt lorsqu'elle a, même à titre provisoire, pour effet de permettre au gouvernement de l'État membre concerné de procéder à des nominations aux postes de direction de l'organe qui a pour mission d'effectuer les enquêtes disciplinaires et d'exercer l'action disciplinaire à l'encontre des juges et des procureurs, en méconnaissance de la procédure ordinaire de nomination prévue par le droit national. ».

<sup>255</sup> V. par exemple l'affaire *Brodowiak and Dżus c. Pologne*, n° [28122/20](#) et [48599/20](#), communiquée le 30 avril 2021, concernant la composition de la Cour d'appel de Katowice, en raison de la nomination de juges sur la recommandation du CNM.

<sup>256</sup> V. notamment les arrêts *Dolinska-Ficek et Ozimek et Advance pharma*.

<sup>257</sup> Ainsi, le tribunal constitutionnel, le 24 novembre 2021, en réponse à l'arrêt *Xero Floor* a déclaré l'article 6 de la CEDH en ce qu'il s'applique à la procédure de nomination des juges constitutionnels contraire à la Constitution.

par renvoyer au Comité des ministres, après un certain temps d'inexécution de cet arrêt pilote, le contentieux répétitif, suivant l'exemple de *Burmych et a. c. Ukraine*<sup>258</sup>. Il n'est pas certain que cela soit souhaitable... Par ailleurs, la Cour ne s'est pas prononcée dans le détail sur les conséquences de ses constats. Dans l'affaire *Dolinska-Ficek et Ozimek*, elle se contente, au titre de l'article 46, d'inviter la Pologne à tirer immédiatement les conclusions qui s'imposent sous le contrôle du comité des ministres. Au-delà de la question des mesures générales devant être prises pour répondre aux arrêts de la Cour, y a-t-il un droit pour les requérants à la réouverture des procédures individuelles civiles ? L'arrêt *Ástráðsson* laisse une marge de manœuvre et le juge Pastor Vilanova souligne qu'il faut se reporter au droit interne sur ce point<sup>259</sup>.

Pour l'Albanie le problème de l'augmentation du contentieux se pose également. Les requêtes portées par les juges révoqués se multiplient mais également le contentieux lié à la paralysie du système qui a accompagné le processus de réévaluation. La Cour a refusé dans ce cas de faire jouer le caractère exceptionnel de la situation au détriment des justiciables. En effet, elle a confirmé que le caractère exceptionnel de la situation ne permettait pas d'échapper au constat de violation de l'article 6 au titre du délai déraisonnable des procédures devant la Cour suprême dans l'arrêt *Bara et Kola*, du 12 octobre 2021<sup>260</sup>. La Cour est déjà saisie d'autres affaires sur le même sujet et celui-ci peut devenir un problème systémique venant engorger le prétoire strasbourgeois. Comment la Cour va-t-elle alors réagir, en sachant par ailleurs, que le prononcé de satisfactions équitables peut peser lourdement sur le budget de l'Albanie ? La Cour ne risque-t-elle pas de vouloir se débarrasser du problème dès lors que la répétition du constat de violation de l'article 6 pour délai déraisonnable des procédures n'apporte effectivement rien à sa jurisprudence et que la Cour développe une tendance discutable, en raison de la pression que l'afflux de contentieux fait peser sur ses ressources, qui semble presque récompenser l'État de violer les droits de l'Homme à grande échelle ?

On peut également se demander s'il ne serait pas nécessaire pour la Cour de préciser, à l'occasion d'autres arrêts, l'équilibre entre les droits procéduraux des juges révoqués et l'objectif général de protection d'indépendance de la justice, alors que des problèmes similaires au problème albanais existent dans d'autres pays européens souffrant de corruption endémique.

Par ailleurs, l'atteinte à l'indépendance de la justice n'est pas qu'un problème d'article 6, c'est une question qui concerne tout l'édifice de protection des droits de l'Homme dans la mesure où l'on peut s'interroger sur la manière dont des juges non indépendants vont analyser différents contentieux allant de la liberté d'expression des journalistes à la protection des minorités sexuelles. La remise en cause de l'indépendance de la justice

---

<sup>258</sup> Sur cet arrêt, qu'il nous soit permis de renvoyer à notre contribution « Enough is Enough ! A brief comment on ECtHR's case *Burmych and others v. Ukraine*, 12 October 2017 », in *L'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, Pratiques et perspectives après la fin du processus d'Interlaken*, Christos Giannopoulos (dir.), Paris, Pedone, 2022, p. 73-83.

<sup>259</sup> V. la contribution du juge Pastor Vilanova dans cette revue.

<sup>260</sup> La Cour souligne que le délai des procédures n'est pas un problème nouveau, même s'il a été aggravé par les conséquences du processus de réévaluation.

met ainsi en danger l'ensemble de l'édifice conventionnel par la potentielle neutralisation du principe de subsidiarité.

## **B. La mise en danger de l'édifice conventionnel par le risque de neutralisation de la subsidiarité**

Tout d'abord, une question se pose pour les requérants quant aux conséquences que les constats de la Cour entraînent sur la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Un recours devant une formation judiciaire qui ne répond pas à la condition de tribunal établi par la loi peut-il être un recours effectif à épuiser au titre de l'article 35 ? La jurisprudence relative à l'article 13 pourrait soutenir une réponse négative<sup>261</sup>, ce qui serait susceptible d'avoir des conséquences sérieuses pour le système européen. Par exemple, pour la Pologne, c'est la chambre des recours extraordinaires, dont la Cour a dit qu'elle n'était pas un tribunal établi par la loi, qui a compétence pour se prononcer sur les recours relatifs au délai excessif des procédures devant les juridictions ordinaires et militaires. Les requérants peuvent-ils se dispenser d'épuiser ce recours avant d'introduire leur requête devant la Cour européenne ? De même, faut-il épuiser un recours constitutionnel devant un organe dont certains membres ont été nommés en violation du droit interne et qui a amené la Cour, dans *Xero Flor*, a constaté l'absence de tribunal établi par la loi<sup>262</sup> ? La réponse à la question est encore plus complexe qu'il n'y paraît car il faut l'adapter aux différentes formations en cause. Ainsi, si les nouvelles chambres de la Cour suprême entièrement composées de juges nommés irrégulièrement pourraient appeler une réponse générale, ce n'est pas le cas de la Cour constitutionnelle ou de la Chambre civile dont seulement certains juges ont été nommés irrégulièrement, si bien qu'elles peuvent encore fonctionner avec des juges qui répondent aux conditions de l'article 6. Il peut être difficile pour un requérant de savoir s'il doit ou non épuiser cette voie de recours, en tous les cas tant qu'il reste des juges indépendants à la Cour constitutionnelle et à la Cour suprême. Il est cependant peu probable que la Cour estime que les requérants peuvent se dispenser de l'épuisement des voies de recours internes<sup>263</sup>, au regard des conséquences que cela entraînerait sur le système et au regard du fait qu'un tribunal, même non établi par la loi, peut donner satisfaction à un requérant.

Par ailleurs, le contrôle de la Cour devrait également se trouver affecté par les constats de violation de l'article 6. Par exemple, quid du poids à accorder au contrôle de constitutionnalité des lois s'il est réalisé par un tribunal qui n'est pas considéré comme établi par la loi ? La mise en cause de l'indépendance des juges constitutionnels et

---

<sup>261</sup> Pour décider si un recours est effectif, la Cour vérifie l'indépendance de l'organe et les garanties procédurales offertes au justiciable. V. par exemple, CourEDH, 23 mai 2006, *Riener c. Bulgarie*, § 138: « Where there is an arguable claim that an act of the authorities may infringe the individual's right to leave his or her country, guaranteed by Article 2 of Protocol No. 4 to the Convention, or that person's right to respect for private and family life, protected by Article 8 of the Convention, Article 13 of the Convention requires that the national legal system must make available to the individual concerned the effective possibility of challenging the measure complained of and of having the relevant issues examined with sufficient procedural safeguards and thoroughness by an appropriate domestic forum offering adequate guarantees of independence and impartiality ».

<sup>262</sup> La question était soulevée dans *Advance Pharma* mais la Cour l'a jointe à l'examen au fond et a évité de trancher clairement ce point.

<sup>263</sup> En ce sens v. la contribution du juge Pastor Vilanova dans cette revue.

suprêmes remet en question la possibilité pour la Cour européenne de se reposer sur le contrôle de type procédural qu'elle développe, notamment dans le cadre des questions dites de société. La Cour va-t-elle faire évoluer son contrôle à l'égard de la Pologne en raison de la mise en cause de l'indépendance de la justice, la subsidiarité ne pouvant plus jouer à plein ? Il nous semble que cela devrait être le cas.

En effet, comme la Cour vient de le rappeler dans l'arrêt *Grzęda* en utilisant, outre la notion de subsidiarité celle de responsabilité partagée, « le système de la Convention ne peut fonctionner correctement en l'absence de juges indépendants. Ainsi, la mission qu'ont les Parties contractantes de garantir l'indépendance de la justice revêt une importance cruciale »<sup>264</sup>.

---

<sup>264</sup> § 324.

## Dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la doctrine sur l'arrêt CourEDH, *Ástráðsson c. Islande* [GC], 1<sup>er</sup> décembre 2020, req. n°26374/28<sup>265</sup>

**Pere Pastor Vilanova et Peggy Ducoulombier**

PD. L'exceptionnalité de la situation albanaise, telle que décrite dans l'arrêt *Xhoxhaj c. Albanie* du 9 février 2021<sup>266</sup>, pouvait-elle justifier qu'on ignore des distorsions de certains principes qui, dans une autre situation, auraient certainement amené la Cour à conclure à une violation de la Convention ?

PPV. Je ne considère pas que cet arrêt constitue une déviation de la jurisprudence de la Cour en matière d'indépendance de la justice. La situation albanaise était effectivement exceptionnelle, car toute la magistrature nationale avait été soumise à un examen individuel très approfondi (et très long) pour éradiquer une corruption quasiment « systémique ». La Commission de Venise avait également été consultée, et un organe international de surveillance avait même assisté les instances de contrôle nationales. Mais la Cour a conclu, notamment, que la Commission indépendante des qualifications et la chambre d'appel spécialement créées pour superviser cette évaluation collective étaient légalement composées et, surtout, elle n'a pas constaté l'existence d'une ingérence politique illégitime dans le système judiciaire national.

PD. La Cour ne devrait-elle pas, lors d'un prochain contentieux, se prononcer en Grande Chambre pour préciser l'équilibre entre le respect de l'article 6 § 1 dans un cas particulier, face à l'objectif général d'une telle réforme (lutte contre la corruption, indépendance de la justice, etc.), particulièrement au regard des « circonstances imprévues » mentionnées par la Commission de Venise dans son avis du 19 juin 2020<sup>267</sup> ?

PPV. Il me semble que la complexité d'une réforme, telle que celle entreprise en Albanie, ne peut pas réduire à néant le droit des personnes contrôlées à ce que leur cause soit entendue dans un délai raisonnable. Il s'agit, comme toujours, de trouver un juste équilibre entre des intérêts concurrents. La jurisprudence de la Cour me semble suffisamment riche à cet égard.

---

<sup>265</sup> Un échange oral a eu lieu, notamment, entre le conférencier (PPV) et Madame la professeure Peggy Ducoulombier (PD), dans le cadre de la deuxième édition du colloque Dialogue entre les juges de la Cour EDH et la doctrine, organisé par l'IRCM, Université de Strasbourg. Un extrait de cet échange est reproduit ci-dessous.

<sup>266</sup> CourEDH, 9 février 2021, *Xhoxhaj c. Albanie*, n°15227/19.

<sup>267</sup> Commission de Venise, avis n° 978/2020, émis à la demande de l'Albanie, sur la nomination des juges à la Cour constitutionnelle.

PD. Quelles sont, à votre avis, les conséquences des constats de la jurisprudence de 2021 (*Xhoxhaj c. Albanie*<sup>268</sup>, *Reczkowicz c. Pologne*<sup>269</sup>, *Dolinska c. Pologne*<sup>270</sup>, *Advance Pharma c. Pologne*<sup>271</sup> ...) sur le système conventionnel ? Une explosion du contentieux est-elle à craindre ? Comment la Cour va-t-elle réagir : arrêt pilote, renvoi des affaires répétitives devant le Comité des Ministres ... ?

PPV. Il me semble que deux possibilités peuvent s'offrir à la Cour. Comme vous venez de le suggérer, un arrêt pilote paraît envisageable. Si celui-ci n'est pas respecté dans la durée, une solution « extrême » du type *Ivanov*<sup>272</sup> et *Burmych et autres c. Ukraine*<sup>273</sup> (GC, 12 octobre 2017) ne peut être totalement exclue. Par ailleurs, la Cour a également la possibilité de recourir aux mesures générales de l'article 46 de la Convention et de renvoyer, exceptionnellement, les affaires individuelles similaires au Comité des Ministres, dans le cadre de la procédure d'exécution de la première affaire.

PD. Quelles sont les conséquences, pour les requérants, des constats de violation du droit à être jugé par un tribunal établi par la loi ? Existe-t-il un droit général à la réouverture dans tous les cas ou bien au cas par cas ?

PPV. Il faut déjà que le droit national permette la réouverture et que le requérant la souhaite. Si tel est le cas, les autorités internes pourraient s'inspirer de *Ástráðsson* et mettre en balance le respect de l'arrêt de la Cour et la sauvegarde du principe de la sécurité juridique, notamment du point de vue du temps écoulé depuis la survenance de la violation, ainsi que de la protection des droits des tiers. Il convient d'ajouter que *Ástráðsson* signale clairement qu'il faut respecter l'autorité de la chose jugée des affaires similaires mais non portées en temps utile à la connaissance de la Cour.

Mais même dans cette hypothèse, il n'est pas exclu que les autorités internes puissent argumenter, pour faire échec à la réouverture des procédures internes, que les indications de la Cour sont insuffisantes. Le juge Wojtyczek s'en était d'ailleurs inquiété dans son opinion concordante dans l'affaire *Reczkowicz c. Pologne* du 22 juillet 2021. Il me semble donc souhaitable, dans l'intérêt de la sécurité juridique, que la Cour fournisse des indications pratiques quant aux suites à donner à ses propres arrêts.

PD. Si on revient aux affaires polonaises, peut-on dorénavant exiger des requérants qu'ils épuisent toutes les voies de recours internes alors même que les deux nouvelles chambres de la Cour Suprême sont composées en totalité de juges nommés en violation de l'article 6 ?

PPV. J'estime que les autorités internes doivent tirer toutes les conséquences qui découlent de la violation du droit à un tribunal établi par la loi. C'est l'une des

---

<sup>268</sup> CourEDH, 9 février 2021, *Xhoxhaj c. Albanie*, n°15227/19.

<sup>269</sup> CourEDH, 22 juillet 2021, *Reczkowicz c. Pologne*, n°43447/19.

<sup>270</sup> CourEDH, 8 novembre 2021, *Dolińska - Ficek et Ozimek c. Pologne*, n°49868/19 et 57511/19.

<sup>271</sup> CourEDH, 3 février 2022, *Advance Pharma sp. z o.o c. Pologne*, n°1469/20.

<sup>272</sup> CourEDH, 15 octobre 2009, *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ukraine*, n°40450/04.

<sup>273</sup> CourEDH, GC, *Burmych et autres c. Ukraine*, n°46852/13, 47786/13, 54125/13 et autres.

manifestations du principe de subsidiarité, désormais inscrit dans le préambule de la Convention. En cas contraire, le mécanisme de la Convention se grippe.

À défaut de réaction, conseiller aux requérants de « sauter » les voies internes me semble un peu risqué. En effet, un requérant aura peut-être intérêt à soumettre son recours à la Cour Suprême (chambre disciplinaire ou chambre du contrôle extraordinaire et des affaires publiques), car rien n'exclut qu'il obtienne finalement gain de cause.

Si un requérant veut quand même ignorer la voie de la Cour Suprême, ce calcul pourra se révéler périlleux, car le gouvernement plaidera probablement le non-épuisement, reprochant au requérant de ne pas avoir demandé le remplacement des juges défaillants ou une autre mesure équivalente.

Je ne suis pas non plus pleinement convaincu que la Cour se substituerait aux tribunaux défaillants. Cela pourrait être perçu comme un aveu d'impuissance. Il n'est pas impossible d'imaginer que la Cour opte pour une sorte de sursis à statuer tant que cette question n'est pas réglée sur le plan interne. Votre question demeure par conséquent très ouverte.

En dernière instance, nous savons tous qu'en cas de résistance injustifiée et systémique, une Haute Partie contractante peut exceptionnellement être invitée à quitter le système de la Convention (voir le précédent de l'Azerbaïdjan en raison de l'inexécution de l'arrêt Mammadov<sup>274</sup>).

PD. Qu'en est-il des juridictions polonaises qui peuvent être affectées par le constat de l'absence d'indépendance du Conseil national de la magistrature mais peuvent également fonctionner dans des formations conformes à l'article 6 ?

PPV. Permettez-moi ici de ne pas répondre à cette question, car elle peut se poser prochainement devant la Cour. En tout cas, un requérant me semble toujours fondé à demander la récusation de juges nommés irrégulièrement. Si la composition n'est pas connue à l'avance, il faudra vérifier si le droit interne permet une récusation a posteriori.

Une question intéressante concerne la loyauté du requérant lui-même. Doit-on lui exiger qu'il demande la récusation du magistrat qui lui paraît poser problème dès qu'il est gagné par le doute ?

PD. Quid du contrôle de plus en plus procédural réalisé par la Cour au titre du principe de subsidiarité et qui se fonde sur l'existence d'une justice indépendante et de bonne foi (ce qui ne semble plus être le cas de la Pologne, y compris du tribunal constitutionnel, quand on voit comment il a réagi aux arrêts de la CJUE et de la CEDH)?

PPV. Il n'est pas exclu qu'un manque de confiance ou de dialogue entre la Cour et les tribunaux internes puisse se traduire par un contrôle de conventionnalité plus rigoureux.

---

<sup>274</sup> CourEDH, 22 mai 2014, Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan, n°15172/13.

En effet, comme vous venez de le rappeler, la Cour se garde habituellement de se substituer aux cours internes quand elles appliquent avec soin sa jurisprudence : « Lorsque (...) les juridictions nationales supérieures ont analysé de façon complète et convaincante la nature précise de la restriction litigieuse, en s'appuyant sur la jurisprudence pertinente issue de la Convention et sur les principes qui en découlent, la Cour doit avoir des motifs très sérieux pour prendre le contre-pied de ces juridictions, en leur substituant ses propres vues (...) » (Grzęda c. Pologne, GC<sup>275</sup>).

---

<sup>275</sup> CourEDH, GC, 15 mars 2022, Grzęda c. Pologne, n°43572/18.

## La persistance du *Strasbourg reversal* : l'affaire *Savran* à l'épreuve des philosophies de la migration

Edoardo Stoppioni\*

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « CourEDH ») en matière de migration est peut-être l'un des pans les plus contestés de son action judiciaire. À ce sujet, l'année 2021 introduit quelques avancées, tout en perpétuant certains aspects au cœur de la critique. La décision de la Grande Chambre du 7 décembre 2021 dans l'affaire *Savran c. Danemark* constitue un point de regard pour mettre en perspective ces fluctuations<sup>276</sup>. En effet, l'affaire fait converger un nombre important de points débattus en la matière.

Tout d'abord, l'affaire concerne ce que la Cour appelle un « immigré établi »<sup>277</sup> : Arif Savran, ressortissant turc né en 1985 qui est arrivé au Danemark à l'âge de six ans, avec sa mère et ses frères et sœurs, dans le cadre d'un regroupement familial pour retrouver son père qui s'y était installé pour le travail. Au lendemain de son arrivée, il n'a plus entretenu de lien particulier avec la Turquie, ne parlant même pas le turc<sup>278</sup>. Au lendemain de la mort de son père, Arif Savran est condamné une première fois par les juridictions pénales danoises pour vol aggravé en 2001, puis en 2007 pour agression ayant entraîné la mort d'une personne. Dans le cadre de cette procédure, les juridictions danoises décident de son expulsion du territoire danois avec interdiction définitive de retour<sup>279</sup>. Au cours du procès, les avis médicaux montrent qu'Arif Savran était atteint, au moins depuis les faits, d'une forme grave de schizophrénie paranoïde ; de sorte que la cour d'appel et la dernière instance transforment sa peine en un internement en unité spécialisée pour personnes atteintes de troubles psychiques, tout en confirmant son expulsion<sup>280</sup>.

Dans le contexte de la procédure de réexamen de la peine, le tribunal de Copenhague considère en 2014 que la mesure d'expulsion était manifestement inappropriée : depuis qu'il était suivi en centre médical spécialisé, Arif Savran faisait état d'une amélioration notable et d'une bonne perspective de guérison ; il n'avait aucun lien avec la Turquie et nécessitait d'un suivi thérapeutique intensif qui risquait d'être interrompu en cas d'expulsion, avec une relative aggravation des symptômes psychotique<sup>281</sup>. Les juridictions supérieures infirmèrent ce jugement : le requérant pouvait continuer à être soigné en Turquie, d'autant que l'amélioration de ses conditions l'avait rendu conscient

---

\* Professeur de droit public, Université de Strasbourg ; membre de la Commission consultative des droits de l'homme du Grand-Duché de Luxembourg ([stoppioni@unistra.fr](mailto:stoppioni@unistra.fr)).

<sup>276</sup> CourEDH, GC, 7 décembre 2021, *Savran c. Danemark*, n° 57467/15.

<sup>277</sup> V. Guide sur la jurisprudence de la CourEDH, Immigration, 31 août 2022, §75: Un étranger auquel un droit de séjour a déjà été officiellement accordé dans un pays d'accueil est considéré comme un « immigré établi ».

<sup>278</sup> *Ibid.*, §11-12 et 15.

<sup>279</sup> *Ibid.*, §21.

<sup>280</sup> *Ibid.*, §27 et 31.

<sup>281</sup> *Ibid.*, §59-60.

de la nécessité de son traitement<sup>282</sup>. Arif Savran introduit donc un recours devant la CourEDH. Sur le fondement de l'article 3, il conteste que les autorités danoises auraient dû s'assurer de l'absence d'interruption dans le traitement, puisqu'en Turquie le traitement adapté aux cas de schizophrénie paranoïde n'aurait été ni accessible ni adapté. Sur le fondement de l'article 8, il conteste qu'il est un « immigré établi » : la Cour ayant précisé que dans ces cas l'expulsion ne peut être motivée que pour des « raisons solides » (le seuil *Maslov*), sa vulnérabilité particulière n'aurait pas été suffisamment prise en compte par les autorités danoises.

L'expulsion intervint le 13 juin 2015. Depuis, Arif Savran vit reclus dans un petit village à 140 km de Konya. Comme il ne parle pas turc, il n'a que très peu de contacts sociaux et n'a appris à se rendre à l'hôpital que six mois après son arrivée. Bien que bénéficiant d'une pension mensuelle danoise de 1300 euros, il est seulement pris en charge par un médecin généraliste dans un hôpital non spécialisé<sup>283</sup>.

En 2019, la quatrième section de la CourEDH constate une violation de l'article 3, par quatre voix contre trois, puisque les autorités danoises n'avaient pas obtenu des assurances individuelles de traitement adéquat en Turquie<sup>284</sup>. Avec le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre, à la demande du Gouvernement, la décision est modifiée : en 2021, la Grande Chambre constate que les faits n'atteignent pas le seuil de gravité de l'article 3 mais décèle une violation de l'article 8: les autorités n'ont pas suffisamment pris en compte l'état mental du requérant dans l'examen de proportionnalité de l'expulsion d'un étranger établi.

La décision apparaît comme un « arrêt en demi-teinte, reflet d'une Cour partagée »<sup>285</sup>, elle constitue un bon point de départ pour analyser les évolutions de la jurisprudence en matière de migration car c'est souvent au sein des décisions partagées qu'on voit le mieux à l'œuvre les difficultés d'articulation des différents éléments à l'œuvre dans le corpus jurisprudentiel. En effet, les opinions séparées dans l'affaire *Savran* couvrent tous les points de vue possibles. À une extrémité du spectre, le juge Serghides est le seul à considérer qu'il aurait fallu conclure à une violation de l'article 3 et à défendre celle qui avait été donc la position de la section. L'opinion concordante de la juge Jelić regrette, en revanche, que l'analyse faite de l'article 8 ne prenne pas davantage en compte la vulnérabilité du requérant et ne retienne une lecture plus large de la notion de « vie familiale » à son égard. À l'autre extrémité du spectre, les juges Kjølbro, Dedov, Lubarda, Harutyunyan, Kucsko-Stadlmayer et Poláčková estiment que la Cour n'aurait pas dû constater une violation de l'article 8. Selon eux, la Cour s'est départagée de sa jurisprudence établie sur l'article 8 : auparavant la jurisprudence aurait été davantage

---

<sup>282</sup> *Ibid*, §66.

<sup>283</sup> GC, *Savran*, préc., §71-72.

<sup>284</sup> Cour EDH (Quatrième Section), 1 octobre 2019, *Savran c. Danemark*, n° 57467/15.

<sup>285</sup> C. Macq, « L'éloignement d'un étranger atteint d'une maladie mentale grave n'engendre pas un risque de traitements contraires à l'article 3 mais viole son droit à la vie privée : un arrêt en demi-teinte, reflet d'une Cour partagée », *Cahier de l'EDEM*, décembre 2021,

<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/christelle-macq-decembre2021.html>.

exigeante à l'égard de l'existence d'une violation de l'article 8 pour les immigrants établis qui avaient vécu la majorité de leur vie dans le pays d'accueil.

Le but de cet article est de plonger cette décision dans la réflexion théorique des philosophies de la migration, afin de contextualiser son apport dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour en la matière. En effet, cette affaire demande à la Grande Chambre de clarifier sa jurisprudence relativement au jeu de l'article 3 en cas d'expulsion d'un étranger atteint de maladie psychique, en la poussant à clarifier le standard *Paposhvili* (II). Après avoir refusé la violation sur ce fondement, la Grande Chambre précise la place de la maladie psychique d'un étranger établi dans le contexte de l'article 8 et du relatif test *Maslov* (III). Dans un contexte migratoire qui est aujourd'hui particulièrement complexe politiquement, la Cour adopte une précaution langagière et structurelle importante, qui caractérise son traitement de ce type d'affaire (I). C'est à la lumière de ces considérations qu'il faut comprendre le déploiement de la fonction juridictionnelle de la Cour, procédant à une procéduralisation du contrôle (IV), tout en clarifiant la place de la vulnérabilité dans cette configuration factuelle (V).

## **Partie I - Un contexte politique complexe : diplomatie judiciaire en matière de migration**

L'affaire *Savran* intervient dans le domaine complexe de la migration, qui suscite une posture particulière de la Cour, consciente de la dimension politiquement chargée dans laquelle elle doit s'aventurer. Cela implique une structuration particulière de ces affaires, ce que l'on a appelé le *Strasbourg reversal* (A), dont les effets sont encore plus visibles dans les récentes affaires danoises (B).

### **A. La maintien du *Strasbourg reversal***

La posture de la Cour en matière migratoire a été brillamment théorisée par Marie-Bénédicte Dembour par l'idée de « *Strasbourg reversal* »<sup>286</sup> : dans ce domaine, la CourEDH bâtit chaque décision en rappelant que le point de départ de son raisonnement doit être le principe fondamental de droit international classique selon lequel chaque État a le droit de contrôler l'entrée des non-nationaux sur son territoire<sup>287</sup>. Le *dictum* n'est pas simplement cosmétique mais implique une particularité du raisonnement : au lieu de penser les droits comme des prérogatives individuelles que l'on oppose au pouvoir, en matière de migration la Cour part du pouvoir de l'État de contrôler ses frontières pour après vérifier si l'impact sur les droits individuels de ce pouvoir n'a pas été disproportionné. Il a été souligné que cela implique l'émergence dans la jurisprudence strasbourgeoise d'une « approche sédentariste », expliquant les restrictions des droits des migrants retenues dans certaines décisions récentes de Grande Chambre (on pense à *MN c. Belgique* sur le visa humanitaire, *ND et NT c. Espagne* sur

---

<sup>286</sup> Marie-Bénédicte. Dembour, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counter-Point*, Oxford University Press, 2015.

<sup>287</sup> CourEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, série A, n°94, § 67.

les expulsions collectives ou encore *Ilias et Ahmed c. Hongrie* sur les garanties découlant de l'article 5)<sup>288</sup>.

La jurisprudence de 2021 en matière migratoire continue à entretenir cette morphologie argumentative. L'affaire *Savran* le montre très bien : la Cour, dès le début de son analyse de l'article 3 réitère que « dans ses précédents arrêts portant sur l'extradition, l'expulsion ou le renvoi dans un pays tiers de ressortissants étrangers, la Cour a constamment dit que les États parties ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux. L'expulsion d'un étranger par un État partie peut toutefois soulever un problème au regard de l'article 3 de la Convention lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courra, dans le pays de destination, un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »<sup>289</sup>.

Les conséquences pratiques de cette posture juridictionnelle sont de taille. D'un point de vue d'analyse du discours, la Cour fait attention à bien souligner la persistance de ce pouvoir étatique, qui reste intact dans son principe, peu important l'intensité des liens de rattachement entre l'étranger et l'État d'accueil. La morphologie juridique du *Strasbourg reversal* implique que les États ont un pouvoir d'expulsion de principe, qui n'est qu'encadré dans son étendue par l'article 8 notamment :

« La Cour réaffirme d'emblée que, d'après un principe de droit international bien établi, les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non nationaux sur leur sol (...). La Convention ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays particulier, et, lorsqu'ils assument leur mission de maintien de l'ordre public, les États contractants ont la faculté d'expulser un étranger délinquant. Toutefois, leurs décisions en la matière, dans la mesure où elles porteraient atteinte à un droit protégé par le paragraphe 1 de l'article 8, doivent être conformes à la loi et nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi. La Cour considère que ces principes s'appliquent indépendamment de la question de savoir si un étranger est entré dans le pays hôte à l'âge adulte ou à un très jeune âge ou encore s'il y est né »<sup>290</sup>.

Cette logique mène la Cour à dégager également des obligations pour l'individu de se soumettre au pouvoir de contrôle de l'État :

« La Convention ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays particulier (voir, par exemple, *Nunez*, précité, § 66). Le corollaire du droit pour les États de contrôler l'immigration est que les étrangers – et donc,

---

<sup>288</sup> Daniel Thym, « Migrationsfolgenrecht », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 76, 2017, pp. 169-210.

<sup>289</sup> GC, *Savran*, préc., §124.

<sup>290</sup> CourEDH, GC, 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas*, n°46410/99, §54-55.

en l'espèce, la requérante – ont l'obligation de se soumettre aux contrôles et aux procédures d'immigration et de quitter le territoire de l'État contractant concerné lorsqu'ils en reçoivent l'ordre si l'entrée ou le séjour sur ce territoire leur sont valablement refusés »<sup>291</sup>.

Certes, ce rôle de filet de sécurité de la Convention jouera de manière plus ou moins importante selon l'intensité des liens que l'étranger entretient avec l'État d'accueil. Mais, dans cette optique, la situation de celui-ci n'est en tout état de cause pas comparable avec celle du citoyen<sup>292</sup>. Dans le même état d'esprit, dans l'énumération des éléments qui doivent rentrer dans cette mise en balance entre le pouvoir et sa limitation, la Cour ne lésine pas dans l'importance accordée aux facteurs liés au contrôle de l'immigration et de maintien de l'ordre public :

« En matière d'immigration (...) les facteurs à prendre en considération dans ce contexte sont la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale, l'étendue des attaches que les personnes concernées ont dans l'État contractant en cause, la question de savoir s'il existe ou non des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine de l'étranger concerné et celle de savoir s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration (par exemple, des précédents d'infractions aux lois sur l'immigration) ou des considérations d'ordre public pesant en faveur d'une exclusion »<sup>293</sup>.

Il est très important de penser que cette posture de la CourEDH n'est pas la seule manière possible de parler de droits humains des migrants. Il suffit, pour s'en rendre compte, de faire une incursion dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après « CourIADH »). Celle-ci avait initialement suivi la structure discursive de la Cour de Strasbourg, pour après la renverser complètement. Dans son avis consultatif de 2003 sur la *Condition juridique et les droits des migrants sans documents*, la CourIADH commence par rappeler l'essence du *dictum* propre au *Strasbourg reversal*, tout en la nuançant à l'aide du principe de non-discrimination :

« Considerando que la presente Opinión se aplica a las cuestiones relacionadas con los aspectos jurídicos de la migración, la Corte estima conveniente señalar que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores. Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas,

---

<sup>291</sup> CourEDH, GC, 3 octobre 2014, *Jeunesse c. Pays-Bas*, n°12738/10, §100.

<sup>292</sup> GC, *Üner, préc.*, §56.

<sup>293</sup> GC, *Jeunesse, préc.*, §107.

pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas. De esta forma, se garantiza una vida digna al trabajador migrante, protegiéndole de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra, y se organiza así eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional »<sup>294</sup>.

Depuis, la CourIADH réaffirmait de manière assez courante un *dictum* standard suivant lequel le choix discrétionnaire des États reste soumis au respect des droits prévus dans la Convention américaine<sup>295</sup>. Mais, depuis son avis consultatif de 2014 sur les *Droit des enfants migrants*, la CourIADH change sensiblement la structure de son analyse. Elle commence d'emblée par rappeler les principes d'interprétation de la Convention qui vont guider son raisonnement : le point de départ devient donc le principe *pro homine*<sup>296</sup>. Ainsi, lorsqu'elle charpente la structure générale de son raisonnement dans une section dédiés aux principes fondamentaux que la Cour applique, elle rappelle que le point de départ doit être l'article 1(1) de la Convention américaine, donc l'obligation des États de respecter les droits humains de tout individu se trouvant sous sa juridiction. Le principe de droit international classique est donc fortement encadré :

« dicha competencia territorial del Estado se encuentra limitada por el compromiso que éste soberanamente ha contraído de respetar y hacer respetar los derechos humanos de las personas que sujeta a su jurisdicción. Ello importa, entonces, que no reviste relevancia alguna el motivo, causa o razón por la que la persona se encuentre en el territorio del Estado a los efectos de la obligación de éste de respetarle y hacer que se le respeten sus derechos humanos. En particular, no tiene significancia alguna, a este respecto, si el ingreso de la persona al territorio estatal fue acorde o no a lo dispuesto en la legislación estatal (...). Respetar tales derechos puesto que ellos tienen su fundamento precisamente en los atributos de la persona humana, es decir, más allá de la circunstancia de que sea o no su nacional o residente en su territorio o se encuentre transitoriamente o de paso en él o esté allí legalmente o en situación migratoria irregular »<sup>297</sup>.

À cela se rajoutent deux autres piliers. D'une part, il s'agit de l'obligation issue de l'article 2 de vérifier que le droit interne de l'État soit toujours en conformité avec les

---

<sup>294</sup> CourIADH, 17 septembre 2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, avis consultatif OC-18/03, §169.

<sup>295</sup> CourIADH, 23 novembre 2010, *Vélez Loor c. Panama*, Série C No. 218, § 97: « Este Tribunal ya ha manifestado que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes ».

<sup>296</sup> Cour IADH, 19 août 2014, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, avis consultatif OC-21/14, §53-55.

<sup>297</sup> *Ibid.*, §62.

normes de la Convention, en expulsant de l'ordre juridique interne toute norme qui viendrait frustrer la jouissance des droits qu'elle garantit<sup>298</sup>. D'autre part, l'article 19 de la Convention commande une prise en considération sérieuse de la vulnérabilité particulière de certaines catégories migratoires, comme celle des enfants<sup>299</sup>. Voici posé un cadre sensiblement différent. La Cour interaméricaine procède à détricoter le *Strasbourg reversal* qu'elle avait dans un premier temps importé. On assiste là à ce que j'appellerais un « *San José setback* », à un retour à la logique des droits humains comme point de départ intellectuel, à laquelle la Cour interaméricaine invite fortement.

## B. Une affaire danoise

Dans le prolongement du *Strasbourg reversal*, la CourEDH s'est montrée particulièrement attentive à ménager les susceptibilités nationales montantes dans le contexte du contrôle des flux migratoires. Cela est particulièrement visible dans le contexte danois, dont les autorités prônent de plus en plus une lecture restrictive des droits humains des migrants et réfugiés, en invoquant un « *judicial restraint* » de la Cour. Cette idée est abondamment réitérée par les autorités politiques danoises depuis la présidence du Conseil de l'Europe en 2017. L'ébauche de déclaration de Copenhague va dans ce sens, réclamant une large marge d'appréciation en matière migratoire<sup>300</sup>.

La doctrine a pu manifester ses inquiétudes à l'encontre de la manière dont la rhétorique politique danoise impactait le travail de la CourEDH, notamment en utilisant comme exemple concret l'affaire *MA c. Danemark*<sup>301</sup>. Dans cette affaire, il s'agissait d'un ressortissant syrien qui avait obtenu un 'statut de protection temporaire' au Danemark en 2015. Ce nouveau statut fait partie des mesures prises par le Danemark pour rendre le pays une cible moins attractive pour les demandeurs de protection internationale (DPI) ; ce statut implique notamment un délai d'attente de 3 ans pour pouvoir faire appel à toute forme de regroupement familial. En l'espèce, la Cour conclut à une violation de l'article 8 : « la Cour n'est pas convaincue que, malgré leur marge d'appréciation, les autorités de l'État défendeur, en imposant au requérant un délai d'attente de trois ans avant qu'il ne puisse demander un regroupement familial avec son épouse, aient ménagé un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt du requérant à être réuni avec son épouse au Danemark et, d'autre part, l'intérêt pour la société dans son ensemble de contrôler l'immigration en vue de préserver le bien-être économique du pays, d'assurer la bonne intégration des bénéficiaires d'une protection et de préserver la cohésion sociale »<sup>302</sup>. En se livrant à un exercice de procéduralisation du contrôle, la Cour souligne que la violation de la Convention tient à une insuffisance dans l'évaluation concrète de l'impact de la norme danoise sur la vie privée. D'un point de vue plus abstrait, « telle qu'elle a été modifiée, la loi de 2016 ne permettait pas une appréciation individuelle de

---

<sup>298</sup> *Ibid.*, §65.

<sup>299</sup> *Ibid.*, §66.

<sup>300</sup> Thomas Gammeltoft-Hansen, M. Rask Madsen, H. Palmer Olsen, « The Limits of Indirect Deterrence of Asylum Seekers », <https://verfassungsblog.de/the-limits-of-indirect-deterrence-of-asylum-seekers/>, 12 juillet 2021.

<sup>301</sup> CourEDH, 9 juillet 2021, *MA c Danemark*, n°6697/18.

<sup>302</sup> *MA, préc.*, §194.

l'impératif d'unité familiale à la lumière de la situation concrète des personnes concernées, si ce n'est les exceptions très limitées énoncées en son article 9 c 1 (paragraphe 176 ci-dessus). Elle ne permettait pas non plus un examen de la situation dans le pays d'origine afin de déterminer les possibilités réelles de retour ou les obstacles à celui-ci »<sup>303</sup>. Par rapport à l'espèce, « les juridictions internes doivent exposer des motifs spécifiques à la lumière des circonstances du cas d'espèce, en particulier pour lui permettre d'assurer le contrôle européen qui lui est confié. Un raisonnement insuffisant des judiciaires internes, sans véritable mise en balance des intérêts en présence, est contraire aux exigences de l'article 8 de la Convention »<sup>304</sup>. C'est la recherche d'un juste équilibre qui était donc insuffisante.

Bien que la Cour parvienne à un constat de violation, la doctrine a pu souligner à quel point le discours juridictionnel est influencé par la situation politique : la décision se présente comme le produit d'un exercice de recherche d'équilibre surtout dans un objectif de « diplomatie judiciaire »<sup>305</sup>. D'une part, la doctrine trouve surprenant que la Cour ne veuille aucunement remettre en question le statut de protection temporaire introduit par le législateur danois<sup>306</sup>, mais qu'au contraire elle va jusqu'à souligner que le législateur ne pouvait pas bénéficier d'un guide clair sur ces questions dans la jurisprudence sur l'article 8<sup>307</sup>. D'autre part, la critique la plus acerbe consiste à dire que la Cour rate l'occasion de clarifier et renforcer sa jurisprudence sur l'existence de cas d'obligation de regroupement familial, notamment dans le cas d'étranger résidant régulièrement sur le territoire de l'État<sup>308</sup>. Bien au contraire, la Cour met l'accent sur la marge d'appréciation, sur le caractère non absolu de l'article 8, sur l'absence de consensus, sur le fait que les États n'étaient pas « touchés de la même manière » par les flux migratoires.

Mais cette lecture ne fait certainement pas l'unanimité et la Cour fait l'objet également de critiques inverses. Tel est le cas de l'opinion dissidente de la juge Mourou-Vikström, appelant de ses vœux à une application encore plus rigoureuse de la morphologie traditionnelle du *Strasbourg reversal* : « le constat de violation auquel la majorité est

---

<sup>303</sup> *MA, préc.*, §192.

<sup>304</sup> *MA, préc.*, §149

<sup>305</sup> Thomas Gammeltoft-Hansen, M. Rask Madsen, H. Palmer Olsen, « The Limits of Indirect Deterrence of Asylum Seekers », <https://verfassungsblog.de/the-limits-of-indirect-deterrence-of-asylum-seekers/>, 12 juillet 2021.

<sup>306</sup> *MA, préc.*, §177 : « La Cour ne voit aucune raison de mettre en cause la distinction opérée par le législateur danois entre, d'une part, les personnes bénéficiant d'une protection en raison d'une menace individualisée, c'est-à-dire celles qui bénéficient du statut offert par la Convention des Nations unies relative aux réfugiés prévu à l'article 7 § 1 de la loi sur les étrangers ou du « statut de protection » prévu à l'article 7 § 2 de cette même loi et, d'autre part, les personnes bénéficiant d'une protection en raison d'une menace généralisée, c'est-à-dire celles qui bénéficient du « statut de protection temporaire » prévu à l'article 7 § 3 de la loi ».

<sup>307</sup> *MA, préc.*, §178 : « Lorsqu'il a instauré le délai d'attente de trois ans en février 2016, le législateur danois ne pouvait tirer parti d'aucune indication claire dans la jurisprudence existante sur le point de savoir si, et dans quelle mesure, l'imposition d'un tel délai d'attente légal serait compatible avec l'article 8 de la Convention ».

<sup>308</sup> Julie Ferrero, *Chronique RGDIP*, 2021-3, p. 651.

parvenue s’inscrit, à mon sens, dans une conception très directive, presque prescriptive, de la politique migratoire des États qui va à l’encontre du principe plus général selon lequel chaque État reste maître du contrôle de l’immigration sur son territoire »<sup>309</sup>. Il est ainsi probable que le *Strasbourg reversal* n’ait pas cessé de continuer à faire débat dans la jurisprudence strasbourgeoise.

## **Partie II - L’article 3 et les maladies psychiques : le standard *Paposhvili* est-il adapté ?**

Dans l’affaire *Savran*, la Chambre s’était distinguée pour son utilisation flexible de l’article 3, au service des migrants malades. Comme le souligne Laurence Burgorgue-Larsen, « si sept gouvernements (allemand, britannique, français, néerlandais, norvégien, russe et suisse) prirent la peine de jouer la carte de la tierce intervention, on comprend immédiatement que la manière dont la chambre de sept juges avait appliqué en 2019 le ‘critère Paposhvili’ les avait particulièrement ‘inquiétés’, pour utiliser une litote toute diplomatique »<sup>310</sup>.

L’un des éléments au cœur de la décision était en effet celui de savoir comment interpréter le standard *Paposhvili*, faisant jouer l’article 3 pour bloquer les expulsions d’étrangers malades, lorsque le requérant « ferait face, en raison de l’absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d’accès à ceux-ci, à un risque réel d’être exposé à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie »<sup>311</sup>.

Le discours de la Cour est tiraillé entre deux pôles contradictoires. Un premier registre consiste à souligner la caractère protecteur de l’article 3 : bien qu’ayant vocation à s’appliquer dans des situations particulièrement graves, « la Cour s’est réservé une souplesse suffisante pour traiter de son application dans d’autres situations susceptibles de se présenter »<sup>312</sup> ; la maladie psychique rentre en principe dans le contexte de l’article 3<sup>313</sup>, et la Cour ne saurait imposer au requérant une *probatio diabolica*<sup>314</sup>. Mais c’est l’autre pôle discursif qui l’emporte, fondé sur l’intensité du seuil de gravité nécessaire pour prétendre à une violation de l’article 3<sup>315</sup> et le caractère « exhaustif » du standard *Paposhvili*.<sup>316</sup>

De manière presque prophétique, la Grande Chambre s’arme du *Strasbourg reversal* pour légitimer une lecture restrictive de la protection de l’article 3. Elle confirme ainsi « la pratique qu’elle avait suivie depuis l’arrêt *N. c. Royaume-Uni*, précité, qui consistait

---

<sup>309</sup> Opinion dissidente de la juge Mourou-Vikström, para 6.

<sup>310</sup> Laurence Burgorgue-Larsen, « Actualité de la convention européenne des droits de l’homme (septembre – décembre 2021) », *RFDA*, vol. 4, 2022, p. 212.

<sup>311</sup> CourEDH, GC, 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, n°41738/10, §183.

<sup>312</sup> GC, *Savran*, préc., §123.

<sup>313</sup> *Ibid* §139.

<sup>314</sup> *Ibid* §146.

<sup>315</sup> *Ibid*, §140.

<sup>316</sup> *Ibid*, §133.

à n'appliquer l'article 3 de la Convention qu'aux cas où la personne faisant l'objet d'une mesure d'expulsion se trouvait au seuil de la mort, avait eu pour effet de priver du bénéfice de cette disposition les étrangers qui étaient gravement malades mais qui ne se trouvaient pas dans un état aussi critique »<sup>317</sup>. Le pivot du test est l'irréversibilité du déclin de l'état de santé<sup>318</sup>, l'article 3 faisant par ailleurs naître avant tout des obligations de nature procédurale dans ce type de contexte<sup>319</sup>.

La Cour veut clairement rassurer les États : « en cas d'éloignement de personnes gravement malades, le fait qui provoque le traitement inhumain et dégradant et engage la responsabilité de l'État de renvoi au regard de l'article 3 n'est pas le manque d'infrastructures médicales dans l'État de destination » et « n'est pas davantage en cause en pareil cas une quelconque obligation pour l'État de renvoi de pallier les disparités entre son système de soins et le niveau de traitement existant dans l'État de destination, en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers non titulaires du droit de demeurer sur son territoire »<sup>320</sup>.

Là où la Chambre avait rendu ce test plus malléable en cas de maladie psychique en mettant sur le même plan l'inaccessibilité du traitement et le niveau de souffrance, la Grande Chambre corrige cette souplesse en rétablissant un ordre hiérarchique : elle maintient que la maladie psychique peut permettre une activation de l'article 3 en cas d'éloignement d'un étranger du territoire national, mais rappelle que le seuil de gravité est une question préalable, à résoudre avant de vérifier la question de l'accessibilité du traitement<sup>321</sup>. Or, on peut convenir avec certains commentateurs que « les critères de Paphosvili repris ici semblent cependant peu adaptés à la pathologie en cause, en particulier concernant la question de l'irréversibilité, dénotant une certaine méconnaissance des troubles psychiques par la Cour. En effet, l'exigence d'un 'déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie' peut très difficilement être remplie s'agissant de troubles psychiques, pour lesquels il peut exister une alternance de phase de décompensation et de stabilisation. C'est ainsi qu'il est difficile de parler de déclin 'irréversible' »<sup>322</sup>. Ce point est au cœur de l'opinion dissidente du juge Serghides qui souligne à quel point la méthode retenue par la Cour implique une paralysie des droits de l'article 3 dans ce genre de contexte, qui souligne justement que cette approche nuit au « système immunitaire » de la Convention.

La lecture de la Grande Chambre ne va pas de soi. Par exemple, la CJUE a eu à connaître de ce type d'affaires dans le cadre de sa jurisprudence permettant de consacrer des cas de paralysie des transferts Dublin, y compris en dehors de toute défaillance systémique.

---

<sup>317</sup> *Ibid.*, §128.

<sup>318</sup> *Ibid.*, §138.

<sup>319</sup> *Ibid.*, §136.

<sup>320</sup> *Ibid.*, §131.

<sup>321</sup> GC, *Savran*, *préc.*, §140.

<sup>322</sup> Sarah Akkari, Mathilde Lagane, Aurèle Pawlotsky, Alix Ratabou, « L'expulsion des personnes étrangères atteintes du troubles psychiques : le maintien d'une jurisprudence stricte par la CEDH. Analyse de la décision Savran c. Danemark (GC-CEDH), 7 décembre 2021, n°57467/15 », *Revue des droits de l'homme*, vol. 23, 2023, p. 4.

En effet, dans l'affaire *CK c. Slovénie*, la Cour a considéré que cette paralysie se justifiait en cas d'état de santé particulièrement grave du demandeur d'asile si le transfert risquait d'avoir des conséquences irréversibles sur celui-ci. Les autorités nationales, pour respecter les exigences de l'article 4 de la Charte, doivent prendre en compte l'état de santé et l'impact du transfert sur celui-ci, notamment dans le cas de maladie psychique, en prenant toutes des précautions suffisantes. Ainsi la Cour, après avoir fait référence à la jurisprudence *Paposhvili*, considère que « dans les circonstances dans lesquelles le transfert d'un demandeur d'asile, présentant une affection mentale ou physique particulièrement grave, entraînerait le risque réel et avéré d'une détérioration significative et irrémédiable de son état de santé, ce transfert constituerait un traitement inhumain et dégradant, au sens dudit article»<sup>323</sup>. Il est intéressant de constater que la CourEDH cite la jurisprudence *CK* dans son analyse du droit pertinent<sup>324</sup>, mais ne la mobilise aucunement au fond.

En revanche, cette logique de seuil n'est pas inédite dans le contentieux international, notamment en tant qu'outil stratégique du juge. Elle est même courante lorsqu'il s'agit de consacrer des normes entraînant une connotation de hiérarchie axiologique. Dans ce contexte, lier l'importance d'une norme à un niveau d'exigence important pour son activation n'implique pas une facilitation dans l'application de ce type de règles, bien au contraire. Les réflexions sur les aspects juridictionnels de ce que R. Hirschl appelle « *megapolitics* » ont en effet confirmé que, face à ces normes méga-politiques, les juges ont tendance à relever les standards probatoires et introduire toute sorte de logique de seuil pour minimiser leur mobilisation d'une norme ayant un impact important<sup>325</sup>. Cela n'est pas nouveau dans le contexte de la Convention EDH : les travaux de sociologie du droit ont par exemple montré que le focus mis sur la torture au sein de l'article 3 a banalisé l'importance des notions de traitement inhumain ou dégradant, conçus presque comme un moindre mal par rapport à la première<sup>326</sup>.

### **Partie III – L'article 8 et les « immigrés établis » : préciser le standard *Maslov***

La question de la place de l'« immigré établi » au sein de la protection des droits humains est au cœur d'un important débat philosophique sur l'impact du temps dans la protection des droits des migrants (A). L'affaire *Savran* montre que ces liens temporels entre l'État et l'étranger établi rentrent bien dans le test *Maslov* mais que leur théorisation demeure en demi-teinte (B).

---

<sup>323</sup> CJUE, GC, 16 février 2017, *C.K., H.F., A.S. c. Slovénie*, C-578/16 (PPU), §74.

<sup>324</sup> CJUE, *CK*, §83.

<sup>325</sup> Hélène Ruiz Fabri, Edoardo Stoppioni, « Jus Cogens Before International Courts: The Mega-Political Side of the Story », *Law and Contemporary Problems*, vol. 84, 2022, pp. 153-180, notamment p. 176.

<sup>326</sup> Elaine Webster, « Interpretation of the Prohibition of Torture: Making Sense of 'Dignity' Talk », *Hum. Rts. Rev.*, vol. 17, 2016, p. 371.

## A. Les droits de l'immigré établi, une question philosophique

Dans les philosophies de la migration, on oppose traditionnellement deux camps : les communautaristes et les individualistes<sup>327</sup>. L'approche communautariste est représentée par la position emblématique de Michael Walzer qui, au nom d'une « *communitarian self-determination* », défendait une discrétion quasi pleine et entière des membres d'une communauté politique de décider qui admettre et qui exclure en son sein, au nom d'un intérêt supérieur de cette communauté. L'idée des communautaristes consiste à voir l'État comme un club ou une famille, ayant avant tout des obligations à l'égard de sa propre société<sup>328</sup>. Au contraire, l'approche individualiste est illustrée par l'optique opposée de Joseph Carens qui, au nom d'un « *orthodox individualism* », défend la centralité de la liberté de mouvement. Les droits des migrants sont fondés sur des valeurs démocratiques fondamentales d'égalité et de liberté qui demandent une politique d'*open borders*<sup>329</sup>.

Toutefois, ces deux approches, étant toutes deux de matrice libérale, concèdent qu'un étranger qui a passé un important laps de temps dans le pays d'accueil ne saurait être traité de la même manière qu'un étranger qui vient de s'y installer. Cela est particulièrement vrai dans l'approche de Carens, pour qui « *the longer people stay in a society, the stronger their moral claims become. After a while they pass a threshold that entitles them to the same legal status as citizens* »<sup>330</sup>. Mais Walzer fait une concession similaire, puisque d'après lui un État qui ne reconnaît pas aux étrangers qui ont travaillé longtemps sur son territoire leurs mérites deviendrait « *a family with live-in servants* »<sup>331</sup>.

Par une transposition de ce raisonnement à la jurisprudence de la CourEDH, Gila Stopler avait ainsi proposé l'idée selon laquelle on pourrait appliquer un principe de *jus temporis* à la Convention : l'augmentation de la durée de résidence d'un migrant dans un État membre entraîne un renforcement de ses liens avec celui-ci, de sorte que son traitement juridique doit se rapprocher de plus en plus à celui du citoyen<sup>332</sup>. Cependant, Başak Çalı démontre que cette analyse est davantage *de lege ferenda* que *de lege lata*, puisque la Cour n'accepte pas complètement ce type de raisonnement<sup>333</sup>. Il est vrai que la Cour affirme que lorsque l'on est face à un « immigré établi », il faudrait pouvoir arguer de considérations particulièrement lourdes pour rompre le lien existant avec l'État d'accueil. Mais il ne s'agit là que d'une considération parmi d'autres. De manière générale, comme le résume fort bien Başak Çalı, « *unlike the liberal theories of immigration, which show concern for long-term migrants, the ECtHR does not differentiate a priori between short- and long-term migrants in discussing rights of*

<sup>327</sup> Lea Ypi, « Justice in Migration », *The Journal of Political Philosophy*, 2008, p. 391 ss.

<sup>328</sup> Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York, 1983, pp. 47-59.

<sup>329</sup> Joseph H. Carens, « Aliens and Citizens: The Case for Open Borders », *Review of Politics*, 1987, vol. 49, pp. 251-273.

<sup>330</sup> Joseph Carens, *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, 2013, p. 89.

<sup>331</sup> Michael Walzer, *préc.*, p. 52.

<sup>332</sup> Gila Stopler, 'Rights in Immigration: The Veil as a Test Case' (2010) 43 *Israel Law Review* 183.

<sup>333</sup> Başak Çalı, « All you need is time? Discrepancies between the European Court of human rights case law and liberal normative Theory on long-term migrants », *Israel Law Review* 50(3) 2017, pp 447-497.

*residency. For the Court, granting residency is a domain of sovereign states in its totality* »<sup>334</sup>. Le jeu de l'analyse de ces raisons impérieuses est très casuistique et fluide: en dépit d'un séjour prolongé, une expulsion ne viole pas la Convention si l'immigré établi a commis infraction pénale sérieuse et qu'il n'a pas de liens sociaux (ce qui est considéré une preuve d'une faible intégration)<sup>335</sup>; le renvoi peut être en revanche considéré disproportionné dans le cas d'un immigré établi qui ne commet pas d'infraction pénale autrement sérieuse et qui a des liens familiaux démontrés (comme en cas de présence d'enfants sur le territoire)<sup>336</sup>. En tout état de cause, la Cour souligne bien que l'expulsion d'un immigré établi peut bien évidemment être justifiée sur le fondement de la Convention et ne constitue pas une 'double peine' :

« La Cour considère néanmoins que même si un ressortissant étranger possède un statut non précaire de résident et qu'il a atteint un haut degré d'intégration, sa situation ne peut être mise sur le même pied que celle d'un ressortissant de l'État lorsqu'il s'agit du pouvoir précité des États contractants d'expulser des étrangers (*Moustaquim c. Belgique*, 18 février 1991, § 49, série A n°193) pour une ou plusieurs des raisons énumérées au paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention. Elle estime de surcroît qu'une décision de révoquer un permis de séjour et/ou de prononcer une mesure d'interdiction du territoire à l'égard d'un immigré de longue durée à la suite d'une infraction pénale qui a valu à l'intéressé une condamnation à une sanction pénale ne constitue pas une double peine »<sup>337</sup>.

La Cour souligne donc la diversité de situations entre un immigré établi et un étranger en situation précaire davantage pour rappeler l'intensité renforcée du pouvoir d'expulsion existant à l'égard de ce dernier que pour ériger le premier cas en situation particulièrement protégée.

## **B. Maladie psychique et test *Maslov***

Est-ce que cette situation serait en train de changer dans la jurisprudence récente ? Est-ce que la Cour construit progressivement une théorie des droits des « immigrés établis », davantage en phase avec les aspects de temporalité et de stabilité de leurs liens avec le pays ? En dépit du constat de violation de l'article 8, l'affaire *Savran* montre qu'il reste des éléments contradictoires dans la jurisprudence de la Cour à cet égard.

D'une part, la Cour entretient une lecture très restrictive de la notion de vie familiale pour l'étranger établi. La Cour reconnaît elle-même que sa jurisprudence en la matière n'est pas particulièrement linéaire, le seul élément stable restant qu'« elle ne peut conclure à l'existence d'une vie familiale entre parents et enfants adultes ou entre frères et sœurs adultes que si ceux-ci parviennent à démontrer l'existence d'éléments supplémentaires de dépendance »<sup>338</sup>. Néanmoins, en ce qui concerne la situation de

---

<sup>334</sup> Basak Çalı, *préc.*, p. 453.

<sup>335</sup> Cour EDH, 13 octobre 2011, *Trabelsi c. Allemagne*, n°41548/06.

<sup>336</sup> Cour EDH, 24 février 2010, *Omojudi c. Royaume-Uni*, n°1820/08.

<sup>337</sup> GC, *Üner, préc.*, §56.

<sup>338</sup> GC, *Savran, préc.*, §174.

l'adulte malade, le critère employé est particulièrement rigide : « même s'il est vrai que la maladie mentale dont souffre le requérant est grave, la Cour n'est pas convaincue que l'on puisse considérer qu'en lui-même cet élément prouve suffisamment que l'intéressé dépende des membres de sa famille pour faire relever sa relation avec eux de la sphère de la 'vie familiale' au sens de l'article 8 de la Convention. En particulier, il n'a pas été démontré que l'état de santé de l'intéressé le rendît invalide au point de dépendre de l'appui et des soins de sa famille dans sa vie quotidienne »<sup>339</sup>. On peut donc déjà considérer que l'aspect temporel n'entraîne pas une lecture particulièrement souple de la notion de vie familiale de l'étranger établi.

D'autre part, la Cour semble davantage prendre au sérieux les aspects temporels dans la notion de vie privée, bien que cette prise en considération reste tout de même marginale. Et c'est le *Strasbourg reversal* qui vient expliquer à nouveau cette réticence. En effet, la Cour cite *in extenso* un extrait de la décision *Üner*, repris régulièrement notamment dans l'affaire *Malsov*, où on oppose clairement le célèbre « principe de droit international bien établi, les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler [l'entrée et le séjour] des non-nationaux sur leur sol » et une « Recommandation 1504 (2001) sur la non-expulsion des immigrants de longue durée, dans laquelle l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommandait que le Comité des Ministres invite les États membres, entre autres, à garantir que les immigrants de longue durée nés ou élevés dans le pays hôte ne puissent en aucun cas être expulsés »<sup>340</sup>.

On peut donc se demander comment le *Strasbourg reversal* finit par englober le principe de l'impossibilité d'expulsion de l'étranger avec des liens très solides avec le pays. La Cour prend en considération les liens chronologiques avec le pays lorsqu'elle pose un seuil plus important pour l'expulsion des étrangers établis, en exigeant les « très solides raisons » de la jurisprudence *Maslov*. Mais immédiatement après, elle s'empresse de poser sur le même plan le principe de la marge d'appréciation. La maladie psychique est considérée comme une circonstance particulière entourant l'espèce, qu'il convient prendre en compte<sup>341</sup>, mais cette prise en considération est vérifiée de manière particulière. La Cour procéduralise son contrôle : tout ce qu'il lui revient de faire à ce titre est de vérifier si les juridictions nationales ont bien appliqué le test *Maslov*<sup>342</sup>.

#### **Partie IV – La procéduralisation accentuée**

Une tendance lourde dans la jurisprudence récente de la Cour est ce que l'on a appelé le « *procedural turn* »<sup>343</sup>. L'ancien président Spano y avait vu un moment fondamental de l'évolution de la jurisprudence de la Cour, qui serait en train de procéder à une

---

<sup>339</sup> *Ibid.*, §178.

<sup>340</sup> *Ibid.*, §181 renvoyant aux paragraphes 54 et 55 de l'arrêt *Üner*.

<sup>341</sup> GC, *Savran, préc.*, §184 renvoyant à CourEDH, 15 novembre 2012, *Shala c. Suisse*, n°52873/09, § 46.

<sup>342</sup> GC, *Savran, préc.*, §196-197.

<sup>343</sup> Oddný Mjöll Arnardóttir, « The 'procedural turn' under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance », *ICON*, vo. 15, 2017, pp. 9-35.

« *reformulation or refinement of the principle of subsidiarity, and the margin of appreciation* »<sup>344</sup>, par la consécration croissante d'un contrôle du contrôle.

La doctrine est fondamentalement divisée à ce sujet. À une extrémité du spectre, Janneke Gerards soutient que le contrôle procédural peut se substituer dans un grand nombre de cas à un contrôle substantiel : s'appuyant sur les théories de la démocratie procédurale, elle défend que la Cour devrait procéder en deux temps. Dans la plupart des cas un contrôle procédural suffirait, mais lorsqu'il existe un défaut empêchant de croire en l'intégrité de la procédure législative ou judiciaire interne, la Cour pourrait revenir à un contrôle substantiel classique. Dans le premier cas toutefois, la Cour « *has to accept the outcomes of such a [non-problematic] procedure, even if it reflects a different balance or a different choice than the Court's judges would have preferred* »<sup>345</sup>. À l'autre extrémité du spectre, Eva Brems souligne l'insuffisance d'un contrôle purement procédural dans une grande majorité de cas, celui-ci ne pouvant pas devenir un *ersatz* du contrôle approfondi de la Cour<sup>346</sup>. Entre ces deux positions, Patricia Popelier suggère que le contrôle procédural pourrait permettre à la Cour de s'exempter d'un contrôle davantage substantiel seulement dans les cas où la marge d'appréciation serait étendue de toute manière<sup>347</sup>.

En procédant à une analyse fine des cas de procéduralisation, Oddný Mjöll Arnardóttir propose une taxonomie d'affaires où la Cour procéduralise son contrôle, étant confrontée à des facteurs importants de déférence. Tel est le cas de la jurisprudence portant sur la mise en balance entre intérêts privés, les situations de « quatrième instance » (application du droit national et interprétation des faits), l'évaluation des objectifs d'intérêt général ainsi que les cas de « mesures générales »<sup>348</sup>. On peut se demander si, en matière de migration et d'asile, la Cour ne procéderait pas à une procéduralisation *ratione materiae* bien plus qu'en raison de la typologie structurelle du cas, en écoutant ainsi les réclamations de certains États, tendant à davantage de marge d'appréciation dans le domaine.

Dans *Savran* la Cour pousse la procéduralisation jusqu'au bout, en considérant que la mise en balance opérée par les juridictions internes n'était pas satisfaisante. Elle substitue son appréciation à la leur<sup>349</sup>. Trois sont les éléments forts dans l'application du

---

<sup>344</sup> Robert Spano, « Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Hum. Rts. L. Rev.*, vol. 18, 2014, p. 499.

<sup>345</sup> Janneke Gerards, « Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine », *Eur. L.J.*, vol. 17, 2011, p. 118.

<sup>346</sup> Eva Brems, « Procedural Protection – An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights », in E. Brems, J. Gerards (dir.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, CUP, 2014, p. 161.

<sup>347</sup> Patricia Popelier, « The Court as Regulatory Watchdog : the Procedural Approach in the Case-Law of the European Court of Human Rights », in P. Popelier, A. Mazmanyanyan, W. Vandenbruwaene (dir.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Larcier, 2013, p. 252.

<sup>348</sup> Oddný Mjöll Arnardóttir, « The 'procedural turn' under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance », *ICON*, vol. 15, 2017, pp. 23-34.

<sup>349</sup> GC, *Savran*, *préc.*, §196 : « la Cour considère que les autorités nationales n'ont ni procédé à un examen suffisamment approfondi et attentif du respect des droits du requérant – un immigré établi qui résidait au Danemark depuis l'âge de six ans – au regard de l'article 8, ni correctement mis en balance les intérêts en jeu en vue de

test *Maslov* à l'espèce : (1) une période trop importante s'est écoulée entre les faits et l'expulsion (troisième critère *Maslov*)<sup>350</sup>, (2) la « solidité des liens sociaux » n'est pas suffisamment prise en compte, puisque « la cour régionale a fait peu de cas de la durée du séjour du requérant dans son pays d'accueil, le Danemark, et des liens existant entre l'intéressé et ce pays » (deuxième et quatrième critères) ; (3) enfin une interdiction du territoire disproportionnée car « le refus des juridictions internes de lever la mesure dans le cadre de la procédure de révocation a eu pour effet de soumettre le requérant à une interdiction de retour définitive. La Cour constate que cette mesure est très intrusive pour le requérant »<sup>351</sup>.

Mais la procéduralisation présente également d'importantes limites : « la Grande Chambre se borne en l'espèce à considérer que certains éléments de fait ont été insuffisamment appréciés par les juridictions internes dans l'examen de la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée portée par la mesure d'expulsion du requérant. Autrement dit, elle ne constate pas l'existence d'une violation substantielle de l'article 8. Une fois de plus, cette tendance jurisprudentielle permet à la Cour d'éviter de se prononcer sur la question de la compatibilité entre les droits nationaux et le droit de la Convention, en se concentrant uniquement sur le respect des garanties procédurales offertes par les autorités nationales »<sup>352</sup>. Ce caractère distant de l'analyse se traduit par un relâchement des mesures de réparation : « en s'abstenant d'ordonner au Danemark de prendre des mesures pour rétablir la situation du requérant, la Cour neutralise ainsi sa propre décision, dès lors que Monsieur Savran vit à présent en Turquie depuis 2015 et qu'une potentielle demande de levée de sa mesure de renvoi ne lui permettra pas forcément de se rendre au Danemark, ce dernier faisant par ailleurs l'objet d'une interdiction de retour sur le territoire »<sup>353</sup>.

Alors certes, le test *Maslov* intègre, parmi d'autres considérations, l'intensité des liens sociaux avec le pays. Mais la prise en compte de ce facteur temporel de création de liens importants avec l'État, central dans la philosophie libérale de la migration, reste mobilisé à géométrie variable dans la jurisprudence de la Cour.

## **Partie V – La vulnérabilité négligée**

Un autre facteur qui est central dans la philosophie de la migration et que la CourEDH continue de mobiliser de manière timide est l'idée de vulnérabilité. Alors que celle-ci présente un fort potentiel iconoclaste (A), potentiel que d'autres juridictions internationales ont employé largement dans le domaine migratoire (B), la posture de la CourEDH demeure réservée à cet égard (C).

---

déterminer si les droits du requérant l'emportent sur l'intérêt public à l'expulser aux fins de la défense de l'ordre et de la prévention des infractions pénales ».

<sup>350</sup> *Ibid.*, §197.

<sup>351</sup> *Ibid.*, §200.

<sup>352</sup> Sarah Akkari, Mathilde Lagane, Aurèle Pawlotsky, Alix Ratabou, « L'expulsion des personnes étrangères atteintes de troubles psychiques : le maintien d'une jurisprudence stricte par la CEDH. Analyse de la décision Savran c. Danemark (GC-CEDH), 7 décembre 2021, n. 57467/15 », *Revue des droits de l'homme*, vol. 23, 2023, p. 9.

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 9.

## A. Un outil théorique iconoclaste

Lorsqu'on examine la généalogie de l'idée même de vulnérabilité, on est frappé par son potentiel iconoclaste. En effet, ce sont les philosophes féministes qui ont récupéré ce concept, qui semblait utile pour problématiser le patriarcat en tant que forme de domination et de contrôle sur le corps de la femme<sup>354</sup>. Les premières à utiliser ce nouvel outil ont été les féministes matérialistes qui, dans les années 1970, ont étudié les relations de travail et ont montré que des « relations patriarcales structuraient ou créaient la vulnérabilité humaine » et confinaient la « définition du travail à la seule sphère de la production »<sup>355</sup>. Plus tard, d'autres franges des psychologues et des philosophes féministes ont commencé à l'utiliser pour théoriser l'éthique du *care*<sup>356</sup>. Dans la pensée juridique féministe contemporaine, Martha Albertson Fineman a proposé une théorie de la vulnérabilité comme outil heuristique, permettant d'interroger les concepts essentiels de la subjectivité juridique et politique libérale ainsi que les arrangements structurels qu'ils soutiennent<sup>357</sup>.

Contrairement au fonctionnement des droits de l'homme, la philosophie de la vulnérabilité encourage à remettre en question les déséquilibres matériels, culturels et sociaux existants entre humains, alors que les droits humains les acceptent tacitement<sup>358</sup>. La vulnérabilité encourage à interroger plus profondément les silences du droit et leur impact, à ne pas les accepter comme inéluctables, mais à les identifier comme le point de départ même qui doit être déconstruit. Dans cette optique, la théorie de la vulnérabilité fait appel à un État réactif et considère donc que « les institutions doivent fonctionner de manière à ne pas privilégier indûment certains, tout en désavantageant d'autres. La nature de la vulnérabilité humaine et le processus de renforcement de la résilience par le biais des institutions exigent de l'État qu'il soit actif, impliqué et réactif »<sup>359</sup>.

Outre cette compréhension féministe classique, la vulnérabilité a été également mobilisée par différents penseurs d'inspiration marxiste, comme instrument pour rendre la voix au plus faible. A partir de là, les philosophes de l'école de Francfort notamment ont lié la conscience critique de la vulnérabilité à la « nécessité de donner une voix à la souffrance »<sup>360</sup> ou à l'importance d'écouter les sentiments d'injustice émanant des groupes opprimés<sup>361</sup>.

---

<sup>354</sup> Estelle Ferrarese, *Vulnerability and Critical Theory* (Brill, 2016).

<sup>355</sup> Estelle Ferrarese, *cit.*, p. 3.

<sup>356</sup> Carol Gilligan, « In a different voice: Women's conceptions of self and of morality », *Harvard educational review*, vol. 47.4, 1997, pp. 481-517.

<sup>357</sup> Martha Albertson Fineman, Anna Grear, « Introduction: Vulnerability as heuristic - An invitation to future exploration », in *Vulnerability*, Routledge, 2016, pp. 13-24.

<sup>358</sup> Martha Albertson Fineman, « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human condition », *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20(1), 2008, pp. 1-23.

<sup>359</sup> Martha Albertson Fineman, « The Vulnerable Subject and the responsive State », *The Emory Law Journal*, vol. 60, 2010, pp. 251-75 (notre traduction).

<sup>360</sup> Theodor W. Adorno, *Negative Dialectics*, Routledge, 2004, p. 17.

<sup>361</sup> Axel Honneth, « Moral consciousness and Class Domination », in *The Fragmented World of the Social*, University of New York Press, 1995, p. 205.

## B. Vulnérabilité et migration

Certaines juridictions internationales ont commencé à se saisir de cet outil iconoclaste pour faire évoluer leur conception des droits des migrants. Tel a été notamment le cas du Comité des droits de l'homme de l'ONU, surtout à compter de ses constatations dans l'affaire *Warda Osmin Jasin c. Danemark*, adoptées le 22 juillet 2015<sup>362</sup>. La requérante, mère célibataire de trois enfants en bas âge en état de santé précaire, se trouve dans un état physique lui rendant impossible le transfert de Dublin vers l'Italie. Elle conteste donc la décision d'expulsion, en sachant que dans ce pays elle avait dû vivre à la rue et elle s'était vu refuser l'accès aux soins médicaux dont elle avait besoin. En prenant en considération sa vulnérabilité particulière, le Comité constate une violation du Pacte puisque, sans garanties spécifiques d'assistance sociale, l'Italie ne pouvait pas être considérée comme un « pays sûr » où renvoyer la requérante et ses enfants.

Ce type d'affaire devient très récurrente devant le Comité. Dans son opinion concordante dans l'affaire *Araya c. Danemark* de 2018<sup>363</sup>, Olivier de Frouville rappelle que les affaires danoises ont explosé depuis *Jasin* et que le Comité a défini quatre éléments d'appréciation des limites au transfert Dublin : (1) la situation dans le pays de renvoi s'agissant de l'accueil et de la prise en charge ; (2) l'expérience passée des personnes concernées dans le pays de renvoi ; (3) leur vulnérabilité au moment de l'examen de la demande par le Comité ; (4) la question de savoir si l'État partie a ou non cherché à obtenir de la part de l'État de renvoi des assurances de prise en charge dans des conditions compatibles avec leur situation.

La vulnérabilité devient donc un élément essentiel d'analyse. Dans *Y.A.A. et F.H.M. c. Danemark* de 2017, le Comité rappelle que « pour apprécier s'il est ou non probable que les personnes expulsées subissent des conditions de vie équivalant à un traitement cruel, inhumain ou dégradant contraire à l'article 7 du Pacte, [les États] doivent s'appuyer non seulement sur une évaluation de la situation générale dans le pays d'accueil, mais aussi sur la situation personnelle des intéressés. Cela inclut des facteurs d'accroissement de la vulnérabilité propres à ces personnes, qui peuvent transformer une situation générale tolérable pour la plupart des personnes expulsées en une situation intolérable pour certaines d'entre elles. Cela devrait inclure également, dans les affaires relevant du Règlement Dublin II, des informations relatives à l'expérience qu'ont déjà vécue les personnes expulsées dans le premier pays d'asile »<sup>364</sup>.

Cette logique de vulnérabilité commence à s'introduire davantage également dans le discours des deux juges supranationaux européens. Dans *Jawo*, la CJUE rappelle le raisonnement à suivre pour prendre en compte la vulnérabilité du DPI<sup>365</sup>. Le point de départ est la présomption de respect des droits fondamentaux découlant de la confiance

<sup>362</sup> Comité des droits de l'homme, *Warda Osmin Jasin c. Danemark*, n. 2350/2014, 22 juillet 2015.

<sup>363</sup> Comité des droits de l'homme, *Bayush Alemseged Araya c. Danemark*, n. 2757/2015, 13 juillet 2018.

<sup>364</sup> Comité des droits de l'homme, *Y.A.A. et F.H.M. c. Danemark*, Constatations au titre de l'article 5 (par. 4) du Protocole facultatif, concernant la communication n° 2681/2015, 10 mars 2017, §7.7.

<sup>365</sup> CJUE, 19 mars 2019, *Abubacarr Jawo c. Bundesrepublik Deutschland*, C-163/17.

mutuelle, présomption qui est depuis *NS* devenue réfragable en cas de défaillances systémiques<sup>366</sup>. Toutefois, le standard à atteindre est très élevé : « pour relever de l'article 4 de la Charte, qui correspond à l'article 3 de la CEDH, et dont le sens et la portée sont donc, en vertu de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, les mêmes que ceux que leur confère ladite convention, les défaillances mentionnées au point précédent du présent arrêt doivent atteindre un seuil particulièrement élevé de gravité, qui dépend de l'ensemble des données de la cause (Cour EDH, 21 janvier 2011, *M.S. S. c. Belgique et Grèce*, CE:ECHR:2011:0121JUD003069609, § 254) »<sup>367</sup>. La vulnérabilité est presque dissoute dans cette exigence de seuil : « il ne saurait être entièrement exclu qu'un demandeur de protection internationale puisse démontrer l'existence de circonstances exceptionnelles qui lui sont propres et qui impliqueraient que, en cas de transfert vers l'État membre normalement responsable du traitement de sa demande de protection internationale, il se trouverait, en raison de sa vulnérabilité particulière, indépendamment de sa volonté et de ses choix personnels, dans une situation de dénuement matériel extrême répondant aux critères mentionnés aux points 91 à 93 du présent arrêt après s'être vu octroyer le bénéfice d'une protection internationale »<sup>368</sup>. L'affaire *CK* et les décisions similaires essaieront donc d'introduire de la souplesse dans ce raisonnement, mais la place de la vulnérabilité dans le droit européen de la migration demande encore à être précisée.

### C. La vulnérabilité paralysée ?

Les relations entre CourEDH et vulnérabilité sont complexes<sup>369</sup>. On sait que la Cour a progressivement restreint sa conception de la vulnérabilité des migrants demandeurs de protection internationale. Si dans *MSS* c'était la catégorie dans son ensemble qui semble être à considérer comme vulnérable<sup>370</sup>, à partir de *Khlaifia* progressivement la Cour semble revenir sur cette idée et indiquer qu'il existe davantage des catégories plus ou moins vulnérables au sein de celle générale de migrants<sup>371</sup>. Le discours de la Cour dans la jurisprudence de 2021 semble continuer à limiter la vulnérabilité générale du réfugié. Dans l'affaire *D. c. Bulgarie*, la Cour parle de vulnérabilité des demandeurs d'asile de manière assez large en se référant à la « la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouvent souvent les demandeurs d'asile »<sup>372</sup>.

---

<sup>366</sup> CJUE, *Jawo*, §82-83.

<sup>367</sup> *Ibid*, §91.

<sup>368</sup> *Ibid*, §95.

<sup>369</sup> Samantha Besson, « La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme : l'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Laurence Burgorgue-Larsen, *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, pp. 60-85.

<sup>370</sup> CourEDH, GC, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n°30696/09, §232 : « la Cour doit en effet prendre en considération la vulnérabilité spécifique du requérant, inhérente à sa qualité de demandeur d'asile, du fait de son parcours migratoire et des expériences traumatiques qu'il peut avoir vécues en amont ».

<sup>371</sup> CourEDH, GC, 15 décembre 2016, *Khlaifia et autres c. Italie*, n°16483/12, §194 : « les requérants étaient affaiblis physiquement et psychologiquement car ils venaient d'effectuer une dangereuse traversée de la Méditerranée. Il n'en demeure pas moins que les intéressés, qui n'étaient pas demandeurs d'asile, n'avaient pas la vulnérabilité spécifique inhérente à cette qualité et qu'ils n'ont pas allégué avoir vécu des expériences traumatisantes dans leur pays d'origine (voir, *a contrario*, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, précité, § 232). De plus, ils n'appartenaient ni à la catégorie des personnes âgées ni à celle des mineurs ».

<sup>372</sup> CourEDH, 20 juillet 2021, *D. c. Bulgarie*, n°29447/17, §112-3 (nous soulignons).

Quand on regarde la décision *Savran* dans son ensemble, on peut avoir à première vue le sentiment d'une mobilisation intense du concept de vulnérabilité. En revanche, si l'on s'intéresse aux récurrences de l'idée qui reviennent à une prise de position de la Cour elle-même, on constate que le concept n'est employé qu'une fois. La Cour rappelle, dans le contexte de son analyse de la violation de l'article 8, que « du fait de son état de santé mentale, le requérant était plus vulnérable qu'un 'immigré établi' ordinaire visé par une mesure d'expulsion »<sup>373</sup>. Ce sont le requérant<sup>374</sup> et les opinions dissidentes qui mobilisent abondamment le concept. On peut être particulièrement sensibles aux arguments de la juge Jelić pour avoir une compréhension accrue de l'impact de la vulnérabilité dans le cas d'un étranger établi et atteint d'une maladie mentale grave : le concept large de vie familiale à retenir pouvait être plus large, au vu du lien fort avec sa mère, de l'absence de liens avec la Turquie (dont il ne parlait pas la langue et faisant partie de la minorité kurde).

Cette tendance à une mobilisation limitée du concept se retrouve dans la jurisprudence de la Cour en matière de migration, y compris dans les cas où la vulnérabilité est au cœur de l'affaire voire de la condamnation. L'affaire *M.D. et A.D. c. France*<sup>375</sup> concerne la rétention d'une mère malienne et de son enfant de 4 mois : victime de mutilation génitale et de mariage forcé, la femme arrive enceinte en France en transitant par l'Italie et sa rétention administrative est l'énième résultat du fonctionnement du règlement Dublin III. Répondant négativement à une question de la police qui lui demande si elle embarquerait dans un avion pour retourner en Italie, les autorités transforment son assignation à domicile en une rétention de la femme et de son enfant (pour risque de fuite) qui va durer 11 jours.

La Cour constate trois violations de la Convention. D'une part, la rétention de l'enfant est contraire à l'article 3 : « Compte tenu du très jeune âge de la seconde requérante, des conditions d'accueil dans le centre de rétention n°2 du Mesnil-Amelot et de la durée du placement en rétention » et « eu égard aux liens inséparables qui unissent une mère et son bébé de quatre mois, aux interactions qui résultent de l'allaitement ainsi qu'aux émotions qu'ils partagent »<sup>376</sup>. D'autre part, la Cour constate qu'il existait des solutions alternatives à la rétention en l'espèce et constate donc une violation de l'article 5(1). Enfin, la Cour constate une violation de l'article 5 en raison de l'absence de prise en compte suffisante de la situation de l'enfant par les autorités judiciaires : « ni le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Meaux ni le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Paris n'ont suffisamment tenu compte de la présence de la seconde requérante et de son statut d'enfant mineur, avant d'apprécier la légalité du placement initial et d'ordonner la prolongation de la rétention administrative pour une durée de vingt-huit jours dans le cadre du contrôle juridictionnel qu'il leur incombait d'exercer »<sup>377</sup>.

---

<sup>373</sup> GC, *Savran*, préc., §191.

<sup>374</sup> *Ibid.*, §151 et 176.

<sup>375</sup> CourEDH, 22 juillet 2021, *M.D. et A.D. c. France*, n°57035/18.

<sup>376</sup> *Ibid.*, §71.

<sup>377</sup> *M.D. et A.D. c. France*, §102.

La solution fait l'objet de critiques diamétralement opposées : d'une part la doctrine conteste<sup>378</sup> que la Cour n'accède pas à la prohibition de principe, préconisée par la pratique des Nations Unies qu'elle cite pourtant<sup>379</sup> ; d'autre part, l'opinion dissidente de la juge Mourou-Vikström considérait que l'application des critères devait mener la Cour à refuser le constat de violation et s'inquiète de ce que deviendra le système Dublin si la Cour continue dans cette direction. Contrairement à l'opinion dissidente, il faut peut-être considérer que la Cour permet de manière tout à fait salubre de remettre en cause le fonctionnement problématique du système Dublin, en portant une attention croissante aux situations de vulnérabilité. Mais la Cour ne parle de vulnérabilité que de manière rapide : « Le placement d'enfants mineurs en rétention administrative soulève des questions spécifiques dans la mesure où, qu'ils soient ou non accompagnés, ils sont particulièrement vulnérables et appellent une prise en charge spécifique compte tenu de leur âge et de leur absence d'autonomie »<sup>380</sup>. Toutefois, on voit bien que cette idée de vulnérabilité permet à la Cour de Strasbourg de jeter un regard critique sur le fonctionnement de la rétention administrative dans le cadre de Dublin, en prolongeant la réflexion en ce sens du Comité des droits de l'homme.

On peut donc déceler le début d'une mobilisation de l'idée de vulnérabilité pour donner une lecture critique des politiques européennes de contrôle des flux migratoires. Toutefois, cette mobilisation de la vulnérabilité reste balbutiante et demande à être précisée, comme le démontrent l'affaire Savran et certaines opinions dissidentes dans ce cadre.

\*

L'affaire Savran fait converger toute une série de débats portant sur l'évolution de la jurisprudence en matière de migration. La Grande Chambre revient sur l'analyse souplée que la section avait fait du rôle de l'article 3 en cas de maladie psychique du migrant, en rappelant une logique de seuil qui réduit le champ d'application de l'article dans ce type d'affaires. Elle va également se prononcer sur les droits d'un « immigré établi », question fortement débattue dans les philosophies de la migration. Le constat de violation reste toutefois ancré dans une certaine procéduralisation du contrôle, qui montre ici ses angles morts, et ne fait pas une place fondamentale aux théories de la vulnérabilité. Les effets philosophiques du Strasbourg reversal continuent d'avoir un impact paupérisant sur la protection que la Cour accorde en matière migratoire.

---

<sup>378</sup> Germain Haumont, « M.D. and A.D. v. France: Milestone towards a principled prohibition on the immigration detention of children? », *Strasbourg Observers*, 11 février 2022, <https://strasbourgobservers.com/2022/02/11/m-d-and-a-d-v-france-milestone-towards-a-principled-prohibition-on-the-immigration-detention-of-children/>.

<sup>379</sup> *M.D. et A.D. c. France*, §46 : « le Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme préconise l'adoption du principe tenant à ne jamais priver des enfants de liberté en raison de leur statut migratoire ou de celui de leurs parents ».

<sup>380</sup> *Ibid*, §63.

## DOCTRINE | EDITOR'S CHOICE

- F. Benoît-Rohmer, Les droits de l'homme et le sport professionnel en Europe 330
- V. Lopandić, De Karl Marx à Costas Douzinas : à propos de la nature paradoxale des droits de l'homme 356
- A. Tsampi, Article 18 ECHR as a new pillar of judicial independence and separation of powers 369
- 

## DIALOGUE ENTRE LES JUGES ET LA DOCTRINE SUR L'ARRÊT *ÁSTRADSSON C. ISLANDE* [GC]

- Pere Pastor Villanova, L'arrêt *Ástráðsson c. Islande* [GC] ou le triomphe de l'indépendance de la justice 382
- P. Ducoulombier, L'indépendance de la justice et la Convention européenne des droits de l'Homme 387
- Retranscription d'un échange oral entre M. le Juge Pere Pastor Villanova et Mme la Professeure Peggy Ducoulombier autour de l'arrêt Cour EDH, *Ástráðsson c. Islande* [GC] du 1<sup>er</sup> décembre 2020, req. n°26374/18 399

## FOCUS

- Edoardo Stoppioni, La persistance du *Strasbourg reversal* : l'affaire *Savran* à l'épreuve des philosophies des migrations 403