



EUROPE DES DROITS & LIBERTÉS

EUROPE OF RIGHTS & LIBERTIES

EDITOR'S CHOICE

B. Lubarda, Recent migration case-law of the European Court of Human Rights with focus on socio-economic deprivation

DOCTRINE

A. Antoine, Libres propos sur l'évolution contemporaine de l'état des droits et libertés au Royaume-Uni

Y. Lécuyer, L'hypersexualisation de la poitrine des femmes

M. Kordeva, La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne et les « ennemis » de la démocratie ou l'interdiction des partis politiques dans le système constitutionnel allemand

FOCUS

Langue et droit d'asile dans l'Union Européenne : quand l'Union dans la diversité se dérobe face aux diversités

Souffrir deux fois ou quand la procédure devient une épreuve : la notion de victimisation secondaire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Le statut de citoyen européen a-t-il une valeur pour l'enfant vivant en dehors du territoire de l'Union ?

N° 8

SEPTEMBRE 2023 | SEPTEMBER 2023

NOTPE ÉQUIPE | OUR TEAM

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

Linós-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 Haguenau-Moizard (Université de Strasbourg), Andréa Hamann (Université de Strasbourg), Dominique Ritleng (Université de Strasbourg), Julie Rondu (Université de Strasbourg), Aikaterini Tsampi (University of Groningen).

Directeur de la publication | Editor in chief

Christos Giannopoulos (Université de Strasbourg)

Assistance éditoriale | Editorial assistant

Anna Diaz

EUROPE DES DROITS & LIBERTES
EUROPE OF RIGHTS & LIBERTIES

SEPTEMBRE 2023

N° 8

Sommaire | Table of Contents

EDITOR'S CHOICE

- Branko Lubarda, Recent migration case-law of the European Court of Human Rights with focus on socio-economic deprivation 429

DOCTRINE

- Aurélien Antoine, Libres propos sur l'évolution contemporaine de l'état des droits et libertés au Royaume-Uni 456
- Yannick Lécuyer, L'hypersexualisation de la poitrine des femmes 472
- Maria Kordeva, La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne et les « ennemis » de la démocratie ou l'interdiction des partis politiques dans le système constitutionnel allemand 490

FOCUS

- Pierrick Bruyas, Langue et droit d'asile dans l'Union Européenne : quand l'Union dans la diversité se dérobe face aux diversités 517
- Anna Glazewski, Souffrir deux fois ou quand la procédure devient une épreuve : la notion de victimisation secondaire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 530
- Julie Rondu, Le statut de citoyen européenne a-t-il une valeur pour l'enfant vivant en dehors du territoire de l'Union ? 551

Recent Migration Case-law of the European Court of Human Rights with Focus on Socio-economic Deprivation¹

Branko Lubarda*

1. GENERAL INTRODUCTION TO THE CASE-LAW IN MIGRATION-RELATED CASES

The Strasbourg Court's case-law in immigration-related cases covers a number of Convention Articles that could come into play. Few provisions of the Convention and its Protocols explicitly concern "aliens" (Article 16 of the Convention: Restrictions on political activity of aliens; Article 4 of Protocol N°4: Prohibition of collective expulsion of aliens; Article 1 of Protocol N°7: Procedural safeguards relating to expulsion of aliens); and they do not contain a right to asylum.² As a general rule, States have a right to control the entry, residence and expulsion of non-nationals. In a landmark judgment in the case of *Soering v. the United Kingdom*, 1989,³ the Court ruled for the first time that an alien's extradition could engage the responsibility of the requested State under Article 3 of the Convention. Since then, the Court has consistently held that the expulsion⁴ or removal of aliens by a Contracting State may also give rise to an issue under both Articles 2 (right to life) and 3 (prohibition of torture, inhuman and degrading treatment) and hence engage the responsibility of the State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if deported, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to those Articles in the destination country.

¹ This paper is an extended version of the author's oral presentation: "Return to socio-economic deprivation in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights" at the 13th World Conference of the International Association of Refugee and Migration Judges, held in the Hague, The Netherlands, 8-12 May 2023. All opinions reflect the personal views of the author. I am grateful to James Brannan for editing the original text.

* Professor Dr Branko Lubarda, Judge of the European Court of Human Rights

² In contrast, the American Convention on Human Rights guarantees a right to asylum: "Every person has the right to seek and be granted asylum in a foreign territory, in accordance with the legislation of the state and international conventions, in the event he is being pursued for political offences or related common crimes" (Article 22,7). Also, the African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul" charter) guarantees a right to asylum: "Every individual shall have the right, when persecuted, to seek and obtain asylum in other countries, in accordance with the law of those countries and international conventions" (Article 12,3).

³ *Soering v. the United Kingdom*, Application N°14038/88, 7 July 1989.

⁴ Already in the case of *Cruz Varas and Others v. Sweden*, Application N°15576/8, 20 March 1991, the Court stated: "Although the present case concerns expulsion as opposed to a decision to extradite, the Court considers that the above principle also applies to expulsion decisions and a fortiori to cases of actual expulsion" (§ 70). In that case the Court found no violation of Article 3: "the first applicant was considered to be suffering from a post-traumatic stress disorder prior to his expulsion and his mental health appeared to deteriorate following his return to Chile. However, it results from the finding in paragraph 82 that no substantial basis has been shown for his fears. Accordingly, the Court does not consider that the first applicant's expulsion exceeded the threshold set by Article 3."

The Strasbourg Court has also adjudicated cases concerning the question whether the removal of a migrant from the territory of a Contracting State (or refusal of entry), is compatible with the migrant's right to respect for his or her private and/or family life as guaranteed by Article 8 of the Convention.⁵ It should also be kept in mind that determining an application for a residence permit based on an applicant's HIV-positive status has been found to be in breach of Article 14 taken in conjunction with Article 8.⁶

The emphasis on human dignity could be an effective tool to enhance the quality of judicial cooperation, judicial dialogue, fostering more consistent interpretation and protection of human rights and their further development, in the field of asylum and migration law as in other areas. The protection of human dignity in law demonstrates that it has been effectively used both to enhance human rights protection in a concrete way, and to provide valuable parameters for ongoing advancement of human rights and democracy.⁷

Consideration of human dignity (as the universal value) is also a method of interpretation of the European Convention on Human Rights and its Protocols. Thus, in the case of *H.M. and Others v. Hungary*, 2022,⁸ regarding confinement of an Iraqi asylum-seeker's family in the Tompa transit zone, the Court found a violation of Article 3 (substantive limb) on account of the living conditions for over four months of a vulnerable pregnant woman and her children, which attained the threshold of severity required to engage Article 3. As regards the first applicant (husband and father), the Court found that handcuffing him and attaching him to a leash (not being imposed in connection with lawful arrest or detention, and in the absence of any security risk warranting the measure) when accompanying his pregnant wife to hospital, was unjustified and diminished his human dignity.⁹

The Court reached a conclusion on the basis of human dignity in the case of *M.S.S. v. Belgium and Greece*, 2011, [Grand Chamber], concerning a transfer under the Dublin Regulation :

“The Court considers that the applicant has been the victim of humiliating treatment showing a lack of respect for his dignity and that this situation

⁵ See *Khachatryan and Konovalova v. Russia*, Application N°28895/14, 13 July 2021. The refusal to renew a long-term migrant's residence permit on formal procedural grounds, for failing to submit a medical certificate confirming the absence of HIV and other infectious diseases, may also breach Article 8. *Inter alia*, the Court noted that the domestic courts had failed to evaluate why the necessity of producing the missing medical certificate was so critical and decisive for the approval by the FMS of the first applicant's request for the extension of the residence permit, given his lawful residence in Russia since 2001 and his previously successful applications for the residence permit.

⁶ See *Kiyutin v. Russia*, Application N°2700/10, 10 March 2011, and *Novruk and Others v. Russia*, Applications N°31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13 and 13817/14, 15 June 2016.

⁷ For further reading: Aharon Barak, *Human Dignity, The Constitutional Value and the Constitutional Rights*, (2015), in particular, Human Dignity in American, Canadian, German, South African and Israeli constitutional law; Jacob Weinrib, *Dimensions of Dignity, The Theory and Practice of Modern Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2016; Catherine Dupré, *The Age of Dignity, Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Oxford and Portland, 2015.

⁸ *H.M. and Others v. Hungary*, Application N°38967/17, 2 October 2022.

⁹ *Ibid*, §27.

has, without doubt, aroused in him feelings of fear, anguish or inferiority capable of inducing desperation. It considers that such living conditions, combined with the prolonged uncertainty in which he has remained and the total lack of any prospects of his situation improving, have attained the level of severity required to fall within the scope of Article 3 of the Convention”.¹⁰

A similar conclusion to that of *M.S.S. v. Belgium and Greece*, was reached by the Court in the case of *N.H. and Others v. France*, 2020,¹¹ concerning asylum seekers who, due to administrative delays preventing them from receiving the support provided for by law pending their asylum application, were forced to live rough in the street for several months, without access to sanitary facilities, having no means of subsistence and constantly in fear of being attacked or robbed. The Court found that the authorities had failed to fulfil their duties towards the applicants under domestic law and had not provided an appropriate response upon being alerted to the applicants’ precarious situation. Accordingly, the applicants had been victims of degrading treatment, with the authorities showing disrespect for their dignity, that had exceeded the threshold of severity for the purposes of Article 3 of the Convention (§§ 165-186). On the other hand, the Court held that the Article 3 threshold was not reached in respect of one applicant who had also lived in a tent for months but who had received documents certifying his asylum-seeker status and financial assistance within a comparatively shorter period of time (§ 187).

Human dignity thus forms part of a dynamic triangle of *rights*, together with *equality* and *liberty*.¹² Human dignity (as an interpretative concept) calls for self-respect and authenticity as R. Dworkin has written.

2. ACCESS TO TERRITORY AND PROCEDURE

Access to territory for non-nationals is not expressly regulated in the Convention, nor does it say who should receive a visa.

a) Application for a visa to enter a country in order to seek asylum

In the case of *M.N. and Others v. Belgium*, 2020,¹³ the Court found that the respondent State was not exercising jurisdiction extraterritorially over the applicants, a Syrian couple and their two children, by processing their visa applications in the Belgian embassy in Lebanon and that a jurisdictional link had not been created through the applicants’ appeals.

¹⁰ *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application N°30696/09, 21 January 2011 [Grand Chamber], §263.

¹¹ *N.H. and Others v. France*, Application N°28820/13, 2 July 2020.

¹² Susanne Baer, ‘Dignity, Liberty, Equity: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism’ (2009) 59 *University of Toronto Law Journal* 417; according to: Catherine Dupré, *op. cit.*, p. 197.

¹³ *M.N. and Others v. Belgium*, Application N°3599/18, 5 May 2020.

b) Access for purposes of family reunification

The substantive elements which are, in general, to be taken into consideration for determining whether a State is under a positive obligation under Article 8 of the Convention to grant family reunification, have been summarised in *M.A. v. Denmark*, 2021¹⁴: (1) status in the host country of the alien requesting family reunion; (2) whether the alien concerned had a settled or precarious immigration status in the host country when the family life was created; (3) whether there were insurmountable or major obstacles in the way of the family living in the country of origin of the person requesting reunification; (4) whether children were involved; (5) whether the person requesting reunion could demonstrate that he/she had sufficient independent and lasting income, other than welfare benefits, to provide for the basic cost of subsistence of his or her family members.

As regards the procedural requirements for the processing of family reunification requests of refugees (and equally beneficiaries of subsidiary protection), the decision-making process has to sufficiently safeguard the flexibility, speed and efficiency required to comply with the applicant's right to respect for family life.

While States enjoy a wide margin of appreciation under Article 8 of the Convention in deciding whether to impose a waiting period for family reunification requested by a person who has not been granted refugee status but who enjoys subsidiary protection or temporary protection, beyond the duration of two years, the insurmountable obstacles to enjoying family life in the country of origin progressively assume more importance in the fair balance assessment, it being borne in mind that the actual separation period would inevitably be even longer than the waiting period. In *M.A. v. Denmark* the Court found a breach of Article 8 in respect of the statutory waiting period of three years to which the applicant (who had been granted "temporary protection status") had been subjected before he could apply for family reunification with his longstanding wife.

The judgment in *B.F. and Others v. Switzerland*, 2023¹⁵ is interesting as the Court has, for the first time, examined a case under Article 8 about a requirement of financial independence (requirement of non-reliance on social assistance) for the family reunification of (certain) 1951 Convention refugees. The Court found a violation of Article 8 in three applications, and no violation of that provision in the fourth. In two of the cases, the Court found that the gainfully employed applicants had done all that could reasonably be expected of them to earn a living and to cover their and their family members' expenses. In a third case, the Court was not satisfied that the Federal Administrative Court had sufficiently examined whether the applicant's health would enable her to work, at least to a certain extent, and had consequently considered whether the impugned requirement needed to be applied with flexibility in view of her health. By contrast, the Court found no violation as regards the fourth case, considering that the Federal Administrative Court had not overstepped its margin of appreciation when it

¹⁴ *M.A. v. Denmark*, Application N° 6697/18, 9 July 2021 [Grand Chamber].

¹⁵ *B.F. and Others v. Switzerland*, Application N° 13258/18 and others, 4 July 2023.

took account of the applicant's lack of initiative in improving her financial situation when balancing the competing interests.

c) Interception, rescue operations and summary returns (“push-backs”) at sea

Regarding the obligations of the High Contracting Parties under Article 3 of the Convention and under Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention (prohibition of collective expulsions of aliens) and under Article 13 in conjunction with Article 3 and article 4 of Protocol No. 4 to the Convention, the following two cases are of a particular relevance.

In the case of *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 2012¹⁶ (the applicants were eleven Somali nationals and thirteen Eritrean nationals) the Court found a violation of Article 3 of the Convention and of Article 4 of Protocol N°4. The violation of Article 3 was found on account of the return of migrants intercepted on the high seas to their country of departure and a violation of Article 13 for a lack of remedies available to those migrants.

The applicants were part of a group of about two hundred individuals who left Libya in 2009 aboard three vessels with the aim of reaching the Italian coast. On 6 May 2009, when the vessels were within the Maltese Search and Rescue Region of responsibility, they were intercepted by ships from the Italian Revenue Police and the Coastguard. The occupants of the intercepted vessels were transferred onto Italian military ships and returned to Tripoli. While conscious of the pressure put on States by the ever-increasing influx of migrants, a particularly complex situation in the maritime environment, the Court nevertheless pointed out that that situation did not absolve them from their obligation not to remove an individual at risk of being subjected to treatment in breach of Article 3 in the destination country. Noting the deteriorating situation in Libya after April 2010, the Court, for the purposes of examining the case, referred only to the situation prevailing in Libya at the material time. In that regard, it noted that the disturbing conclusions of numerous organisations regarding the treatment of clandestine immigrants were corroborated by the report of the CPT published in 2010. No distinction was made between irregular migrants and asylum-seekers, who were systematically arrested and detained in conditions which observers had described as inhuman and, in particular, cases of torture had been reported.

Regarding Article 4 of Protocol N°4 (as to admissibility), the Court was called upon for the first time to examine whether this provision applied to a case involving the removal of aliens to a third State carried out outside national territory. The notion of “expulsion” was principally territorial, as was the notion of “jurisdiction”. Where, however, the Court had found that a Contracting State had, exceptionally, exercised its jurisdiction outside its national territory (here by intercepting the migrants at sea), it could accept

¹⁶ *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Application N°27765/09, 29 March 2011.

that the exercise of extraterritorial jurisdiction by that State had taken the form of collective expulsion. Article 4 of Protocol N°4 was therefore applicable in the instant case. On the merits the Court concluded that the transfer of the applicants to Libya had been carried out without any examination of each applicant's individual situation. The applicants had not been subjected to any identification procedure by the Italian authorities, which had restricted themselves to embarking and disembarking them in Libya. The expulsion of the applicants had been of a collective nature, in breach of Article 4 of Protocol N°4.

In the case of *Safi and Others v. Greece*, 2022,¹⁷ the Court found a violation of the procedural limb of Article 2 on account of an ineffective investigation into a fatal accident – the applicants were on board a fishing boat transporting 27 migrants in the Aegean Sea, which capsized as the Greek coastguard tried to tow it. The Court also found a violation of the substantive limb of Article 2 on account of a loss of life among refugees after specific oversights and delays by national authorities in conducting and organising their rescue from the capsized boat. The authorities had not done all they could reasonably have been expected to do to afford all the applicants and their family members the level of protection required by Article 2.

In addition, in *Safi and Others* the Court found a violation of Article 3 (degrading treatment) as the refugees brought from the capsized boat to a Greek island were body-searched after being ordered by law enforcement personnel to disrobe together as a group in front of at least thirteen people. They had been in an exceedingly vulnerable position, having just survived a sinking at sea.

3. ENTRY INTO TERRITORY OF RESPONDENT STATE

Article 5 § 1 of the Convention provides that no one shall be deprived of his liberty save in the following cases (5 § 1 (a) – (f)) and in accordance with a procedure prescribed by law; *inter alia*, under Article 5 § 1 (f), “the lawful arrest or detention of a person to prevent him effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition”.

Also, under Article 2 of Protocol No. 4 to the Convention: “1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence. 2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.” Finally, under Article 4 of Protocol No. 4 to the Convention: “Collective expulsion of aliens is prohibited.”

a) Summary return at the border and/or shortly after entry into territory (“push-backs”)

Article 3 of the Convention alone and/or in conjunction with Article 13 of the Convention

¹⁷ *Safi and Others v. Greece*, Application N° 5418/15, 7 July 2022 [Grand Chamber].

In the case of *Ilias and Ahmed v. Hungary*, 2019¹⁸ the Court found no violation of Article 3 of the Convention in respect of the conditions of detention at the Roszke transit zone but found a violation of Article 3 in respect of the applicants' expulsion to Serbia, as well as a violation of Article 5 § 1 and 5 § 4 of the Convention.

The applicants, who had presented themselves at the border seeking to lodge an asylum application and/or communicating fear for their safety, were removed in a summary manner to the third country from which they had sought to enter the respondent State's territory, without an assessment by the authorities of the removing country of the merits of their asylum claim. Where applicants can arguably claim that there is no guarantee that their asylum applications would be seriously examined by the authorities in the neighbouring third country and that their return to the country of origin could violate Article 3 of the Convention, the respondent State is obliged to allow the applicants to remain within its jurisdiction until such time as their claims have been properly reviewed by a competent domestic authority and cannot deny access to its territory to persons presenting themselves at a border checkpoint who allege that they may be subjected to ill-treatment if they remain on the territory of the neighbouring state, unless adequate measures are taken to eliminate such a risk.¹⁹ Thus, the Court found both a violation of Article 3 and Article 4 of Protocol N°4 on account of the refusal of border guards to receive asylum applications and the summary removal to a third country, with a risk of *refoulement* to and ill-treatment in their country of origin.

In the case of *D. v. Bulgaria*, 2021,²⁰ concerning the return to Turkey of a Turkish journalist who had expressed his fear of ill-treatment in the context of the *coup d'état* to the border police, without prior assessment of the risks incurred by him, the Court concluded that the Bulgarian authorities, who had hastily returned the applicant to Turkey without instituting proceedings for international protection, had removed him without examining the Article 3 risks he faced and had rendered the available remedies ineffective in practice, in breach of Articles 3 and 13 of the Convention (§§ 129-137).

Article 4 of Protocol N°4

As regards summary returns and related scenarios, in the case of *N.D. and N.T. v. Spain*, 2020,²¹ the Court set out a two-tier test to determine compliance with Article 4 of Protocol N°4, where individuals cross a land border in an unauthorised manner and are expelled summarily:

1 - whether the State provided genuine and effective access to means of legal entry (in particular, border procedures; location of border crossing points; modalities for lodging applications there; availability of interpreters/legal assistants) to allow all persons who face persecution to submit an application for protection, based in particular on Article 3;

¹⁸ *Ilias and Ahmed v. Hungary*, Application N° 47287/15, 21 November 2019 [Grand Chamber].

¹⁹ See, also, *M.K. and Others v. Poland*, Applications N° 40503/17, 42902/17 and 43643/17, 23 July 2021, §§178-179.

²⁰ *D. v. Bulgaria*, Application N° 29447/17, 20 July 2021.

²¹ *N.D. and N.T. v. Spain*, Applications N° 8675/15 and 8697/15, 13 February 2020 [Grand Chamber].

2 - where the State provided such access, but an applicant did not make use of it, it has to be considered whether there were cogent reasons for not doing so, which were based on objective facts for which the State was responsible. The absence of such cogent reasons could lead to this being regarded as the consequence of the applicants' own conduct, justifying the lack of individual identification.

Applying that two-tier test, the Court found a violation of Article 4 of Protocol N°4 in the cases of *Shahzad v. Hungary*, 2021,²² and *M.H. and Others v. Croatia*, 2021²³ but no violation in the case of *A.A. and Others v. North Macedonia*, 2022.²⁴

In the case of *Shahzad v. Hungary*, 2021, concerning a migrant's summary return to a narrow strip of State territory on the external side of a border fence, the Court found a violation of Article 4 of Protocol N°4 on account of limited access to means of legal entry lacking a formal procedure and safeguards. In August 2016 a group of twelve Pakistani nationals, including the applicant, entered Hungary irregularly by cutting a hole in the border fence between Hungary and Serbia. They walked for several hours before resting in a cornfield where they were intercepted by Hungarian police officers and subjected to the "apprehension and escort" measure under section 5(1a) of the State Borders Act. They were transported in a van to the nearest border fence and then escorted by officers through the gate to the external side of the fence into Serbia. The applicant, who had been injured, went to a reception centre in Subotica, Serbia, and from there was taken to a nearby hospital.

As to the applicability, the Court found that the fact that the applicant had entered Hungary irregularly and had been apprehended within hours of crossing the border and possibly in its vicinity did not preclude the applicability of Article 4 of Protocol N°4. It found that the removal of the applicant to the external side of the border fence (even though the zone was still in Hungarian territory) amounted to expulsion within the meaning of Article 4 of Protocol N°4. In particular, the border fence had clearly been erected in order to secure the border between the two countries. The narrow strip of land with no apparent infrastructure on the external side of that fence only had a technical purpose linked to the management of the border and in order to enter Hungary, deported migrants had to go to one of the transit zones, which normally involved crossing Serbia. The CJEU in its judgment of 17 December 2020 on Hungary's compliance with Directives 2008/115/EC and 2013/32/EU had found that migrants removed pursuant to section 5(1a) of the State Borders Act had no choice but to leave Hungarian territory and further, in the instant case, it transpired that the group had been directed by the officers towards Serbia. Relying merely on the formal status of the strip of land on the external side of the border fence as part of Hungarian territory and disregarding the practical realities referred to above would lead to Article 4 of Protocol N°4 being devoid of practical effectiveness in such cases and would allow States to circumvent the obligations imposed on them by virtue of that provision. Problems with

²² *Shahzad v. Hungary*, Application N° 12625/17, 8 July 2021.

²³ *M.H. and Others v. Croatia*, Applications N° 15670/18 and 43115/18, 18 November 2018.

²⁴ *A.A. and Others v. North Macedonia*, Applications N° 55798/16, 55808/16, 55817/16 et al., 5 April 2022.

managing migratory flows could not justify an area outside the law where individuals were covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention.

On the merits, since the applicant had been removed without having been subjected to any identification procedure or examination of his situation by the Hungarian authorities, the Court had to ascertain whether the lack of an individual removal decision could be justified by his own conduct:

– First, although the applicant, along with the other migrants, had crossed the Hungarian border in an unauthorised manner they had followed the officers' orders and the situation had been entirely under the officers' control. Consequently, apart from the unauthorised manner of entry, the case could not be compared to the situation in *N.D. and N.T. v. Spain*.

– Second, and as to whether the applicant, by crossing the border irregularly, had circumvented an effective procedure for legal entry, each of the two available transit zones admitted a significantly low number of applicants for international protection per day and those wishing to enter the transit zone had to first register their name on the waiting list with a potential wait of several months in Serbia before being allowed entry. Although the applicant submitted that he had asked the person managing the waiting list to add his name, he had never in fact been registered. In view of the informal nature of this procedure, the applicant could not be criticised for not having his name added to the waiting list.

Thus, having regard to the limited access to the transit zones and lack of any formal procedure accompanied by appropriate safeguards governing the admission of individual migrants in such circumstances, the respondent State had failed to secure the applicant an effective means of legal entry. Consequently, in view of the fact that the authorities had removed the applicant without identifying him or examining his situation and having regard to the lack of effective access to a means of legal entry, his removal had been of a collective nature.

M.H. and Others v. Croatia, 2021

In the case of *M.H. and Others v. Croatia*, 2021, the applicants were an Afghan family of fourteen. They left their home country in 2016, travelling, *inter alia*, through Serbia before coming to Croatia. Among other things, they alleged that on 21 November 2017, the first applicant and her six children entered Croatia from Serbia but were taken back to the border by police officers and ordered to go back to Serbia by following the train tracks. One of the children, M.A.D.H., was hit by a passing train and killed.

The Court firstly found a violation of Article 2 § 1 on account of an ineffective investigation into the child's death after the alleged denial of opportunity to seek asylum and order to return to Serbia following train tracks. A violation of Article 3 (degrading treatment) was also found because the child applicants had been kept in an immigration

detention centre with prison-type elements for more than two months, but the conditions were not ill-suited to the adult applicants. A violation of Article 5 § 1 was also found on account of the failure to demonstrate the requisite assessment, vigilance and expedition in proceedings in order to limit the detention of an asylum seeker's family as far as possible.

Finally, the Court found a violation of Article 4 of Protocol N°4 on account of the summary return of the parent and six children by Croatian police outside the official border crossing and without prior notification of the Serbian authorities. Having regard to the particular circumstances of the present case, there had been *prima facie* evidence in favour of the applicants' version of events, and it had been for the authorities to prove that the applicants had not entered Croatia and had not been summarily returned to Serbia prior to the train hitting MAD.H. However, the Government had not submitted a single argument capable of refuting that *prima facie* evidence. The Court thus considered it to be truthful that on 21 November 2017 the Croatian police officers had returned the first applicant and her six children to Serbia without considering their individual situation. The fact that the first applicant and her six children had entered Croatia irregularly and had been apprehended within hours of crossing the border and possibly in its vicinity did not preclude the applicability of Article 4 of Protocol N°4. They had been subjected to "expulsion" within the meaning of this provision. The Government had been unable to establish whether at the material time the respondent State had provided any genuine and effective access to procedures for legal entry into Croatia.

A.A. and Others v. North Macedonia, 2022

The Court found no violation of Article 4 of Protocol N°4 irrespective of the lack of individual removal decisions for migrants – Afghan, Iraqi and Syrian nationals – arriving in large groups and circumventing genuine and effective legal entry procedures without cogent reasons. In spite of some shortcomings in the asylum procedure and reported "pushbacks", the Court was not convinced that the State had failed to provide genuine and effective access to procedures for legal entry into North Macedonia, in particular by putting in place international protection at the border crossing points, especially with a view to claims for protection under Article 3, or that the applicants had had cogent reasons, based on objective facts for which the respondent State had been responsible, not to make use of those procedures. It had in fact been the applicants who had placed themselves in jeopardy by participating in the illegal entry into Macedonian territory, taking advantage of the group's large numbers. The lack of individual removal decisions had been a consequence of their own conduct.

The Court also held that there had been no violation of Article 13 taken in conjunction with Article 4 of Protocol N°4 concerning the availability of an effective remedy with suspensive effect by which to challenge the summary deportation. Macedonian law had provided a possibility of appeal against removal orders. However, by deliberately attempting to enter the territory as part of a large group and at an unauthorised location,

the applicants had placed themselves in an unlawful situation and had thus chosen not to use the legal procedures which had existed.

b) Access to procedure and reception conditions – Reception conditions, age-assessment procedure and freedom of movement

Article 3 of the Convention cannot be interpreted as imposing on the High Contracting Parties any general obligation to give refugees financial assistance to enable them to maintain a certain standard of living.²⁵ However, asylum seekers are members of a particularly vulnerable population group in need of special protection and there exists a broad consensus at the international and European level concerning this need for special protection, as evidenced by the Geneva Convention, the remit and the activities of the UNHCR and the standards set out in the Reception Directive.²⁶ It may thus raise an issue under Article 3 if asylum seekers are not provided with accommodation and thus forced to live on streets for months, with no resources or access to sanitary facilities, without any means of providing for their essential needs, in fear of assault from third parties and of expulsion.

4. SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL ASPECTS OF CASES CONCERNING EXPULSION, EXTRADITION AND RELATED SCENARIOS

The right to political asylum is not contained in either the European Convention on Human Rights or its Protocols and therefore the Court does not itself examine the actual asylum application or verify how the States honour their obligations under the 1951 Geneva Convention and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugee or under European Union law (EU Charter of Fundamental Rights, Article 18 – Right to asylum).²⁷ In *Sufi and Elmi* the Court found, *inter alia*, that the first applicant would be at real risk of ill-treatment if he were to remain in Mogadishu. Consequently, it was likely that he would find himself in an IDP or refugee camp where conditions were sufficiently dire to reach the Article 3 threshold and the first applicant would be particularly vulnerable on account of his psychiatric illness; in 2008 he had been diagnosed as suffering from post-traumatic stress disorder.

The expulsion of an alien by a Contracting State may give rise to an issue under Articles 2 and 3, and hence engage the responsibility of the State under the Convention, where substantive grounds have been shown for believing that the person in question, if deported, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Articles 2 and 3 in the destination country. In these circumstances, Articles 2 and 3 imply an obligation not to deport the person in question to that country.²⁸ In the case of *F.G. v. Sweden* the Court found, under Article 37 of the Convention, that there were special circumstances, namely procedural issues justifying continued examination of the

²⁵ *Tarakhel v. Switzerland*, Application N° 29217/12, 4 November 2014 [Grand Chamber], § 95.

²⁶ *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application N° 30696/09, 21 January 2011 [Grand Chamber], § 251.

²⁷ See *F.G. v. Sweden*, Application N° 43611/11, 23 March 2016, [Grand Chamber], § 117; *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, Applications N° 8319/07 and 11449/07, 28 June 2011, §§ 212 and 226.

²⁸ *Ibid.*, §§ 110-111.

complaint, even though the deportation order itself had expired. Moreover, under Articles 2 and 3 of the Convention, any future deportation would constitute a violation of both Articles if the applicant were to be returned to Iran without an *ex nunc* assessment by the Swedish authorities of the consequences of his conversion to Christianity.

While the majority of removal cases examined by the Court under Articles 2 or 3 concern a return to the country from which the applicant has fled, such complaints may also arise in connection with the applicant's removal to a third country. In *Ilias and Ahmed v. Hungary*, 2019, [Grand Chamber], the Court observed that where a Contracting State sought to remove an asylum seeker to a third country without examining the asylum request on the merits, the State's duty not to expose the individual to a real risk of treatment contrary to Article 3 was discharged in a manner different from that in cases of return to the country of origin. In the former situation, the main issue would be the adequacy of the asylum procedure in the receiving third country. While a State removing asylum seekers to a third country might legitimately choose not to deal with the merits of the asylum requests, it could not therefore be known whether those persons risked treatment contrary to Article 3 in their country of origin or were simply economic migrants not in need of protection. It was the duty of the removing State to examine thoroughly whether or not there would be a real risk of the asylum seeker being denied access, in the receiving third country, to an adequate asylum procedure, protecting him or her against *refoulement*, namely, against being removed, directly or indirectly, to his or her country of origin without a proper evaluation of the risks he or she would face from the standpoint of Article 3. In conclusion, the Court found a violation of Article 3, on account of the respondent State's failure to assess the risk of a denial of access to asylum proceedings in the presumed safe third country and the possibility of *refoulement*.

If it is established that the existing guarantees in this regard are insufficient, Article 3 gives rise to a duty not to remove the asylum seekers to the third country concerned. To determine whether the removing State has fulfilled its procedural obligation to assess the asylum procedures of a receiving third State, it has to be examined whether the authorities of the removing State had taken into account the available general information about the receiving third country and its asylum system in an adequate manner and of their own initiative; and whether an applicant had been given a sufficient opportunity to demonstrate that the receiving State was not a safe third country in the particular case. In applying this test, the Court indicated that any presumption that a particular country was "safe", if it had been relied upon in decisions concerning an individual asylum seeker, must be sufficiently supported at the outset by the above analysis. Importantly, in cases concerning the removal to a third country based on the "safe third country" concept, where the authorities of the removing State had not dealt with the merits of the applicant's asylum claim, it was not the Court's task to assess whether there was an arguable claim about Article 3 risks in their country of origin, this question only being relevant where the expelling State had dealt with these risks. The Court added that European Union law did not impose strict legal obligations to declare another (non-EU) country to be a safe third country nor to avoid assessing asylum

requests on the merits, relying on there being a safe third country, so that EU Member States were therefore fully responsible under the Convention if they removed individuals to a third country without assessing their asylum requests on the merits, relying on the “safe third country” concept. In addition to the main question whether the individual will have access to an adequate asylum procedure in the receiving third country, where the alleged risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 concerns, for example, conditions of detention or living conditions for asylum seekers in a receiving third country, that risk is also to be assessed by the expelling State.²⁹ The removal of asylum seekers to a third country may be in breach of Article 3 because of inadequate reception conditions in the receiving State³⁰ or because they would not be guaranteed access to reception facilities adapted to their specific vulnerabilities, which may require the removing State to obtain assurances from the receiving State to that end.³¹

5. POSITIVE OBLIGATIONS OF MEMBER STATES IN RESPECT OF THE TREATMENT OF INDIVIDUALS WHO LODGE AN ASYLUM APPLICATION

a) Detained individuals

Under the Convention, while liberty³² is the pillar-norm, Article 5 (Right to liberty and security) allows the authorities to deprive individuals of their liberty on certain, exhaustively listed grounds (*inter alia*, aliens under Article 5 § 1 (f)). If detention is indeed the measure of last resort, the authorities are under an obligation to provide premises that are suitable for specific needs of minors.³³ In that sense in the case of *M.D. and A.D. v. France*, 2021,³⁴ the Court found a violation of Article 3 (degrading treatment) because of the administrative detention for 11 days in a centre which was not adapted for a four-month-old infant and her mother. The domestic authorities did not verify whether the initial placement and its prolongation were measures of last resort, and whether this measure could have been replaced by another less restrictive measure (the Court found in addition a violation of Article 5).

Where individuals are not placed in a detention centre but *de facto* confined in a transit zone, the authorities need to ensure that their living conditions there comply with Article 3, including in terms of provision of food and medical care. In the case of *R.R. and*

²⁹ *Ilias and Ahmed v. Hungary*, Application N° 47287/15, 21 November 2019, [Grand Chamber], § 131.

³⁰ *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application N° 30696/09, 21 January 2019, [Grand Chamber], §§ 362-368.

³¹ *Tarakhel v. Switzerland*, Application N° 29217/12, 4 November 2014 [Grand Chamber], §§ 100-122; *Ali and Others v. Switzerland and Italy*, Application N° 30474/14, 4 October 2016 ; *Ojei v. the Netherlands*, Application N° 64724/10, 14 March 2017.

³² See also Mahatma K. Gandhi, *My Non-Violence*, Sailesh Kumar Bandopadhyaya, (1960) about the doctrine of nonviolent protest – satyagraha – to achieve political and social progress; Nelson Mandela, *Long Walk to Freedom*, the autobiography of Nelson Mandela, ABACUS, London (1994); Simón Bolívar, *El Libertador, Writings of Simón Bolívar* (2003); Ivo Andrić, *Simon Bolivar Oslobodilac*, Nolit, Beograd (1998).

³³ In the *Tarakhel v. Italy*-judgment the Court stated that the “requirement of ‘special protection’ of asylum seekers is particularly important when the persons concerned are children, in view of their specific needs and their extreme vulnerability” (§ 119); See also Jolien Schukking, ‘Access to Justice for Child Refugees’, IARMJ 13th World Conference, The Hague, 10 May 2023, p. 2.

³⁴ *M.D. and A.D. v. France*, Application N° 57035/18, 22 July 2021.

Others v. Hungary, 2021,³⁵ the Court found a violation of Article 3 on account of degrading treatment; the transit zone conditions for a dependent repeat asylum seeker (because of failure to secure his basic subsistence) and a vulnerable pregnant woman and minors, confined for nearly four months, exceeded the threshold of severity for a violation of Article 3. In addition, the Court found a violation of Article 5 § 1 of the Convention.

b) Individuals who are not detained

While the Court has not so far set out a positive obligation under Article 3 to provide asylum seekers with adequate reception conditions from the outset, Article 3 is engaged if adult asylum-seekers (including those intending to lodge an asylum application) are not provided with accommodation and thus forced to live on the street for months, with no access to sanitary facilities and without any means of providing for their essential needs. In that sense, one should mention the judgment in the case of *M.S.S. v. Belgium and Greece*, 2011, and the judgment in the case of *N.H. and Others v. France*, 2020. In the latter case, asylum seekers lived rough (sleeping rough, without access to sanitary facilities, having no means of subsistence and constantly in fear of being attacked or robbed) for several months without resources due to administrative delays preventing them from receiving the support provided by law. As regards three applicants (N.H., K.T. and A.J.) the authorities had failed in their duties towards the applicants, under the domestic law which transposed the EU “Reception Directive”; thus, the Court found a violation of Article 3. It follows that States are under an obligation to provide such access to accommodation, sanitary facilities and means to provide for essential needs, at least after a certain (not too long) period of time.

In the case of *M.S.S. v. Belgium and Greece* the Court found a violation of Article 3 (degrading treatment) on account of conditions of detention and subsistence of an asylum-seeker transferred under the Dublin Regulation (in view of the obligations incumbent on the Greek authorities under the EU Reception Directive).³⁶ In Greece the applicant had lived for months in the most abject poverty, with no food and nowhere to live or to wash. He also lived in constant fear of being attacked or robbed, with no prospect of his situation improving. The authorities had failed to take due account of the applicant’s vulnerability as an asylum seeker and were responsible for the conditions he had had to endure for many months.

³⁵ *R.R. and Others v. Hungary*, Application N° 36037/17, 2 March 2021.

³⁶ As to the principle of equivalent protection under the European Convention of Human Rights, the European Union legal order is “presumed to offer protection of fundamental rights that is equivalent to protection under the ECHR” (by “equivalent” the ECtHR means “comparable” and not “identical” – *Avotins v. Latvia*, 2016, § 101), it is noteworthy that in the case of Dublin Regulation 604/2013 the presumption of equivalent protection under ECHR does not apply. Thus, the Belgian and Swiss authorities could have refrained from transferring the applicants in the cases of: *M.S.S. v. Belgium and Greece* (§ 340) and *Tarakhel v. Switzerland* (§ 90). See: Boštjan Zalar, “Principle of mutual trust under EU law taken together with presumption of equivalent protection under ECHR: A Check-list for the Use of Articles 3(2) and 17(1) of the Dublin Regulation 604/2013”, 1st joint EUAA and NSJ Conference, p. 8-9; *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, eds. European Union Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, 2020.

In respect of Belgium, the Court also found a violation of Article 3 on account of a decision of the Belgian authorities to expose the applicant to the conditions of detention and living conditions that prevailed in Greece at that time. By removing the applicant to Greece, the Belgium authorities had knowingly (the conditions concerned had been well documented and easily verifiable in numerous sources prior to the applicant's transfer) exposed him to detention and living conditions that amounted to degrading treatment.

As regards children, they need to be placed in child-appropriate reception facilities.³⁷ Thus, in the case of *Darboe and Camara v. Italy*, 2022³⁸ (the first time the Court had examined, under Article 8 of the Convention, a complaint about age-assessment procedures), the Court found not only a violation of positive obligations of the respondent State under Article 8 § 1 – Respect for private life, because the unaccompanied minor asylum-seeker was placed in an adult reception centre, but also a violation of Article 3 on account of the length and conditions of the applicant's stay in such a reception centre. The Court, *inter alia*, noted that difficulties deriving from the increased inflow of migrants and asylum seekers (the number of unaccompanied minors arriving in Italy had dramatically increased during the period in which the facts of the case had taken place) in particular to States on external EU borders did not exonerate member States of the Council of Europe from their obligations under Article 3, which was a provision of an absolute nature.

In the case of *Tarakhel v. Switzerland* the Court identified an obligation to seek assurances from the receiving State that a family would be placed in appropriate reception conditions prior to a transfer under the Dublin Regulation. The Court found that a proposed removal of an Afghan asylum-seeker's family under the Dublin II Regulation would constitute a violation of Article 3 (a conditional violation). Were the applicants to be returned to Italy without the Swiss authorities having first obtained individual guarantees from the Italian authorities that the applicants would be taken charge of in a manner adapted to the age of children and that family would be kept together, there would be a violation of Article 3.

6. POSITIVE OBLIGATIONS OF THE STATES IN RESPECT OF MIGRANTS WHO ARE RESIDING IN THE TERRITORY

In certain circumstances States may be under a positive obligation under Article 8 to allow family members to join a foreign national residing lawfully in their territory.³⁹

³⁷ The Strasbourg Court made it very clear that the confinement of young children should be avoided, and that only placement in suitable condition may be compatible with the Convention, on the condition that the authorities establish that they took this measure of last resort only after actually verifying that no other means less restrictive of liberty could be put in place and that the authorities act with the required expedition. The authorities are obliged in such a context to search for other means less restrictive to liberty. In *Nikoghosyan and Others v. Poland*, 2022, the Court reiterated in its judgment that “the child's best interests cannot be confined to keeping the family together and that the authorities must take all the necessary steps to limit, as far as possible, the detention of families accompanied by children [and effectively preserve the right to family life]” (§ 84).

³⁸ *Darboe and Camara v. Italy*, Application N°5797/17, 21 July 2022.

³⁹ *M.A. v. Denmark*, Application N°6697/18, 9 July 2021.

a) In respect of aliens who are already present in the territory of the respondent State but have never had lawful residence

In respect of aliens who are already present in the territory of the respondent State but have never had lawful residence, cases have been examined under Article 8 concerning the denial of a residence permit to such individuals; the relevant principles are listed in §§ 106-109 of the judgment in *Jeunesse v. the Netherlands*, 2014.⁴⁰ The Court declared that the Netherlands decision to refuse a residence permit to the Surinamese mother with three children born in the country breached their right to family life under Article 8 of the Convention.⁴¹

However, in principle, the chances of success are slim if family life was formed at the time when those involved knew that the migration status of one of them was such that their family life would be precarious. Where this is the case, the principle is that the expulsion of the non-national family member will amount to an Article 8 violation “only in exceptional circumstances”. The Court has been reluctant to find a violation where there are no “insurmountable obstacles” to enjoyment of family life elsewhere.

b) In respect of aliens who had lawfully resided in the territory and then committed a criminal offence (Üner/Maslov criteria)

In the case of *Üner v. the Netherlands*, 2006,⁴² the Court did not find a violation of Article 8 § 1 on account of the withdrawal of a residence permit and the imposition of a 10-year expulsion order, resulting in the applicant’s separation from his partner and two children, given the nature and seriousness of the applicant’s offences – manslaughter and assault – and also given his previous convictions). The relevant criteria for the proportionality assessment include: the nature and seriousness of the offence committed by the applicant; the length of the applicant’s stay in the country from which he or she is to be expelled; the time elapsed since the offence was committed and the applicant’s conduct during that period; the nationalities of the various persons concerned; the applicant’s family situation; whether the spouse knew about the offence at the time when he or she entered into a family relationship; whether there are children of the marriage, and if so, their age; the seriousness of the difficulties which the spouse is likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled (this last criteria may be indirectly related to the issue of economic and social deprivation).

By contrast, in the case of *Maslov v. Austria*, 2008, [Grand Chamber],⁴³ the Court found a violation of Article 8 § 1 because the expulsion order was made on account of

⁴⁰ *Jeunesse v. the Netherlands*, Application N° 12738/10, 3 October 2014.

⁴¹ As to the accepted approach in South African jurisprudence in respect of the constitutionality of a statute restricting the ability of a non-resident spouse who is married to a resident of South Africa to attain South African residence status, in the case of *Dawood v. Minister of Home Affairs* it was argued that the statute limits the right of human dignity and that it was disproportionate; Barak, *op. cit.*, p. 258.

⁴² *Üner v. the Netherlands*, Application N° 46410/99, 18 October 2006 [Grand Chamber].

⁴³ *Maslov v. Austria*, Application N° 1638/03, 6 February 2008 [Grand Chamber].

convictions for largely non-violent offences committed when the applicant was still a minor. Additional criteria in *Maslov* relate to “the solidity of social, cultural and family ties with the host country and with the country of destination”, which may have impact to certain extent to the economic and social deprivation, too. Where expulsion measures against a juvenile offender were concerned, the obligation to take the best interests of the child into account included an obligation to facilitate his/her reintegration. The Committee of Ministers Recommendation Rec(2000)15 concerning the security of residence states (adopted in 2000), *inter alia*, that “long-term immigrants who are minors may in principle not be expelled” and that “long-term immigrants born on the territory of the member State or admitted to the member State before the age of ten, who have been lawfully and habitually resident, should not be expellable once they have reached the age of 18” (Article 4 (c)).

c) In respect of seriously ill persons

In respect of seriously ill persons the criteria are set out in the case of *Paposhvili v. Belgium*, 2016, [Grand Chamber];⁴⁴ and in the case of *Savran v. Denmark*, 2021.⁴⁵ In those cases, the Court clarified and summarised the relevant principles as to when humanitarian considerations will or will not outweigh other interests when considering the expulsion of seriously ill individuals. Other than the imminent death situation in *D. v. the United Kingdom*, 1997, the judgment in the case of *N. v. the United Kingdom*, 2008, [Grand Chamber], had referred to “other very exceptional cases” which could give rise to an issue under Article 3 in such context.

In the case of *N. v. the United Kingdom*, 2008, the Court stated that, in addition to situations of the kind addressed in *D. v. the United Kingdom*⁴⁶, 1997, in which death was imminent, there might be other very exceptional cases where the humanitarian considerations weighing against removal were equally compelling.⁴⁷

The Grand Chamber found in the case of *Paposhvili v. Belgium*, 2016, that the “other very exceptional cases” which might raise an issue under Article 3 should be understood to refer to situations involving the removal of a seriously ill person in which substantial grounds had been shown for believing that he or she, although not at imminent risk of dying, would face a real risk, on account of the absence of appropriate treatment in the receiving country or the lack of access to such treatment, of being exposed to a serious, rapid and irreversible decline in his or her state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy. These situations corresponded to a high threshold for the application of Article 3 of the Convention in cases concerning the removal of aliens suffering from a serious illness.

⁴⁴ *Paposhvili v. Belgium*, Application N°41738/10, 16 September 2015 [Grand Chamber].

⁴⁵ *Savran v. Denmark*, Application N°57467/15, 7 December 2021 [Grand Chamber].

⁴⁶ *D. v. the United Kingdom*, Application N°30240/96, 2 May 1997.

⁴⁷ *N. v. the United Kingdom*, Application N°26565/05, 27 May 2008 [Grand Chamber], Joint dissenting opinions of Judges Tulkens, Bonello and Spielmann, 2008, the Court found there would be no violation of Article 3 of the Convention in the event of the applicant being removed to Uganda and that it was not necessary to examine the complaint under Article 8 of the Convention).

In the case of *Paposhvili v. Belgium* the Court found, regarding the proposed deportation of persons suffering from serious illness to their country of origin in the face of doubts as to the availability of appropriate medical treatment there, that the expulsion order would have constituted a violation of Article 3. In the absence of any assessment by the domestic authorities of the risk facing the applicant in the light of information concerning his state of health (the applicant suffered from tuberculosis, hepatitis C and chronic leukaemia (CLL)) and the existence of appropriate treatment in Georgia, the information available to those authorities had been insufficient for them to conclude that the applicant, if returned to Georgia, would not have run a real and concrete risk of treatment contrary to Article 3 of the Convention. (The Court granted on 28 July 2010 the applicant's request for an interim measure under Rule 39 of the Rules of Court).

Post-Paposhvili cases relating to expulsion/extradition and risks connected with state of health

In the case of *K.S. v. Sweden*⁴⁸ (Rule 39 request was granted), the applicant suffered from vascular dementia, which was worsening. The Government did not dispute that. Moreover, it appeared from the medical certificate issued on 17 January 2018 that, according to a doctor specialising in dementia, there was no further medical treatment available which could improve the applicant's condition. It was thus not the alleged lack of medical care as such which was at stake in this case but rather the alleged lack of a proper long-term care facility in which the applicant could be placed in Iraq. This case differed from the case of *Paposhvili v. Belgium* in that here no substantial grounds had been shown for believing that the applicant, although not at imminent risk of dying, would face a real risk, on account of the absence of appropriate treatment in Iraq or the lack of access to such treatment, of being exposed to a serious, rapid and irreversible decline in his state of health resulting in intense suffering or to a significant reduction in life expectancy. The fact that the applicant needed assistance in his daily life did not show as such that there were substantial grounds for believing that he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention if returned to Iraq⁴⁹. Even if the applicant's state of health might raise some doubts, it did not seem to act as a bar to removal in the applicant's case given that care institutions existed in Iraq and the applicant's transfer there could be organised in such a manner that he would be accompanied during the journey and upon arrival. As no further medical treatment capable of improving the applicant's health condition was available anywhere, the applicant's removal from Sweden was not likely to cause any rapid deterioration of his health on account of any alleged lack of medical treatment in Iraq⁵⁰. There were thus no such personal circumstances which would prevent the applicant's deportation to Iraq. Accordingly, the Court found this complaint manifestly ill-founded and declared it inadmissible (and consequently decided to discontinue the application of Rule 39 of the Rules of Court).

⁴⁸ *K.S. v. Sweden*, Application N°31827/18, 16 December 2020.

⁴⁹ See *Senchishak v. Finland*, Application N°5049/12, 18 November 2014.

⁵⁰ See *A.S. v. Switzerland*, Application N°39350/13, 30 June 2015.

In the case of *Savran v. Denmark* 2021, the Court firstly confirmed that the *Paposhvili* test offered a comprehensive standard taking account of all the considerations that were relevant for the purposes of Article 3 of the Convention in this context and that it applied to all situations involving the removal of a seriously ill person which would constitute treatment proscribed by Article 3, irrespective of the nature of the illness. It clarified that the threshold test established in *Paposhvili v. Belgium* [Grand Chamber], § 183, should systematically be applied to ascertain whether the circumstances of the alien to be expelled fell within the scope of Article 3 and that it was only after this threshold had been met, and thus if Article 3 was applicable, that the returning State's compliance with its obligations under Article 3 could be assessed. The returning State's obligation under Article 3 is to be fulfilled through appropriate domestic procedures:

(a) it is for the applicants to adduce evidence capable of demonstrating that there are substantial grounds for believing that, if the measure complained of were to be implemented, they would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3;

(b) where such evidence is adduced, it is for the returning State to dispel any doubts raised by it, and to subject the alleged risk to close scrutiny by considering the foreseeable consequences of removal for the individual concerned in the receiving State, in the light of the general situation there and the individual's personal circumstances (taking into consideration general sources such as reports of the World Health Organisation or of reputable non-governmental organisations and the medical certificates concerning the person in question); the impact of removal must be assessed by comparing the applicant's state of health prior to removal and how it would evolve after transfer to the receiving State;

(c) the returning State must verify on case-by-case basis whether the care generally available in the receiving State is sufficient and appropriate in practice for the treatment of the applicant's illness so as to prevent him or her from being exposed to treatment contrary to Article 3;

(d) the returning State must also consider the extent to which the applicant would actually have access to the treatment, including with reference to its costs, the existence of a social and family network, and the distance to be travelled in order to have access to the required care;

(e) where, after the relevant information has been examined, serious doubts persist regarding the impact of the removal on the applicant (on account of the general situation in the receiving country and/or their individual situation), the returning State must obtain individual and sufficient assurances from the receiving State, as a precondition for removal, that appropriate treatment will be available and accessible to the persons concerned so that they do not find themselves in a situation contrary to Article 3.

In the *Savran* judgment, the Court did not find a violation of Article 3. It concerned the expulsion of a foreign national with schizophrenia to his country of origin, without a health risk reaching the high threshold for the application of Article 3. While schizophrenia was a serious mental illness, that condition could not in itself be regarded as sufficient to bring the applicant's complaint within the scope of Article 3. The threshold test, irrespective of the nature of the illness (physical or mental) broadly

referred to the “irreversibility” or the “decline in the person’s state of health”. Moreover, it would be wrong to dissociate the various fragments of the test from each other, given that a “decline in health” was linked to “intense suffering”. It was on the basis of all those elements taken together and viewed as a whole that the assessment of a particular case should be made.

The ECtHR also pointed out that the benchmark was not the level of care existing in the returning State; it was not a question of ascertaining whether the care in the receiving State would be equivalent or inferior to that provided by the healthcare system in the returning State. Nor was it possible to derive from Article 3 a right to receive specific treatment in the receiving State (and whether the receiving State was a contracting Party to the Convention is not decisive) which was not available to the rest of the population. Likewise, the issue was not one of any obligation for the returning State to alleviate the disparities between its healthcare system and the level of treatment existing in the receiving State through the provision of the free and unlimited healthcare to all aliens without a right to stay within its jurisdiction to all aliens.⁵¹

In *Savran v. Denmark*, the Court was not convinced that the applicant had shown substantial grounds for believing that, in the absence of appropriate treatment in Turkey or the lack of access to such treatment, he would be exposed to a risk of bearing the consequences set out in the *Paposhvili* judgment. The circumstances of the present case had not reached the threshold set by Article 3 to bring the applicant’s complaint within its scope (it had not been demonstrated that the applicant’s removal to Turkey had exposed him to a serious, rapid and irreversible decline in his state of health resulting in intense suffering, let alone to a significant reduction in life expectancy). According to some of the relevant medical statements, a relapse was likely to result in “aggressive behaviour” and “a significantly higher risk of offences against the person of others” as a result of the worsening of psychotic symptoms. While those have been very serious and detrimental effects, they could not be described as “resulting in intense suffering” for the applicant himself. (It did not appear that any risk had ever existed of the applicant harming himself).

The threshold should remain high for this type of cases. Against that background, there was no call to address the question of the returning State’s obligations under Article 3 (in the circumstances of the present case). Thus, the Court found no violation of Article 3 regarding the expulsion of a foreign national with schizophrenia to his country of origin, without health risks reaching the high threshold for the application of Article 3.

The removal of a person suffering from a serious illness may also breach Article 8⁵² and a person’s mental illness has to be adequately taken into account when examining the proportionality of his or her expulsion in view of a criminal offence that he or she has committed.⁵³ Thus, under Article 8, in the case of *Savran v. Denmark*, the Court however

⁵¹ *Savran v. Denmark*, § 131.

⁵² *Paposhvili v. Belgium*, §§ 221-226.

⁵³ *Savran v. Denmark*, §§ 184, 191-197, 201.

found a violation of the applicant's right to private life, because of the permanent expulsion order against a long-term settled migrant with schizophrenia, despite progress after years of compulsory care, on account of violent offences. The applicant, a Turkish national, entered Denmark in 1991 when he was six years old. In 2008 he was convicted of assault and exempt from punishment on account of his mental illness. He was sentenced to committal to forensic psychiatric care. In 2009 he was made subject to an expulsion order with a permanent ban on re-entry. In 2014 the City Court held that, regardless of the nature and gravity of the crime committed, the applicant's health made it conclusively inappropriate to enforce the expulsion order. In 2015 that decision was reversed by the High Court and the applicant was subsequently refused leave to appeal and deported to Turkey.

7. ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS

The Court has dealt with several cases concerning the economic and social rights of migrants, asylum-seekers and refugees, primarily under the angle of Article 14 of the Convention (Prohibition of discrimination) in view of the fact that, where a Contracting State decides to provide social benefits, it must do so in a way that is compliant with Article 14.

In this respect, the Court has found that a State may have legitimate reasons for curtailing the use of resource-hungry public services – such as welfare programmes, public benefits and health care – by short-term and illegal immigrants, who, as a rule, do not contribute to their funding and that it may also, in certain circumstances, justifiably differentiate between different categories of aliens residing in its territory.

a) Immigration status

The Court has established that although immigration status is a status conferred by law, rather than one inherent to the individual, this fact does not preclude it from amounting to “other status” for the purposes of Article 14.⁵⁴ Indeed, a wide range of legal and other effects flow from a person's immigration status.

The case of *Hode and Abdi v. the United Kingdom*, 2012, concerned a person recognised as a refugee and granted limited leave to remain who could not be joined by his post-flight spouse. The Court reiterated that the argument in favour of refugee status amounting to “other status” was even stronger, as, unlike immigration status, refugee status did not entail an element of choice (§ 47). Consequently, the Court found a violation of Article 14 taken together with Article 8.

In *Bah v. the United Kingdom*, 2011, the Court examined the case of a person who was unintentionally homeless with a minor child and who was not granted priority assistance by the social services because her son was subject to immigration control. The applicant

⁵⁴ *Hode and Abdi v. the United Kingdom*, Application N°22341/09, 6 November 2012, § 47 ; *Bah v. the United Kingdom*, Application N°56328/07, 27 September 2011, § 46.

had entered the United Kingdom as an asylum-seeker but had not been granted refugee status. The Court noted that the nature of the status upon which differential treatment was based weighed heavily in determining the scope of the margin of appreciation to be accorded to Contracting States (§ 47). Given the element of choice involved in immigration status, while differential treatment based on this ground must still be objectively and reasonably justifiable, the justification required will not be as weighty as in the case of a distinction based, for example, on nationality (§ 47). The Court concluded that the differential treatment to which the applicant was subjected was reasonably and objectively justified (§ 52).

The Court has found discrimination on grounds of immigration status in several other cases. In *Ponomaryovi v. Bulgaria*, 2011,⁵⁵ the Court found the requirement for aliens without permanent residence to pay secondary-school fees discriminatory by reason of their nationality and immigration status (§ 49). It amounted to a violation of Article 14 of the Convention taken together with Article 2 of Protocol N°1 on the right to education.

In *Anakomba Yula v. Belgium*, 2009,⁵⁶ where an unlawfully resident alien had been refused legal aid for contesting the paternity of her child, the Court found a violation of Article 14 in conjunction with Article 6 (access to court).

b) National origin

According to a recurring formula used by the Court, very weighty reasons have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention.⁵⁷

For example, in *Andrejeva v. Latvia*, 2009, the Court found a violation of Article 14 read in conjunction with Article 1 of Protocol N°1 due to the refusal to take the applicant's years of service acquired in the former Soviet Union (on today's Latvian territory and while she was resident in Latvia) into account when calculating her entitlement to a retirement pension because she did not have Latvian citizenship.

More recently, in *Savickis and Others v. Latvia*, 2022,⁵⁸ the Court accepted that, in the context of a difference in treatment based on nationality, there may be certain situations where the element of personal choice linked with the legal status in question may be of significance, especially in so far as privileges, entitlements and financial benefits were at stake. In that case, the Court was called upon to examine whether the exclusion of employment periods of permanently resident noncitizens accrued in other States of the former Soviet Union for a state pension had been discriminatory. In doing so, the Grand

⁵⁵ *Ponomaryovi v. Bulgaria*, Application N°5335/05, 21 June 2011.

⁵⁶ *Anakomba Yula v. Belgium*, Application N°45413/07, 10 March 2009.

⁵⁷ *Gaygusuz v. Austria*, Application N°17371/90, 16 September 1996, § 42; *Koua Poirrez v. France*, Application N°40892/98, 30 September 2003, § 46; *Andrejeva v. Latvia*, Application N°55707/00, 14 January 2009 [Grand Chamber], § 87.

⁵⁸ *Savickis and Others v. Latvia*, Application N°49270/11, 26 May 2021.

Chamber held that, unlike in *Andrejeva*, the margin of appreciation had been a wide one. In the specific context of the restoration of Latvia's independence after unlawful occupation and annexation, the Court accepted that very weighty reasons had been put forward to justify the difference in treatment between the applicants and Latvian citizens in the circumstances.⁵⁹

Other cases regarding alleged discrimination on grounds of nationality concerned, for example,

- the authorities' refusal to grant emergency assistance to an unemployed man because he did not have Austrian nationality;⁶⁰
- the consequences of a family's loss of nationality on the applicant's status as a mother of a large family and her related pension entitlement;⁶¹
- the refusal to award the applicant a disability allowance on the ground that he was not a French national and that there was no reciprocal agreement between France and his country of nationality in respect of this benefit;⁶²
- the refusal of social therapy or relaxation in the conditions of preventive detention due to the applicant's foreign nationality;⁶³
- the prolonged failure of the Slovenian authorities to regularise the applicants' residence status as citizens of other former Yugoslav republics following their unlawful "erasure" from the register of permanent residents;⁶⁴
- the blanket ban applied retroactively and indiscriminately to all prospective adoptive parents from a specific foreign State;⁶⁵
- the refusal to grant family reunion to naturalised nationals as opposed to nationals born in the country.⁶⁶ In *Biao v. Denmark*, the Court found that national law contributed to the creation of a pattern that was hampering the integration of aliens newly arrived in the country and that general biased assumptions or prevailing social prejudice in a particular country did not provide sufficient justification for a difference in treatment in cases of discrimination against naturalised nationals (§ 126).

8. CASE LAW REGARDING EXTRADITION

I will not give a complete overview of the extradition-related case-law but will just confine myself to the recent case of *Sanchez-Sanchez v. the United Kingdom*, 2022.⁶⁷ Here the Court declared the complaint under Article 3 of the Convention concerning the risk of a life sentence without parole admissible and held that the applicant's extradition to the United States would not be in violation of Article 3 of the Convention. The applicant could not be said to have adduced evidence capable of showing that his

⁵⁹ See Joint dissenting opinion of Judges O'Leary, Grozev and Lemmens and dissenting opinion of Judge Seibert-Fohr, joined by Judges Turković, Lubarda and Chanturia.

⁶⁰ *Gaygusuz v. Austria*, *supra* n°53.

⁶¹ *Zeibek v. Greece*, Application N°46368/06, 9 July 2009.

⁶² *Koua Poirrez v. France*, *supra* n°53.

⁶³ *Rangelov v. Germany*, Application N°5123/07, 22 March 2012.

⁶⁴ *Kurić and Others v. Slovenia*, Application N°26828/06, 26 June 2012 [Grand Chamber].

⁶⁵ *A.H. and Others v. Russia*, Application N°6033/13, 8927/13, 10549/13 and others, 17 January 2017.

⁶⁶ *Biao v. Denmark*, Application N°38590/10, 24 May 2016 [Grand Chamber].

⁶⁷ *Sanchez-Sanchez v. the United Kingdom*, Application N° 22854/20, 23 February 2022 [Grand Chamber].

extradition to the US would expose him to a real risk of treatment reaching the Article 3 threshold. That being so, it was unnecessary for the Court to proceed in this case to the second stage of the analysis. This judgment departs from previous case-law (*Trabelsi v. Belgium*, 2014,⁶⁸ concerning the extradition to a non-Contracting State where the applicant faced a risk of an irreducible life sentence if convicted, where the Court had found a violation of Article 3⁶⁹) as regards the methodology in extradition-related cases.

It is worth noting that the applicant had initially complained that his extradition to the US would also be in breach of Article 3 of the Convention due to the pre-trial and post-conviction conditions of detention in the US, and the risk he would face in detention having regard to the Covid-19 pandemic. However, in his submissions he confirmed that he no longer wished to pursue these complaints. The Court therefore decided to strike out the complaint under Article 3 of the Convention concerning the conditions of detention and the risk the applicant would face in detention having regard to the Covid 19 pandemic, pursuant to section 37 §1(a) of the Convention.

Pandemic-related risks (Covid-19)

Hafeez v. the United Kingdom, 2023.⁷⁰

In his application to the Court, which was introduced in March 2020, the applicant, *inter alia*, contended that he would be at real risk of exposure to Covid-19 in the US prison estate. He maintained that complaint in his observations to the Court, which were prepared in December 2020. However, in the light of the developments since then, in particular the widespread availability of vaccinations, the evolution of the virus itself, and the lifting of restrictions in both the United Kingdom and the US, the Court did not consider that any risk under this head capable of reaching the minimum level of severity required by Article 3 of the Convention had been established. The Court considered that the applicant's complaints under Article 3 of the Convention had to be rejected as manifestly ill-founded.

9. COVID-19 RELATED (AND OTHER) INTERIM MEASURE REQUESTS

Between March 2020 and 30 April 2022, the Court processed 373 interim measure requests under Rule 39 of the Rules of Court.⁷¹ Interim measures are applied only in limited situations of imminent risk of irreparable damage/harm: the most typical cases

⁶⁸ *Trabelsi v. Belgium*, Application N°140/10, 4 September 2014.

⁶⁹ In addition, the Court found a violation of Article 34 of the Convention because of the extradition to the United States despite a real risk of an irreducible life sentence without parole and in breach of an interim measure ordered by the European Court (as a hindrance to the exercise of the right of petition of the applicant).

⁷⁰ *Hafeez v. the United-Kingdom*, Application N°14198/20, 28 March 2023.

⁷¹ The Court may indicate interim measures to any State Party to the Convention. Interim measures are *urgent measures* which, in accordance with the established practice of the Court, apply only where there is an imminent risk of irreparable damage (see *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Applications N°46827/99 and 46951/99, 4 February 2005 [Grand Chamber]; *Paladi v. Moldova*, Application N° 39806/05, 10 March 2009 [Grand Chamber]).

are those in which there are fears of a threat to life (situation falling under Article 2 of the Convention) or ill-treatment prohibited by Article 3 of the Convention. The majority of interim measures indicated relate to expulsion or extradition proceedings or to the applicants' state of health in places of detention. Exceptionally, interim measures can also be applied in respect of certain requests relating to other rights enshrined in the Convention.⁷² For example, in the case of *Evans v. the United Kingdom* [Grand Chamber], under Article 8 § 1 (Respect for private life) the Court examined the requirement of the father's consent for the continued storage and implantation of fertilised eggs, and the Court found no violation of Article 8 § 1 (Respect for private life). During the proceedings, the Court (the President of the Section) decided to indicate to the Government that it was desirable in the interests of the proper conduct of the proceedings that the Government take appropriate measures to ensure that the embryos were preserved until the Court had completed its examination of the case.

a) Interim measure requests from detention or reception centres and prisons

The vast majority of the COVID-19-related interim measure requests were brought by persons detained in prisons or held in reception and/or detention centres for asylum seekers and migrants. The applicants mainly relied on Articles 2 and 3 of the Convention and requested the Court to take interim measures to remove them from their place of detention and/or to indicate measures to protect their health from the risk of being infected with COVID-19. Many of these requests were lodged against Greece, Italy, Turkey and France:

1) Requests lodged against Greece

These requests were lodged by asylum seekers and migrants held in reception and identification centres. They requested to be transferred from the centres due to overcrowding, lack of infrastructure and the threat of COVID-19. Rule 39 was applied in fifteen applications and only for particularly vulnerable persons, in particular, women with advanced pregnancy, women with new-borns, old persons and unaccompanied minors with mental-health issues. In those cases, despite the fact that the applicants asked to be transferred from the reception and identification centres, the Court did not ask the Government of Greece to transfer the applicants. The interim measures applied were (1) to guarantee to the applicants living conditions compatible with their state of health, and (2) to provide the applicants with adequate healthcare compatible with their state of health. In coming to its decision, the Court took into account: the applicants' vulnerability and the general living conditions (overcrowding, lack of infrastructure etc.).

⁷² See interim measures:

- under Article 6 of the Convention in Polish "independence of judiciary" cases: *Wrobel v. Poland*, Applications N° 6904/22, 08 February 2022; *Sterkowicz v. Poland*, Application N°3685/20, 13 September 2022.

- under Article 10 and 11 of the Convention: *Radio Free Europe/Radio Liberty LLC and Shary v. Russia*, Application N°19659/21, 20 April 2021; *Shkullaku and Others v. Albania*, Application N°20204/21, 21 April 2021; *ANO RID Novaya Gazeta and Others v. Russia*, Application N° 11884/22, 8 March 2022; *Ndroqi v. Albania*, Application N°51273/22, 8 November 2022.

2) *Requests lodged against Italy*

These requests were mainly lodged by prisoners who wished to be released due to the alleged risk of contracting COVID-19 in prisons. In a number of cases the Court adjourned the examination of those requests and requested the parties to provide factual information. After having received information from the parties, the Court rejected those requests.

3) *Requests lodged against Turkey*

These requests were also filed by prisoners who wished to be released due to the alleged COVID-19 risks in prisons. Most of those requests were incomplete and hence the applicants were asked to complete their requests. Those interim measure requests which could be examined by the Court (as they were complete) were all rejected, since the applicants failed to show that they were under a risk of contracting COVID-19 in the places where they were detained.

4) *Requests lodged against France*

Most of the interim measure requests against France were lodged by either prisoners or migrants/asylum seekers in detention centres. These requests were rejected.

5) In an application against Russia, where there was a riot in a prison against the measures taken by the prison authorities within the context of the COVID-19 pandemic, the Court applied Rule 39 for a limited period of time and asked the Government to have the applicant examined by medical doctors and to ensure that the applicant had access to his lawyers. The interim measure was subsequently lifted, and the application was declared inadmissible.

The Court also received a handful of COVID-19-related interim measure requests against Belgium, Bulgaria, Cyprus, Germany, Malta and Romania lodged by prisoners. These interim measure requests were also examined on a case-by-case basis and rejected.

b) Other interim measure requests

The Court received a number of interim measure requests concerning compulsory vaccination schemes.⁷³ Also, *Piperea v. Romania*,⁷⁴ where the applicant was a law professional who challenged the draft legislation concerning the vaccination scheme. These requests were lodged by medical professionals, employees working in medical facilities, firefighters and flight attendants who challenged the compulsory vaccination and/or draft legislation concerning vaccination schemes. The requests were rejected for being out of scope of application of Rule 39 of the Rules of Court.

⁷³ See for example *Cohadier and 600 Others v. France*, Application N°8824/22, pending; *Abgrall and 671 Others v. France*, Application N°41950/21, 24 August 2021; *Kakaletri and Others v. Greece*, Application N°43375/21, pending; *Theofanopoulou and Others v. Greece*, Application N°43910, pending; *Concas and Others v. Italy*, Application N°18259/21, pending.

⁷⁴ *Piperea v. Romania*, Application N°24183/21, 5 July 2022.

In a number of requests, applicants challenged the use of COVID-19 certificates which stipulated that only people in possession of the certificates would be allowed to enter public places and, in some cases, to use public transport. The requests were rejected for being out of scope.⁷⁵

There have also been a few cases where the applicants requested that their expulsion/extradition be prevented on account of the effects of the pandemic in the prisons to which they would be sent. These requests were rejected either for not being sufficiently substantiated or because the applicants were to be vaccinated before being removed or extradited.

⁷⁵ See *Mahut v. France*, Application N°55120/21; *Mensi v. Italy*, N°58126/21; *Livi and Others v. Italy*, Application N°59682/21; and *Scola v. Italy*, Application N°3002/22.

Libres propos sur l'évolution contemporaine de l'état des droits et libertés au Royaume-Uni

Aurélien Antoine*

Dans l'un des volumes de la célèbre somme des Presses de l'Université d'Oxford consacrée à l'histoire de l'Angleterre, Julian Hoppit s'interroge en ces termes à propos de la période 1689-1727 : l'Angleterre était-elle vraiment ce pays de la liberté souvent célébré ? La réponse apportée par l'historien est globalement positive en ce sens que, par rapport à ses voisins, la terre de la Glorieuse révolution de 1688-1689 garantissait mieux les libertés d'expression, de la presse ou de religion dans une évolution constitutionnelle propice à l'équilibre des pouvoirs et à la promotion du principe de *rule of law*. La prospérité économique soutenue par des avancées scientifiques notables et l'exploitation des colonies ajoutaient au succès du libéralisme politique des opportunités d'enrichissement pour de nombreux sujets du royaume, ce qui favorisait une relative mobilité sociale⁷⁶.

L'Angleterre puis la Grande-Bretagne du XVIIIe siècle deviennent un exemple à suivre pour les penseurs d'autres nations dont la parole est contrainte et les écrits interdits au public. La persistance d'une certaine rudesse des mœurs relevée par Montesquieu dans ses notes de voyage⁷⁷ et la violence d'État incontestable maniée par l'élite anglaise à l'encontre de l'Écosse, de l'Irlande et des colonies dans une époque où le capitalisme esclavagiste atteint un apogée ne semblent rien enlever à la réputation libérale des Britanniques. Parfois plus abstrait que concret, ce libéralisme demeurera, dans les années qui suivirent, des plus ambivalents. L'ère victorienne est celle d'un Royaume-Uni pétri de contradictions : ouvert au monde et favorable à l'extension des droits civiques, il est aussi ce pays où Oscar Wilde est victime d'un procès inique et d'une peine infamante qui le conduiront à l'exil. L'opprobre dont les écrivains sont sujets perdura bien au-delà de l'ordre moral victorien puisque des ouvrages comme *L'Amant de Lady Chatterley* de David Herbert Lawrence feront l'objet d'une censure jusqu'au jugement célèbre de 1960, *R v Penguin Books Ltd*⁷⁸. Finalement, l'appréciation de l'état des droits et libertés dans un pays donné n'a aucune portée scientifique s'il est fait abstraction du contexte historique et si le système de valeurs de l'époque n'est pas rappelé. L'Angleterre du XVIIIe siècle est certes plus libérale que la majorité de ses voisins, mais ce constat se fonde sur des repères et des attentes sociétales qui ne sont pas comparables avec ceux de la période contemporaine. En outre, bien que le Royaume-Uni puisse incontestablement s'enorgueillir d'une tradition ancienne en matière de promotion des libertés et droits civils, civiques, politiques et économiques (d'abord au profit d'une élite propriétaire), une approche nuancée s'impose lorsqu'il s'agit d'étudier la jouissance de ces droits et libertés par l'ensemble de la population.

* Professeur à l'Université Jean-Monnet Saint-Étienne, Titulaire de la Chaire Droit public et politique comparés, Directeur de l'Observatoire du Brexit (brexit.hypotheses.org/), CERCRID - UMR 5132 / CERSA - UMR 7106.

⁷⁶ J. Hoppit, *A Land of Liberty ? England 1689-1727*, Oxford, OUP, 2002, 580 p.

⁷⁷ Montesquieu, *Voyages*, Paris, Arléa, 2003, 220 p.

⁷⁸ *R v Penguin Books Ltd.*, [1961] Crim LR 176.

C'est ainsi que, depuis près de quarante ans, le recul de la protection de certains droits et libertés est indéniable outre-Manche. Si les droits et libertés économiques favorables au libre-échange et l'enrichissement matériel des individus ont connu un réel essor, la liberté d'expression, la liberté de manifestation, les droits des migrants, les libertés collectives ou les droits syndicaux s'amenuisent sous l'effet des réformes gouvernementales qui soutiennent une politique pénale avant tout sanctionnatrice. Le Royaume-Uni reste un exemple topique de la difficile conciliation de la promotion des libertés économiques et de la sécurité globale avec la protection des droits collectifs et sociaux. Sur le front de la diffusion des droits et libertés individuels, et comme pour une bonne partie des États de l'Europe occidentale, il y a bien un progrès dans le traitement de quelques minorités (notamment sexuelles ou religieuses), mais la tendance n'est pas uniforme et n'empêche pas des discriminations pérennes à l'égard de certaines populations⁷⁹.

Le tableau rapidement dépeint est sombre. Il concerne l'ensemble des démocraties occidentales et, avant tout, européennes en proie aux discours liberticides des formations d'extrême droite ou d'extrême gauche qui remportent toujours plus de victoires électorales, poussant les partis dits « traditionnels » ou « de gouvernement » à vouloir les concurrencer sur le terrain du rejet de l'autre ou du repli identitaire⁸⁰. Le constat produit s'appuie d'abord sur les rapports empiriques des institutions et des groupements de défense des droits humains (Partie I). Cette approche, si elle est d'un secours indispensable pour évaluer l'évolution décrite, n'en explique pas les motifs structurels et idéologiques qui remontent à la décennie 1980 du triomphe de la révolution conservatrice (Partie II). Cette dernière jette les bases d'une extension des qualifications des troubles à l'ordre public plutôt nombreux et hétérogènes durant les années 1980-1985 (Partie III), favorable à la restriction des droits et libertés fondamentaux qui se perpétue jusqu'à aujourd'hui.

Partie I – L'appréciation empirique de la restriction des droits et libertés (2019-2023)

L'étude de la production normative est incontournable afin de déterminer la priorité des choix politiques et les objectifs qu'ils recèlent. D'autres analyses plus empiriques produites par des organisations intergouvernementales ou non gouvernementales sont tout autant éclairantes dans la perspective de saisir l'étendue des restrictions aux libertés au Royaume-Uni ces dernières années. Nous les mobilisons fréquemment dans nos écrits et il paraît opportun d'en rappeler synthétiquement les apports, dès lors que nous

⁷⁹ Pour une illustration contentieuse de la remise en cause de législations discriminantes à l'égard des immigrés, v. *R (Joint Council for the Welfare of Immigrants) v Secretary of State for the Home Department*, [2019] EWHC 452 (Admin), obs. R. Place, *Europe des Droits et Libertés*, mars 2020, n° 1 (<https://www.europedeslibertes.eu/numero/charte-sociale-europeenne/>, consulté en septembre 2023).

⁸⁰ Inutile d'énoncer par le menu tous les États d'Europe concernés par la montée des partis extrémistes dont certains d'entre eux sont parvenus au pouvoir ou ne cessent de progresser au sein des parlements nationaux ou locaux, même si les garde-fous institutionnels et supranationaux en limitent les effets (v. sur ces tendances dites « populistes », A. Bourne, *Responding to Populist Parties in Europe*, Oxford, OUP, 2023, 272 p. ; et C. Rovira Kaltwasser, P. Taggart, P. Ochoa Espejo, P. Ostiguy (ed.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, OUP, 2017, parties 7 et 13 plus spécialement).

considérons le référentiel occidental des droits et libertés comme le cadre de cette contribution. Ces classements ont l'avantage de définir des critères pertinents et tributaires des standards européens et internationaux en matière de droits humains.

Deux types d'enquêtes, générales ou ciblées sur une thématique déterminée, sont menées par les institutions ou des groupements indépendants. Parmi les analyses permettant de se forger une opinion à partir de données systémiques, les classements de deux organisations non gouvernementales peuvent être mentionnés. Le premier émane du *World Justice Project (WJP)* qui établit le niveau de respect de la prééminence du droit à travers le monde grâce à un indice compris entre 0 et 1 recelant la moyenne des évaluations obtenues dans les items suivants (eux-mêmes notés entre 0 et 1) : contrôle du gouvernement, degré de corruption, transparence, droits fondamentaux, ordre et sécurité, mise en œuvre concrète des réglementations, justice civile, et justice criminelle. Le Royaume-Uni atteint la moyenne de 0,79 en 2022, ce qui est une décimale plutôt stable depuis quatre ans, mais inférieure aux années 2016-2019. Sur le critère relatif aux droits et libertés, l'État britannique récolte un bon résultat : 0,81. Néanmoins, ce score révèle de fortes disparités dans sa composition. Les notes sont médiocres pour les droits sociaux (0,70) ou encore la non-discrimination (0,69) et à peine au-dessus de la moyenne européenne pour les garanties des droits de la défense (0,77). En revanche, la protection et la sécurité des personnes parvient au niveau de 0,9, tandis que les libertés de croyance et d'association obtiennent 0,88⁸¹.

Concernant la liberté d'assemblée et les autres droits qui peuvent y être associés comme celui de manifester, un second classement prend en compte les projets gouvernementaux récents qui visent à les restreindre. *Civicus*, dans son rapport pour 2022, a rétrogradé le Royaume-Uni dans sa hiérarchie, principalement en raison des atteintes croissantes au droit de manifester pacifiquement. Contrairement au *WJP*, *Civicus* fait de l'État britannique celui d'Europe occidentale où les droits et libertés sont « entravés » au point de devenir un « pays source de préoccupation »⁸². *Index of Censorship* fait montre d'une suspicion similaire dans le champ de la liberté d'expression, en particulier du fait d'interventions législatives controversées visant à la réguler dans les enceintes universitaires, sur les médias, et les sites internet⁸³.

C'est toutefois du côté de l'organisation *Human Rights Watch* dans son rapport pour 2023 que la critique à l'égard du Royaume-Uni est la plus sévère : les textes adoptés et projetés par le gouvernement violent les droits individuels et induisent leur

⁸¹ Données disponibles sur le site du *World Justice Project*, Rule of Law Index : <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/United%20Kingdom/> (consulté en septembre 2023).

⁸² *Civicus*, *Le pouvoir du peuple sous attaque. Un rapport fondé sur les données du Civicus Monitor*, 2022, p. 47.

⁸³ *Index of Censorship*, « Major new global free expression index sees UK ranking stumble across academic, digital and media freedom », 25 janvier 2023, <https://www.indexoncensorship.org/2023/01/major-new-global-free-expression-index-sees-uk-ranking-stumble-across-academic-digital-and-media-freedom/> (consulté en septembre 2023). Le Royaume-Uni est l'État du nord-ouest de l'Europe le moins bien noté par *Index of Censorship*.

affaiblissement notable en droit interne⁸⁴. Les associations *Liberty* et *Justice* vont dans le même sens⁸⁵.

L'inquiétude est partagée durant les années 2022 et 2023 dans les comptes-rendus particulièrement sévères d'institutions comme le Conseil de l'Europe, le Comité des droits humains de l'Organisation des Nations Unies ou de la Commission mixte des droits humains du Parlement de Westminster sur de multiples sujets⁸⁶. La grande majorité de ces rapports attestent que le Royaume-Uni ne s'inscrit pas dans une dynamique positive sur le front de la préservation des droits et libertés fondamentaux, confirmant de plus en plus que « le pays de la liberté » est en passe de devenir une utopie.

Sous les gouvernements de Boris Johnson, Liz Truss et Rishi Sunak, les projets aboutis ou non, portant atteinte aux standards de protection des droits et libertés fondamentaux attendus dans une société démocratique comme le Royaume-Uni ont connu un nouvel épisode de croissance rapide. La possibilité de contester les actes des autorités publiques par la procédure de *judicial review* a fait l'objet d'une attaque frontale de la part de Boris Johnson qui avait peu apprécié les interventions de la Cour suprême du Royaume-Uni défavorables à l'Exécutif dans le cadre du Brexit⁸⁷. L'intention initiale de l'ancien locataire du 10, Downing Street a été efficacement contrecarrée par la communauté des juristes⁸⁸. Une autre initiative a eu pour but de restreindre la capacité des juridictions à mettre en cause des actes susceptibles d'enfreindre les droits et libertés. L'un des plus proches collaborateurs de Boris Johnson, vice-Premier ministre et ministre de la Justice, Dominic Raab s'est ingénié, sans succès, à faire adopter un *British Bill of Rights* en remplacement du *Human Rights Act (HRA)* de 1998 qui transpose la Convention européenne des droits de l'Homme dans l'ordre juridique interne. La finalité de cette nouvelle déclaration était de restreindre de façon inédite depuis 1998 la portée des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme en droit interne. Le projet fut mis en suspens puis abandonné en juin 2023 après que son auteur a dû démissionner du fait d'accusations de harcèlement au sein de son cabinet⁸⁹.

Ces échecs ne sauraient occulter les autres initiatives gouvernementales, nombreuses, qui ont gravement porté atteinte aux droits et libertés fondamentaux. Après une longue gestation, le *Online Safety Act 2023* qui encadre la liberté d'expression sur les plateformes numériques a été vertement attaqué par les associations de protection des

⁸⁴ *Human Rights Watch*, « Events of 2022 », <https://www.hrw.org/world-report/2023/country-chapters/united-kingdom> (consulté en septembre 2023).

⁸⁵ Pour un aperçu complet des actions de *Liberty*, v. <https://www.libertyhumanrights.org.uk/issues/>.

⁸⁶ V. *infra*, les rapports et notes cités à l'appui de notre démonstration sur des thématiques précises.

⁸⁷ En 2019, la décision imposée par Boris Johnson à la reine Élisabeth II de proroger le Parlement pour cinq semaines a été frappée d'inexistence à l'unanimité des membres de la Cour suprême présidée par Lady Hale (*R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) ; Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41).

⁸⁸ V. A. Antoine, « Menaces sur les droits humains au Royaume-Uni », *Revue des Droits et Libertés fondamentaux*, 2022, chron. n° 32.

⁸⁹ P. Crerar, A. Allegritti, K. Stacey, « Dominic Raab quits as report criticises his “unreasonably aggressive conduct” », *The Guardian*, 21 avril 2023.

droits humains. Il octroie aux opérateurs privés des prérogatives notables afin qu'ils régulent l'utilisation des données. De nouvelles infractions sont créées. Leur définition large pourrait impliquer une censure de certains contenus, en particulier journalistiques⁹⁰. Le sort de la liberté de la presse est d'ailleurs de moins en moins enviable outre-Manche. La situation de Julian Assange, finalement en cours d'extradition aux États-Unis à la suite de l'épuisement des voies de recours et de l'accord consenti par le gouvernement britannique en juin 2022 à la demande américaine, en témoigne⁹¹. Ce fait, qui s'ajoute à la loi renforçant la protection de la sécurité nationale (*National Security Act 2023*) susceptible de gêner le journalisme d'investigation, est à l'origine d'une nouvelle rétrogradation du Royaume-Uni, deux places derrière la France, dans le classement pour 2023 de Reporters Sans Frontières relatif à la liberté de la presse⁹². Par ailleurs, la surveillance de masse (qui se déploie notamment depuis l'adoption du *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*) étend son empire via l'interception des communications numériques et porte atteinte au droit au respect de la vie privée comme l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *Big Brother* du 25 mai 2021⁹³. Un point positif doit être soulevé : l'entrée en vigueur du *Economic Crime and Corporate Transparency Act 2023* qui compte prévenir le recours aux procédures-bâillons par les entreprises privées (*Strategic Lawsuits Against Public Participation*)⁹⁴ en attribuant des prérogatives nouvelles aux juridictions⁹⁵.

Dans un tout autre domaine, le texte porté par Suella Braverman, ancienne ministre de l'Intérieur, ayant pour finalité de juguler l'immigration illégale (*Illegal Migration Act 2023*) a été condamné de toute part, singulièrement par les Nations unies⁹⁶. En parallèle,

⁹⁰ R. Anderson, « An attack on encryption unprecedented in any democracy », *Index of Censorship*, 8 septembre 2023, <https://www.indexoncensorship.org/2023/09/an-attack-on-encryption-unprecedented-in-any-democracy/> (consulté en septembre 2023). Pour une synthèse des critiques avant l'adoption du texte, v. la publication de l'association *Article 19* : « UK : Online Safety Bill is a serious threat to human rights online », 25 avril 2022 (<https://www.article19.org/resources/uk-online-safety-bill-serious-threat-to-human-rights-online/>, consulté en septembre 2023). V. également l'évaluation préalable au projet de loi de la commission parlementaire *ad hoc* (Joint Committee on the Draft Online Safety Bill Draft Online Safety Bill, Report of Session 2021-2, 14 décembre 2021, HL Paper 129, HC 609).

⁹¹ Concernant la procédure judiciaire engagée par le fondateur de Wikileaks, v. *Government of the United States of America v Assange* [2021] EWHC 3313 (Admin). La Cour suprême a refusé d'accueillir l'appel (v. C. Adams, « Julian Assange can be extradited, says UK Home secretary », *BBC News*, 17 juin 2022).

⁹² Classement disponible sur le site <https://rsf.org/fr/classement> (consulté en septembre 2023).

⁹³ *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 58170/13, 62322/14 et 24960/15. Plusieurs opinions dissidentes ont estimé que la Cour n'était pas allée assez loin et aurait dû constater une violation de la Convention par plusieurs autres dispositifs prévus par la loi (v. les opinions des juges Lemmens, Vehabović et Bošnjak).

⁹⁴ Pour un aperçu comparatif États-Unis, Canada, Royaume-Uni du traitement de ces procédures, v. Direction de l'initiative parlementaire et des délégations, *Note sur les dispositifs de lutte contre les procédures-bâillons*, Sénat français, n° LC312, 18 p.

⁹⁵ Une *task force* a également été créée par le gouvernement au début du mois de septembre 2023 pour lutter contre cet abus de procédure. V. H. Siddique, « UK judges to be given powers to dismiss oppressive Slapps lawsuits at early stage », *The Guardian*, 13 juin 2023.

⁹⁶ Agence des Nations unies pour les réfugiés, « Projet de loi sur l'immigration illégale au Royaume-Uni : le HCR et le Bureau des droits de l'Homme des Nations Unies mettent en garde contre les graves répercussions sur les droits humains et sur le régime international de protection des réfugiés »,

le gouvernement britannique a conclu un protocole d'accord avec le Rwanda sur les demandeurs d'asile dont la requête n'a pas été accueillie par les autorités britanniques⁹⁷. Ce dispositif a été mis à mal par la Cour européenne des droits de l'Homme le 14 juin 2022⁹⁸ qui a adopté des mesures conservatoires d'urgence à l'encontre du Royaume-Uni. La Cour a imposé le respect d'un délai d'au moins trois semaines, afin que soit rendue « la décision nationale finale (de la) procédure de contrôle juridictionnel en cours » outre-Manche. Le premier avion envoyant au Rwanda les demandeurs d'asile éconduits par l'administration n'a pu décoller. Quelques mois plus tard, le gouvernement est désavoué sur le fond par la *Court of Appeal* de Londres, puis par la Cour suprême qui a considéré que le Rwanda n'était pas, au regard des standards internationaux, européens et nationaux, un pays sûr en matière de droits humains, état de fait qui conduit à une violation du principe de non-refoulement⁹⁹. L'épisode contentieux a provoqué l'ire de Suella Braverman et de l'aile droite du parti conservateur qui ont multiplié les attaques à l'encontre des juges et du système de la Convention¹⁰⁰. À l'occasion d'un remaniement quelques semaines plus tard, bien que Suella Braverman a été évincée, le gouvernement a déposé un projet de loi dont l'objet est de contourner la décision de la Cour suprême. Le *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill* prévoit la non-application de plusieurs dispositions du *HRA*¹⁰¹ et, sur le fondement d'un traité conclu de façon express avec le Rwanda le 6 décembre 2023, dispose que la situation qui y prévaut est sûre pour les migrants¹⁰². Aucune juridiction ne serait donc en position de prétendre le contraire¹⁰³ (*ouster clause*). Ce texte viole, à n'en pas douter, la Convention tandis que la clause d'exclusion de compétence des juridictions pose concrètement la question de la compatibilité du principe de souveraineté du Parlement avec deux autres principes constitutionnels tout aussi fondamentaux : le respect du *rule of law* et la « séparation des pouvoirs »¹⁰⁴.

<https://www.unhcr.org/fr/actualites/communiques-de-presse/projet-de-loi-sur-limmigration-illegale-au-royaume-uni-le-hcr-et> (consulté en septembre 2023).

⁹⁷ Home Office, *Memorandum of Understanding between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the government of the Republic of Rwanda for the provision of an asylum partnership arrangement*, 13 avril 2022, <https://www.gov.uk/government/publications/memorandum-of-understanding-mou-between-the-uk-and-rwanda/memorandum-of-understanding-between-the-government-of-the-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland-and-the-government-of-the-republic-of-rwanda> (consulté en septembre 2023).

⁹⁸ CourEDH, 14 juin 2022, *N.S.K. c. Royaume-Uni*, n°28774/22.

⁹⁹ *AAA and others v The Secretary of State for the Home Department* [2023] EWCA Civ 745 ; *AAA and others v The Secretary of State for the Home Department*, [2023] UKSC 42.

¹⁰⁰ V. M. Weaver, « Suella Braverman says “we will do whatever it takes” if Strasbourg thwarts Rwanda plan », *The Guardian*, 28 août 2023.

¹⁰¹ Sections 2 (interprétation des droits et libertés protégés), 3 et 6 du *HRA*.

¹⁰² Section 2 du projet de loi.

¹⁰³ Section, § 3 du projet : « As a result of subsection (1), a court or tribunal must not consider a review of, or an appeal against, a decision of the Secretary of State or an immigration officer relating to the removal of a person to the Republic of Rwanda to the Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill extent that the review or appeal is brought on the grounds that the Republic of Rwanda is not a safe country. »

¹⁰⁴ Nous mettons le principe entre parenthèses, car la « séparation des pouvoirs » est un principe générique qui fait référence, non pas à une réelle séparation entre les pouvoirs, mais à des mécanismes de pression et de contrôle réciproques entre les pouvoirs garantissant la préservation de la société démocratique.

D'autres textes emportent l'inquiétude. Le *Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Act 2023* est considéré par le Conseil de l'Europe comme portant « atteinte à la justice pour les victimes, à la recherche de la vérité et à la réconciliation »¹⁰⁵. En dernier lieu, le *Higher Education (Freedom of Speech)* de la même année, s'il prétend promouvoir la liberté d'expression au sein des universités, suscite des doutes quant à l'efficacité et l'ambivalence de la régulation qu'il instaure¹⁰⁶.

Les actions des gouvernements conservateurs depuis 2019 ne sont que les manifestations ultimes de vagues régulières d'attaques à l'encontre des droits et libertés fondamentaux. La question se pose alors de savoir ce qui est à l'origine de cette tendance devenue structurelle. Il est possible de voir dans la « révolution conservatrice » initiée par Margaret Thatcher la pierre angulaire d'une instrumentalisation politique de la sécurité par la classe politique dirigeante, défavorable aux droits et libertés.

Partie II – Révolution conservatrice, sécurité, droits et libertés

L'impératif de sécurité est consubstantiel à l'émergence de la figure étatique et se décline en deux aspects auxquels se rattache l'essentiel des compétences régaliennes. La sécurité externe mobilise la défense et les relations internationales, tandis qu'au niveau interne, ce sont la police et la justice qui sont plus volontiers concernées pour préserver l'ordre public. La puissance de l'État et sa légitimité s'affirment par la capacité à assumer convenablement toutes ces missions. Les individus qui incarnent les institutions en ont parfaitement conscience et n'hésitent pas, à un moment ou à un autre de l'exercice du pouvoir, à les instrumentaliser. L'histoire du monde en donne trop d'exemples pour s'en convaincre. Dans le Royaume-Uni contemporain, cette instrumentalisation est prégnante. Elle doit être mise en perspective avec ce qu'il convient de nommer « la révolution conservatrice » née avec Margaret Thatcher. Promouvant une véritable idéologie qui emprunte à des courants de pensée divers¹⁰⁷, mais aussi à l'opportunisme, ce conservatisme se caractérise par la valorisation de la libre entreprise, de la liberté contractuelle et de la concurrence, parfois en porte-à-faux avec les droits sociaux qui sont présentés comme des perturbateurs potentiels de l'ordre

¹⁰⁵ Commissaire aux droits de l'homme, Déclaration, « Royaume-Uni : l'adoption de la proposition de loi relative à l'héritage des Troubles en Irlande du Nord (« Legacy Bill ») portera atteinte à la justice pour les victimes, à la recherche de la vérité et à la réconciliation », 20 juin 2023, <https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/united-kingdom-adopting-northern-ireland-legacy-bill-will-undermine-justice-for-victims-truth-seeking-and-reconciliation> (consulté en septembre 2023).

¹⁰⁶ M. Bennett, « Protecting Free Speech whilst Preventing Terrorism : The Higher Education (Freedom of Speech) Bill and the “Prevent Duty” », *U.K. Const. L. Blog*, 28 juin 2022.

¹⁰⁷ Margaret Thatcher ne cachait pas son vif intérêt pour Hayek et l'influence que ses écrits exercèrent sur elle (notamment lorsqu'elle niera l'existence de la société, v. *infra* note 26 ; v. *Tributes to Margaret Thatcher*, Hansard, 10 avril 2013, vol. 560, n° 138, p. 1642). La Première ministre était également perméable aux théories de l'École de Chicago et de Milton Friedman (v. G. Campagnolo, « Pourquoi la crise ne dément pas Hayek », *Cités*, 2010, n° 41, p. 51), même si ce dernier a pu être critiqué à son égard (le lecteur consultera avec intérêt le site de la fondation Thatcher qui a déclassifié nombre de documents relatifs aux échanges de Friedman et Hayek avec Thatcher qui sont révélateurs de l'importance prise par ces deux auteurs dans la révolution conservatrice thatchérienne : v. « *Thatcher, Hayek and Friedman* », <https://www.margaretthatcher.org/archive/Hayek.asp>, consulté en septembre 2023 ; v. également les archives de la société Sotheby's, « Man Whose Powerful Critique of Socialism Influenced Margaret Thatcher », 12 mars 2019, <https://www.sothebys.com/en/articles/this-is-what-we-believe-margaret-thatcher-and-f-a-hayek> ; consulté en septembre 2023).

du marché. La révolution conservatrice recouvre également une forme d'autoritarisme électoraliste fondé sur le bellicisme extérieur (guerre des Malouines, soutien à des dictatures perçues en tant que remparts au socialisme) et à la multiplication de dispositifs sécuritaires à l'échelle nationale.

L'équilibre de la balance entre le renforcement des dispositifs sécuritaires et les avancées en matière de droits et libertés penche alors du côté du premier mouvement. La classe politique britannique fait sans doute sienne l'idée trompeuse selon laquelle « la première des libertés, c'est la sécurité »¹⁰⁸. Bien que jouir des libertés individuelles et collectives semble difficile si la sécurité des sujets de droit n'est pas assumée convenablement par l'État (sécurité publique, mais aussi sociale, environnementale, juridique, et matérielle), elle est évidemment une notion qui ne saurait être assimilée aux libertés puisque la recherche de l'absence de tout type de trouble (dont l'un des avatars démagogiques est la « tolérance zéro ») est une utopie dangereuse qui mène au totalitarisme. À ce rappel élémentaire s'ajoute le principe tout autant fondamental que, dans un État démocratique où règne la prééminence du droit, l'exercice des droits et libertés individuels ou collectifs garantit la concorde sociale, elle-même fondement de la sécurité. En somme, la première des sécurités dans un régime démocratique (dans un rapport étroit avec la sûreté), réside en la reconnaissance par l'État de droits et libertés au profit des personnes physiques et morales. Cette logique s'efface au fur et à mesure de l'exploitation de troubles plus ou moins intenses par une classe politique d'abord soucieuse de succès électoraux en faisant valoir auprès des citoyens des arguments simplistes structurés autour de la stigmatisation d'ennemis de l'extérieur et de l'intérieur plus ou moins fantasmés.

Les événements marquants des années 1970-1980 servent de prétexte à la dérive liberticide des gouvernements, qu'il s'agisse des violences urbaines, des grèves longues ou du terrorisme, d'abord nord-irlandais, puis islamique à l'aube du nouveau millénaire. Plusieurs recherches tendent ainsi à montrer que la législation conservatrice des années Thatcher est un point de départ de dispositifs qui se révéleront plus sévères par la suite¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Ce propos a été tenu par plusieurs personnalités politiques en France. Alain Peyrefitte, alors Garde des Sceaux, en serait le premier auteur en 1980. Christian Estrosi, maire de Nice et ancien ministre, affirme en 2013 être « un héritier de la révolution de 1789, celle des droits de l'Homme et du citoyen, qui consacre la sécurité comme la première des libertés » (v. C Mathiot, « La sécurité, première des libertés ? Histoire d'une formule », *Libération*, 24 septembre 2013). Législativement, un rapprochement entre sécurité et liberté est opéré pour la première fois par la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité dont l'article 1^{er} indique que la sécurité (...) est l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives ». L'amalgame entre sécurité et liberté est patent dans la loi n° 2021-646 du 25 mai 2021, intitulée « pour une sécurité globale préservant les libertés » (censurée partiellement par le Conseil constitutionnel en raison de l'insuffisances de garanties apportées par le législateur aux libertés..., Cons. const. , 20 mai 2021, n° 2021-817 DC, *Loi pour une sécurité globale préservant les libertés*, AJDA 2021, p. 1063). Le Conseil d'État refuse de faire de l'obligation d'assurer la sécurité publique une liberté fondamentale invocable devant le juge dans le cadre d'un référé-liberté (Ord. CE, 20 juill. 2001, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, req. n° 236196).

¹⁰⁹ V. en ce sens C. S Hay, S., Farrall, N. Burke, « Revisiting Margaret Thatcher's law and order agenda : The slow-burning fuse of punitiveness », *British Politics*, 2016, n°11/2, p. 205.

L'examen du programme électoral du parti conservateur de 1979 est éclairant. Il explicite le postulat que Margaret Thatcher retient afin de mener sa politique de rupture. Pour elle, « en étendant le rôle de l'État et en diminuant celui de l'individu, (les travaillistes) ont inhibé l'esprit d'entreprise et les efforts d'une nation prospère pour que ses services publics se perfectionnent ». De plus, « en octroyant sans cesse des privilèges sans responsabilité aux syndicats, le parti travailliste a donné à une minorité d'extrémistes le pouvoir d'abuser de libertés individuelles et de nuire aux chances de succès du Royaume-Uni »¹¹⁰. Plus loin dans le texte, il est admis que les économies qui seront faites dans certains secteurs d'intervention de l'État n'empêcheront pas un investissement massif en faveur des services de police qui sont préservés des coupes budgétaires envisagées pour les autres administrations¹¹¹.

L'ambition de la future Première ministre est, contrairement à ce qu'elle assène en incipit de son *manifesto*, dogmatique. Il s'agit d'une opposition assez classique entre l'individu et l'État, mais poussée à son paroxysme, au-delà même de ce que les premiers auteurs libéraux ont théorisé¹¹². Selon Margaret Thatcher, le cœur de tout projet politique est l'individu, non la société qui n'existerait pas¹¹³. Lieu de rencontre des intérêts individuels, le marché est cet espace à la fois concret et abstrait où un équilibre des relations entre les personnes privées peut parvenir à un optimum que l'État, au mieux, doit encourager et soutenir. En revanche, il ne saurait en être un acteur ni être un substitut aux défaillances individuelles. Par conséquent, la politique thatchérienne ne peut que remettre en cause les services publics non régaliens, les aides sociales, les entreprises nationales, l'interventionnisme local et toute organisation visant à entraver l'esprit d'entreprendre, en particulier les corps intermédiaires comme les syndicats.

Si l'analyse catégorique et fondatrice de Margaret Thatcher trouve un écho dans l'électorat, c'est que le Royaume-Uni souffre incontestablement, à l'époque, d'un déclin et de rigidités structurelles qui l'ont affaibli depuis la Seconde Guerre mondiale et qui favorisent les tensions territoriales, sociales et interethniques¹¹⁴. Cependant, le traitement promu par la Dame de fer s'avérera d'une grande violence sociale en accroissant les dispositifs répressifs et en stigmatisant exagérément les syndicats.

¹¹⁰ 1979 Conservative Party General Election Manifesto, point 1 (<http://www.conservativemanifesto.com/1979/1979-conservative-manifesto.shtml>, consulté en septembre 2023).

¹¹¹ *Op. cit.*, point 4 « The rule of Law », « The Fight against Crime ».

¹¹² Notamment Adam Smith. Comme le souligne Daniel Stedman Jones, les penseurs comme Hayek qui ont inspiré Thatcher « s'éloigne(nt) de l'économie politique classique des Lumières écossaises par sa vision sans ambiguïté du marché libre et de ses effets » (*Masters of the Universe. Hayek, Friedman, and the Birth of Neoliberal Politics*, Princeton University Press, 2012, p. 101).

¹¹³ Le propos de la Dame de fer est bien connu. Il émane d'une interview donnée le 31 octobre 1987 au magazine *Woman's Own*. Il nous paraît pertinent d'en retranscrire le passage complet pour en saisir la quintessence : « Je crois que nous venons de traverser une période au cours de laquelle on a laissé de trop nombreux enfants, de trop nombreuses personnes se dire : "Je rencontre une difficulté, c'est au gouvernement de faire le nécessaire !", "Je rencontre une difficulté, je vais aller réclamer une subvention pour m'en sortir !", "Je vis dans la rue, c'est au gouvernement de me trouver un logement !" Et donc, ces personnes en viennent à reporter leurs problèmes sur la société. Mais la société, c'est qui ? Ça n'existe pas ! Il y a des hommes et des femmes, il y a des familles, et aucun gouvernement ne peut faire quoi que ce soit, si ce n'est à travers les gens. Mais les gens s'occupent d'eux-mêmes avant tout. »

¹¹⁴ V. A. Antoine, *Le Brexit. Une histoire anglaise*, Paris, Dalloz, 2020, coll. Les sens du droit, p. 103.

S'appuyant sur la lassitude des citoyens du fait de blocages récurrents de l'économie, sur un discours de plus en plus hostile à l'égard de certaines populations (notamment les immigrés des anciennes colonies) et une politique plus stricte en matière d'ordre public initiée au milieu des années 1970¹¹⁵, le gouvernement Thatcher accélère un mouvement réformateur d'ampleur qui ne se sera pas démenti par ses successeurs. La prise en compte du sentiment populaire exacerbé par les médias dans la démocratie d'opinion qu'est le Royaume-Uni entraîne la montée en puissance du « populisme pénal »¹¹⁶ à partir des années 1980.

Des recherches récentes montrent que, depuis ces années-là, il y a une croissance du recours à l'emprisonnement au Royaume-Uni (le nombre de détenus double de 1980 à 2010) ou au contrôle social facilitée par l'expansion de la réglementation répressive¹¹⁷. L'accélération du populisme pénal et de la « culture du contrôle »¹¹⁸ est ensuite constatée à partir des années 1990 afin de répondre à un souci de l'opinion en partie influencée par les médias¹¹⁹. La solution à l'augmentation de la criminalité est la sanction (au détriment de la réinsertion et de la prévention). Elle apporte une réplique rapide et simple aux émotions suscitées par les faits divers violents montés en épingle par les tabloïds et les chaînes d'information continue - ce qui aboutit à un effet grossissant de phénomènes plus limités qu'il n'y paraît¹²⁰.

La période d'émeutes urbaines des années 1970 qui a connu un paroxysme au début de la décennie suivante en 1981, lors des soulèvements de Brixton et de Liverpool, est exploitée par les conservateurs pour soutenir une politique répressive qui minimise leurs soubassements ethniques, xénophobes et sociaux¹²¹. Parce que ces événements ne visaient pas la nouvelle politique de Thatcher, mais plutôt les forces de police, ils ont conforté la conviction de la Première ministre qu'il fallait restaurer « le droit et l'ordre » (« law and order »), expression chère aux tories. Dans ses interventions relatives aux violences de 1981 (et quand bien même elle a pu produire des réflexions parfois plus subtiles), la Dame de fer considère qu'elles sont survenues dans un contexte de

¹¹⁵ Sur la politique migratoire et d'intégration menée par le Royaume-Uni depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, les travaux de Vincent Latour sont essentiels (v. *Le Royaume-Uni et la France au test de l'immigration et à l'épreuve de l'intégration : 1930-2012*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2014, 250 p.). V. aussi A. Antoine, « Nationalité et citoyenneté au Royaume-Uni », in B. Bertrand, S. Cassella, C. Rappoport, *La nationalité au carrefour des droits*, 2019, Rennes, Presses universitaires de Rennes, p. 105.

¹¹⁶ V. W. Jennings, S. Farrall, E. Gray, C. Hay, « Penal Populism and the Public Thermostat : Crime, Public Punitiveness and Public Policy », *Governance*, 2017, n° 3, p. 463.

¹¹⁷ J. Jacobson, M. Hough, « Missed opportunities and new risks : penal policy in England and Wales in the past 25 years », *Political Quarterly*, 2018, n° 89/2, p. 177. Sur le traitement pénal des mineurs particulièrement sévère outre-Manche, v. le rapport de l'UNICEF : *Report and recommendations : A rights-based analysis of youth justice in the United Kingdom*, 2020, 124 p. V. aussi, pour les traitement pénal des minorités, v. R. Yasin, G. Sturge, « Ethnicity and the criminal justice system : What does recent data say on over-representation », *House of Commons Library*, 2020 (<https://commonslibrary.parliament.uk/ethnicity-and-the-criminal-justice-system-what-does-recent-data-say/>, consulté en septembre 2023).

¹¹⁸ W. Jennings, S. Farrall, E. Gray, C. Hay, *op. cit.*, et A. Bottoms, « The Politics of Sentencing Reform », in C. Clarkson, R. Morgan (ed.), *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*, Oxford, OUP, 1995, p. 17 ; D. Garland, *The Culture of Control*, Oxford, OUP, 2001, 324 p.

¹¹⁹ V. les statistiques produites par W. Jennings, S. Farrall, E. Gray, et C. Hay, *op. cit.*, p. 471.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Lord Justice Scarman, *The Brixton Disorders 10-12 April 1981*, Home Office, 1981, Cmnd n° 8427.

« processus d'ensemble d'un déclin des zones urbaines et d'un déclin moral initiés après la Seconde Guerre mondiale »¹²². La loi qui en résultera, si elle vise à établir une nouvelle déontologie à destination des forces de police supervisée par la *Police Complain Authority*, accroît néanmoins leurs prérogatives (*Police and Criminal Evidence Act 1984*). Elle introduit la procédure du *stop and search*¹²³ qui leur permet de procéder sans mandat à l'arrestation et à la fouille d'individus suspectés d'activités délictuelles ou criminelles. L'expansion constante de ce pouvoir donnera lieu à de nombreux contentieux et des rapports critiques du Parlement et des autorités publiques indépendantes¹²⁴. Cette conflictualité révèle la tension entre l'État sécuritaire et les citoyens dans l'exercice de leurs droits et libertés.

L'obsession politique pour la sécurité se traduit surtout par une logorrhée législative à partir de la loi de 1984 : le populisme pénal passe par un « populisme législatif »¹²⁵, véritable cancer des systèmes juridiques contemporains. Depuis 1945, jamais le droit pénal n'a été si souvent amendé dans l'optique de l'accroissement de prérogatives reconnues aux forces de police (60 textes ont modifié la loi de 1984, soit plus d'un par an¹²⁶). Le Royaume-Uni surpasse, sur ce point, la France qui n'est pas non plus en reste quant à la multiplication des nouvelles lois pénales à objet essentiellement sanctionnateur¹²⁷. Une autre réglementation, celle qui émane de l'acte du Parlement de 1986 sur l'ordre public¹²⁸, connaît une évolution similaire. Elle doit être directement reliée aux atteintes à la sécurité publique qui se sont accentuées à partir de 1984-1985.

¹²² P. Hayes, « Riots in Thatcher's Britain », in M. T. Davis (ed.), *Crowd Actions in Britain and France from the Middle Ages to the Modern World*, Londres, Palgrave Macmillan, 2015, p. 259.

¹²³ Prévu par le *Police and Criminal Evidence Act 1984*, et amendé par le *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, sections 44-47, le *Police Act 1996*, et le *Terrorism Act 2000*.

¹²⁴ Pour un aperçu de ces rapports, et notamment des travaux du *Joint Committee on Human Rights* du Parlement britannique sur la législation anti-terroriste qui a favorisé l'extension du *stop and search*, v. Joint Committee on Human Rights, *Legislative Scrutiny : Counter-Terrorism and Security Bill*, HL Paper 86, HC 859, 12 janvier 2015). V. aussi les propositions du *Reviewer of Terrorism Legislation* pour modifier l'arsenal juridique actuel, sans succès (v. J. Hall, *The Terrorism Acts in 2021, Report of the Independent Reviewer of Terrorism Legislation on the operation of the terrorism acts 2000 and 2006, and the terrorism prevention and investigation measures act 2011*, mars 2023, 210 p. et spécialement les recommandations en annexe).

¹²⁵ L. Assier-Andrieu, *L'autorité du passé. Essai anthropologique sur la Common Law*, Paris, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2011, p. 24.

¹²⁶ Voici la liste des principaux actes du Parlement : le *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, le *Police Act 1996*, le *Criminal Procedure and Investigations Act 1996*, le *Crime and Disorder Act 1998*, le *Terrorism Act 2000*, le *Criminal Justice and Police Act 2001*, le *Police Reform Act 2002*, le *Criminal Justice Act 2003*, le *Sexual Offences Act 2003*, le *Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004*, le *Serious Organised Crime and Police Act 2005*, le *Prevention of Terrorism Act 2005*, le *Drugs Act 2005*, *Police and Justice Act 2006*, le *Serious Crime Act 2007*, le *Counter-terrorism Act 2008*, le *Coroner and Justice Act 2009*, le *Crime and Security Act 2010*, le *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011*, l'*Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014*, le *Criminal Justice and Court Act 2015*, *Policing and Crime Act 2017*, le *Counter-Terrorism and Border Security Act 2019*, le *Sentencing Act 2020*, *Domestic Abuse Act 2021*, le *Police, Crime, Sentencing and Courts Act 2022*, et le *National Security Act 2023*. La liste n'est pas exhaustive et n'intègre pas les modifications temporaires survenues à l'occasion de la pandémie de Covid-19. Elle n'inclut pas non plus les actes de législation déléguée.

¹²⁷ V. J. Moret-Bailly, É. Rubi-Cavagna, *Droit pénal : la contre-Révolution silencieuse*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2021, 300 p.

¹²⁸ La notion d'ordre public en droit britannique est distincte de celle qui prévaut en droit administratif français et se confond souvent avec le droit pénal. Néanmoins, il recèle une dimension préventive plus marquée que dans les dispositifs de droit criminel. Nous renvoyons sur ce sujet à notre article « L'ordre public au Royaume-Uni », in Ch.-A. Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, Paris, Cujas, 2013, p. 141.

Partie III – L’extension des qualifications des troubles à l’ordre public à partir de 1984-1985

Les infractions liées à l’atteinte à l’ordre public sont, depuis le *Public Order Act* de 1986, déterminées par la loi et non plus par le *common law*¹²⁹. L’immixtion législative dans la définition des troubles à l’ordre public et le régime juridique en découlant est un changement essentiel qui permet à tous les gouvernements qui se succèdent depuis les années 1980 d’adopter toujours plus de normes précisant le dispositif de 1986, à l’instar de ce qui a été constaté à propos de la loi de 1984. Le *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 enrichit le droit existant en encadrant un peu plus les libertés, en particulier de réunion. Il étend encore l’approche des comportements jugés antisociaux et renforce des procédures de prévention plus attentatoires aux libertés et droits fondamentaux¹³⁰. Depuis cette loi, plusieurs textes ont élargi la qualification d’atteinte à l’ordre public, souvent en rapport avec les évolutions pénales susmentionnées¹³¹, mais également dans le cadre des pouvoirs octroyés au renseignement¹³². Le dernier exemple en date est le *Public Order Act* de 2023. Il prévoit des moyens inédits à la disposition des autorités de police à la faveur d’un encadrement strict du droit de manifester. Le *stop and search* est étendu et de nouvelles infractions sont créées en lien avec les actions de blocages des voies publiques et des transports. Une fois encore, des événements conjoncturels furent invoqués afin de justifier la pertinence du texte, en particulier les actions menées par des militants écologistes depuis 2021 des associations *Extinction Rebellion*, *Just Stop Oil*, et *Insulate Britain*. Alors que le groupement revendique le droit à la résistance civile face aux dangers du réchauffement climatique pour l’être humain, le gouvernement promeut la répression dans un contexte d’inflation des prix de l’énergie et des denrées de première nécessité. La volonté d’étouffer les rébellions écologiques n’est pas propre au Royaume-Uni. En France, la décision du ministère de l’Intérieur de dissoudre l’association Les Soulèvements de la Terre s’en rapproche. Les juges des référés du Conseil d’État français ont estimé à juste titre selon nous qu’il existait « un doute sérieux quant à la qualification de provocation à des agissements violents à l’encontre des personnes et des biens retenue par le décret de dissolution »¹³³. Outre-Manche, la loi de 2023 sur l’ordre public a suscité une production considérable de rapports et de notes d’associations de défense des droits humains la condamnant, alors que la liberté de

¹²⁹ V. notamment *Shaw v Director of Public Prosecutions*, [1962] AC 220 et *Kneller v DPP* [1973] AC 435.

¹³⁰ V. A. Antoine, « *Rule of law* et ordre public au Royaume-Uni », *Archives de Philosophie du Droit*, 2015, t. 58, p. 243.

¹³¹ *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, *Criminal Justice Act 2003*, *Serious Organised Crime and Police Act 2005*, *Racial and Religious Hatred Act 2006*, *Serious Crime Act 2007*, *Criminal Justice and Immigration Act 2008*, *Crime and Courts Act 2013*, *Police, Crime, Sentencing and Courts Act 2022*. Pour un aperçu de l’ensemble des problématiques actuelles, v. le site des groupements de protection des droits humains mentionnés en première partie. Pour une étude détaillée du droit positif jusqu’en 2014, nous nous permettons de renvoyer également à nos analyses sur l’ordre public (« L’ordre public au Royaume-Uni », préc. ; et « *Rule of law* et ordre public au Royaume-Uni », préc., *loc. cit.*).

¹³² *Investigatory Powers Act 2016*.

¹³³ Ord. CE, 11 août 2023, *Les Soulèvements de la Terre et autres*, req. n° 476385.

manifester fait l'objet d'attaques récurrentes depuis plusieurs décennies de la part du législateur¹³⁴.

Le cas des militants écologistes (parfois traités « d'écoterroristes ») par la loi de 2023 permet de vérifier l'extension d'arsenaux juridiques originellement pensés pour les terrorismes meurtriers. La montée en puissance de la législation antiterroriste au Royaume-Uni date des années 1980 afin de répondre aux violences de l'*Irish Republican Army (IRA)* dont les membres tenteront d'assassiner la Première ministre à Brighton le 12 octobre 1984. En réaction, la Dame de fer s'est d'abord appuyée sur le *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act* de 1974 qui venait compléter le *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act* de 1973. La loi de 1974 a été reconduite à plusieurs reprises, faisant de l'exceptionnalité d'origine le principe¹³⁵ tout en octroyant de nouveaux pouvoirs aux autorités publiques¹³⁶. La fuite en avant initiée par le gouvernement Thatcher n'a jamais été véritablement démentie depuis lors. Malgré leur libéralisme politique et leur rôle déterminant en faveur de l'Europe des droits humains du fait de l'adoption du *HRA*, les travaillistes qui remportent les élections générales en 1997 porteront parmi les projets les plus contestés des quarante dernières années en matière de droits et libertés fondamentaux, révélant toute l'ambivalence de leur leader de l'époque, Tony Blair. Non sans paradoxe, c'est sur le fondement du *HRA* que plusieurs dispositions de lois antiterroristes travaillistes seront remises en cause par le juge national¹³⁷.

L'intervention des juridictions n'a pas suffi à créer un électrochoc parmi les personnalités politiques et chez les citoyens afin de rompre un consensus dans la façon de traiter les questions d'insécurité qui, sous Thatcher comme sous Tony Blair, sont gérées dans un rapport direct avec les menaces internationales. La préservation de la paix civile dans une société mondialisée implique une approche globalisante qui confond le maintien de l'ordre public et la défense externe de l'État au profit d'un accroissement constant des pouvoirs de police, éventuellement avec l'appui de l'armée et de forces privées. Ce « continuum de sécurité » qui vise à offrir une « sécurité

¹³⁴ V. M. Glasius, J. Schalk et M. De Lange, « Illiberal Norm Diffusion : How Do Governments Learn to Restrict Nongovernmental Organizations? », *Int. St. Qua.*, 2020, n° 64/2, p. 45 ; et A. Antoine, « La liberté de manifestation au Royaume-Uni », *Jus Politicum*, n° 17, 2017.

¹³⁵ V. W. Nelson, « Terrorist challenge to the rule of law : The British experience », *Terrorism*, 1990, n° 13/3, p. 227.

¹³⁶ V. « The Prevention of Terrorism Act : Normalising the Politics of Repression », *Journal of Law and Society*, 1983, vol. 10/1, p. 71. La loi de 1973, circonscrite à l'Irlande du Nord, sera abrogée au profit d'une loi plus générale, le *Terrorism Act* de 2000. Quant aux dispositifs d'urgence, ils sont prévus par le *Civil Contingencies Act* de 2004.

¹³⁷ L'affaire la plus retentissante en la matière a trait à l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act* du 14 décembre 2001. La loi étendait considérablement les pouvoirs des autorités publiques, dès lors qu'elles suspectaient quiconque d'activités terroristes. Les non-nationaux pouvaient se retrouver en détention indéfiniment, et sans procès, une fois que des indices tendaient à prouver qu'ils avaient participé à un projet d'attentat. Cette disposition a été déclarée incompatible avec le *HRA* (*A v Secretary of State for the Home Department* de 2004 [2004] UKHL 56). L'*Appellate Committee of the House of Lords* a retenu l'incompatibilité avec les articles 5 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (v., notamment, A. Tomkins, « Readings of *A v. Secretary of State for the Home Department* », *Public Law*, 2005, p. 259).

globale » aux citoyens¹³⁸ puise ses sources dans les conservatismes américain et britannique des années 1970-1980¹³⁹. L'extension de la répression du terrorisme au Royaume-Uni doit donc être entendue comme le pendant interne d'initiatives martiales à l'international que sont, sous Thatcher, la guerre des Malouines et, sous Tony Blair, le soutien actif à l'invasion de l'Irak par les États-Unis.

Le bellicisme sécuritaire qui caractérise la législation britannique depuis près de 45 ans se comprend au-delà des émeutes urbaines et du terrorisme. Les conflits sociaux des années 1980 furent un vecteur de l'amenuisement sensible du droit de grève et de droits collectifs, comme l'appartenance à un syndicat. La production législative est, en la matière, considérable et précède même les blocages de 1985-1986. Pas moins de six lois sont votées sous Thatcher¹⁴⁰. Son successeur, John Major, les synthétisera par le *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* de 1992¹⁴¹. En 2023, le gouvernement conduit par Rishi Sunak qui fait face à des grèves dans la majeure partie des services publics, soumet au Parlement un projet étendant les obligations de service minimum (*Strikes (Minimum Service Levels) Act 2023*). Le texte a été logiquement dénoncé par les syndicats pour trois motifs : le nombre de secteurs concernés par les nouvelles contraintes législatives définis, de surcroît, de façon vague ; le pouvoir de décision unilatérale octroyé au ministre compétent pour prendre toute mesure nécessaire à l'accomplissement du service minimum, et ce, sans négociation préalable ; et enfin les risques de tensions entre les syndicats et leurs membres puisque les premiers devront participer à la détermination des employés réquisitionnés¹⁴². Des interrogations demeurent quant à la conformité de l'ensemble du droit du travail britannique avec l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme et les standards prévus par les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) auxquels fait référence l'accord de commerce et de coopération conclu entre l'Union européenne et le Royaume-Uni¹⁴³. Ainsi que le rappellent Keith Ewing et Lord Hendy, « le poids cumulé de toutes les restrictions au droit de grève au Royaume-Uni ("la législation la plus contraignante sur les syndicats dans le monde occidental" comme l'a décrit Tony Blair en 1997) dont nombre d'entre elles ont été condamnées par les commissions de l'OIT comme étant incompatibles avec la convention de 1987, et l'absence de

¹³⁸ Expressions qui ont fait florès en France depuis le rapport de A. Thourot, J.-M. Fauvergue, *D'un continuum de sécurité vers une sécurité globale*, septembre 2018, 178 p. dont certaines préconisations sont reprises par la loi n° 2021-646 du 25 mai 2021, préc.

¹³⁹ V. le documentaire de Karine Parrot et Stéphane Elmidjian, « Sécurité globale, de quel droit ? » (<https://kparrot.gitlab.io/securite-globale-de-quel-droit/>, consulté en septembre 2023). Notons que certaines universités britanniques font de la thématique « crime, terrorisme et sécurité globale » un enseignement qui interroge l'évolution décrite (notamment à l'université de Coventry : <https://www.coventry.ac.uk/course-structure/pg/fah/terrorism-international-crime-and-global-security-ma/>, consulté en septembre 2023).

¹⁴⁰ *Employment Act 1980, Employment Act 1982, Public Order Act 1986, Employment Act 1988, Employment Act 1989, et Employment Act 1990.*

¹⁴¹ Auquel il faut adjoindre le *Trade Union Reform and Employment Rights Act 1993*.

¹⁴² J. Grogan, C. Barnard, « Strikes, essential services, and minimum service levels », *UK in a Changing Europe*, 30 janvier 2023 (<https://ukandeu.ac.uk/explainers/strikes-essential-services-and-minimum-service-levels/>, consulté en septembre 2023).

¹⁴³ K. Ewing, J. Hendy, « Strikes (Minimum Service Levels) Bill and the ILO: A Reply to Sunak », *Institute of Employment Rights*, 16 juin 2023, (<https://www.ier.org.uk/comments/strikes-minimum-service-levels-bill-and-the-ilo-a-reply-to-sunak/>, consulté en septembre 2023).

limitations similaires en France, en Espagne et en Italie (en réalité, partout ailleurs en Europe), rendent peu probable » un jugement positif de l'OIT sur la nouvelle loi¹⁴⁴.

Ce foisonnement (ou plutôt cette incontinence législative¹⁴⁵ qui tente d'empêcher et de réprimer tout ce qui est susceptible de gêner l'ordre et le marché) doit être mis en rapport avec deux variables. La première concerne l'évolution du taux de criminalité au Royaume-Uni¹⁴⁶. Entre 1980 et 1995, la croissance d'actes criminels et délictueux explose (de 11300 actes constatés à près de 20000). À partir de 1996, la diminution est rapide (pour atteindre 4385 crimes ou délits), mais elle doit être fortement relativisée depuis plusieurs années du fait de la délinquance numérique qui fait bondir le taux à 8656 délits. En outre, les violences les plus graves stagnent assez nettement depuis 2010¹⁴⁷. Plus inquiétante est l'envolée des enregistrements de crimes et délits sexuels dont la prise en compte par les pouvoirs publics est jugée insuffisante¹⁴⁸. La pacification apparente de la société britannique ne concerne donc que quelques aspects de la criminalité et ne connaît plus un déclin tel qu'il serait possible de considérer que l'adoption de mesures toujours plus répressives est une solution encore efficace. Le procédé du *stop and search* régulièrement condamné par les associations de protection des droits humains est reconnu comme étant inadapté afin d'éviter la survenance des violences. Le peu de cas qu'il est fait de l'éducation, de la prévention et de la réinsertion continue d'interroger la pertinence de dispositifs pénaux ayant clairement atteint leurs limites¹⁴⁹.

Le second paramètre est la rareté de textes qui visent à préserver les libertés ou à revenir sur certains pouvoirs octroyés aux forces de police. Le *Police and Social Responsibility Act* de 2011 ou le *Freedom Act* de 2012 vont dans ce sens. Bien avant ces lois, c'est bien sûr le *Human Rights Act* de 1998 qui demeure le dernier grand texte favorable aux droits

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Qui ne touche pas que les droits et libertés mis ici en exergue. Le *Contempt of Court Act* de 1981 fait en sorte de restreindre la diffusion par les médias ou des groupements de citoyens du contenu de certains procès (v. J. Sim, Ph. Thomas, *op. cit.*).

¹⁴⁶ Les chiffres sur lesquels nous fondons notre propos sont issus de l'enquête annuelle de l'Office National des Statistiques sur les crimes et les délits en Angleterre et au pays de Galles (*Crime in England and Wales : year ending March 2023. Crime against households and people aged 16 and over using data from police recorded crime and the Crime Survey for England and Wales (CSEW)*, mars 2023). Notons que les chiffres donnés dans la CSEW ne sont pas considérés comme des « statistiques nationales » dans la mesure où il est difficile d'établir un taux de criminalité qui reflète fidèlement la réalité. Les interviews menées par l'ONS directement auprès des victimes sont mises en rapport avec les données collectées par les services de police.

¹⁴⁷ V. la figure 4 du rapport.

¹⁴⁸ Dans ses rapports annuels, la commissaire pour les victimes, qui est une institution indépendante d'évaluation de la situation et du traitement des victimes pour l'Angleterre et le pays de Galles, n'a eu de cesse de rappeler à l'ordre les gouvernements successifs sur ce sujet (v. dernièrement *Victim's Commissioner Annual Report 2021/22*, 29 p.). V. aussi R. Syal, A. Topping, « Recorded sex crimes reach record high in England and Wales », *The Guardian*, 28 avril 2022.

¹⁴⁹ Le plan d'action présenté par Boris Johnson en 2021 est un exemple topique de la réaction des personnalités politiques face à l'augmentation de la criminalité : renforcement des moyens des forces de police, annonce de nouveaux dispositifs répressifs, soutien aux mesures déjà mises en œuvre par les gouvernements du même bord, le tout en se fondant sur des affirmations statistiques douteuses (v. Reality Check Team, « Boris Johnson's police numbers claim fact-checked », *BBC*, 27 juillet 2021, <https://www.bbc.com/news/57987932>, consulté en septembre 2023).

et libertés fondamentaux adopté au Royaume-Uni. Malheureusement, son application n'a pas permis de juguler l'accroissement préoccupant des normes répressives ou attentatoires aux libertés ou droits individuels ou collectifs.

Conclusion – Le *Human Rights Act* de 1998, une « révolution » partiellement avortée

Depuis les années 2000 et son entrée en vigueur, les juristes continentaux ont fait la part belle au *Human Rights Act* de 1998¹⁵⁰. Et pour cause : il serait le vecteur majeur d'une révolution juridique outre-Manche qui conduirait à un alignement progressif de la tradition de *common law* de protection des droits et libertés sur celle des systèmes romano-germaniques d'abord dominés par la conception allemande des droits et libertés fondamentaux. C'est sans doute aller trop loin et partir d'un postulat discutable d'une opposition radicale entre deux cultures juridiques qui participent à un même patrimoine constitutionnel commun en Europe¹⁵¹. Le *HRA* a incontestablement enrichi le droit britannique et produit une forme de « constitutionnalisation » des droits et libertés dans un processus original qui respecte la souveraineté du Parlement¹⁵². De plus, et ainsi qu'il a été mentionné précédemment, la loi de 1998 a contribué à écarter quelques-unes des dispositions les plus liberticides des législations antiterroristes et a permis au législateur britannique de pallier des insuffisances du droit interne¹⁵³. Avant le *Public Order Act* de 2023, la Cour suprême du Royaume-Uni a utilement mobilisé la Convention européenne des droits de l'Homme dans le cadre d'un contentieux portant sur des faits d'obstruction sur la voie publique de la part de militants antimilitaristes. Atténuant les effets stricts du *Highways Act* de 1980, la Cour les concilie avec les articles 10 (liberté d'expression) et 11 (liberté de manifester pacifiquement) de la Convention en approfondissant ses

¹⁵⁰ En France en particulier. V. par exemple A. Duffy, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni : recherche sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Fondation Varenne-L.G.D.J., 2007, coll. des Thèses, 636 p. ; v. aussi Barbé, *Le rôle du Parlement dans la protection des droits fondamentaux : étude comparative Allemagne, France, Royaume-Uni*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2009, Bibl. constitutionnelle et de science politique, 527 p. Notons que la chronique de jurisprudence britannique tenue par Aurélie Duffy-Meunier à la *Revue française de droit constitutionnel* date du début des années 2000, chronique inédite qui révèle, par un prisme principalement contentieux, le renouveau de l'intérêt pour le droit public britannique en France résultant de son rapprochement avec le continent en vertu de la construction communautaire et de l'Europe des droits humains.

¹⁵¹ Notamment par les liens historiques étroits qui unissent la France continentale et le Royaume-Uni (v. M. Tugendhat, E. de Montlaur-Martin, *Les droits du genre humain : la liberté en France et en Angleterre (1159-1793)*, Société de Législation Comparée, coll. Sensus Iuris, 2021, 570 p.).

¹⁵² Cet aspect a été largement présenté et commenté par les auteurs cités dans les notes précédentes. Pour un aperçu récent, v. J. Bell, « L'avenir de la Convention européenne au Royaume-Uni », in P. Ducoulombier, C. Haguenau-Moizard, *La protection des droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Paris, Société de Législation Comparée, 2022, p. 193.

¹⁵³ Ce que certains juristes britanniques ont du mal à concevoir. V. récemment, J. Sumption, « Judgment call : the case for leaving the ECHR », *The Spectator*, 30 septembre 2023; et *contra* S. Wallace, « Case adjourned: A response to Jonathan Sumption's "case for leaving the ECHR" ». Pour un aperçu français, v. A. Duffy-Meunier, S. Hourson, Ch.-É. Senac, « La lutte contre le terrorisme et les droits fondamentaux au Royaume-Uni », in D. Piana, F. Molinié (dir.), *La lutte contre le terrorisme et des droits fondamentaux en droit comparé*, Société de Législation Comparée, 2018, p. 203 ; A. Duffy-Meunier, « L'État d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés ? Du terrorisme à l'urgence sanitaire. Rapport britannique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2021, p. 553.

techniques de contrôle - en l'espèce en faveur des manifestants¹⁵⁴. Les juridictions britanniques sont devenues plus perméables aux techniques et aux modalités de contrôle juridiques des autorités publiques venues du continent, en particulier par la prise en compte du contrôle de proportionnalité¹⁵⁵.

Ces aspects juridiques, aussi essentiels soient-ils, ne doivent pourtant pas occulter le fait qu'ils n'ont pas empêché la prolifération des normes liberticides et les attaques gouvernementales régulières contre les droits humains au Royaume-Uni. Le droit, et le juge qui l'applique, ne peuvent pas tout face à une évolution qui semble soutenue par les citoyens peut-être insuffisamment éduqués à être libres dans une société démocratique qui suppose un investissement de chacun pour la chose publique et les ambitions collectives. Les droits et libertés fondamentaux sont finalement soumis à un double défi de nature civilisationnelle qui dépasse l'horizon juridique : d'une part, déconstruire l'idée selon laquelle le préalable à la garantie des droits et libertés dans une société démocratique serait l'avènement d'une sécurité globale visant « le risque zéro » de troubles à l'ordre public ; et, d'autre part, le réapprentissage de ce qu'implique d'un point de vue collectif la jouissance des droits et libertés, par-delà la seule émancipation individuelle des personnes, d'ailleurs trop souvent axée, dans le Royaume-Uni contemporain comme ailleurs, sur sa dimension matérielle.

¹⁵⁴ *Director of Public Prosecutions v Ziegler* [2021] UKSC 23. La décision fut favorablement accueillie par les associations protectrices des droits humains, contrairement aux forces de police qui ont critiqué sa mise en œuvre ardue (v. D. Ormerod, « In protest against Zigler », *Criminal Law Rev.*, 2022, n° 6, p. 427). La Cour suprême a précisé sa technique de contrôle qui se rapproche d'un test de proportionnalité dans le cadre des actions pro-avortement (*Reference by the Attorney General for Northern Ireland - Abortion Services (Safe Access Zones) (Northern Ireland) Bill* [2022] UKSC 32).

¹⁵⁵ Pour une analyse récente, v. V. Barbé, « La proportionnalité dans le raisonnement des juridictions françaises et britanniques », in P. Ducoulombier, C. Haguénau-Moizard, *op. cit.*, p. 43 ; S. Martin, « Proportionality and protest-related offences », *Cambridge Law Journal*, 2023, n° 82(2), p. 204.

L'hypersexualisation de la poitrine des femmes¹⁵⁶

Yannick Lécuyer*

En lointain écho aux féministes de la fin des années 1960 qui allumèrent des feux de joie avec leur soutien gorges et d'autres symboles imposés de la féminité, les mouvements *No bra* et *Free the nipple* encouragent depuis une décennie les femmes à assumer leur poitrine en public et à abandonner cet accessoire pour des raisons de confort, d'autonomie corporelle et de liberté de mouvement. Ce rejet s'est imposé comme un des emblèmes forts du droit des femmes à disposer de leur corps ainsi que de l'*empowerment* féminin.

Cependant, comme une réponse à cette remise en cause du patriarcat, les intéressées ont immédiatement été encouragées à porter des cache-tétons autoadhésifs : « Invisibles sous les vêtements, les cache-tétons sont l'astuce parfaite pour les tee-shirts et les robes. Ils sont réutilisables et restent bien en place durant la journée »¹⁵⁷. Il s'agit, de manière totalement assumée, c'est l'argument avancé par les enseignes qui proposent ce produit à la vente, de permettre aux femmes qui souhaitent abandonner le soutien-gorge de garder leur pudeur, d'éviter que l'aréole du sein et le téton se devinent. Finalement, cette pratique fait tomber les femmes de Charybde en Scylla puisqu'elle perpétue une sexualisation malvenue de leur poitrine et une hypersexualisation de leur corps.

Anatomiquement, la poitrine des femmes n'est pourtant pas un organe sexuel au sens qu'il n'est pas voué à la reproduction de l'espèce. Les seins ne sont pas impliqués dans ce processus et ne possèdent aucune fonction sexuelle. Il s'agit d'organes composés de tissu glandulaire, adipeux et de divers conduits et vaisseaux sanguins situés dans la région thoracique des hommes comme des femmes à ceci près qu'ils permettent chez ces dernières la lactation et l'allaitement des enfants. On les classe généralement dans des caractères sexuels secondaires, c'est-à-dire les caractéristiques qui permettent de distinguer les sexes à l'instar de la pilosité, le rapport taille/hanche, la pomme d'Adam, la tessiture de la voix...

Sous les effets d'une représentation culturelle et sociale persistante totalement déconnectée de la réalité biologique, la poitrine féminine continue nonobstant d'être associés à la séduction, la sexualité et au coït par la plupart des personnes. Les qualificatifs combinés à la poitrine sont éloquentes : débordante, désirable, pulpeuse, généreuse... Les seins des femmes possèdent presque systématiquement une dimension sexuelle en ce qu'ils participent culturellement à l'excitation sexuelle de leurs partenaires sexuels. La poitrine voluptueuse est celle qui est susceptible de procurer de la volupté, « un vif plaisir des sens », une « jouissance pleinement goûtée ». Cela en fait

¹⁵⁶ Cette contribution est inspirée d'une intervention présentée dans le cadre d'une conférence en l'honneur de Madame Françoise Tulkens, organisée le 27 octobre 2023 par l'IREDIÉS (Paris I).

* Maître de conférences HDR en droit public, Collaborateur de la Fondation René Cassin, Membre associé de l'IREDIÉS.

¹⁵⁷ « Tendance : le cache-téton, revendication de liberté féminine », *France info*, 30 avril 2023, https://www.francetvinfo.fr/economie/tendances/tendance-le-cache-teton-revendication-de-liberte-feminine_5800337.html

une zone corporelle stratégique dans le processus de domination masculine. Pour la philosophe Camille Froidevaux-Metterie, la poitrine féminine raconte l'histoire de l'objectivation du corps des femmes. Elle synthétise l'injonction faite aux femmes de « devenir et demeurer des corps sexuels et maternels à disposition »¹⁵⁸. Le contrôle du corps des femmes « est aussi ancien que la domination masculine elle-même (...). Il s'exerce selon des modalités particulières dans les différentes civilisations mais a toujours pour but de maîtriser la sexualité féminine de manière à assurer la fonction reproductive au profit du groupe des mâles »¹⁵⁹.

La poitrine des femmes fournit une illustration topique de ce que Duncan Kennedy appelle la sexualisation de la domination. On est au cœur du processus de supériorisation symbolique inculquée dans les imaginaires et façonnés dès l'enfance. Elle fonctionne « de manière évidente, comme naturelle et allant de soi »¹⁶⁰. La mise à nue de la poitrine des femmes fournit un paroxysme du carcan normatif qui impose tel ou tel habillement, telle ou telle tenue vestimentaire aux femmes. Dans tous les cas, ce sont des considérations liées à la représentation du corps féminin qui sont sous-jacentes. Hijab, abaya, burqa et autre vêtement couvrant ont à voir avec la pudeur que des systèmes religieux pensés par des hommes estiment être en droit d'exiger des femmes. Mécaniquement, lorsque le législateur ou le juge français interviennent sur ces sujets, même au nom de principes en apparence très éloignés comme la laïcité, ils s'inscrivent *ipso facto* dans ce débat¹⁶¹. Un autre lien peut être établi avec la représentation inappropriée des femmes dans de nombreux médias, publicités et, de manière générale, dans la culture populaire. Elles sont souvent représentées de manière hypersexualisée, l'accent étant mis sur des caractéristiques physiques érotiques au premier chef desquels figure leur poitrine plutôt que sur leurs compétences, leur intelligence ou leur personnalité. La femme est assimilée à son corps et, au-delà, à la sexualité.

Cette sexualisation de la poitrine féminine a quelque chose à voir avec l'Occident d'une part et les religions du livre d'autre part. Le judaïsme, la chrétienté et l'islam ont une perception commune du corps de la femme. Elle est négative et étroitement liée au péché originel, autrement dit à la sexualité puisque celui-ci est majoritairement interprété comme de la concupiscence et un désir sexuel désordonné qui doit être maîtrisé et régulé par des principes moraux. Rien d'étonnant dans ce contexte à ce que les espaces politiques, juridiques et culturels qui procèdent de ces religions aient exacerbé l'infériorisation du féminin par rapport au masculin. Même le corset conçu pour entraver

¹⁵⁸ C. Froidevaux-Metterie, *Le corps des femmes : la bataille de l'intime*, Paris, Points, 221, 160 p. Voir également de la même autrice *Seins : en quête d'une libération*, Paris, Points, 2022, 208 p.

¹⁵⁹ S. Bessis, « Le contrôle du corps des femmes à travers l'histoire. Essai de mise en perspective de la question de la santé sexuelle et reproductive des femmes dans le monde arabe », *L'Année du Maghreb*, 2017, n° 17, pp. 21-30.

¹⁶⁰ F. Héritier, *Masculin, Féminin. La pensée de la différence*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 93 : « La domination masculine existe, agissante, opprimante, violente, dans bien des sociétés de notre monde contemporain, mais aussi de façon moins voyante, symbolique, inculquée dans les rites et les imaginaires masculin et féminin dès l'enfance, fonctionnant de manière évidente, comme naturelle et allant de soi, par préterition, dans notre propre société comme dans toutes les cultures et dans toutes les civilisations ».

¹⁶¹ Le lien est notamment établi dans l'étude de Robert Hanicotte, « Visage caché, œil policier. La dissimulation du visage au regard de l'ordre public », *AJDA*, 2010, p. 417.

la femme ne trouvera pas grâce aux yeux de l'église catholique apostolique romaine. Poitrine débordante vers l'avant, croupe rejetée en arrière, elle diabolisera cet instrument contondant qui en montre trop et, par conséquent, invite à la sexualité¹⁶².

La poitrine féminine n'a pourtant pas toujours été considérée impudique. Son érotisation n'est ni universelle ni intemporelle. Avant la diffusion des valeurs occidentales à la faveur du colonialisme, la plupart des populations africaines, américaines, indiennes et asiatiques, australiennes et océaniques, ne faisaient aucun cas de la nudité mammaire¹⁶³. L'injonction de discrétion apparaît au Moyen-âge en Europe¹⁶⁴. Au même moment, de l'autre côté de la Méditerranée, l'Islam encourage ses croyants à la pudeur. Camille Froidevaux-Metterie rappelle que, dans les sociétés qui ont réussi à rester suffisamment à l'écart de ces influences, on observe que l'exposition des seins des femmes ne pose souvent aucun problème¹⁶⁵.

Exemple plus précis des causes occidentales de ce phénomène, la société japonaise d'avant la seconde guerre mondiale ne faisait aucun cas de la nudité mammaire des femmes. Celle-ci ne provoquait aucune excitation et laissait les hommes totalement indifférents. La présence américaine sur l'archipel a profondément bouleversé ces codes. Aujourd'hui les amateurs de culture japonaise, de manga et d'anime connaissent parfaitement le mot *oppai* qui fait référence à une poitrine ronde et volumineuse destinée à attirer l'attention d'un public essentiellement masculin.

Dernière marque du malaise relatif à la nudité de la poitrine féminine dans le *mainstream* occidental qui détermine la culture mondialisée, le floutage des seins est imposé par la plupart des réseaux sociaux¹⁶⁶. Celles et ceux qui transgressent cette règle s'exposent, hormis quelques cas très particuliers, à une suspension de leur compte Facebook ou Instagram voir à une suppression définitive pour Tinder ce qui n'est pas le moindre des paradoxes¹⁶⁷. Pinterest est un des rares réseaux qui acceptent la vue des tétons féminins au nom de l'art, de l'éducation sexuelle sécurisée et des contestations politiques. En 2014, Apple a retiré de son portail le livre de Bénédicte Martin intitulé *La femme au*

¹⁶² G. Fraisse, M. Perrot (dirs.), *Histoire des femmes en Occident*, Paris, Plon, 1991, spé. tome IV - *Le XIX^{ème} siècle*, 627 p.

¹⁶³ E. A. Nida, *Customs and Cultures, Anthropology for Christian Missions*, New York, Harper & Brothers, 1954, 320 p.

¹⁶⁴ Certes avec quelques différences en fonction du milieu social. L'exposition de leurs seins par les femmes aristocratiques était davantage tolérée (voir. C. Willett, P. Cunningham, *The History of Underclothes*, Londres, Faber & Faber, 1981, 266 p.).

¹⁶⁵ C. Froidevaux-Metterie, *op. cit.*

¹⁶⁶ Facebook limite les images de la poitrine féminine qui montrent le mamelon mais, depuis 2023, sous la pression de son Conseil de surveillance, tolère celles qui illustrent des actes de protestation, des femmes défendant activement l'allaitement ou des cicatrices de mastectomie (https://transparency.fb.com/fr-fr/policies/community-standards/adult-nudity-sexual-activity/?source=https%3A%2F%2Fwww.facebook.com%2Fcommunitystandards%2Fadult_nudity_sexual_activity).

¹⁶⁷ En 2012, le compte Facebook du quotidien The New Yorker a été temporairement suspendu pour méconnaissance des règles relative à la nudité et au sexe à la suite de la publication d'un dessin de Mick Stevens représentant Adam et Ève adossés à un pommier en train de discuter.

motif que sa couverture illustrée par une femme à la poitrine dénudée était inappropriée¹⁶⁸.

Cette sexualisation à outrance et la focalisation sur cette partie du corps des femmes est un des premiers leviers de l'objectification de ces dernières (Partie I). L'instrumentalisation du délit d'exhibition sexuelle et son application différenciée réduit les femmes à leur valeur sexuelle et contribuent à la perpétuation d'un système juridique patriarcal (Partie II).

Partie I – L'essentialisation de la femme

Les seins de la femme doivent restés cachés car ils sont obscènes. Leur exposition publique est une transgression qui bouleverse les codes sociaux et moraux en vigueur et, subséquemment, les normes juridiques qui leur font écho (A). La constatation est d'autant plus saisissante que la décence s'accompagne ici d'une bivalence. Chacun dans son rôle : le sein féminin se dissimule tandis que le sein masculin s'expose librement (B).

A. L'indécence des seins féminins

Derrière la norme juridique qui prohibe l'exposition publique de la poitrine des femmes, l'article 222-32 du Code pénal tel qu'interprété par la Cour de cassation, il existe une puissante norme sociale. Ce tabou résiste même à la nécessité pour une mère d'allaiter son enfant¹⁶⁹. En 2021, à la suite de l'agression à Bordeaux d'une jeune femme qui allaitait son enfant en public, deux propositions de loi ont été déposée à l'Assemblée nationale sans jamais avoir été discutées. La première prévoyait de préciser l'inapplicabilité de l'article 222-32 du Code pénal à l'allaitement en public¹⁷⁰. La seconde visait à instituer un « *délit d'entrave à l'allaitement* »¹⁷¹.

Quelle que soit la raison, l'étalage des seins féminins, organe objectif d'identification biologique, reste néanmoins subversif. Les révolutionnaires de 1789 avaient parfaitement compris et exploité ce caractère transgressif (sans pour autant s'intéresser aux droits des femmes)¹⁷². C'est la raison pour laquelle ils ont choisis de dénuder la poitrine de Marianne¹⁷³. La charge sexuelle et érotique de la poitrine féminine n'est

¹⁶⁸ C. Pomarès, *Les Inrockuptibles*, 15 mars 2014, <<https://www.lesinrocks.com/actu/apple-censure-couverture-de-livre-representant-des-seins-shocking-360610-15-03-2014/>>.

¹⁶⁹ A-F. Salvetti-Lionne, *Mes seins, mon choix !*, Paris, Ed. Eyrolles, 2022, 192 p.

¹⁷⁰ Proposition de loi n° 3964 relative à l'allaitement maternel : pour une meilleure sensibilisation et plus d'information, 9 mars 2021.

¹⁷¹ Proposition de loi n° 4258 portant création d'un délit d'entrave à l'allaitement, 15 juin 2021.

¹⁷² J. Garrigues, *Images de la Révolution. L'imagerie républicaine de 1789 à nos jours*, Paris, Bibliothèque de documentation internationale contemporaine, 1988, 174 p. L'auteur rappelle que c'est l'abbé Grégoire, chargé du rapport sur les sceaux de la République, qui, le premier, a proposé de représenter la République sous les traits d'une femme caractérisée par trois éléments : le bonnet phrygien, la pique guerrière sur laquelle elle s'appuie, et enfin un sein mis à nu. Cette image va s'imposer dès les premières estampes républicaines.

¹⁷³ Pour Mathilde Larrère, le sein dénudé est une allégorie qui répond à des codes esthétiques et qui n'a effectivement rien à voir avec le statut des femmes. V. M. Larrère, *Lieux et symboles de la République*, Paris, CNRS éditions, 2019, dossier 8130, 64 p.

jamais totalement neutralisée¹⁷⁴. Elle est systématiquement envisagée comme un appât du désir, un signal appétentiel et provocateur, un indice de disponibilité corporelle. Motif poétique célébrée depuis des siècles en tant qu'objet d'adoration et de désir amoureux, l'imaginaire collectif tend à la réduire à la fonction qu'elle remplit ponctuellement dans la sexualité humaine¹⁷⁵.

Dans son ouvrage, *Corps de femmes, regards d'hommes*, le sociologue Jean-Claude Kaufmann décrit trois attitudes masculines possibles en cas de confrontation visuelle avec une poitrine féminine nue sur la plage – le regard banalisant, le regard esthétisant, et le regard sexualisant – trois regards qui correspondraient aux trois corps de la femme – le corps banalisé, le corps esthétique et le corps érotique¹⁷⁶. Dans tous les cas, il souligne une certaine ambiguïté ou se mêle confusément appréciation esthétique et attraction sexuelle. Le regard masculin est tiraillé entre les trois corps de la femme et peut passer en quelques secondes du beau au banal et du banal au sexuel.

Le regard masculin n'est pas le seul susceptible d'être mis en cause. Il est primordial car les hommes sont les premiers responsables de cette situation. Ce sont eux qui, pendant des siècles ont eu le monopole de la pensée, de la structuration sociale et de la création du droit. Néanmoins, de nombreuses femmes réagissent également de manière épidermique lorsqu'elles sont confrontées à une poitrine nue. Leur regard est tout autant imprégné d'une conception sexualisée et aliénante de leur poitrine que celui des hommes. Depuis la publication du deuxième sexe en 1949, il est impossible d'ignorer que les femmes souscrivent et participent à leur propre domination. Pour Duncan Kennedy, « le 'génie' du patriarcat libéral est de créer des sujets féminins non pas seulement pour satisfaire les intérêts des hommes dans des rapports particuliers mais aussi pour satisfaire aussi l'intérêt qu'a le système patriarcal à sa propre reproduction. Les femmes sont donc contraintes contre leur volonté d'adopter certains comportements, mais elles y consentent et se trouvent pour ainsi dire constituées de manière à en jouir »¹⁷⁷.

On peut d'ailleurs aisément transposer les théories de l'auteur en matière d'habillement à l'exposition public de la poitrine dénudée¹⁷⁸. S'inspirant ouvertement des travaux de Hebert Marcuse, Wilhem Reich et Paul Robinson, Catharine A. MacKinnon, Duncan Kennedy dresse une carte des comportements vestimentaires plus ou moins sexy attendus des femmes en fonction des lieux, des moments de la journée, des occasions et

¹⁷⁴ R. Olivaux, « Tous les seins », *Imaginaire & Inconscient*, 2013, n° 32, pp. 91-94 : « À de minimes détails près, ce sein rêvé est toujours le même, unique. Chacun modèle son opulence ou sa provocation à l'aune de son désir, de ses fantasmes, toujours proches de son image originelle. Le sein est singulier dans l'universalité de ses fonctions nourricières et séductrices. Objet cultuel, emblème sacré de la femme, sa fonction impose respect et vénération. Que l'on en sourie s'il apparait touchant de jeunesse ou de fragilité, qu'on s'en étonne s'il s'écarte trop des normes grecques, nul ne peut s'en moquer. Bénis soient tous les seins ! Tous les seins ».

¹⁷⁵ G. Zwang, *La Fonction érotique*, Paris, Robert Laffont, 1978, spé. pp. 223-242, « Le rôle du sein féminin dans la sexualité humaine ».

¹⁷⁶ J-C. Kaufmann, *Corps de femmes, regards d'hommes*, Paris, Nathan, 1995, 240 p.

¹⁷⁷ D. Kennedy, *Sexy dressing : violences sexuelles et érotisation de la domination* (trad. M. Xifaras), Paris, Flammarion, 2008, 241 p., spé. p. 107.

¹⁷⁸ Voir également L. Carayon, J. Mattiussi, « Trop court ou trop long : les injonctions contradictoires de l'habillement féminin », in L. Brunet, M-X. Catto et J. Mazaleigue (dirs.), *La bicatégorisation de sexe: Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Paris, Mare & Martin, 2021, p. 123 et s.

du statut professionnel : « Il existe des normes qui imposent un habillement et plus généralement un comportement plus ou moins sexy selon le lieu et le moment, et qui leur opposent un éventail d'interdits en d'autres lieux et moments »¹⁷⁹. La cause profonde de ces disparités est à rechercher dans le patriarcat, lequel repose sur deux normes complémentaires : une norme de protection des femmes vertueuses par les hommes à laquelle répond une seconde selon laquelle, en retour, elles ne doivent pas se présenter « comme sexuellement disponible en dehors du foyer conjugal ». Les « mauvaises femmes », celles qui refusent le marché et le manifestent en adoptant une tenue vestimentaire déviante, « putes, salopes et allumeuses », sont punies par la violence et par le déshonneur¹⁸⁰.

À bien des égards l'exposition de la poitrine est un interdit emblématique qui rompt instantanément le contrat patriarcal et transforme la contrevenante libérée en femme dévergondée et méprisable. La désapprobation et la mise au pilori sociales sont immédiates. C'est l'expérience qu'ont respectivement fait la boxeuse néo-Zélandaise Cherneka Johnson et l'influenceuse anglaise Daniella Hemsley. La première a été l'objet d'une campagne de dénigrement après s'être présentée torse nu à la pesée, les seins simplement maquillés en faux haut blanc (« Tu n'es définitivement pas un exemple pour nos filles ») tandis que la seconde s'est fait exclure de la phase finale d'un tournoi de boxe pour avoir enlevé sa brassière et dévoilé sa poitrine au public après sa victoire. On se souviendra aussi du *Nipple gate* qui, en 2004, a coûté la fin de sa carrière à la chanteuse américaine Janet Jackson pour avoir montré le téton de son sein droit en plein spectacle du Super Bowl¹⁸¹. Quant à la sanction, elle est enrichie dans la plupart des États d'une condamnation pénale. Les exemples d'aberrations ne manquent pas comme celui de la jeune femme résidant dans l'Utah (États-Unis) qui fut poursuivie en 2019 pour être apparue à son propre domicile seins nus devant les enfants de son époux.

Les notions clés sont ici la décence, c'est-à-dire l'ensemble des comportements, tenues, actions ou paroles moralement conformes à ce qui est attendu par la société, et la pudeur, notion cousine mobilisée pendant longtemps par le droit pénal et qui fait référence à un ensemble de valeurs, d'attitudes et de comportements liés à la précédente¹⁸².

Ces deux notions sont étroitement liées au contrôle significatif exercé par les hommes sur le corps des femmes. Elle permet de les maintenir dans un rôle genré en les obligeant

¹⁷⁹ D. Kennedy, *op. cit.*, p. 172.

¹⁸⁰ *Ibid.* p. 145.

¹⁸¹ M. Cogan, « In the Beginning, There Was a Nipple », *ESPN*, 28 janvier 2014 : « à la fin de la chorégraphie de la chanson Rock your body, tandis que le texte se terminait par « Better have you naked by the end of this song » (« Je préférerais te voir nue à la fin de cette chanson »). Malgré des excuses rapides, l'essentiel de la réprobation populaire s'est porté sur la chanteuse alors que Justin Timberlake qui avait contribué à découvrir le sein de celle-ci a pu reprendre une carrière tout à fait prospère et a même gagné en notoriété. La chaîne CBS a déprogrammé Janet Jackson de la cérémonie des Grammy Awards tandis que la chaîne NFL décida d'annuler le spectacle hip-hop du Pro Bowl auquel elle devait participer. Elle fut également congédiée de plusieurs plateaux et émissions de télévision.

¹⁸² F. Desprez, « Le vêtement en droit pénal. De quelques incertitudes à propos des rapports entretenus entre le droit pénal et le port d'un vêtement », in A. Pousson (dir.), *Le vêtement saisi par le droit*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 139-173 : « L'idée de décence matérialise dès à présent l'intérêt que peut avoir le droit pénal à intervenir dans le domaine vestimentaire ».

à se conformer à des attentes morales spécifiques concernant leur apparence, leurs comportements et bien évidemment leur sexualité. Le sein, comme les cheveux dans d'autres régions du monde, doivent rester dans l'intime et demeurer le privilège du partenaire sexuel¹⁸³. Le parallèle avec le stéréotype sexiste qui lie les agressions sexuelles et les tenues vestimentaires provocantes ou non des victimes est facile à opérer. C'est précisément pour lutter contre ce type d'idées fausses qu'en août 2022, les Nations unies ont organisé une exposition présentant les vêtements portés par des femmes au moment de leur agression sexuelle ou de leur viol. Pour Amina J. Mohammed, Vice-Secrétaire générale des Nations Unies, cette exposition « montre plus clairement ce que n'importe quel argument juridique ne pourrait le faire, que les femmes et les filles sont attaquées indépendamment de ce qu'elles portent »¹⁸⁴.

Les Femen ont parfaitement compris que manifester torse nu est une manière de se réapproprier leur corps. Bénéfice secondaire et corollaire de l'hypersexualisation de leur poitrine, en se servant de cette dernière comme support de leurs slogans, elles réorientent l'œil des passants vers leur message politique. Les hommes et leurs auxiliaires féminines regardent vers l'objet du désir où ils y lisent leurs propres turpitudes. Le processus de renversement de la honte est habile mais terriblement malaisant pour les partisans du patriarcat, d'où la haine engrangée contre les militantes de ce mouvement. La virulence des critiques et leur disproportion par rapport à leurs actions montre la profondeur des racines de la désapprobation à l'égard de la tentative d'autonomisation de ces femmes vis-à-vis du système patriarcal dans lequel elles évoluent. Les Femen mettent également en exergue la bivalence de la décence puisque un même comportement sera considéré comme inapproprié pour une femme tandis qu'il sera toléré, voire valorisé, pour un homme.

B. La valence dégradée de la poitrine féminine

La question du torse nu est indubitablement celle qui révèle avec le plus de certitude le caractère genré de la notion de décence. Celle-ci est effectivement variable en fonction d'attentes traditionnelles qui déterminent ce qui est approprié ou non selon le sexe. Mais c'est à propos de la poitrine féminine, à l'origine simple élément d'identification, que la différence de traitement social et juridique se fait sentir avec le plus d'acuité. Sa sexualisation à outrance sert à enraciner les femmes dans leur sexe social et à les dégrader au sens où, comme le souligne Andréa Dworkin, avoir moins de liberté, à commencer par celle de s'exposer et de disposer de son corps, est dégradant¹⁸⁵. De plus la sexualisation s'apparente à une détérioration morale dans un système de valeurs judéo-chrétiennes.

Le sein n'a pas vocation à être montré en public. La pratique du *lactating* et le succès de la catégorie *milf* (*mother i would like to fuck*) dans le porno et sur les plateformes de

¹⁸³ L'union européenne a décerné le prix Sakharov pour la liberté de pensée 2023 à Mahsa Amini décédée à la suite de son arrestation par la police des mœurs iranienne parce qu'elle avait mal couvert sa chevelure.

¹⁸⁴ A. J. Mohammed, Discours d'inauguration de l'exposition « Comment étiez-vous habillée ? », New York, 1^{er} août 2022.

¹⁸⁵ A. Dworkin, *Coït*, Paris, Syllepse, 2019, 222 p., spé p. 142.

streaming qui lui sont dédiés prouvent que, même derrière le sein maternel, l'image de l'objet sexuel se perpétue. En toutes hypothèses, qu'il s'agisse des seins de l'amante ou de ceux de la mère, les deux fonctions érigent le sein en apanage de l'intimité. On retrouve alors la sempiternelle division sexuelle des rôles, des tâches et des espaces entre la sphère privée – familiale, domestique, inférieure et féminine – et la sphère publique – sociale, politique, supérieure et masculine¹⁸⁶.

La poitrine des hommes et celle des femmes n'appartiennent pas aux mêmes mondes et, par conséquent, ne sont pas soumises aux mêmes représentations. Elles répondent à des approches morales, sociales et juridiques très différentes qui servent de justification à des statuts distincts pour ne pas dire opposés.

Ce dédoublement qui s'incarne ici dans une partie spécifique du corps humain, part du principe que les seins féminins auraient, à l'inverse de ceux des hommes, une fonction dans la séduction ou l'acte sexuel. Certaines études ont même tenté de biologiser cette affirmation¹⁸⁷ : la stimulation du mamelon, notamment pendant l'allaitement déclenche une production d'ocytocine, hormone qui joue un rôle dans l'attachement et la confiance, notamment entre la mère et l'enfant. Si on laisse de côté l'analyse très freudienne qui offre une explication bon marché à la fascination masculine pour cet organe féminin, force est de constater que l'ocytocine n'est pas le monopole de la poitrine féminine. Elle est d'abord produite par le cerveau mais également par les organes sexuels ou le pancréas sans compter que la poitrine masculine... produit elle aussi de l'ocytocine.

Si on regarde de plus près ce qu'il convient de cacher à tout prix, le téton, son usage en matière de sexualité n'est pas davantage déterminant pour fonder une différence de situation entre les sexes. Certes, les papilles mammaires et les aréoles féminines sont érogènes mais celles des hommes le sont également. Toutes subissent des transformations en cas de stimulation sexuelle avec une sensibilité qui varie d'un individu à un autre, pas d'un sexe à l'autre. Cela est dû, quel que soit le sexe, à une augmentation du flux sanguin vers cette zone qui peut entraîner une modification de la couleur, un durcissement et une élévation.

Il s'agit en réalité d'une construction purement culturelle. Il ne faut surtout pas écorner une vision hétéronormée et patriarcale des fonctions sexuelles respectives prêtée aux organes masculins et féminins et, de manière générale, bouleverser les repères

¹⁸⁶ N. Lefaucheur, « Introduction : Féminin/masculin, privé/public », in *La place des femmes. Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales*, Paris, La Découverte, 1995, pp. 157-169. Voir également M. Perrot, *Public, privé et rapports de sexes*, in *Public/Privé*, Paris, PUF, 1995, pp. 65-73.

¹⁸⁷ Dans un registre apparenté, le zoologiste Desmond Morris a tenté de démontrer que l'érotisation de la poitrine des femmes avait quelque chose à voir avec l'évolution, la bipédie et les changements de positions sexuelles qu'elle a induit (*Le Singe nu*, Paris, Grasset, 1967, 320 p.). La question de l'excitation masculine reste au cœur de sa théorie. Elle est même érigée en moteur de l'évolution du corps de la femme : la bipédie a permis une variation des positions sexuelles. Dès lors l'homme ne s'exciterait plus uniquement en regardant les fesses de sa partenaire mais également en regardant ses seins qui, par conséquent, auraient pris du volume en accumulant de la graisse afin de compenser et évoquer la rotondité des fesses.

traditionnels de la sexualité. Tout élément susceptible de jeter un trouble à ce niveau doit être proscrit¹⁸⁸.

Face à l'inopérance du recours à la biologie, des théories ésotériques ont récemment vu le jour afin de justifier des disparités ineptes entre les sexes. Celle du féminin sacré s'adosse à la logique du développement personnel. En postulant une énergie féminine sacrée ou supérieure, un sexe biologique qui puiserait sa force dans la nature et dont les femmes auraient été déconnectées, elle réintroduit une conception strictement binaire et cloisonnée des sexes. Ce faisant, elle réaligne les femmes sur ce que le système patriarcal attend d'elles. Par ailleurs, cette théorie est obnubilée par la maternité dite « consacrée » et les capacités génésiques de la femme. À ce titre, le corps de celle-ci doit être sanctuarisé : il est un temple, supérieur à bien des égards à celui de l'homme puisqu'il est capable de porter un enfant. La dialectique n'a rien de nouveau. Il s'agit d'une rengaine bien connue qui consiste à mythifier la femme afin de justifier les préjugés dont elle fait l'objet depuis des millénaires¹⁸⁹.

C'est un axiome bien connu des spécialistes à la Convention européenne des droits de l'homme, l'absence d'équivalence (ici entre poitrine masculine et poitrine féminine) ne reposant sur aucun argument solide, la seule possibilité de justifier un traitement différent réside dans l'invocation d'une justification « objective et raisonnable », c'est-à-dire si ce traitement poursuit un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre ce but et les moyens employés pour l'atteindre¹⁹⁰. *Mutatis mutandis*, ce sont les mêmes critères qui sont utilisés par la Cour de justice de l'Union européenne : un but légalement admissible et un rapport de proportionnalité¹⁹¹. Sous l'aiguillon de leurs homologues européens, les juges français, judiciaire comme administratif, les ont adoptés puis exploités¹⁹².

Malgré cela, la chambre criminelle de la Cour de cassation persiste à bi-catégoriser les sexes¹⁹³. Elle joue sur les deux grandes étapes du contrôle afin de verrouiller

¹⁸⁸ À la suite d'un amendement au *Communications Act* 2003, réclamé dans le Règlement de l'audiovisuel britannique 2014, certaines pratiques sexuelles ne sont plus disponibles sur les vidéos pornos en ligne mais payantes (les VoD ou vidéos à la demande) comme le squirting (éjaculation féminine) ou le facesitting (pratique qui consiste à s'asseoir nu sur le visage de son/sa partenaire), pratiques qui renversent la symbolique hétéronormée de l'homme sur la femme ou bat en brèche le monopole masculin de l'éjaculation.

¹⁸⁹ C. Alzon, *Femme mythifiée, femme mystifiée*, Paris, PUF, 1978, 440 p., spé p. 387-389 : « Ce discours éculé est redevenu discours à la mode. C'est celui d'une lacanienne comme Luce Irigaray, d'un marxiste comme Claude Meillassoux, d'une chrétienne comme France Quéré, de bio-anthropologistes comme le Groupe des Dix, de tout ce qu'on veut comme Annie Leclerc. Ce qui est absurde, car il est sans exemple que, dans une société, le plus précieux soit soumis au moins utile. Aucune importance, car la plupart de ces auteurs cherchent simplement à justifier leurs préjugés : la possession d'un utérus rend la femme intellectuellement moins brillante, mais moralement meilleure que l'homme ; c'est donc d'elle que sortira la régénération de notre société ».

¹⁹⁰ CourEDH, 19 décembre 2018, *Molla Sali c. Grèce*, n° 20452/14, § 135 ; 05 septembre 2017, *Fábián c. Hongrie* n° 78117/13, § 113 ; 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, § 72.

¹⁹¹ CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, C-406/15, pt.55.

¹⁹² Cass. crim., 3 avril 2019, n° 17-11.970 ; CE, Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers*, rec. 499.

¹⁹³ J. Mattiussi, « Bi-catégorisation des sexes et compétitions sportives : vers la fin d'un dogme ? », *Dalloz*, 2022 p. 1822. Voir également de la même autrice « (L)égalité des poitrines féminine et masculine : regard d'une juriste sur la différence de traitement entre les poitrines féminines et masculines », *Dièse*, 25 janvier 2021 <<https://dieses.fr/legalite-des-poitrides-feminine-et-masculine>>.

l'interdiction faite aux femmes d'exposer leurs seins. Dans un premier temps, en énonçant que « le principe d'égalité n'interdit pas que les différences anatomiques et les représentations qui y sont associées » conduisent à donner à la notion d'exhibition sexuelle un contenu différent selon qu'est en cause le corps d'une femme ou celui d'un homme, elle disqualifie la possibilité d'une équivalence¹⁹⁴. Dans un second temps, elle juge que les peines prévues doivent être considérées « comme nécessaires par le législateur pour assurer la préservation de l'ordre public et n'apparaissent manifestement pas disproportionnées par rapport au but recherché ». Les trois éléments clés permettant le traitement différent de situations équivalentes sont réunis : une base légale, un objectif légitime, un rapport de proportionnalité¹⁹⁵.

De ce point de vue, l'arrêt *Bouton c. France* du 13 octobre 2022 est décevant¹⁹⁶. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme condamne la France pour avoir elle-même condamné la requérante Femen qui, poitrine dénudée, avait mimé un avortement à l'aide d'un morceau de foie de bœuf dans l'église de la Madeleine à Paris¹⁹⁷. Cependant, elle concentre son contrôle sur la nécessité de la peine prononcée, un mois d'emprisonnement assorti d'un sursis simple, dans le cadre de l'article 10 de la Convention (liberté d'expression) plutôt que sur le caractère sexuel de la poitrine des femmes et l'existence d'une discrimination. Dans le flou laissé par l'article 222-32 du Code pénal – « l'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende » – le juge européen entérine ce faisant la lecture discriminatoire du texte et le double standard mis en place par la Cour de cassation.

Aucun homme n'a jamais été condamné sur le fondement de l'article 222-32 du Code pénal, pas même un membre des Hommen, réactionnaires qui appellent à la restauration de la masculinité nationale bafouée et qui singent les Femen en dénudant leur poitrine au cours de leurs manifestations¹⁹⁸. Au pire les hommes s'exposent-ils aux foudres des quelques maires des stations balnéaires ayant décidé d'user de leur pouvoir de police afin d'interdire la pratique du torse nu, tous les torsos, dans leur municipalité à l'exception des plages et de leurs abords¹⁹⁹. Les hommes bénéficieront de surcroît de la vigilance du juge administratif qui vérifiera les conditions de mise en œuvre de l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales et l'existence de circonstances particulières de nature à justifier la mesure : « en l'absence de circonstances locales particulières, qui ne résultent pas des éléments produits par la commune, le seul caractère immoral allégué desdites tenues, à le supposer même établi, ne peut fonder

¹⁹⁴ Cass. crim., 16 février. 2022, n° 21-82392, *Mmes T., G. et L., F-D*, § 7.

¹⁹⁵ *Ibid.*, §6.

¹⁹⁶ J-C. Saint-Pau, « Disproportion de la condamnation pénale d'une femén pour exhibition sexuelle », *JCP G*, 2022, n° 50-52, act.1455. « Cette condamnation n'est cependant pas aussi franche qu'elle aurait pu l'être ».

¹⁹⁷ CourEDH, 13 octobre 2022, *Bouton c. France*, n° 22636/19, § 37.

¹⁹⁸ Voir H. Kombila, « Tartuffe face à Marie-Madeleine : Retour sur la condamnation d'une ex-Femen pour exhibition sexuelle », *La Revue des droits de l'homme*, 5 avril 2017, (<http://journals.openedition.org/revdh/3041>).

¹⁹⁹ Ajaccio, Anglet, Bandol, Biarritz, Carpentras, Charenton-le-Pont, Deauville, Le Touquet, Menton, Montauban, Moret-sur-Loing, Nice, Perpignan, Sainte-Maxime, Saint-Raphaël, Saint-Tropez, Thaon-les-Vosges, Toulouse, Villers-sur-Mer.

légalement leur interdiction, nonobstant le caractère limité dans le temps de celles-ci »²⁰⁰.

Partie II – L’instrumentalisation de l’exhibition sexuelle

L’inconvenance du sein féminin l’exclut par définition de la sphère publique. Son exposition fait donc l’objet d’une pénalisation au titre d’une infraction attrape-tout, l’exhibition sexuelle (A) qui souffre néanmoins de quelques aménagements en trompe-l’œil (B).

A. La dilatation du délit d’exhibition sexuelle

Depuis 1994 et l’abolition du délit d’outrage public à la pudeur prévu dès 1810 à l’article 330 du Code pénal, la répression de l’exposition des seins féminins se fait désormais sur la base de l’article 222-32 du Code pénal qui punit l’exhibition sexuelle.

Les deux textes possèdent plusieurs éléments en partage. Premièrement, comme le montre l’application différenciée selon les sexes, ils possèdent un potentiel discriminatoire avéré. L’article 330 du Code pénal était allé beaucoup plus loin dans ce domaine puisqu’il a un temps été enrichi d’un second alinéa afin de punir l’outrage commis par des homosexuels²⁰¹. Cette seconde discrimination fondée non plus sur l’identité sexuelle mais sur l’orientation sera néanmoins abolie par la loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs.

Deuxièmement, ils sont formulés de manière vague et indéterminée. Ils ne contiennent aucune référence à des zones précises du corps humain ce qui a permis dans les deux cas une application spontanée à la poitrine des femmes. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle pu juger sous l’empire de l’ancien texte que « le spectacle d’une femme exhibant la poitrine entièrement nue dans les rues d’une ville (...) est de nature à offenser la pudeur publique et à blesser le sentiment moral de ceux qui ont pu en être les témoins »²⁰². Or la formule est reprise à l’identique sous l’empire du second texte par la Cour de cassation dans son arrêt du 9 janvier 2019 : l’article 222-32 du Code pénal vise « une exhibition provocante de nature à offenser la pudeur publique »²⁰³. L’arrêt du 24 novembre 2021 explicite l’élément intentionnel du délit, soit « la volonté délibérée d’offenser la pudeur d’autrui »²⁰⁴. La pudeur reste au cœur de la réflexion du juge judiciaire.

Quant au champ d’application, il est extrêmement large. Dans une décision du 16 juin 1906, la Cour de cassation a estimé à propos de l’ancien outrage public à la pudeur que son but n’était pas la répression d’actes impudiques commis à l’égard d’une personne déterminée mais que la prévention avait pour objet, de manière spéciale, « la réparation du scandale causé par de tels actes et la protection due aux tiers qui en peuvent être

²⁰⁰ TA Montpellier, 18 décembre 2007, n° 053863.

²⁰¹ Ord. n° 60-1245 relative à la lutte contre le proxénétisme, 25 novembre 1960.

²⁰² Cass. crim., 22 décembre 1965, n° 65-91997, bull. crim n° 289.

²⁰³ Cass. crim., 9 janvier 2019, n° 17-81.618.

²⁰⁴ Cass. crim., 24 novembre 2021, n° 21-81.412.

témoins ; c'est ce scandale même qui fait la criminalité de l'acte »²⁰⁵. Pour Michèle-Laure Rassat, la logique est parfaitement transposable à l'exhibition sexuelle telle qu'envisagée à l'article 222-32 du Code pénal alors que ce texte est censé être plus clair et plus restrictif que le précédent²⁰⁶. L'expérience de la jeune femme visée par une ordonnance pénale pour exhibition sexuelle à Aurillac le 23 août 2023 confirme cette analyse. Invitée par la police à se couvrir en plein épisode caniculaire, elle avait courageusement refusé en expliquant avoir chaud et faire « comme la moitié des hommes qui n'avaient pas de tee-shirts »²⁰⁷. La réaction sexiste et misogyne du garde des Sceaux en marge d'un point presse consacré au sujet est tout aussi éloquente : « Je constate que, parmi les journalistes femmes qui m'ont interrogé, personne n'était devant moi les seins nus. Il ne faisait pas assez chaud »²⁰⁸.

La Cour d'appel de Paris a bien essayé de faire évoluer la jurisprudence dans un sens moins discriminatoire. Dans son arrêt du 10 décembre 2018, elle a tenté de faire valoir que la seule exhibition de la poitrine d'une femme n'entre pas dans les prévisions du délit prévu à l'article 222-32 du Code pénal si l'intention exprimée par son auteur est dénuée de toute connotation sexuelle et ne vise pas à offenser la pudeur d'autrui. En l'espèce, la mise à nue partielle de la prévenue relevait de la manifestation d'opinions politiques protégées par le jeu de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (liberté d'expression).

Ayant en mémoire les tentatives précédentes de ses prédécesseurs de Riom en 1937 et d'Aix-en-Provence en 1965, lesquelles discernaient déjà un changement d'époque peu compatible avec la répression de la nudité partielle des femmes sur la plage²⁰⁹, la Cour d'appel de Paris ajoute que le regard de la société sur le corps des femmes ayant évolué, l'exposition fréquente de la nudité féminine dans la presse ou la publicité, même dans un contexte à forte connotation sexuelle, ne doit plus « donner lieu à une réaction au nom de la morale publique ». Peine perdue, comme en 1965, la juridiction judiciaire suprême casse l'essai de modernisation dans son arrêt du 26 février 2020 : « L'exhibition de la poitrine d'une femme entre dans les prévisions du délit prévu à l'article 222-32 du Code pénal, même si l'intention exprimée par son auteur est dénuée

²⁰⁵ Cass crim., 16 juin 1906, *Sirey*, I, p. 418.

²⁰⁶ M.-L. Rassat, « Agressions sexuelles. Viol. Autres agressions sexuelles. Exhibition sexuelle. Harcèlement sexuel », *Jurisclasseur Pénal*, art. 222-22 à 222-33-1, fasc. 20, n° 83.

²⁰⁷ J-C Saint-Pau, « Femme seins nus dans les rues d'Aurillac : que dit le droit pénal ? », Le Club des juristes, 1^{er} septembre 2023, <<https://blog.leclubdesjuristes.com/exhibition-des-seins-dune-femme-lors-dun-festival-de-rue-a-aurillac-une-repression-penale-illegitime-et-sexiste/>>.

²⁰⁸ Point presse, 29 août 2023, rapporté dans *Libération*, 29 août 2023 https://www.liberation.fr/economie/medias/personne-netait-devant-moi-les-seins-nus-hein-bfmtv-et-tf1-condamnent-des-propos-sexistes-deric-dupond-moretti-adresses-a-leurs-journalistes-20230829_C5DTGFQM4FFL7LGXEGNMK7V6UU/.

²⁰⁹ Cour d'appel de Riom, 16 novembre 1937, *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz*, 1938, p. 109 ; Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 20 janvier 1965, *Gaz. Pal.*, 1965, I, 208 : « Le spectacle de la nudité du corps humain, fréquent à notre époque pour des raisons de sport, d'hygiène et d'esthétique, n'a rien en soi qui puisse outrager une pudeur normale, même délicate, s'il ne s'accompagne pas de l'exhibition des parties sexuelles ou d'attitudes ou gestes lascifs ou obscènes ».

de toute connotation sexuelle »²¹⁰. Les femmes ne se dépoitraillent pas impunément en France.

En ce qui concerne le caractère discriminatoire de la jurisprudence judiciaire, l'article 222-32 du Code pénal a récemment fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Les requérants invoquaient l'incompatibilité de ce texte tel qu'interprété par la Cour de cassation avec le principe d'égalité qui découle des articles 1^{er}, 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et du principe d'égalité entre hommes et femmes consacré par le troisième alinéa du préambule de la Constitution du 4 octobre 1946. La Cour de cassation a tout simplement balayé cette question en refusant de la transmettre aux motifs précédemment évoqués que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, et l'article 222-32 du code pénal s'applique à la fois aux hommes et aux femmes, même si leurs différences anatomiques et les représentations qui y sont associées conduisent à donner un contenu différent à la notion d'exhibition »²¹¹. Étaient également invoqués l'incompatibilité avec les principes de légalité, de clarté de la loi, de prévisibilité et de sécurité juridiques en ce que les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas définis de façon claire et précise d'une part et, d'autre part, avec le principe de nécessité et de proportionnalité des peines en ce qu'elle autorise la répression de la nudité des torsos féminins dans tous les lieux accessibles aux regards du public. La Cour de cassation n'a pas fait davantage cas de ces moyens que de ceux avancés par la Cour d'appel de Paris. Sur le premier point, elle ne discerne aucun risque d'arbitraire et considère que l'article litigieux est rédigé en termes suffisamment clairs et précis pour permettre son interprétation. Elle répond ensuite de manière standardisée et péremptoire à la seconde question : la prévention est nécessaire pour assurer la préservation de l'ordre public et n'apparaît pas manifestement disproportionnée par rapport au but recherché.

Si à l'instar de la Cour d'appel de Paris, une grande partie de la doctrine souligne la déconnexion de la jurisprudence pénale avec les mœurs en vigueur, l'opinion ne fait pas pour autant l'unanimité. Tout en affirmant, sans aucun fondement scientifique solide, que l'allaitement n'est pas seulement une conséquence de la reproduction mais en fait intégralement partie, Stéphane Detraz considère pour sa part que c'est à bon escient que la Cour de cassation continue de faire valoir les conceptions dominantes du bon père de famille quitte à s'attirer l'ire des partisans d'une approche genrée²¹². Outre l'utilisation condescendante du terme « genre » dans des développements qui reposent essentiellement sur un ressenti, l'auteur estime qu'une solution moins discriminatoire nécessiterait « en toute logique » à revoir le périmètre des agressions sexuelles : « toucher les seins d'une femme contre son gré ne serait plus à compter parmi les agressions « sexuelles » et, pour faire preuve de cohérence jusqu'au bout, qu'il en irait nécessairement de même d'une main aux fesses ou d'un baiser sous la bouche, autant de faits qui, actuellement, sont assimilés par la jurisprudence à de telles agressions ».

²¹⁰ Cass. crim., 26 février 2020, n° 19-81.827.

²¹¹ Cass. crim., 16 février 2022, n° 21-82.392.

²¹² S. Detraz, Commentaire sous Cass. crim., 16 février 2022, no 21-82392, *Gaz. Pal.*, 10 mai 2022, n° 16.

Selon la démonstration, c'est parce que les seins sont des organes sexuels qu'il devient possible de les protéger contre les agressions sexuelles. Non seulement, on est au cœur du contrat patriarcal précédemment décrit – norme de protection contre norme de décence – mais le raisonnement est absurde. En effet, comme le souligne Nicolas Catelan, la stricte réciprocité imposerait de réprimer l'exposition de toute partie du corps qui, dès lors qu'elle est touchée permet la condamnation de l'agresseur : la cuisse²¹³, le mollet²¹⁴, la bouche²¹⁵... La logique proposée par Stéphane Detraz conduit, sous les auspices de la théorie civiliste du bon père de famille qu'il convoque, à dissimuler tout le corps des femmes, y compris la tête et le visage afin de ne pas trop exciter la concupiscence masculine. Il n'existe heureusement aucune réciprocité entre les deux délits de sorte que l'exposition de la poitrine des femmes ne donne en aucune circonstance aux hommes le droit ne serait-ce que de l'effleurer²¹⁶. Julie Mattiussi rappelle ici avec raison que ce n'est pas tant l'objet (le sein) qui est sexuel mais plutôt le geste (toucher une personne sans son consentement)²¹⁷. La focalisation sur l'élément matériel – le contact physique avec une quelconque partie du corps de la victime – ne doit pas faire oublier l'élément intentionnel – la volonté de l'auteur des faits de les commettre en connaissance de cause de leur caractère infractionnel – sans lequel il n'est pas possible, sauf très rares exceptions, d'engager la responsabilité pénale.

B. La fausse plasticité du délit d'exhibition sexuelle

Hormis l'allaitement public, l'exposition du sein redevient envisageable dans deux circonstances.

La première est une tolérance qui concerne les plages. En effet, le monokini, à l'origine une culotte avec bretelle dévoilant les seins de la femme imaginé par le styliste américain Rudi Gerneich, aujourd'hui la pratique consistant à porter uniquement le bas d'un bikini afin de laisser sa poitrine à l'air, est globalement accepté.

Nonobstant, tout comme l'allaitement public, le monokini ou topless est une tolérance administrative et pénale cantonnée à un espace déterminé, en l'occurrence les plages. Elle ne concerne pas même les piscines municipales où continue de s'appliquer l'exigence de décence à l'exception de celle de Grenoble où le Conseil municipal a statué spécialement en ce sens²¹⁸. Le principe de bon ordre et de salubrité publique dont les maires ont la responsabilité au sens des articles L-2212-2 et L-2512-13 du Code général des collectivités territoriales pour le maire de Paris continue de prévaloir sur la liberté des femmes. C'est d'ailleurs sur ce fondement que Bertrand Delanoë a interdit

²¹³ Cass. crim., 11 mai 2010, n° 09-84.011.

²¹⁴ Cass. crim., 3 mars 2021, n° 20-82.3998.

²¹⁵ Cass. crim., 6 janvier 2010, n° 09-82.942.

²¹⁶ N. Catelan, « Adam (toujours) plus fort qu'Eve : quand un sein est un sexe ! (saison 4) » *La lettre juridique*, 2023, n° 936, <<https://www.lexbase.fr/article-juridique/93404938-jurisprudence-adam-toujours-plus-fort-que-quand-un-sein-est-un-sexe-saison-4>>.

²¹⁷ J. Mattiussi, *op. cit.* : « Les seins des femmes sont-ils sexuels ».

²¹⁸ Délibération du Conseil municipal de Grenoble, 16 mai 2022. C'est la même délibération qui va autoriser le burkini et qui sera successivement suspendue par le juge des référés du Tribunal administratif de Grenoble puis par le Conseil d'État (CE. ord. 21 juin 2022, n° 464648).

dès 2006 le *topless* dans le règlement de Paris plage aux côtés du string et du naturisme²¹⁹. L'amende encourue par les contrevenantes s'élève à 38,00 euros.

Contrairement à une croyance répandue, le *topless* sur les plages n'est pas autorisé par la loi. Il reste prohibé par le jeu de l'article 222-32 du Code pénal tel qu'interprété par la Cour de cassation²²⁰. Certes l'interdiction n'y figure pas *expressis verbis* mais pas davantage que l'interdiction en général. Il y aurait donc une incongruité, dans le même flou textuel et dans le silence de la jurisprudence judiciaire, à considérer que la disposition s'applique partout sauf sur les plages. Rappelons que l'arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 1965 concernait la pratique du monokini sur une plage aménagée de la Croisette de Cannes²²¹. L'ambiguïté demeure comme l'atteste la mésaventure, en 2020 à Sainte-Marie-La-Mer, de plusieurs femmes invitées par deux gendarmes zélés à se couvrir à la demande d'autres baigneurs. La tentation de la verbalisation subsiste.

En tout état de cause, la tolérance ne crée pas de droit. Tolérer n'est pas permettre²²². Il s'agit plutôt d'assouplir, de ne pas interdire ou ne pas exiger alors qu'on pourrait le faire²²³. La norme, en l'occurrence la prohibition de l'exposition des seins féminins, ne disparaît pas. Seule son effectivité est affectée. La Cour de cassation rappelle dans son arrêt du 16 octobre 2018 qu'une tolérance des autorités administratives contraire à des textes en vigueur instituant des infractions, ne saurait faire disparaître ces dernières²²⁴. Comme le souligne Caroline Lacroix, la chambre criminelle se montre traditionnellement hostile à l'idée qu'une tolérance administrative puisse valoir justification d'une infraction²²⁵. Elle juge de manière constante que la tolérance des autorités est insusceptible de constituer un droit ou de servir d'excuse à une infraction²²⁶. Dès lors, « la sanction peut resurgir à tout moment et sans limite si la puissance publique le souhaite »²²⁷.

L'analogie peut facilement être faite avec l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* dans laquelle les autorités nationales arguaient l'inapplication de la loi pénale criminalisant les relations homosexuelles aux partenaires adultes consentants. Cette « tolérance »

²¹⁹ Art. 3.1 du Règlement intérieur Paris Plage 2006, Bulletin municipal officiel de la ville de Paris, vol. CXXV, n° 58, 25 juillet 2006, p. 1911-1912.

²²⁰ Pour une opinion contraire voir C. Many, « Couvrez ce sein que je ne saurais voir... sur la plage », *Dalloz actualité*, 17 octobre 2023. L'autrice fonde son analyse sur l'arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 2006 (n° 05-80.960) qui opère une distinction entre exhibition sexuelle et geste obscène, arrêt difficilement transposable à la question du *topless*.

²²¹ Cass. crim., 22 décembre 1965, n° 65-91.997.

²²² X. Bioy, B. Lavergne, M. Sztulman (dirs.), *Tolérance et droit*, Paris, LGDJ, 2014, 176 p., spé. p. 7-23, C. Groulier, « Tolérer n'est pas permettre, de la distinction de la tolérance et de la permissivité en droit ».

²²³ J. Mourgeon, « Tolérance et règle de droit », *Les Cahiers de droit*, 1989, n° 4, pp. 979-986 : « La tolérance (...) est un assouplissement d'une attitude prédéterminée, d'un refus postulé, d'un principe moral préétabli... La tolérance est une entorse, une dérogation plus ou moins souvent réitérée ; bref, elle est une variable ». Voir également L. Tallineau, « Les tolérances administratives », *AJDA*, 1978, p. 3.

²²⁴ Cass. crim., 16 octobre 2018, n° 17-86.802.

²²⁵ C. Lacroix, « On ne taquine pas le moineau », *Dalloz actu étudiant*, 15 novembre 2018, <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/on-ne-taquine-pas-le-moineau/h/c9d500527c2e4e726104be5973a9c7d3.html>.

²²⁶ Cass. crim., 29 janvier 1898 ; Cass. crim., 12 mars 1975, n° 74-90.876.

²²⁷ D. de Bechillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1997, 304 p., spé. p. 83.

pénale n'a pas résisté devant la Cour européenne des droits de l'homme qui a considéré qu'il planait une épée de Damoclès au-dessus du requérant²²⁸.

Malgré une connotation très positive qui renvoie aux fondements de la société démocratique, ici la tolérance n'est pas un progrès. En évitant de poser la question de la pénalisation, de la bivalence entre les sexes et des discriminations systémiques dont les femmes font l'objet grâce à quelques concessions, elle est même le prototype de la fausse bonne idée. Pour Fanny Grabias, elle témoigne en fait de la marge d'appréciation propre à tout pouvoir discrétionnaire et par voie de conséquence, perd son visage vertueux²²⁹.

La deuxième possibilité pour les femmes de dévoiler leurs seins est récente. Elle procède d'un assouplissement de la jurisprudence pénale à la faveur de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment l'arrêt *Bouton* du 13 octobre 2022. Après avoir méthodiquement écarté les doutes sur la qualité et la précision de la loi grâce à un renvoi aux arrêts de la Cour de cassation, notamment sa décision de ne pas transmettre une question préjudicielle à ce sujet au Conseil constitutionnel, puis réaffirmé que les États peuvent légitimement sanctionner l'exhibition des parties sexuelles du corps²³⁰, c'est-à-dire qu'elle ne discute pas la qualification sexuelle de la poitrine des femmes, la Cour européenne se concentre uniquement sur la mise en balance entre le droit de la requérante de communiquer ses idées et le droit d'autrui au respect de la morale et de l'ordre public. La condamnation qu'elle prononce repose donc exclusivement sur l'absence de nécessité dans une société démocratique²³¹. Elle souligne que le juge national n'a pas suffisamment pris en compte l'ensemble des éléments en litige portant sur le contexte dans lequel se situait l'action litigieuse ainsi que sur les mobiles de la requérante : le message féministe inscrit sur son torse et son dos en référence au Manifeste des 343 salopes de 1971 (« 344^{ème} salope »), le sens politique de sa semi-nudité, le choix du lieu, une église, particulièrement propice à la médiatisation²³². Partant, l'arrêt *Bouton* s'inscrit davantage dans la lignée de l'affaire *Pussy riots* que dans une réflexion sur l'égalité entre les sexes et le genre²³³.

Consciente des faiblesses de sa jurisprudence, la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'a pas attendu la condamnation par la Cour européenne pour s'adapter. Dans son arrêt du 26 février 2020, elle ne censure pas la relaxe prononcée par la Cour d'appel au motif que, « dès lors (...) que le comportement de la prévenue s'inscrit dans une démarche de protestation politique, et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée

²²⁸ CourEDH, 22 octobre 1982, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76.

²²⁹ F. Grabias, « La tolérance administrative, inapplication condamnable du droit », in *Tolérance et droit*, op. cit., p. 110.

²³⁰ CourEDH, 28 octobre 2014, *Gough c. Royaume-Uni*, n° 49327/11.

²³¹ CourEDH, 13 octobre 2022, *Bouton c. France*, n° 22636/19, § 67.

²³² L. Milano, H. Surrel, F. Marchadier, L. Robert, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2022) », *RDP*, 2023, n° 4, p. 1113. Voir également L. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août - décembre 2022) », *AJDA*, 2023, p. 118 et E. Decaux, *JDI*, 2023, pp. 68-71.

²³³ CourEDH, 17 juillet 2018, *Mariya Alekhina et a. c. Russie*, n° 38004/12.

dans l'exercice de la liberté d'expression »²³⁴. En l'espèce, la défenderesse au pourvoi avait exposé sa poitrine nue au musée Grevin recouverte de l'inscription « *Kill Putin* » avant de renverser la statue de cire de ce dernier puis d'y planter à plusieurs reprises un pieu métallique en clamant « *Fuck dictator, Fuck Vladimir Putine !* ». L'intention politique de la prestation politique ne fait aucun doute. La Cour de Cassation se comporte ici en fausse dévote. L'anticipation de la condamnation par le juge européen et l'introduction d'un contrôle de proportionnalité poursuit deux objectifs principaux et complémentaires : tirer le moins de conséquences possibles de la jurisprudence européenne (à la manière de ce qu'avait pratiqué la Cour à propos des conséquences civiles de la gestation pour autrui) ; garder la plus grande maîtrise possible dans l'appréciation de l'existence ou non d'un besoin social impérieux justifiant la restriction de la liberté d'expression. Elle évite ainsi l'exclusion de la poitrine des femmes du champ d'application de l'article 222-32 du Code pénal même en matière politique. L'appréciation se fera au cas par cas.

*

La discrimination n'est pas une fatalité. La Cour d'appel de New York l'a démontré dans un arrêt *Ramona Santorelli et Mary Lou Schloss* du 7 juillet 1992 par lequel elle autorise les femmes à tomber le haut comme les hommes²³⁵.

Entre Marina, la jeune femme verbalisée à Aurillac en août 2023 pour avoir refusé de couvrir sa poitrine sous l'effet de la chaleur, et Rosa Parks qui n'avait pas daigné céder sa place à un passager blanc dans un bus à Montgomery, il n'y a finalement pas une grande différence. Chacune de ces deux femmes s'est heurté à un système discriminant, la première à raison de son sexe, la seconde en raison de sa couleur de peau. Une prochaine victime de la répression pénale patriarcale offrira peut-être à la Cour européenne l'occasion de se prononcer sur l'exposition de la poitrine des femmes non plus seulement sous l'angle marginal de l'article 10 (utilisation du sein comme un adjuvant politique) mais sous l'angle plus général de l'article 8 (droit à la vie privée) conjugué à l'article 14 (interdiction de la discrimination). La lumière ne viendra probablement pas du gouvernement qui, interpellé en 2019 par une députée sur les inégalités dans les condamnations pour exhibition sexuelle s'est contentée de répondre par un mauvais copier-coller de la jurisprudence de la Cour de cassation et le constat d'une condamnation plus systématique de la nudité imposée à autrui²³⁶. Dans l'attente, malgré les quelques concessions sous forme de tolérance par les autorités administratives ou la possibilité d'une contextualisation en matière politique par le juge judiciaire, la prohibition de la nudité continue d'affecter les femmes de manière disproportionnée.

« Je suis femme et n'ai à répondre à personne de ce que je fais » s'insurgeait Violette Morris. C'était au siècle dernier, le 26 février 1930 lors du procès qui l'opposait à la Fédération des sociétés féminines sportives de France laquelle lui avait refusé la délivrance d'une licence au motif qu'elle était invertie et qu'elle portait le pantalon²³⁷.

²³⁴ Cass. crim., 26 février 2020, n° 19-81.827.

²³⁵ Cour d'appel de New York, 7 juillet 1992, *Ramona Santorelli & Mary Lou Schloss*, n° 115.

²³⁶ AN, Question n° 20536, Réponse publiée au JO le 23 juillet 2019, p. 6937.

²³⁷ E. de Saint-Auban, « Le procès de la culotte », *Revue des Grands Procès contemporains*, 1930, n° 36, p. 194.

Il faut croire que, presque cent ans après, Violette et toutes les autres femmes qui ambitionnent d'être libres, en d'autres termes d'être les égales des hommes, n'ont pas encore été totalement entendues.

Quant aux tartuffes, car il faut bien citer Molière lorsqu'on écrit sur la nudité des seins féminins²³⁸, à celles et ceux que leur vue, et au-delà que la liberté des femmes, choquent, heurtent ou inquiètent, ils n'auront qu'à faire preuve d'un peu de la tolérance et de l'esprit d'ouverture qui au sens de la Cour européenne des droits de l'homme caractérisent la société démocratique²³⁹. Au pire ils pourront toujours détourner le regard un instant.

²³⁸ Molière, *Le Tartuffe*, 1664, Acte III, Scène 2 : Tartuffe : « Couvrez ce sein que je ne saurais voir : Par de pareils objets les âmes sont blessées, Et cela fait venir de coupables pensées » ; Dorine : « Vous êtes donc bien tendre à la tentation, et la chair sur vos sens fait grande impression ! Certes je ne sais pas quelle chaleur vous monte : Mais à convoiter, moi, je ne suis pas si prompt, Et je vous verrais nu du haut jusques en bas, Que toute votre peau ne me tenterait pas ».

²³⁹ CourEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, § 49.

La cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne et les « ennemis » de la démocratie ou l'interdiction des partis politiques dans le système constitutionnel allemand

Maria Kordeva*

*L'interdiction d'un parti politique en vertu de l'article 21, alinéa 2 de la Loi fondamentale représente l'arme la plus sévère et également à double tranchant de l'État de droit démocratique contre ses ennemis organisés. Cette arme doit permettre d'éviter les risques, nés tant de l'existence d'un parti au fond anticonstitutionnel que des possibilités d'action typiques pour les associations et groupements.*²⁴⁰

En France, des voix de la sphère politique et de la société civile ont récemment appelé à la dissolution du parti *La France insoumise* (LFI), en raison des positions prises à la suite du massacre perpétré par le Hamas le 7 octobre 2023 en Israël²⁴¹.

Dans le système juridique français, les partis politiques ont la qualité d'association au sens de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association et sont nuls s'ils sont fondés « sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs », ou s'ils ont comme but de « porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement »²⁴². La Constitution du 4 octobre 1958 énonce de manière laconique dans son article 4 « les partis et les groupements politiques concourent à l'expression du suffrage universel » et « se forment et exercent leur activité librement » en respectant « les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie »²⁴³. La littérature sur les partis politiques n'est pas vraiment abondante : on peut signaler l'opus de Maurice Duverger, qui présente un tableau général sans être focalisé sur la France, éloigné dans le temps, malgré ses rééditions successives²⁴⁴, les

*Docteur en Droit public, assistante à la Chaire de droit publique français (Université de la Sarre). Toutes les traductions sont de l'auteur et du site Bijus. Pour la Loi fondamentale : Christian Autexier, Michel Fromont, Constance Grewe, Olivier Jouanjan, Maria Kordeva (version synoptique disponible en ligne : <https://www.bijus.eu/?p=13218>).

²⁴⁰ « Das Parteiverbot nach Art. 21 Abs. 2 GG stellt die schärfste und überdies zweischneidige Waffe des demokratischen Rechtsstaats gegen seine organisierten Feinde dar. Es soll den Risiken begegnen, die von der Existenz einer Partei mit verfassungsfeindlicher Grundtendenz und ihren typischen virendemäßigen Wirkungsmöglichkeiten ausgehen » (BVerfGE, « NPD-Verbotsverfahren » du 17 janvier 2017, 1^{re} phrase).

²⁴¹ Chez Pol, « Des élus LR et Renaissance souhaitent la dissolution de LFI après le communiqué sur l'attaque du Hamas », *Libération*, 11 octobre 2023, <https://www.liberation.fr/politique/des-elus-lr-et-rennaissance-souhaitent-la-dissolution-de-lfi-apres-le-communique-sur-l-attaque-du-hamas-20231011_W2LJRAASJFFY3K22BORD2HMNR4/> (dernière consultation le 22 novembre 2023) ; Eloïse Cimbidihi, « Un sénateur LR demande la dissolution de La France insoumise », *Le Figaro*, 10 octobre 2023, <<https://www.lefigaro.fr/politique/un-senateur-lr-demande-la-dissolution-de-la-france-insoumise-20231010>> (dernière consultation le 22 novembre 2023).

²⁴² Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, Titre I, art. 3.

²⁴³ Constitution du 4 octobre 1958, art. 4.

²⁴⁴ Maurice Duverger, *Les partis politiques*, 1^{re} éd., Armand Colin, 1951 ; v. également le compte-rendu de Georges Vedel : « Les partis politiques ou l'école de la démocratie », *Revue française de science politique*, 1951, p. 558-567.

Essais sur les partis politiques de Pierre Avril²⁴⁵, l'opus de Marcel Waline *Les Partis contre la République*²⁴⁶, ou encore la publication des communications et discussions d'une journée d'études consacrée aux rapports entre le Conseil constitutionnel et les partis politiques²⁴⁷. En langue française, il ne faut pas oublier les grands oubliés, les « pessimistes publics », qui mettent « en évidence l'écart qui sépare les discours sur la démocratie des pratiques de la démocratie » : Moisei Ostrogorski et *La Démocratie et les Partis politiques*, qui a été « le premier à procéder à une analyse systématique du fonctionnement des partis politiques et de leur rôle dans l'organisation de la démocratie », et Robert Michels et *Les Partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties*²⁴⁸. Bien que ne portant pas sur le système politique français, ces ouvrages sont des lectures incontournables sur le chemin de la compréhension de la « difficulté démocratique »²⁴⁹.

Contrairement au cas allemand, il n'est guère possible de parler d'une théorie générale des partis politiques en France²⁵⁰. Malgré l'entrée de la notion dans l'article 4 de la Constitution du 4 octobre 1958²⁵¹, il n'existe pas de définition ou de systématisation du champ d'action des partis politiques, ni de réflexions approfondies sur leur rôle dans le cadre de la démocratie représentative, ni de mécanismes spécifiques permettant d'interdire un parti dont l'activité viserait à saboter les bases de l'ordre constitutionnel français. La distinction sémantique, devenue courante, entre « parti » et « mouvement » politique²⁵² marque davantage un effet de mode qu'elle ne présente des différences

²⁴⁵ Pierre Avril, *Essai sur les partis politiques*, 1^{re} éd., LGDJ, 1986 ; Pierre Avril, *Essais sur les partis politiques*, édition revue et augmentée, Payot, coll. Petite bibliothèque Payot, 1990.

²⁴⁶ Marcel Waline, *Les Partis contre la République*, Éditions Rousseau et cie, 1948, préfacé par René Capitant.

²⁴⁷ Louis Favoreu (éd.), *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica, coll. Droit public positif, 1988. Il convient de citer également le petit ouvrage de Daniel-Louis Seiler, *Les partis politiques*, Armand Colin, 1993 ; Michel Offerlé, *Les partis politiques*, PUF, coll. *Que sais-je*, 2018 (ces ouvrages représentent cependant davantage des enquêtes de sociologie et de science politique) ; le manuel de Yves Poirmeur et Dominique Rosenberg, *Droit des partis politiques*, Ellipses, coll. *Cours magistral*, 2008, centré sur la fonction électorale des partis ainsi que sur les problèmes liés à leur financement. En langue française : Dominique Andolfatto, Alexandra Goujon (dir.), *Les partis politiques, ateliers de la démocratie*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2016, v. notamment la contribution de Romain Rimbaud, « Les tensions entre innovations partisanes et le droit en France », p. 121-135.

²⁴⁸ Moisei Ostrogorski, *La Démocratie et les partis politiques* (1902), Éditions du Seuil, 1979, avec une présentation de Pierre Rosanvallon, qui demande, à juste titre, « qui [aujourd'hui] a lu Ostrogorski ? » (p. 7 s.) ; Robert Michels, *Les Partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties* (1911 pour l'édition originale en langue allemande), réédité chez Flammarion en 1971, 1978, puis en 2009 chez Éditions de l'Université de Bruxelles. Une nouvelle traduction de Jean-Christophe Angaut est parue en 2015 : *Sociologie du parti dans la démocratie moderne. Enquête sur les tendances oligarchiques de la vie des groupes*, Gallimard, coll. Folio essais, 2015.

²⁴⁹ Pierre Rosanvallon, in Moisei Ostrogorski, *La Démocratie et les partis politiques* (1902), Éditions du Seuil, 1979, p. 8.

²⁵⁰ L'effort de Michel Duverger qui « tend à [...] esquisser une première théorie générale des partis, nécessairement vague, conjecturale, approximative, qui puisse servir de base et de guide à des analyses en profondeur » n'est pas suivi par la doctrine et la jurisprudence françaises (*Les partis politiques*, 1^{re} éd., 1951, Armand Colin, p. vii.).

²⁵¹ « Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie. Ils contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1^{er} dans les conditions déterminées par la loi. La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation. ».

²⁵² *La France insoumise, Renaissance, Europe Écologie Les Verts, Les Républicains, Rassemblement national...* le mot « parti » semble abandonné, mais ce choix ne modifie pas la fonction de médiateur entre la société civile et

matérielles fondamentales dans le rôle fonctionnel des partis et mouvements dans la formation de la volonté politique.

Il n'existe pas de procédure d'interdiction spécifique aux partis politiques. La loi du 10 janvier 1936, intégrée à l'article L. 212-1 du Code de la sécurité intérieure²⁵³ n'est pas spécialement destinée aux partis politiques. Ses dispositions visent « toutes les associations ou groupement de fait [...] dont l'objet ou l'action tend à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou à attenter par la force à la forme républicaine du Gouvernement [...] ou dont l'activité tend à faire échec aux mesures concernant le rétablissement de la légalité républicaine »²⁵⁴. La dissolution est prononcée « par décret en conseil des ministres ». Le champ d'application initial de la loi de 1936, qui visait les groupes de combat armés et les milices privées, a été étendu aux mouvements collaborationnistes, aux événements algériens, aux groupuscules racistes ou terroristes²⁵⁵. Le pouvoir exécutif est maître de la procédure et peut décider de la vie ou de la mort politique d'un mouvement. Cette mainmise du Gouvernement peut paraître à certains égards problématique : la possibilité d'un recours formé contre le décret de dissolution devant le Conseil d'État n'exclut pas complètement l'éventualité de règlement de comptes politiques entre le pouvoir exécutif – qui pourrait avoir lieu entre le(s) parti(s) ayant accédé aux fonctions gouvernementales – et leurs opposants sur l'échiquier politique²⁵⁶.

Comparé à l'ossature constitutionnelle de la procédure d'interdiction allemande, le procédé français paraît davantage politisé et moins juridictionnalisé. Le cas allemand ne

l'État. V. Jean-François Kerléo, « Délitement des partis et émergence des mouvements politiques. Une approche constitutionnelle », *Revue française de droit constitutionnel*, 2018, n°133, p. 53-73, pour qui « l'apparition du vocable 'mouvement' connote une approche plus souple et dynamique qui semble épouser les mutations de la société civile.

²⁵³ Cette loi a été tardivement intégrée au Code de la sécurité intérieure par l'ordonnance n°2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du Code de la sécurité intérieure, ratifiée par la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme. La loi n°2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République (§§ 30 s.) a modifié les hypothèses dans lesquelles une dissolution peut être prononcée.

²⁵⁴ L'article 212-1 du Code de la sécurité intérieure expose une longue liste d'actions qui peuvent tomber dans son champ d'application et aboutir à la dissolution des associations ou groupements qui en sont les auteurs. P.ex. : sont dissous les associations ou groupements qui « provoquent à des manifestations armées ou à des agissements violents à l'encontre des personnes ou des biens », « qui présentent [...] le caractère de groupes de combat ou de milices privées », « qui, soit provoquent ou contribuent par leurs agissements à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine, de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, soit propagent des idées ou théories tendant à justifier ou encourager cette discrimination ou cette violence ».

²⁵⁵ Quelques exemples : le *Mouvement corse pour l'autodétermination* a été dissous par décret du 22 janvier 1987 (JORF du 24 janvier 1987, p. 861) ; le mouvement politique *L'œuvre française* a été dissous par décret du 25 juillet 2013 (JORF du 27 juillet 2013) ; le *Parti antisioniste* – dissous par décret du 20 mars 2019 (JORF du 21 mars 2019) ; *Génération identitaire* – dissous par décret du 3 mars 2021 (JORF du 4 mars 2021) ; le mouvement *Civitas* – dissous par décret du 4 octobre 2023 (JORF du 5 octobre 2023). Certains des procédures de dissolutions font l'objet de recours devant le juge administratif.

²⁵⁶ Augustin Berthout, « Dissoudre un parti politique en conseil des ministres ? Interrogations autour de la dissolution de *Civitas* », *JP Blog*, 21 octobre 2023, https://blog.juspoliticum.com/2023/10/21/dissoudre-un-parti-politique-en-conseil-des-ministres-interrogations-autour-de-la-dissolution-de-civitas-par-augustin-berthout/#_ftnref15, (dernière consultation le 22 novembre 2023).

présente guère les caractéristiques d'un système parfait qui devrait servir d'un exemple hypothétique et faire l'objet d'une entreprise d'exportation à l'étranger. Les différences profondes des cultures juridiques française et allemande, même atténuées par le socle européen commun, ne permettent pas de transplanter une procédure, de la calquer sur un autre ordre juridique. L'analyse de la jurisprudence allemande sur les demandes d'interdiction de partis politiques est plutôt une image à contempler. De cette contemplation pourrait naître une réflexion générale sur la place constitutionnelle des partis et mouvements politiques en France et leur spécificité – leur vocation à participer à la formation de la volonté politique du peuple – qui tend à les distinguer de toutes les autres associations et groupements.

Il n'existe pas, au sein de l'espace démocratique européen, de « standard commun » relatif à l'activité des partis politiques ou à leur interdiction. Dans certains États européens, la procédure de dissolution d'un parti politique est régie par la loi ordinaire, et la décision de la prononcer appartient, dans certains cas, à un tribunal constitutionnel²⁵⁷. Les motifs permettant l'interdiction d'un parti sont liés à des programmes idéologiques racistes ou nationalistes, visant à détruire les fondements de l'ordre constitutionnel, ou sont en lien avec leur affiliation à une organisation étrangère²⁵⁸.

L'interdiction²⁵⁹ d'un parti politique²⁶⁰, déclaré inconstitutionnel, s'inscrit difficilement dans le paysage d'un régime démocratique et libéral caractérisé par la liberté d'action et

²⁵⁷ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), *Avis n°489/2008 du 13 mars 2009 sur les dispositions constitutionnelles et législatives relatives à l'interdiction des partis politiques en Turquie*, p. 7 s. : « Dans la plupart des pays, qui ont adopté des règles sur la dissolution des partis, cette fonction est attribuée à la Cour constitutionnelle, ce qui est par exemple le cas en Turquie. Dans certains pays, comme l'Espagne et le Danemark, la compétence est attribuée à la Cour suprême qui est toutefois tenue de se prononcer dans le cadre de procédures spéciales, la possibilité de faire appel devant la Cour constitutionnelle étant prévue dans le cas de l'Espagne » ; *Lignes directrices sur l'interdiction et la dissolution des partis politiques et les mesures analogues* adoptées par la Commission de Venise les 10 et 11 décembre 1999, CDL-INF(2000)1, p. 11 présente un panorama de la matière.

²⁵⁸ Article 13, alinéa 5 de la Constitution de la Fédération de Russie du 12 décembre 1993 («[s]ont interdites la création et l'activité d'associations dont les buts et les actes visent à modifier par la violence les fondements de l'ordre constitutionnel, à violer l'intégrité de la Fédération de Russie, à attenter à la sécurité de l'État, à créer des formations armées, à inciter à la discorde sociale, raciale, ethnique et religieuse ») ; article 69 de la Constitution turque du 7 novembre 1982 (« [l]es partis politiques qui reçoivent une aide financière d'États étrangers, d'organisations internationales ou de personnes physiques ou morales n'ayant pas la nationalité turque sont dissous à titre définitif »).

²⁵⁹ Rudolf Streinz, « Artikel 21 », in Mangoldt, Klein, Starck, *Grundgesetz Kommentar*, vol. 2, 8^e éd., C.H. Beck, 2018, points 211b s., remarque que le terme « interdiction » (*Verbot*) n'est pas mentionné dans le texte de la Loi fondamentale afin d'éviter des parallèles avec le régime national-socialiste qui, dès 1933, prononcera plusieurs « interdictions » de partis politiques considérés comme faisant partie de l'opposition.

²⁶⁰ En vertu du §2 de la loi sur les partis du 24 juillet 1967, les partis sont définis comme « associations de citoyens, qui ont une influence, de manière stable ou pour un temps déterminé, dans le cadre de la Fédération ou d'un État fédéré, sur la formation de la volonté politique et qui participent à la représentation du peuple dans le *Bundestag* ou dans un Parlement d'État fédéré [...] » (*Parteien sind Vereinigungen von Bürgern, die dauernd oder für längere Zeit für den Bereich des Bundes oder eines Landes auf die politische Willensbildung Einfluß nehmen und an der Vertretung des Volkes im Deutschen Bundestag oder einem Landtag mitwirken wollen [...]*).

la liberté d'exprimer ses opinions politiques²⁶¹. Ainsi, le danger existe que cette option, ouverte par le pouvoir constituant en réaction au naufrage de la Constitution de Weimar, dans laquelle les « partis politiques apparaissent uniquement comme des éléments négatifs »²⁶², soit perçue comme un jugement de valeur déguisé sous les habits de la protection de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 (LF). La Constitution de Weimar de 1919 ne comporte qu'une mention des partis politiques, dans la disposition relative aux fonctionnaires : « Les fonctionnaires sont serviteurs de tous, et non pas d'un parti » (article 130)²⁶³. À côté de cette présence négative, la Constitution weimarienne présupposait l'existence de ces formations²⁶⁴. Les partis politiques, perçus comme une menace pour l'unité de l'État, qualifiés de « partie honteuse » du droit public²⁶⁵, sont la condition *sine qua non* de la réalisation de la démocratie. L'opposition artificielle entre les partis politiques et le régime démocratique ne peut être qu'« auto-illusion » ou « hypocrisie », car la démocratie s'accomplit « nécessairement » et « immanquablement » dans un « État de partis » (*Parteienstaat*)²⁶⁶.

Le spectre de Weimar ne suffit pas à justifier ce geste radical qu'est l'interdiction d'un parti politique et, par conséquent, la condamnation institutionnelle et morale tant de ses cadres dirigeants que de ses sympathisants. L'article 21, alinéa 2 LF représente une atteinte aux droits des partis politiques mentionnés à l'alinéa 1^{er} de la même disposition²⁶⁷, mais ne doit tout de même pas être entendu comme une interdiction visant l'opinion, il s'agit plutôt d'« une interdiction organisationnelle »²⁶⁸.

²⁶¹ En ce sens, v. Christian Waldhoff, « §10 Parteien-, Wahl und Parlamentsrecht », in Matthias Herdegen, Johannes Masing, Ralf Poscher, Klaus Gärditz (éds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1^{re} éd., C.H. Beck, 2021, points 45-51.

²⁶² Christian Hillgruber, « § 118 Parteienfreiheit », in Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier (éds.), *Handbuch der Grundrechte*, vol. 5, 2013, p. 466.

²⁶³ Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 10^e éd., 1929.

²⁶⁴ Gustav Radbruch, *Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts*, in Gerhard Anschütz, Richard Thoma (éd.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 1, Mohr Siebeck, 1930, p. 290.

²⁶⁵ Gustav Radbruch, *Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts*, in Gerhard Anschütz, Richard Thoma (éd.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 1, Mohr Siebeck, 1930, p. 288.

²⁶⁶ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2^e éd., 1929, Mohr Siebeck, p. 20; Gerhard Leibholz, « Parteienstaat und repräsentative Demokratie », *Deutsche Verwaltungsblätter*, 1951, p. 1-8; du même « Volk und Partei im neuen deutschen Verfassungsrecht », in *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3^e éd., 1967, p. 71-77. V. également: Peter M. Huber, « Der Parteienstaat als Kern des politischen Systems – Wie tragfähig ist das Grundgesetz? », *JuristenZeitung*, 1994, p. 689-696; Martin Morlok, Thomas Poguntke, Ewgenij Sokolov (dir.), *Parteienstaat – Parteiendemokratie*, Nomos, 2018. Pour Peter Haungs, « Die Bundesrepublik – ein Parteienstaat ? Kritische Anmerkungen zu einem wissenschaftlichen Mythos », *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1973, p. 502-524, « la République fédérale comme État de partis » est un « mythe scientifique ». Sous Weimar, le *Parteienstaat* fait l'objet de critiques virulentes de la part de juristes affiliés à l'idéologie nazie: Otto Koellreuter, *Der deutsche Staat als Bundesstaat und als Parteienstaat*, Mohr (Siebeck), 1927.

²⁶⁷ « Les partis concourent à la formation de la volonté politique du peuple. Leur fondation est libre. Leur organisation interne doit être conforme aux principes démocratiques » (*Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Ihre Gründung ist frei. Ihre innere Ordnung muß demokratischen Grundsätzen entsprechen*). Sur la notion de parti politique et sa place dans l'architecture constitutionnelle allemande : Ernst Forsthoef, « Zur verfassungsrechtlichen Stellung und inneren Ordnung der Parteien », *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 1950, p. 313-318.

²⁶⁸ Hans Hugo Klein, « Artikel 21 », in Theodor Maunz, Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, 101^e éd. électronique actualisée, 2023, C.H. Beck, München, point 486: « Das Parteiverbot ist [...] Organisationsverbot ».

La notion de parti politique « n'a jamais été entourée de l'enclos protecteur de la terminologie spécialisée »²⁶⁹, elle appartient à ces notions à jamais partagées entre la science politique, l'histoire, le droit, ou encore la sociologie. Erich Kaufmann les définit comme « les inquiétants pouvoirs de la société [...] qui, se donnant eux-mêmes les lignes de leur comportement, imposent leur loi à la vie constitutionnelle, et dont la force irrationnelle ne peut pas être contrôlée par les normes abstraites formulées par l'État »²⁷⁰. L'apparition de ces « inquiétants pouvoirs »²⁷¹, « ces nouvelles formations [qui] sont les enfants de la démocratie, du suffrage universel, de la nécessité de recruter et d'organiser les masses »²⁷², est liée à la formation progressive de la sphère de la société civile qui commence, déjà, sous la période de la monarchie, à partir de la fin du XVIII^e et du début du XIX^e siècle, à se constituer en tant que domaine distinct de celui de l'État.

La difficulté principale sur le chemin de la compréhension du rôle des partis politiques dans la formation de la volonté politique aujourd'hui est sans conteste leur place dans le champ de la vie réelle : ils ne peuvent pas complètement être commandés par des règles juridiques et des pans entiers de leur activité échappent au droit. Ils sont situés dans une zone délicate, à la lisière de la réalité politique et du droit constitutionnel.

La question de la place des partis politiques dans l'ensemble institutionnel de l'État appelle des réflexions sur la problématique globale de l'analyse constitutionnelle. Il est impossible de trouver un début de réponse si l'on se réfère de manière binaire à des « normes déconnectées de la réalité » ou à une « réalité dénuée de toute normativité »²⁷³. De forces émanant de la société agissant sur le pouvoir d'État les partis politiques se transforment en forces créatrices de ce même pouvoir. C'est ce moment de transformation occulte, situé en dehors du territoire du droit, qui représente un écueil difficilement surmontable pour la compréhension du parti politique devenu, par son accession au pouvoir, le « porte-parole du peuple organisé »²⁷⁴. La place des partis politiques est dans la zone floue située entre l'État et la société²⁷⁵. Leur constitutionnalisation, le dernier stade de leur évolution, n'opère pas en même temps un changement de position. L'endroit, où se meuvent les partis politiques, est toujours un

²⁶⁹ Klaus von Beyme, « Partei, Faktion », in Otto Brunner, Werner Conze, Reinhard Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 4, Klett-Cotta, 1978, p. 677 : « [...] niemals von dem schützenden Hag einer Fachsprache umgeben war ».

²⁷⁰ Erich Kaufmann, *Die Regierungsbildung in Preußen und im Reich und die Rolle der Parteien*, Die Westmark, 1921, p. 121 : « [...] die unheimliche gesellschaftlichen Gewalten, die sich selbst die Normen ihres Verhaltens gebend, ihr Gesetz dem Verfassungsleben aufzwingen und in ihrer durchaus irrationalen Kraft durch staatlich formulierte abstrakte Normen nicht reguliert werden können ».

²⁷¹ Reinhart Koselleck, *Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*, Suhrkamp, 1973 ; en français : *Le règne de la critique*, Éditions de Minuit, coll. Arguments, 1979.

²⁷² Max Weber, « La vocation d'homme politique », in *Le Savant et le Politique*, Plon, 1959, p. 154.

²⁷³ Konrad Hesse, « Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Walter de Gruyter, 1959, p. 12 : « [...] weder die Beschäftigung mit wirklichkeitslosen Normen noch die mit einer normlosen Wirklichkeit [...] ».

²⁷⁴ Heinrich Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, 2^e éd., p. 33 : « Sprachrohr des organisierten Volkes ».

²⁷⁵ Wilhelm Henke, *Das Recht der politischen Parteien*, 2^e éd., 1972, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, p. 1 s.

point de tension, une rencontre entre deux forces : les forces institutionnelles et les forces dynamiques de la société. Malgré l'incorporation constitutionnelle, le statut des partis reste soumis au droit privé, ils ne sont pas matériellement des « organes » de l'État, même si, d'un point de vue procédural, ils y sont assimilés par le juge constitutionnel. L'observateur naïf pourrait hâtivement arriver à la conclusion que tout ce qui touche aux partis est de manière évidente antagonique, que les forces institutionnelles (État) et les forces dynamiques (société) entretiennent des rapports conflictuels qui les opposent à jamais. Pourtant, une lecture plus attentive permet de voir que les partis occupent cette place où cristallise la jonction entre ces deux éléments d'apparence contradictoires rendant ainsi la transformation constante, par l'élection, des forces dynamiques en forces institutionnelles. L'État de partis ne signifie pas que l'appareil institutionnel soit englouti par ces « forces obscures », mais marque davantage l'apparition d'une formation ordonnée de la volonté politique, qui donne forme à l'informité des opinions divergentes. Il s'agit de l'expression ordonnée de différentes conceptions du monde présentes au sein de la société civile qui s'élèvent au niveau de l'État afin de devenir un programme politique mis en œuvre par les forces institutionnelles.

Dans le cadre du régime démocratique et libéral de la Loi fondamentale, les partis politiques ont une importance et des missions particulières²⁷⁶. La définition de l'article 21, alinéa 1^{er} LF est concrétisée par la loi fédérale sur les partis politiques (*Gesetz über die politischen Parteien, Parteiengesetz*) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1967 (§ 2, alinéa 1^{er}) : « Les partis sont des associations de citoyens qui, sans limitation de temps ou pour une longue durée, influent sur la formation de la volonté politique au niveau de la Fédération ou d'un *Land* et entendent participer à la représentation du peuple au *Bundestag* ou à un Parlement de *Land* (*Landtag*), pourvu que l'ensemble des circonstances de fait qui leur sont propres, notamment l'ampleur et la consistance de leur organisation, leurs effectifs et leur activité sur la scène publique présentent une garantie suffisante du sérieux de ces objectifs ». Le législateur lie ainsi l'existence des partis à un objectif précis : la participation à la représentation au sein du Parlement fédéral et des assemblées des États fédérés. Ce statut n'est point acquis, puisque la loi prévoit également sa perte : si le parti « n'a présenté de candidats ni à une élection législative (*Bundestag*) ni à une élection régionale (Parlement de *Land*) ou si, depuis six ans « l'association n'a rendu aucun rapport comptable en vertu de l'obligation de rendre ses comptes publics »²⁷⁷.

Le gouvernement et l'exercice du pouvoir d'État²⁷⁸ supposent l'existence de formations politiques représentant la volonté du peuple se trouvant dans la capacité à l'exprimer de manière suffisamment fidèle et complète. Les partis politiques ont la fonction d'« intermédiaire », d'« élément de liaison » dans « la chaîne de légitimation » entre le

²⁷⁶ V. de manière générale : Christian Hillgruber, « §118 Parteienfreiheit », in Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier (éds.), *Handbuch der Grundrechte*, vol. 5, 2013, p. 463-518. ».

²⁷⁷ Pour une analyse de la loi sur les partis politiques : Sophie Schönberger, *Parteiengesetz und Recht der Kandidatenaufstellung – Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

²⁷⁸ Article 20 LF.

peuple et les représentants politiques censés exprimer sa volonté²⁷⁹. Ils permettent la mise en œuvre de la volonté du peuple sans qu'il y ait une identité entre ces deux éléments constitutifs de la chaîne de légitimation démocratique. Les partis politiques sont le vecteur de réalisation de cette volonté en effectuant un travail de transformation qui permet ainsi aux idées nées dans « l'espace libre de formation de la volonté politique »²⁸⁰ d'atteindre le stade de la participation au gouvernement. C'est avant tout la mission des partis majoritaires qui écrivent les lignes directrices de la politique de l'État. Toutefois, les partis politiques minoritaires sont indispensables, car ils rendent possible une contestation saine et nourrissent les débats politiques – lieu de confrontation des différentes idées dans une société libre et marquée par la diversité politique, sociale et culturelle. Ils jouent le « rôle de frein » en modérant la puissance des partis ayant accédé aux responsabilités gouvernementales²⁸¹. La figure du parti politique est la pièce maîtresse de la démocratie représentative moderne²⁸². Les voix des électeurs tranchent en décidant de l'importance que prendra un parti ou un mouvement sur la scène politique. De participants à la compétition politique²⁸³, certains partis se transformeront, par l'onction de l'élection, en décideurs politiques, en gouvernants. Cette transformation ne peut s'accomplir que dans le cadre d'un système prévoyant une liberté d'action suffisante, protégée d'influence extérieure et garantissant un degré d'autonomie compatible avec les principes de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral.

Le parti politique « ennemi » de l'ordre constitutionnel fait partie intégrante de la réalité politique d'une démocratie libérale. Les courants politiques extrémistes, contestataires ou incompatibles avec les principes démocratiques traduisent souvent le refus de l'offre politique, qui ne satisfait pas les attentes des électeurs, et reflètent le dysfonctionnement

²⁷⁹ Konrad Hesse, « Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n°17, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1959, p. 21 : « Ils ont la fonction indispensable d'intermédiaire dans la chaîne de légitimation entre le peuple et les dirigeants » (*Sie haben die unerlässliche Funktion des Bindesgledes in der Legitimationskette zwischen Volk und politischer Führung*) ; Martin Morlok, « Artikel 21 », in Horst Dreier (éd.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. 2, 3^e éd., Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p. 358-359.

²⁸⁰ BVerfGE 8, 104, 113 : « Vorformung der politischen Willensbildung des Volkes », avec des références bibliographiques supplémentaires.

²⁸¹ Konrad Hesse, « Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, n°17, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1959, p. 21 : « Ihnen obliegt die Kritik, die Kontrolle und damit die Mäßigung der Macht der herrschenden Führungsgruppe [...] ».

²⁸² Sur le concept de représentation : Bernard Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, 1995 ; Ernst-Wolfgang Böckenförde, « Démocratie et représentation. Pour une critique du débat contemporain », in du même, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, LGDJ/Bruylant, 2000 ; Olivier Jouanjan, « Échapper au concept Hobbesien de représentation en démocratie ? », *Jus Politicum*, n°29, 2022 : « La démocratie suppose alors que cette médiation soit assurée par la participation effective de tous les citoyens, et non plus seulement d'une élite. Il ne peut uniquement s'agir de l'élection des assemblées, ce qui est sa condition évidente, mais aussi de la participation à la discussion publique, ce qui suppose la reconnaissance et la garantie de l'ensemble des droits politiques, qui ne comprennent pas seulement le droit de suffrage, mais aussi les libertés d'expression, d'information, d'association, de formation de partis politiques et de syndicats, de manifestation, ainsi que l'égal accès aux emplois publics ».

²⁸³ Sophie Schönberger, « Vom Suchen und Finden der Macht im Verfassungsrecht – Neujustierungen im Verständnis von Art. 21 GG », *JuristenZeitung*, p. 701-707, invite à penser le droit des partis politiques comme droit de la concurrence (politique) : « Parteienrecht als Wettbewerbsrecht » (p. 706).

du régime parlementaire en quête de représentativité suffisante²⁸⁴. Mais quelle est la manière dont il convient de combattre ces formations politiques et leurs actions ? Ce n'est qu'après avoir épuisé les possibilités de dialogue politique, que l'interdiction doit être envisagée comme solution afin de préserver les fondations de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral. Savoir si un parti politique doit être interdit relève du champ politique et mobilise la marge d'appréciation des organes politiques agissant conformément aux missions constitutionnelles qui leur sont attribuées. Ce sont les organes politiques qui décident de formuler une demande d'interdiction adressée à la Cour constitutionnelle fédérale. Cependant, il n'existe pas d'obligation constitutionnelle de demander l'interdiction d'un parti politique, même dans l'hypothèse où toutes les conditions énumérées dans l'article 21, alinéa 2 LF sont réunies. La décision d'agir dans ce cas de figure particulier reste déterminée par la latitude politique, dont disposent le *Bundestag*, le *Bundesrat* et le gouvernement fédéral, compétents pour saisir le juge en vertu du § 43, alinéa 1^{er} de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale²⁸⁵.

Dans ce jeu entre marge de manœuvre politique, formation de la volonté politique et coexistence de différentes mouvances politiques, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne se voit confier un rôle central. La jurisprudence de la Cour, même si elle est rare en matière d'interdiction de partis politiques, présente quelques changements de direction. En passant par des solutions préventives, faisant montre d'une volonté d'exprimer « une inquiétude pour l'avenir »²⁸⁶ sans constater des agissements concrets justifiant l'interdiction, la Cour a affiné son analyse en introduisant un élément d'intensité indiquant le danger du parti politique visé par la demande d'interdiction.

En vertu de l'article 21, alinéa 2 LF²⁸⁷, les partis politiques « qui, d'après leurs buts ou d'après le comportement de leurs sympathisants, tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne, sont inconstitutionnels ». La Cour constitutionnelle fédérale « statue sur la question de l'inconstitutionnalité »²⁸⁸. La Loi fondamentale rend également possible, aux termes de l'article 9, alinéa 2 LF²⁸⁹,

²⁸⁴ Hartmut Maurer, « Das Verbot politischer Parteien : zur Problematik des Art. 21 Abs. 2 GG », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1971, p. 225, parle du « symptôme du parti politique ennemi de l'ordre constitutionnel » (*das Symptom verfassungsfeindliche Partei*).

²⁸⁵ Hartmut Maurer, « Das Verbot politischer Parteien : zur Problematik des Art. 21 Abs. 2 GG », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1971, p. 226 : « [...] in der Regel haben die politischen Organe einen Ermessensspielraum ». Le gouvernement d'un *Land* peut, aux termes du § 43, alinéa 2 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale du 12 mars 1951, saisir la Cour d'une demande d'inconstitutionnalité au sens de l'article 21, alinéa 2 LF dans l'hypothèse où l'organisation du parti visé se limite au territoire de ce *Land*.

²⁸⁶ BVerfGE, 5, 85, 142.

²⁸⁷ L'interdiction de partis politiques n'est pas un *novum* dans l'histoire politique allemande : Martin Morlok, « Artikel 21 », in Horst Dreier (éd.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. 2, 3^e éd., Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p. 352, qui énumère les différentes lois permettant l'interdiction de partis politiques, de 1832 à 1933.

²⁸⁸ « Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig. Über die Frage der Verfassungswidrigkeit entscheidet das Bundesverfassungsgericht. »

²⁸⁹ « Les associations dont les buts ou l'activité sont contraires aux lois pénales, ou qui sont dirigées contre l'ordre constitutionnel ou l'idée d'entente entre les peuples, sont prohibées » (*Vereinigungen, deren Zwecke oder deren*

l'interdiction des associations dont les activités visent la destruction de l'ordre constitutionnel allemand. Ces deux dispositions sont étroitement liées en ce qu'elles expriment la volonté de défendre les bases démocratiques et libérales de la République fédérale en mettant en œuvre les principes de la « démocratie militante » (*streitbare Demokratie*)²⁹⁰.

La dernière décision importante en la matière, rendue le 17 janvier 2017²⁹¹ au bout d'une phase procédurale ayant duré quelques années, éveille la curiosité du lecteur. Le juge constitutionnel se prononce contre l'interdiction du parti *NPD* (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*, Parti national-démocrate d'Allemagne)²⁹². Cette solution intervient à la suite de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 4 octobre 2016, qui déclare irrecevable la demande du *NPD* portant sur la violation de ses droits résultant de l'absence d'un recours interne effectif constant la constitutionnalité d'un parti politique ayant fait l'objet de procédures d'interdiction n'ayant pas abouti. Le parti considérait qu'il se trouvait dans une situation d'interdiction constitutionnelle factuelle et était la cible de comportements politiques discriminatoires²⁹³.

En 1952, déjà, la Cour déclare le *Parti socialiste du Reich* (*Sozialistische Reichspartei*) inconstitutionnel²⁹⁴, et, en 1956, le même sort est réservé au *Parti communiste d'Allemagne* (*Kommunistische Partei Deutschlands*)²⁹⁵. Enfin, le *NPD* a déjà fait l'objet d'une demande d'interdiction ayant échoué en 2003 à cause d'« insurmontables raisons procédurales »²⁹⁶. L'article 21, alinéa 2 LF est certes un instrument de protection de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral, mais cette arme de défense est utilisée avec une extrême parcimonie par la Cour de Karlsruhe, ce qui n'est pas sans soulever quelques critiques ou même des reproches fantaisistes liées à la prétendue inconscience des juges quant au danger que pourraient représenter, à long terme, les agissements des dirigeants du parti et ses sympathisants.

Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind verboten). Article 21, alinéa 2 LF représente ainsi une *lex specialis* relative aux partis politiques, à côté de l'article 9 et de l'article 18 LF.

²⁹⁰ Markus Thiel, « Das Parteiverbot », in Markus Thiel (dir.), *Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Ordnung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, p. 173 s.

²⁹¹ BVerfGE « NPD-Verbotsverfahren » du 17 janvier 2017, rendue à l'unanimité (il faut tout de même signaler la composition « incomplète » du premier sénat de la Cour en raison de la fin de mandat du juge Landau qui n'est pas remplacé durant la procédure).

²⁹² Le *NPD*, fondé en 1964 par d'anciens membres du Parti socialiste du Reich, interdit en 1952 par la Cour constitutionnelle, n'a aujourd'hui aucun mandat au niveau fédéral. Dans le passé, ses résultats électoraux au niveau national furent plutôt faibles (entre 0,5 et 2%), avec quelques exceptions dans certains États fédérés (dans le *Land* de Saxe, le *NPD* enregistre, en 2004, près de 9%). En 2014, grâce à la suppression par la Cour constitutionnelle fédérale du seuil de 5% exigé afin d'obtenir un mandat parlementaire (BVerfGE 129, 300 « Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG » du 9 novembre 2011 qui ne concerne que les élections européennes), le parti réussit à faire entrer un de ses candidats au Parlement européen.

²⁹³ Cour EDH, 4 octobre 2016, *Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD) c. Allemagne*, req.n°55977/13.

²⁹⁴ BVerfGE 2, 1 « SRP-Verbot » du 23 octobre 1952.

²⁹⁵ BVerfGE 5, 85 « KPD-Verbot » du 17 août 1956. Le Parti communiste d'Allemagne, fondé en 1919, fut interdit en 1956 pour renaître, en 1968, sous la forme du Parti communiste allemand (*Deutsche Kommunistische Partei*). En République fédérale d'Allemagne, aucune procédure d'interdiction n'est engagée contre l'héritier du *KPD*. Il se disloque rapidement en formant des groupuscules et formations politiques sans aucun poids politique.

²⁹⁶ BVerfGE 107, 339 « NPD-Verbotsverfahren » du 18 mars 2003.

En suivant l'analyse de la décision de la Cour constitutionnelle, le 22 juin 2017, le Parlement allemand adopte la loi de révision constitutionnelle de l'article 21 LF et la loi sur l'exclusion du financement public des partis inconstitutionnels. Le 7 juillet 2017 le *Bundesrat*²⁹⁷ adopte à son tour les deux lois²⁹⁸. Les partis qui, « d'après leurs buts ou d'après le comportement de leurs sympathisants, tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou à le renverser, ou à mettre en péril l'existence de la République fédérale d'Allemagne, sont exclus de financements publics » (article 21, alinéa 3 LF).

Limiter la liberté d'action d'un parti en prononçant son inconstitutionnalité au nom de la démocratie, sans porter à celle-ci un coup liberticide, telle est la mission épineuse du juge constitutionnel. Il doit procéder à une opération de mise en balance entre les intérêts en présence : ceux du parti politique visé par la procédure et ceux défendus par les organes politiques auteurs de la saisine qui sont censés être les défenseurs de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral. La tension entre ces intérêts, qui paraissent, dans le cadre de la procédure d'interdiction, inconciliables, ne peut être résolue que par une interprétation stricte de l'article 21, alinéa 2 LF et une analyse précise des données factuelles, qui doivent prouver non seulement le caractère inconstitutionnel du parti, mais, avant tout, démontrer que ses agissements sont d'une ampleur suffisante afin de

²⁹⁷ Dans cette contribution, Parlement et *Bundestag* sont utilisés comme synonymes. La présentation d'un parlement fédéral bicaméral, que l'on trouve chez une grande partie des auteurs français, est erronée (p.ex. chez M. Troper, F. Hamon, P. Brunet, *Droit constitutionnel*, 44^e éd., LGDJ, 2023, p. 246, on lit que le Parlement allemand « comporte les deux Chambres impliquées par le fédéralisme : le *Bundestag* [Diète] qui représente le peuple entier de la fédération et le *Bundesrat* qui représente les États », ou encore D. Chagnollaude de Sabouret, P. de Montalivet, *Droit constitutionnel contemporain I*, Dalloz, 10^e éd. 2019 : « Bicaméral, le Parlement est composé d'une chambre fédérale, le *Bundestag*, et d'une chambre des États, représentant les Länder [...] »). Le Parlement allemand est monocaméral, il n'y pas de deuxième chambre législative qui serait le *Bundesrat*. Ce dernier est un organe spécifique de la structure institutionnelle allemande résultant de l'histoire particulière de l'État fédéral allemand. V. H. H. Klein, « Aufgaben des Bundestages », in J. Isensee, P. Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 2, 1^e éd., C.F. Müller, Heidelberg, 1987, p. 342 : « Der Deutsche Bundestag (...) ist das Parlament der Bundesrepublik Deutschland ». En langue française: Christian Autexier, *Introduction au droit allemand*, PUF, 1997, § 18 : « Le Bundestag assure la représentation de l'ensemble du peuple allemand, dans une constitution résolument monocamérale. [...] Quelle que puisse être en effet la propension naturelle des publicistes français à assimiler le Bundesrat au Sénat, il n'est pas permis d'ignorer la mise au point péremptoire de la Cour constitutionnelle fédérale : "Il découle de la la LF que le Bundesrat n'est pas la seconde chambre d'un organe législatif homogène" [...] (BVerfGE 37, 363 [380]) ».

²⁹⁸ Gesetzentwurf des Bundesrates zur Änderung des Grundgesetzes zum Zweck des Ausschlusses extremistischer Parteien von der Parteienfinanzierung, Drucksache 18/12100, 26.04. 2017, p. 1 : « Même si la Cour constitutionnelle fédérale, dans sa décision récente, n'a pas interdit le *NPD*, il existe d'autres possibilités de réaction afin de montrer que, au sein des partis politiques, le racisme, l'antisémitisme, le comportement hostile à la démocratie n'ont aucune place » (Auch wenn das Bundesverfassungsgericht die *NPD* mit seinem jüngsten Urteil nicht als Partei verboten hat, gibt es andere Reaktionsmöglichkeiten, um aufzuzeigen, dass in Parteien kein Platz für Rassismus, Antisemitismus und Demokratiefeindlichkeit ist) ; Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 21), Drucksache 18/12357, 16.05.2017, p. 1 : « Des partis politiques qui combattent de manière méthodique l'ordre constitutionnel démocratique et libéral [...] ne doivent plus bénéficier de financements publics » (Parteien, die zielgerichtet die freiheitliche demokratische Grundordnung [...] bekämpfen [...] sollen nicht länger finanzielle Zuwendungen seitens des Staates genießen dürfen).

réellement menacer les biens protégés : l'existence de la République fédérale²⁹⁹ ou l'ordre constitutionnel démocratique et libéral.

Partie I – La « démocratie militante » en expédition contre les « inquiétants pouvoirs » de la société ou les éléments constitutifs de la procédure d'interdiction des partis politiques.

La « démocratie militante » (*streitbare Demokratie*) est le cadre, qui permet la protection de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral (A), en faisant le pari de la conciliation problématique entre le principe de liberté qui commande la société démocratique et la nécessaire défense du régime contre ses « ennemis » (B).

A. La procédure d'interdiction des partis politiques comme élément de la « démocratie militante ».

La relation des Allemands à la démocratie est « idiosyncratique » : elle est basée sur « l'expérience et certaines réticences instinctives » propres au peuple allemand qui ne se prêtent pas à une explication complètement rationnelle et qui proviennent des « tréfonds de l'histoire personnelle, passent par des changements et peuvent aussi être surmontées »³⁰⁰.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande sur l'interdiction de partis politiques en vertu de l'article 21, alinéa 2 LF représente une pierre importante dans la construction conceptuelle et sémantique de la « démocratie militante » au sens de la Loi fondamentale³⁰¹. Dans un premier temps, le choix terminologique que fait le juge constitutionnel est celui du terme « *streitbare* » (militante, combattante), mais, dans certaines décisions, l'expression « *wehrhafte Demokratie* » (démocratie capable de se défendre, ayant la capacité de se défendre) est également utilisée.

La notion apparaît pour la première fois dans les textes du juriste allemand, Karl Loewenstein³⁰², exilé aux États-Unis, pour être reprise d'abord dans les discussions de

²⁹⁹ L'existence de la République fédérale (*Bestand*) concerne son intégrité territoriale. Elle peut, par exemple, être menacée par des revendications séparatistes. Cette question ne s'est pas encore posée devant la Cour constitutionnelle fédérale.

³⁰⁰ Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 4 (1945-1990), C.H. Beck, München, 2012, p. 305 : « Das Verhältnis der Deutschen zur Demokratie war in diesem Sinne idiosynkratisch » ; « Idiosynkrasien nennt man instinktive, rational nicht begründbare Abneigungen » ; « Sie kommen aus der Tiefe der eigenen Geschichte, erleben Mutationen und können auch überwunden werden ».

³⁰¹ V. l'ouvrage informatif de Dominik Pokora, *Die Revision des Parteiverbots*, Duncker & Humblot, 2022.

³⁰² Karl Loewenstein, « Militant Democracy and Fundamental Rights », *American Political Science Review*, 1937, n° 31, p. 417 s. et p. 638 s. Au moment de la rédaction de cet article Loewenstein travaille et vit aux États-Unis.

la Convention du Herrenchiemsee³⁰³, puis par le Conseil parlementaire³⁰⁴ chargé d'écrire et de proposer, après la fin de la Deuxième guerre mondiale, la nouvelle constitution allemande³⁰⁵. Elle ne figure pas dans le texte même de la Loi fondamentale. Pourtant, elle constitue une des vertèbres de l'épine dorsale constitutionnelle allemande.

Les techniques, ayant permis l'avènement des régimes totalitaires en Europe, ont été rendues possibles par les « conditions extraordinaires offertes par les institutions démocratiques » (*under the extraordinary conditions offered by democratic institutions*), car « la démocratie et la tolérance démocratique ont été utilisées en vue de leur propre destruction » (*[d]emocracy and democratic tolerance have been used of their own destruction*)³⁰⁶. Pour éviter cet effet pervers, il faut donner à la démocratie toutes ses chances en la dotant d'instruments suffisamment puissants pour qu'elle puisse détruire, ou, au moins, neutraliser ses « ennemis ». Cette conception de la démocratie, qui combat ses ennemis en se servant de la force, va à l'encontre de l'idée démocratique développée par Hans Kelsen. Pour le juriste autrichien, dès l'instant où la démocratie commence à combattre ses ennemis à l'aide de moyens antidémocratiques, elle cesse d'être une démocratie et revêt aussitôt le manteau de la dictature. Elle ne peut se défendre contre le peuple, qui constitue sa base, sa raison d'être³⁰⁷. C'est cette démocratie « neutre », qui est hâtivement désignée comme principale responsable de la débâcle nationale-socialiste, car restée (par manque d'action) sans défense face aux « ennemis », dont le but n'est que de la corrompre pour finalement établir un régime autoritaire. Il est vrai que, sous la République de Weimar, le régime démocratique n'est pas perçu comme un ensemble de valeurs devant être protégé, mais représente seulement une forme de gouvernement, un contenant, qui pouvait recevoir n'importe quel contenu. La démocratie weimarienne est ainsi marquée par un « relativisme des valeurs » (*Wertrelativismus*)³⁰⁸. Il n'existe pas de conception matérielle du régime

³⁰³ La convention constitutionnelle de Herrenchiemsee (*Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee*) est l'appellation populaire de la Commission d'experts pour les questions constitutionnelles (*Sachverständigen-Ausschuß für Verfassungsfragen*), qui s'auto-désigne comme Commission constitutionnelle de la Conférence des ministres-présidents des zones d'occupation occidentales (*Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westdeutschen Besatzungszonen*), qui prend place du 10 au 23 août 1948, est la réunion de personnalités expertes plénipotentiaires des *Länder* et un représentant sans droit de vote pour Berlin sous occupation américaine, française et britannique en vue de rédiger une première version du projet de constitution de l'État ouest-allemand. Cette rencontre fait office de phase préparatoire du Conseil parlementaire (*Parlamentarischer Rat*).

³⁰⁴ Le Conseil parlementaire (*Parlamentarischer Rat*) (1^{er} septembre 1948-14 août 1949) est un organe créé par les ministres-présidents des *Länder* des zones d'occupation américaine, française et britannique, chargé de rédiger la Loi fondamentale de la République fondamentale d'Allemagne (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*).

³⁰⁵ Gerhard Leibholz, Hermann von Mangoldt (éd.), *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, nouvelle série, 1951, pp. 202-210.

³⁰⁶ Karl Loewenstein, « Militant Democracy and Fundamental Rights », *American Political Science Review*, 1937, p. 423.

³⁰⁷ Hans Kelsen, « Zur Verteidigung der Demokratie » (1932), in Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius (éd.), *Verteidigung der Demokratie : Abhandlungen zur Demokratietheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 237 : « Eine Demokratie, die sich gegen den Willen der Mehrheit zu behaupten, gar mit Gewalt sich zu behaupten versucht, hat aufgehört, Demokratie zu sein. Eine Volksherrschaft kann nicht gegen das Volk bestehen bleiben. Und soll es auch gar nicht versuchen, d.h. wer für die Demokratie ist, darf sich nicht in den verhängnisvollen Widerspruch verstricken lassen und zur Diktatur greifen, um die Demokratie zu retten » (souligné dans le texte).

³⁰⁸ Eckart Bulla, « Die Lehre von der streitbaren Demokratie – Versuch einer kritischen Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1973, pp.

démocratique³⁰⁹. L'idée d'un régime totalement démuni et inoffensif doit cependant être tempérée par l'existence de dispositions constitutionnelles et législatives³¹⁰ qui permettaient un certain contrôle des « ennemis » de la démocratie³¹¹. Mais l'application qui en était faite était soit défailante, soit faussée. Il était déjà trop tard³¹².

En 1949, la décision du pouvoir constituant d'ouvrir la possibilité prononcer la déchéance des droits fondamentaux (article 18 LF³¹³), d'interdire une association (article 9, alinéa 2 LF³¹⁴) ou d'interdire les partis politiques présentant, par les buts

340-360, en particulier p. 343 s.: « La 'démocratie' fut entendue, d'un point de vue formel, comme un simple système de règles régissant la vie politique, qui pouvait être remplie de n'importe quel contenu [...] » (« *Demokratie* » wurde formal als ein bloßes System von Spielregeln für das politische Leben begriffen, das materiell mit jedem Inhalt ausgefüllt werden konnte).

³⁰⁹ Un des auteurs importants de l'époque, le positiviste Richard Thoma, ne consacre que peu de développements à la notion de démocratie dans le *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* (*Traité du droit public allemand*). V. Richard Thoma, « Das Reich als Demokratie » [L'Empire comme démocratie], in Gerhard Anschütz, Richard Thoma (éd.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. 1, Mohr Siebeck, Tübingen, 1930, p. 186-200, où il constate que « le mot 'démocratie' n'est employé ni dans la Constitution du Reich, ni dans celles des États fédérés » et qu'il n'y a « aucune définition établie en droit positif » ([d]as Wort Demokratie findet sich weder in der Reichsverfassung noch in den Landesverfassungen ; [e]s gibt keine positivrechtlich festgestellte Definition des Demokratischen). Même si pour Thoma la démocratie n'est qu'une forme de gouvernement (dans laquelle le pouvoir émane du peuple), il écrit que la « liberté de la presse, de rassemblement et d'association » (*Freiheit der Presse, der Versammlungen und der Vereinigungen*) sont « nécessaires » (*notwendig*) à ce type de régime (p. 190). Pour Gerhard Leibholz, « Freiheitliche demokratische Ordnung und Bonner Grundgesetz », in du même, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1967, p. 137, la discussion autour du contenu de la démocratie est porteuse de controverses.

³¹⁰ Hans Hugo Klein, « Artikel 21 », in Theodor Maunz, Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, 101^e éd. électronique actualisée, 2023, C.H. Beck, point 497 : « Au contraire : les possibilités d'action contre les partis et autres groupements politiques étaient nombreuses » (*Im Gegenteil : die Möglichkeiten, gegen Parteien und andere politische Vereinigungen einzuschreiten, waren vielfältig*). Par exemple, il existait deux lois sur la protection de la République (*Gesetze zum Schutz der Republik*) qui rendaient possible l'interdiction d'organisations ouvertement hostiles à la « forme d'État républicaine conforme à la Constitution » (*verfassungsmäßige republikanische Staatsform*). La première loi fut promulguée le 23 juillet 1922, la seconde – qui comportait des modifications du premier texte – le 25 mars 1930 (sur ce point : Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. 6 [*Die Weimarer Reichsverfassung*], Kohlhammer, Stuttgart, 1981, p. 660 s.). La Constitution de Weimar prévoyait, dans son article 48, alinéas 2 et 4, la possibilité pour le président du Reich, de prendre les mesures nécessaires (y compris restreindre les droits fondamentaux) en cas de danger pour la sûreté et l'ordre public. Sur les failles de Weimar : Olivier Jouanjan, « Un positiviste dans la crise », in Jean-François Kervégan (dir.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes*, ENS Editions, 2002, p. 47, note n°4, qui ajoute que « les adversaires de Weimar furent trop forts parce que la puissance d'attraction de Weimar était, dans le contexte de l'époque, trop faible ».

³¹¹ Hans Hugo Klein, « Artikel 21 », in Theodor Maunz, Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, 101^e éd. électronique actualisée, 2023, C.H. Beck, München, n°503 : « [...] d'après les dispositions normatives de la République de Weimar, il est possible de conclure qu'elle était mieux armée, en tant que régime démocratique capable d'assurer sa défense, que la République fédérale afin de combattre les ennemis de la constitution » ([...] nach den normativen Voraussetzungen die Weimarer Republik weit stärker als die Bundesrepublik mit den Mitteln ausgestattet war, um sich im Kampf gegen verfassungsfeindliche Parteien als abwehrbereite Demokratie zu beweisen).

³¹² Otto Kirchheimer, *Von der Weimarer Republik zum Faschismus : Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, Suhrkamp, 1976, en particulier « Strukturwandel des politischen Kompromisses », p. 213-245.

³¹³ « Quiconque abuse de la liberté d'expression des opinions, notamment de la liberté de la presse (article 5, al. 1^{er}), de la liberté de l'enseignement (article 5, al. 3), de la liberté de réunion (article 8), de la liberté d'association (article 9), du secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications (article 10), de la propriété (article 14), ou du droit d'asile (article 16a) pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, est déchu de ces droits fondamentaux. La déchéance et son étendue sont prononcées par la Cour constitutionnelle fédérale. »

³¹⁴ « Les associations dont les buts ou l'activité sont contraires aux lois pénales, ou qui sont dirigées contre l'ordre constitutionnel ou l'idée d'ententes entre les peuples, sont prohibées. »

poursuivis, une menace imminente pour l'ordre démocratique et libéral ou l'existence de la République fédérale, composent l'*instrumentarium* de la « démocratie militante » allemande afin qu'elle ne reste pas uniquement un « vœux pieux »³¹⁵. Contre le « relativisme des valeurs » de Weimar on construit un ordre de valeurs (*Wertordnung*)³¹⁶. La Cour constitutionnelle définit cette décision comme une « décision constitutionnelle fondamentale de nature politique »³¹⁷. En tant que principe caractérisé d'un point de vue théorique par sa généralité basée sur sa structure ouverte et abstraite³¹⁸, la démocratie militante doit être concrétisée afin de déployer sa fonction de défense. Cependant, en garantissant l'existence du régime démocratique, elle ne doit pas aboutir à handicaper la liberté d'action qui lui est propre³¹⁹. Le principe est mis en œuvre par les organes de l'État, chargés, dans l'exercice de leurs missions constitutionnelles, de protéger l'ordre démocratique et libéral tout en veillant à ce que les mesures prises soient proportionnées à l'objectif visé : « [l]a Loi fondamentale a choisi, de manière consciente, de tenter une synthèse entre le principe de tolérance à l'égard de toutes les opinions politiques et la reconnaissance de certaines valeurs fondamentales inhérentes à l'ordre constitutionnel allemand »³²⁰.

Il s'agit d'une intrusion dans l'espace de liberté réservé aux partis politiques. Plus encore, il est question d'une mesure qui oriente le cours de la formation de la volonté politique et prive certains groupes de citoyens de la possibilité d'exprimer de manière libre et sans empêchement d'ordre étatique leurs opinions politiques. En activant la procédure d'interdiction des partis politiques au nom de la démocratie militante, les démocrates partent en croisade contre les courants politiques menaçant le régime qu'ils défendent.

Le risque de fausser la formation de la volonté politique du peuple commande la nécessité d'adopter une interprétation stricte des termes de l'article 21, alinéa 2 LF afin de ne pas céder aux sirènes démocrates sous prétexte qu'un parti politique pourrait se révéler trop dangereux. Ainsi, il n'est guère envisageable de prononcer

³¹⁵ V. Utz Schliesky, « Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes », in Josef Isensee, Paul Kirchhof (éds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 12 (*Normativität und Schutz der Verfassung*), 3^e éd., 2014, C.F. Müller, Heidelberg, p. 861.

³¹⁶ Utz Schliesky, « Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes », in Josef Isensee, Paul Kirchhof (éds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 12 (*Normativität und Schutz der Verfassung*), 3^e éd., 2014, C.F. Müller, Heidelberg, p. 852-853.

³¹⁷ BVerfGE 28, 36, 48 : « verfassungspolitische Grundentscheidung », ou, encore, BVerfGE 5, 85 (139) : « verfassungsrechtliche Entscheidung » (décision constitutionnelle).

³¹⁸ Utz Schliesky, « Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes », in Josef Isensee, Paul Kirchhof (éds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 12 (*Normativität und Schutz der Verfassung*), 3^e éd., 2014, C.F. Müller, Heidelberg, p. 854 ; Karl Larenz, Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^e éd., 1995, p. 308.

³¹⁹ C'est, en quelque sorte, la menace qui guette la démocratie militante. La volonté de préserver les bases constitutionnelles démocratiques peut également sonner comme un « suicide » programmé.

³²⁰ BVerfGE 5, 85, 138 : « Das Grundgesetz hat also bewußt den Versuch einer Synthese zwischen dem Prinzip der Toleranz gegenüber allen politischen Auffassungen und dem Bekenntnis zu gewissen unantastbaren Grundwerten der Staatsordnung unternommen ». Le juge constitutionnel va même plus loin dans son raisonnement en attendant des citoyens de défendre l'ordre constitutionnel démocratique et libéral, à l'instar des organes étatiques, et d'agir contre un abus des droits fondamentaux (v. : BVerfGE 28, 36, 48 : « Die Bundesrepublik Deutschland ist eine Demokratie, die von ihren Bürgern eine Verteidigung der freiheitlichen Ordnung erwartet und einen Mißbrauch der Grundrechte zum Kampf dieser Ordnung nicht hinnimmt »).

l'inconstitutionnalité d'un parti uniquement en se basant sur l'éventualité de la réussite de son action liberticide et destructrice. Il faut davantage d'éléments concrets, d'agissements physiques, et non seulement virtuels, qui démontrent la volonté délibérée de sabrer les fondations du régime démocratique et libéral. Le juge constitutionnel exige la preuve « d'un comportement agressif, activement combatif » visant de manière planifiée et ciblée le fonctionnement des institutions³²¹.

B. L'ordre constitutionnel démocratique et libéral : objet indéterminé de protection ?

Pour la Cour constitutionnelle fédérale, l'article 21, alinéa 2 LF est

*L'expression d'une volonté politique consciente de résoudre un problème de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral, démarche précipitée résultant de l'expérience du pouvoir constituant qui, se trouvant dans une situation historique particulière, ne croyait plus en la mise en œuvre du principe de neutralité de l'État vis-à-vis des partis politiques ; en ce sens, il est l'expression de la « démocratie militante »*³²².

« Aucune liberté (inconditionnelle) pour les ennemis de la liberté »³²³ : tel était le mot d'ordre du nouveau régime constitutionnel qui devait ainsi être assuré de pouvoir déployer les armes nécessaires dans l'hypothèse d'une attaque tendant à l'anéantir. En prônant la liberté conditionnée par la qualité d'« ami » ou d'« ennemi »³²⁴ du régime, le pouvoir constituant place le juge constitutionnel fédéral, seul compétent pour prononcer la qualité d'ennemi, dans une situation paradoxale, une « contradiction interne insupportable »³²⁵, dont il ne peut s'extraire qu'au prix d'un travail d'équilibriste complexe. Le parti politique accusé d'être inconstitutionnel profite d'un « privilège ».

³²¹ BVerfGE 5, 85, 141: « aktiv kämpferische, aggressive Haltung »; « planvoll das Funktionieren dieser Ordnung selbst beseitigen [will] ».

³²² BVerfGE 5, 85, 139: « Ausdruck des bewussten verfassungspolitischen Willens zur Lösung eines Grenzproblems der freiheitlichen demokratischen Staatsordnung, Niederschlag der Erfahrungen eines Verfassungsgebers, der in einer bestimmten historischen Situation das Prinzip der Neutralität des Staates gegenüber den politischen Parteien nicht mehr rein verwirklichen zu dürfen glaubte, Bekenntnis zu einer – in diesem Sinne – 'streitbaren Demokratie' ». Le § 4 de la Loi sur la protection de la Constitution (*Bundesverfassungsschutzgesetz*) du 27 septembre 1950, dans sa version du 30 décembre 1990 énumère les composantes de l'ordre démocratique et libéral allemand.

³²³ BVerfGE 5, 85, 138: « keine (unbedingte) Freiheit für die Feinde der Freiheit »; BVerfGE 30,1,9: « Verfassungsfeinde sollen nicht unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, und unter ihrem Schutz die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden »; Hartmut Maurer, « Das Verbot politischer Parteien : zur Problematik des Art. 21 Abs. 2 GG », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1971, p. 215, se montre critique dans son analyse de ce « slogan » démocratique. La parenté de l'expression est attribuée à Antoine de Saint-Just (1767-1794): « Pas de liberté pour les ennemis de la liberté » (Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 4 [1945-1990], C.H. Beck, München, 2012, p. 310, avec une référence à Jean-Paul Jacqué, « L'abus de droits fondamentaux et la lutte contre les ennemis de la démocratie », in Julia Illiopoulos-Strangas [dir.], *Der Mißbrauch von Grundrechten in der Demokratie*, Nomos, Baden-Baden, 1989, p. 129 s.).

³²⁴ Cette terminologie n'est pas sans rappeler la distinction fondamentale en matière politique opérée par Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, p. 26 s., entre « ami » (*Freund*) et « ennemi » (*Feind*).

³²⁵ BVerfGE 5, 85, 137: « unerträgliche[n] Selbstwiderspruch[s] ».

À la différence des associations relevant de l'article 9, alinéa 2 LF, qui peuvent être interdites par les autorités exécutives, seule la Cour constitutionnelle peut être saisie d'une demande dirigée à l'encontre d'un parti dont l'activité et les buts sont présumés anticonstitutionnels. Ce monopole décisionnel au profit de Karlsruhe exclut la possibilité de saisir les cours constitutionnelles des États fédérés et abroge les dispositions constitutionnelles des *Länder* qui prévoyaient un autre type de procédure. Ainsi, l'article 21, alinéa 2 LF remplit un double rôle : il limite la liberté des partis politiques en faisant peser sur eux l'épée de Damoclès de l'inconstitutionnalité, mais il leur garantit en même temps une protection juridictionnelle en faisant de la Cour constitutionnelle fédérale l'organe exclusivement compétent en la matière³²⁶.

Chargée de la protection de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral de la Loi fondamentale, la Cour doit préciser cette notion qui n'est pas définie par le pouvoir constituant³²⁷. C'est dans les deux premières décisions relatives au *SRP* et au *KPD* que le juge procède à la construction et à l'analyse de ce bien protégé par l'article 21, alinéa 2 LF.

La définition de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral livrée par la Cour se construit d'abord de manière négative, par opposition au modèle de l'État totalitaire³²⁸. Vient ensuite une définition positive. Il s'agit d'un « régime qui, en excluant toute domination prônant la violence ou l'arbitraire, représente un ordre étatique basé sur l'autodétermination du peuple conforme aux décisions de la majorité, à la liberté et à l'égalité »³²⁹ tendant à réaliser l'idée d'une « démocratie sociale dans la forme d'un État de droit »³³⁰. L'ordre constitutionnel démocratique et libéral est composé « de valeurs suprêmes », qui sont « le contraire d'un État totalitaire » qui « renie, en tant que domination exclusive totale, la dignité humaine, la liberté et l'égalité »³³¹.

L'ordre constitutionnel démocratique et libéral n'est pas formel. Il contient un système de valeurs qui marque sa teneur matérielle³³². Cette « conception, qui comporte une nuance religieuse et une référence au droit naturel » est concrétisée par « le respect des droits de l'homme garantis par la Loi fondamentale, surtout, du droit à la vie et au libre épanouissement, la souveraineté populaire, la séparation des pouvoirs, la responsabilité

³²⁶ Rudolf Streinz, « Artikel 21 », in Mangoldt, Klein, Starck, *Grundgesetz Kommentar*, vol. 2, 8^e éd., C.H. Beck, 2018, points 211b s.

³²⁷ Sur la notion d'ordre constitutionnel démocratique et libéral, de manière générale, on se reportera à Erhard Denninger (éd.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung. Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik*, deux volumes, Frankfurt, 1976 et 1977.

³²⁸ Christoph Gusy, « Die 'freiheitliche demokratische Grundordnung' in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1980, p. 279-310, spécialement p. 284.

³²⁹ BVerfGE 2, 1, 1^e phrase : « eine Ordnung, die unter Ausschluss jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und der Gleichheit darstellt ».

³³⁰ BVerfGE 5, 85 (198) : « sozialen Demokratie in den Formen des Rechtsstaates » ; BVerfGE 107, 339.

³³¹ BVerfGE, 2, 1 (12) : « obersten Grundwerte » ; « das Gegenteil des totalen Staates », « der als ausschließliche Herrschaftsmacht Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit ablehnt ».

³³² L'affirmation constitutionnelle de cet ordre de valeurs ne signifie pas une « tyrannie des valeurs », un ordre matériel déterminé qui soumet et restreint l'action politique et les individus. Sur ce point : Carl Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, 3^e éd., Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

politique du gouvernement, la légalité de l'administration, l'indépendance des tribunaux, le principe de pluralisme politique et l'égalité³³³ de chances de tous les partis politiques comportant le droit à la formation et l'exercice d'une opposition »³³⁴. L'ordre constitutionnel démocratique et libéral au sens de l'article 21, alinéa 2 LF exige une « concentration sur des principes dont le nombre est limité et qui sont, pour l'État constitutionnel libéral, indispensables »³³⁵. Il n'y a pas d'identité entre les principes protégés par la « clause d'éternité » de l'article 79, alinéa 3 LF³³⁶, qui soustrait au pouvoir de révision certains éléments du corpus constitutionnel allemand. Il est davantage question d'une sorte de concentré de principes fondamentaux sans lesquels un État libre et démocratique n'a aucune chance de survie. Cette réduction à certains principes essentiels est également un moyen de limiter maximale le champ d'application de l'article 21, alinéa 2 LF en démontrant le caractère exceptionnel de cette disposition constitutionnelle. Ainsi, les partis politiques « ennemis » ont une marge de manœuvre plus importante et ne sont déclarés inconstitutionnels que dans l'hypothèse d'une « remise en question » et d'un « rejet » de ce qui compose le cœur du « vivre-ensemble démocratique et libéral »³³⁷.

Selon la jurisprudence constante de la Cour, au centre de l'ordre démocratique et libéral est placée la dignité humaine³³⁸ qui constitue « la valeur suprême de la Loi fondamentale »³³⁹. Les buts poursuivis par un parti politique tendant à renverser l'ordre constitutionnel démocratique et libéral doivent, finalement, aboutir à la négation de la dignité de l'être humain. Ce résultat pourrait être enregistré si l'attitude du parti politique et de ses sympathisants visait à construire une société privilégiant un groupe d'hommes bien défini. La position de supériorité, basée sur des critères précis, ne serait aucunement compatible avec la conception de la dignité humaine conçue par la Loi fondamentale, constituant également la base de tout ordre libéral et démocratique au sein duquel tous les êtres humains sont égaux et jouissent des mêmes droits.

³³³ Gerhard Leibholz, « Zum Begriff und Wesen der Demokratie », in du même, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1967, p. 147 qualifie l'égalité de « principe cardinal » (*Kardinalprinzip*) de la démocratie.

³³⁴ BVerfGE 2, 1 (13) : « die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition » ; BVerfGE 5, 85, p. 140.

³³⁵ BVerfGE, 144, 20, 205 : « Der Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne von Art. 21 Abs. 2 GG erfordert eine Konzentration auf wenige, zentrale Grundprinzipien, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat schlechthin unentbehrlich sind ».

³³⁶ « Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en *Länder*, au principe de participation des *Länder* à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ». Ainsi, la forme républicaine ou l'organisation fédérale de l'État ne font pas partie des éléments inhérents à l'existence de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral. Il est parfaitement imaginable que des régimes monarchiques ou des États unitaires répondent à ce noyau incompressible du « vivre-ensemble constitutionnel et libéral ».

³³⁷ BVerfGE, 140, 20, 205 : « [...] wenn dasjenige in Frage gestellt und abgelehnt wird, was zur Gewährleistung eines freiheitlichen und demokratischen Zusammenlebens schlechthin unverzichtbar ist ».

³³⁸ Article 1, alinéa 1^{er} LF : « La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger ».

³³⁹ BVerfGE, 140, 20, 206 : « Ihren Ausgangspunkt findet die freiheitliche demokratische Grundordnung in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) » ; BVerfGE 5, 85, 204 ; BVerfGE 27, 1, 6 ; BVerfGE 96, 375, 399.

En introduisant d'autres critères discriminants relatifs à l'origine ethnique, à la confession, au sexe et à l'âge, un programme politique ne peut être compatible avec l'égalité ou la liberté découlant du principe de dignité humaine. Son rejet conduit en effet à saboter les autres principes structurant le régime de la République fédérale. Ainsi, le principe démocratique ne peut être mis en œuvre si les citoyens se trouvent divisés en catégories et leurs voix d'électeurs – modulées en fonction de leur appartenance à un group déterminé³⁴⁰. Une telle division ne pourrait pas permettre la libre formation de la volonté politique et aurait comme résultat la création d'un système mono-partisan.

Les buts poursuivis « tendent » à « porter atteinte » (*Beeinträchtigung*) à l'ordre constitutionnel démocratique et libéral ou à le renverser (*Beseitigung*). Le verbe « tendre à » (*davon ausgehen*) paraît, au premier abord, comporter une affirmation légèrement vacillante quant à la décision du parti politique de détruire l'ordre libéral et démocratique. Selon le raisonnement du juge constitutionnel, le parti politique tend à porter atteinte aux bases de cet ordre ou à le renverser s'il fait montre d'une attitude d'« une intensité suffisante marquée par un danger perceptible »³⁴¹. Une critique de l'ordre constitutionnel démocratique et libéral ou le souhait exprimé dans les lignes directrices du programme politique du parti, ne sont pas de nature à constituer une « atteinte » ou à laisser penser que les buts poursuivis tendent au renversement du régime de la Loi fondamentale. Le seuil de tolérance constitutionnelle est en revanche atteint lorsque le parti politique rejette les éléments inhérents à l'existence de ce régime (la dignité humaine, la démocratie et les principes de l'État de droit).

L'interdiction d'un parti politique ne doit pas être utilisée afin d'« exclure toute concurrence politique de l'espace public »³⁴². Cependant, afin de constater le comportement pernicieux du parti, il ne faut guère se fier aux apparences idéologiques affichées. Il convient d'analyser les idées et les objectifs politiques en profondeur, car il se peut qu'ils ne correspondent pas à la nature de ses actes³⁴³. Excepté l'activité des organes du parti, le comportement de ses sympathisants peut également jouer un rôle dans l'identification des buts poursuivis pas celui-ci³⁴⁴. Pour que l'attitude et les propos de sympathisants puissent être imputables au parti politique visé par la procédure, il est nécessaire que le comportement exprime de manière suffisamment claire la « volonté politique » du parti. Dans ce cas, les gestes de sympathisants peuvent être repris par les instances du parti ou faire l'objet d'une approbation publique de la part de membres ou de cadres dirigeants. Des propos isolés, qui n'interviennent pas dans un cadre politique

³⁴⁰ BVerfGE, 140, 20, 208 « Les conceptions basées sur des idées antisémites ou sur une discrimination raciale ne sont pas compatibles [avec la dignité humaine] et contreviennent à l'ordre constitutionnel démocratique et libéral » (*Antisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte sind damit nicht vereinbar und verstoßen gegen die freiheitliche demokratische Ordnung*) ; « La démocratie est la forme de gouvernement des êtres humains libres et égaux » (*Demokratie ist die Herrschaftsform der Freien und Gleichen*).

³⁴¹ BVerfGE, 144, 20, 213-214: « [...] mit hinreichender Intensität eine spürbare Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Ordnung ».

³⁴² BVerfGE, 144, 20, 214: « [...] zur Ausschaltung [...] politischer Konkurrenz ».

³⁴³ BVerfGE, 144, 20 215: « Es ist nicht erforderlich, dass eine Partei sich offen zu ihren verfassungswidrigen Zielsetzungen bekennt » ; BVerfGE 2, 1, 20 ; BVerfGE 5, 85, 144.

³⁴⁴ BVerfGE 2, 1, 22.

concret, sont privés de la caution politique de membres ou instances dirigeantes, mais représentent l'expression d'opinions de personnes privées, sans un lien établi avec le parti politique, même s'ils sont calqués sur le programme politique, ne peuvent être imputés au parti politique soupçonné d'agissements inconstitutionnels³⁴⁵.

Partie II – Le degré d'intensité suffisant comme symptôme de l'inconstitutionnalité d'un parti politique justifiant son interdiction ?

La déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par la Cour constitutionnelle fédérale est le résultat de l'interprétation stricte de la lettre de l'article 21, alinéa 2 LF. La jurisprudence allemande relative à l'interdiction des partis politiques obéit ainsi aux exigences imposées par la Cour européenne des droits de l'homme.

A. L'interprétation stricte de l'article 21, alinéa 2 LF : le succès hypothétique d'un parti hostile à la Constitution ne justifie pas son interdiction.

La simple expression d'idées ou la déclaration de membres du parti ou, *a fortiori*, des cadres dirigeant la formation politique, comportant des propos hostiles à l'encontre du régime de la Loi fédérale ne suffit pas à constater la réalité de la volonté de renverser ou d'anéantir l'ordre constitutionnel démocratique et libéral.

Les actes doivent constituer une « action préparatoire bien caractérisée » afin de commencer à composer le faisceau d'indices qui conduira le juge constitutionnel à constater l'inconstitutionnalité du parti. L'opération intellectuelle consistant à démêler des actes ou propos représentant une menace immanente, réelle, immédiate des manœuvres fantaisistes qui n'ont aucune chance d'aboutir soulève plusieurs questions. Le jugement prononçant l'inconstitutionnalité du parti politique n'est pas constitutif, mais déclaratif : il ne fait qu'acter l'existence inconstitutionnelle de celui-ci. Mais, avant que ce jugement n'intervienne, la manière dont sont traités les membres du parti ainsi que sa position au sein de la constellation politique doit être marquée par « une tolérance constitutionnelle minimale »³⁴⁶.

Ce n'est qu'après la déclaration d'inconstitutionnalité que les organes compétents peuvent agir en vue de bloquer tout agissement ultérieur du parti politique. En vertu du § 46, alinéa 3 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, l'interdiction du parti ne peut intervenir qu'à la suite d'une déclaration d'inconstitutionnalité, et les membres du parti, bénéficiant de mandats parlementaires, perdent leur qualité de député (au niveau fédéral, en tant que député du Bundestag, ou au niveau des États fédérés, dans les

³⁴⁵ Si des sympathisants ou des membres du parti commettent des actes punis par la loi pénale, cela ne veut pas dire que cet élément factuel sera automatiquement repris par le juge constitutionnel afin de démontrer l'attitude inconstitutionnelle. Les crimes et délits commis par des personnes proches du parti ou ses membres ne sont imputables à ce dernier uniquement dans l'hypothèse dans laquelle ces infractions touchent à l'ordre constitutionnel démocratique et libéral et, par conséquent, ont un lien immédiat avec l'article 21, alinéa 2 LF (sur ce point : BVerfG, 144, 20, 217).

³⁴⁶ BVerfGE 12, 296, 306 : « [...] im Rahmen einer verfassungsmäßig verbürgten Toleranz ».

parlements des *Länder*) en vertu du § 46, alinéa 1^{er} de la loi fédérale électorale. En effet, la Constitution ne prévoit pas, dans son texte, la sanction prenant la forme de la dissolution tant du parti tombé sous les coups de l'inconstitutionnalité que de toute autre association ou toute autre organisation le remplaçant (*Ersatzorganisation*).

La dissolution du parti n'est que « la suite normale, typique et adéquate »³⁴⁷ du jugement déclaratif de la Cour constitutionnelle : la formation politique dont l'existence est contraire à la Loi fondamentale ne peut plus profiter de la protection accordée aux partis politiques en tant que vecteurs de la formation de la volonté politique du peuple. La dissolution représente ainsi l'exécution du jugement déclarant l'inconstitutionnalité³⁴⁸. Il n'est toutefois pas sans intérêt de se demander si le choix de sanction ne devrait pas être laissé à la discrétionnarité politique des autorités de l'État³⁴⁹. Mais une telle solution, certes, moins attentatoire et respectant davantage la liberté des partis politiques, serait trop hasardeuse et ne ferait que rajouter de l'insécurité juridique dans ce processus de contrôle des idéologies « ennemies ». Reste que l'interdiction est sans doute la conséquence logique, mais n'est certes pas la conséquence automatique de la déclaration d'inconstitutionnalité³⁵⁰.

La perte du mandat parlementaire résultant de l'inconstitutionnalité du parti politique est problématique au regard de l'article 38, alinéa 1^{er} LF³⁵¹. L'intrusion dans la formation de la volonté politique du peuple opère à deux niveaux : par la déclaration d'inconstitutionnalité, un parti politique est voué à la disparition ; l'interdiction entraîne ensuite la privation de mandat pour les membres du parti déjà élus et participant à des formations parlementaires fédérales ou dans les États fédérés. Le principe démocratique semble se retourner contre lui-même afin de se protéger.

Un parti n'est pas inconstitutionnel uniquement parce qu'il entend s'opposer à des dispositions isolées ou même à l'ensemble tout entier de la Loi fondamentale. Il doit plutôt renier les valeurs fondamentales de l'ordre constitutionnel, ces principes constitutionnels élémentaires qui structurent l'ordre démocratique et libéral ; principes qui doivent

³⁴⁷ BVerfGE 5, 85, 391 : « normale, typische und adäquate Folge der Feststellung der Verfassungswidrigkeit ».

³⁴⁸ Pour Hartmut Maurer, « Das Verbot politischer Parteien : zur Problematik des Art. 21 Abs. 2 GG », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1971, p. 203-236, spécialement p. 223, l'interdiction ne va pas de soi, car d'autres sanctions pourraient être envisageables (« [...] ist das Verbot als zwingende Folge der Feststellung der Verfassungswidrigkeit keineswegs so selbstverständlich wie fast allgemein angenommen wird »).

³⁴⁹ Helmut Ridder, *Aktuelle Rechtsfragen des KPD-Verbots*, Luchterhand, 1966, p. 53 : « ob [...] exekutivisches politisches Ermessen nach dem Opportunitätsprinzip betätigt werden darf ».

³⁵⁰ Hartmut Maurer, « Das Verbot politischer Parteien : zur Problematik des Art. 21 Abs. 2 GG », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1971, p. 224 : « Somme toute, d'un point de vue juridico-politique, ce serait louable si le législateur ordinaire assouplissait l'automatisme jusqu'à présent contraignant exigeant l'interdiction du parti déclaré inconstitutionnel et créait de nouvelles possibilités de sanction plus élastiques » (*Insgesamt wäre es aber doch rechtspolitisch zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber den bislang zwingenden Automatismus zwischen Verfassungswidrigkeit und Verbot einer Partei lockern und die Sanktionsmöglichkeiten elastischer würde*).

³⁵¹ Qui dispose que « [l]es députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret. Ils sont les représentants de l'ensemble du peuple, ne sont liés ni par des mandats ni par des instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience ».

*réunir l'accord de tous les partis politiques afin que ce type de démocratie puisse véritablement fonctionner*³⁵².

Renier les principes de l'ordre démocratique et libéral dans un programme politique n'est pas encore constitutif d'un comportement hostile au régime de la Loi fondamentale. La ligne programmatique tracée par le parti politique doit être corroborée par des éléments probants faisant état d'une attitude, marquée par un certain degré d'agressivité, militante qui place le parti dans la position d'un potentiel mais réel « ennemi de la constitution »³⁵³. Ici apparaît une tension entre la nécessaire condamnation d'un programme politique tendant à combattre l'ordre constitutionnel allemand et la fonction préventive de la déclaration d'inconstitutionnalité. Il est clair qu'au moment où la Cour de Karlsruhe décide de statuer favorablement à la demande formée par le *Bundestag*, le *Bundesrat* ou le gouvernement fédéral, le parti politique catalogué comme « ennemi » n'est pas arrivé au stade d'une réalisation concrète de son idéologie, il ne s'agit pas encore d'un « ennemi » en acte, mais d'un acteur politique hostile en puissance. En ce sens, le jugement trahit son caractère préventif : il faut évacuer de la scène politique « légale » l'ennemi intime afin que ce dernier ne devienne pas suffisamment puissant pour durablement nuire au régime démocratique et libéral et, probablement, définitivement l'anéantir.

Il n'est guère question de sanctionner pénalement un comportement, mais d'éradiquer préventivement une menace politique réelle. Ne serait-il pas pensable de soumettre les formations politiques et leurs programmes politiques à un contrôle préalable ? En quoi ce contrôle liberticide diffère-t-il de la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée au cours de l'existence effective d'un parti politique dont les membres peuvent même être des élus du peuple œuvrant dans les parlements ? C'est à cet endroit que pèse l'appréciation du juge constitutionnel qui doit procéder à un examen complet des données factuelles, en les situant dans le contexte politique de la demande qui lui est adressée. Il doit s'adonner à un décryptage pointilleux du comportement du parti. C'est tout le paradoxe de cette arme de la démocratie militante : le parti doit être déclaré inconstitutionnel avant qu'il n'ait pu réaliser ses objectifs, car, une fois son programme mis en œuvre, il serait trop tard.

Le caractère préventif de la mesure (comportant une menace pour la liberté d'expression et le pluralisme politique) est compensé par l'analyse minutieuse à laquelle se livre le juge afin de vérifier s'il existe une réelle possibilité de réussite du comportement militant et agressif du parti. Ainsi, concernant l'activité du *NPD*, la Cour conclut qu'« il manque des éléments suffisants afin de créer une atmosphère de la peur qui pourrait

³⁵² BVerfGE 5, 85, 140 : « Eine Partei ist nicht schon dann verfassungswidrig, wenn sie einzelne Bestimmungen, ja ganze Institutionen des Grundgesetzes ablehnt. Sie muß vielmehr die obersten Werte der Verfassungsordnung verwerfen, die elementaren Verfassungsgrundsätze, die die Verfassungsordnung zu einer freiheitlichen demokratischen machen, Grundsätze, über die sich mindestens alle Parteien einig sein müssen, wenn dieser Typus der Demokratie überhaupt funktionieren soll » ; ou encore BVerfGE 107, 339, p. 363 s.

³⁵³ BVerfGE 5, 85 (141) : « un comportement militant actif, agressif dirigé contre l'ordre constitutionnel existant » (*eine aktiv kämpferische, aggressive Haltung gegenüber der bestehenden Ordnung*) ; BVerfGE 107, 339, 368 ; BVerfGE, 144, 20, 220.

conduire à une atteinte caractérisée au processus de libre formation de la volonté politique » et que « le comportement criminel de membres ou de sympathisants » est certes une réalité, « mais n'arrive pas à dépasser le seuil fixé par l'article 21, alinéa 2 LF »³⁵⁴.

Mais le caractère préventif³⁵⁵ de cette déclaration ne doit pas induire en erreur : le risque qu'encourrait le régime démocratique serait trop important, et les dommages irréversibles, si le parti politique accomplissait ses buts. En 1956, la Cour conclut pourtant que le *KPD* doit être interdit alors qu'« il n'existe aucune perspective de réalisation de ses intentions anticonstitutionnelles dans un délai prévisible »³⁵⁶. L'éventuel succès du parti n'est pas pris en compte. En 2017, le juge rompt avec ce raisonnement. Malgré la preuve de l'attitude agressive et militante du *NPD*, « il manque des éléments suffisants qui laissent penser que ce comportement soit couronné de succès »³⁵⁷. Ainsi, le succès final devient le critère distinctif qui permet de prononcer l'interdiction du parti visé par la demande formée devant la Cour.

Le constat d'une attitude agressive propre au parti sans être influencée par les organes de l'État, même si, dans le cadre de la procédure, la partie demanderesse peut recourir aux résultats d'enquêtes des services secrets déployant différents éléments prouvant les buts poursuivis par le parti et ses sympathisants. L'utilisation de ces données est à prendre avec précaution, car elle peut être à l'origine d'un vice procédural faussant le cours normal de l'instruction. C'était le cas de la première procédure d'interdiction visant le *NPD* : la présence d'agents de l'Office fédéral de protection de la Constitution (*Bundesamt für Verfassungsschutz*), dont la mission est de surveiller les activités anticonstitutionnelles, infiltrés dans les rangs du parti n'avaient pas permis l'examen au fond de la demande formée conjointement par le *Bundestag*, le *Bundesrat* et le gouvernement fédéral. Dans ce cas de figure, il ne s'agissait pas seulement de surveiller l'activité (potentiellement dangereuse) du parti, mais d'incorporer, jusqu'aux rangs dirigeants, des agents, dont la présence n'était pas neutre, et, était, au contraire, susceptible d'influencer certaines actions politiques afin d'accentuer le comportement anticonstitutionnel présumé du parti. Pour éviter le risque d'une procédure viciée, il faut, désormais, avant de demander l'interdiction d'un parti, que les autorités de l'État aient exfiltrés leurs agents ou aient arrêté d'utiliser leurs sources internes. L'infiltration d'agents de l'État n'est pas anodine.

³⁵⁴ BVerfGE, 144, 20, 340 : « [...] fehlen hinreichende Anhaltspunkte für die Schaffung einer Atmosphäre der Angst durch die Antragsgegnerin, die zu einer spürbaren Beeinträchtigung der Freiheit des Prozesses der politischen Willensbildung führt oder führen könnte », « [...] kriminelles Verhalten von Mitgliedern und Anhängern [...] erreicht aber die durch Art. 21 Abs. 2 GG markierte Schwelle nicht ».

³⁵⁵ Hartmut Maurer, « Das Verbot politischer Parteien : zur Problematik des Art. 21 Abs. 2 GG », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1971, p. 229 : « [...] das Verbot eine Präventivmaßnahme ist und dem Schutz der demokratischen Ordnung dienen soll ».

³⁵⁶ BVerfGE 5, 85, 143 : « keine Aussicht darauf besteht, daß sie ihre verfassungswidrige Absicht in absehbarer Zeit werde verwirklichen können ».

³⁵⁷ BVerfGE 144, 20, 307 : « Es fehlt jedoch an konkreten Anhaltspunkten von Gewicht, die es zumindest möglich erscheinen lassen, dass dieses Handeln der Antragsgegnerin zum Erfolg führt ».

Un des problèmes les plus importants, qui se pose dans le cadre de la procédure d'interdiction, est celui de l'imputabilité de certains actes au parti politique qui doit être passé au crible par le juge constitutionnel. Il faut que le comportement examiné soit véritablement celui exprimant les positions idéologiques du parti tout en bénéficiant d'un espace complètement libéré de la présence de l'État (*Staatsfreiheit*)³⁵⁸. Cette condition préalable est respectée en 2013, lors du dépôt de la deuxième demande d'interdiction du *NPD* portée par le *Bundesrat*, ce qui a rendu possible l'examen au fond par le juge constitutionnel.

Le raisonnement de la Cour obéit aux exigences du principe de proportionnalité. La déclaration d'inconstitutionnalité doit être l'*ultima ratio* du juge, prononcée si aucune autre solution n'est envisageable. Dans l'hypothèse, dans laquelle un parti manifeste une attitude hostile, dont l'intensité n'est pas suffisante afin que soit prononcée l'inconstitutionnalité, le juge préfère ne pas utiliser cette arme de l'arsenal de la démocratie militante, car il est possible de neutraliser l'idéologie du parti par des moyens plus appropriés et moins lourds de conséquences³⁵⁹. La preuve du caractère anticonstitutionnel du parti n'est pas sans difficulté. Il est certain qu'une formation politique tendant à renverser l'ordre constitutionnel démocratique et libéral essaiera plutôt de dissimuler ses buts en agissant dans le cadre de la légalité. Là réside toute l'importance de l'article 21, alinéa 2 LF : démasquer cette « légalité de façade »³⁶⁰.

L'autre faille de la procédure de l'article 21, alinéa 2 LF est l'impossibilité, pour le juge, de se saisir d'office des agissements d'un parti politique. Ce serait une chose difficilement réalisable, car le juge s'érigerait ainsi, *proprio motu*, en censeur global de la vie politique et des opinions exprimées par les différentes formations sur la place publique.

La procédure allemande et l'impossibilité de former un recours contre la décision du juge constitutionnel allemand paraissent problématiques au regard des standards de la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

³⁵⁸ La notion de « Staatsfreiheit », « staatsfrei », est définie comme une sphère d'autonomie, libre de toute influence ou emprise de l'État. V. Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr (Siebeck), 1892, p. 80. L'exigence de l'existence de sphères libres d'influence étatique est surtout illustrée dans le domaine des médias et constitue le corollaire nécessaire de la « Rundfunkfreiheit » (liberté de radio et télédiffusion) : Grabenwarter, « Artikel 5, Absatz 1, 2 », in Theodor Maunz, Georg Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, 101^e éd. électronique, 2023, § § 830 s. ; Thorsten Koch, « Das Verhältnis von Staatsfreiheit und Chancengleichheit », in Jörn Ipsen (éd.), *Parteiengesetz*, 2^e éd., Beck, 2018, §18 ; Jörn Ipsen, in du même, *Parteiengesetz*, 2^e éd., Beck, 2018, §5.

³⁵⁹ Utz Schliesky, « Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes », in Josef Isensee, Paul Kirchhof (éd.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 12 (*Normativität und Schutz der Verfassung*), 3^e éd., 2014, C.F. Müller, Heidelberg, p. 870 : « Dans cette mesure, combattre le parti politique ennemi de la Constitution par des méthodes de nature politique se révèle un moyen plus doux qui, dans un système démocratique et libéral, doit être préféré à l'interdiction de ce même parti » (*Insoweit erweist sich die politische Bekämpfung einer verfassungsfeindlichen Partei als milderer Mittel, das in einer freiheitlichen Demokratie Vorrang vor einem Parteiverbot hat*). La position de la Cour constitutionnelle est sans équivoque : BVerfGE 12, 296, 305 s. ; BVerfGE 39, 334, 357 ; BVerfGE 107, 339, 362.

³⁶⁰ Hartmut Maurer, « Das Verbot politischer Parteien : zur Problematik des Art. 21 Abs. 2 GG », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1971, p. 228 : « Scheinlegalität ».

B. En guise de conclusion : le mécanisme allemand d'interdiction des partis politiques et la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : approbation silencieuse ou conformité assumée ?

La Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ne prévoit pas de statut particulier pour les partis politiques. Il n'y a pas, dans le texte européen, une disposition comparable à l'article 21 LF. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg peut être employée en tant qu'aide utile à l'interprétation de la teneur des principes structurants de la Loi fondamentale³⁶¹.

La Cour européenne des droits de l'homme entend les partis politiques en tant que groupements sociaux qui bénéficient des droits garantis par la Convention et qui peuvent, conformément à l'article 34³⁶², former un recours individuel devant le juge de Strasbourg. La dissolution d'un parti en droit national ne lui fait pas perdre la possibilité de former un tel recours au niveau européen. La formation des partis politiques ainsi que leurs activités sont protégées par la liberté de réunion de l'article 11 de la Convention³⁶³. La liberté d'exprimer des opinions politiques est également garantie par l'article 10 de la Convention³⁶⁴, car, selon la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, la Convention protège le processus de formation de la volonté politique dans un cadre démocratique³⁶⁵. En droit interne, aucun recours n'est prévu contre la décision de dissoudre ou d'interdire un parti politique en vertu du § 46, alinéa 3 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, car la compétence exclusive du juge constitutionnel est entendue comme une garantie suffisante de la prise en compte des intérêts du parti faisant objet de la procédure de l'article 21, alinéa 2 LF. La possibilité de saisir la Cour EDH fut utilisée très tôt par le *KPD*, mais la Commission européenne

³⁶¹ Lothar Michael, Martin Morklok, *Grundrechte*, 7^e éd., 2020, Nomos, §7, p. 81 s.

³⁶² L'article 34 porte sur les requêtes individuelles et dispose que la Cour « peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particulier qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles ».

³⁶³ « Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts [...] »

³⁶⁴ « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière [...] »

³⁶⁵ Cour EDH, GC, 8 décembre 1999, *Parti de la Liberté et de la Démocratie c. Turquie*, req. n°23885/94, §37 : « [...] ainsi dans le cas de partis politiques, eu égard à leur rôle essentiel pour le maintien du pluralisme et le bon fonctionnement de la démocratie. La Cour l'a souvent souligné : il n'est pas de démocratie sans pluralisme » ; §41 : « Il est de l'essence de la démocratie de permettre la proposition et la discussion de projets politiques divers, même ceux qui remettent en cause le mode d'organisation actuel d'un État, pourvu qu'ils ne visent pas à porter atteinte à la démocratie elle-même ». Sur ce point : Katharina Pabel, « Parteiverbote auf dem europäischen Prüfstand », *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, p.921-944, spécialement p. 923 s.

des droits de l'homme³⁶⁶ déclara la requête irrecevable tout en jugeant la procédure allemande conforme à la Convention³⁶⁷.

L'interdiction d'un parti politique au nom de la défense des valeurs du système démocratique est jugée compatible avec la Convention à condition que la procédure réponde aux conditions posées par l'article 11, alinéa 2 CEDH³⁶⁸ : elle doit être prévue par la loi et sa mise en œuvre doit être nécessaire dans le cadre d'une société démocratique. L'interdiction d'un parti répond par conséquent à un « besoin social impérieux », exprimé par le risque d'atteinte à la démocratie, à la lumière des expériences historiques et du contexte politique de l'État, et doit être jugé « suffisamment et raisonnablement proche »³⁶⁹.

Pour la Cour constitutionnelle fédérale, si les conditions de l'article 21, alinéa 2 LF sont remplies, il existe un « besoin social impérieux » de déclarer le parti inconstitutionnel. Le risque de destruction de l'ordre démocratique peut être uniquement hypothétique, car, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'État dispose d'une marge d'appréciation concernant le seuil de tolérance qui ne doit pas être franchi par les partis afin qu'ils ne soient pas visés par une procédure d'interdiction.

Les jurisprudences allemande et européenne montrent un grand nombre de points communs : elles rejettent les positions neutres et entendent défendre les mécanismes de la démocratie « militante ». Le caractère préventif du mécanisme d'interdiction des partis politiques semble, de prime abord, entrer en collision avec l'analyse de la Cour constitutionnelle fédérale, qui est à la recherche d'actions concrètes susceptibles de produire des effets réels, et pas seulement hypothétiques. Il s'agit d'une sorte d'engagement de la responsabilité du parti politique pour risque certain. Les juges s'accordent afin de rejeter l'idée d'un seuil de danger abstrait qui ne serait pas corroboré

³⁶⁶ La Commission fut, à côté de la Cour européenne des droits de l'homme, un organe juridictionnel du Conseil de l'Europe, chargée de filtrer les requêtes des États, particuliers ou organisations, avant de les transmettre, en cas de recevabilité, à la Cour. Elle cessa d'exister en octobre 1999.

³⁶⁷ Voir la décision de la Commission du 20 juillet 1957 sur la recevabilité de la requête n°250/57, *Annuaire de la Convention*, vol. 1, p. 222-225, critiquée par une partie de la doctrine (Jochen Frowein, « Artikel 17 », in Jochen Frowein, Wolfgang Peukert, *EMRK Kommentar*, 2^e éd., Engel, 1996, n°3) à cause de l'interprétation de l'article 17 de la Convention (« Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention [...] ») en décidant que les « ennemis de la liberté » ne pouvait se prévaloir des droits garantis par la Convention.

³⁶⁸ « L'exercice de ces droits [à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association] ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

³⁶⁹ Cour EDH, [GC], 13 février 2003, *Refah partisi et autres c. Turquie*, req. n°s 41340/98, 41342/98 et 41344/98, §104 ; §107 : « [...] la question de savoir si le *Refah* pouvait présenter au moment de sa dissolution un danger pour le régime démocratique », « d'un potentiel réel de s'emparer du pouvoir politique », ou encore « son accès [...] au pouvoir politique aurait permis à ce parti d'établir le modèle de société envisagé dans ce programme ». Dans le même sens : Cour EDH, [GC], 25 mai 1998, *Parti socialiste et autres c. Turquie*, req. n° 21237/93, §38 ; Cour EDH, 9 avril 2002, *Yazar et autres c. Turquie*, req. n°s 22723/93, 22724/93 et 22725/93, §49 s. ; Cour EDH, 14 décembre 2010, *HADEP et Demir c. Turquie*, n°28003/03, §61 s.

par des actes suffisamment concrets de la part du parti politique visé par la procédure d'interdiction. Il est par conséquent possible de distinguer les buts des moyens : les buts et les actes inconstitutionnels doivent être simultanément présents pour qu'il soit possible de constater l'existence d'une chance réelle de réalisation³⁷⁰.

L'absence d'un éventail de sanctions nuancées ne semble pas entrer en contradiction avec les solutions du juge européen. Les modifications constitutionnelles de 2017 ouvrent un nouvel acte dans « la pièce de théâtre »³⁷¹ ayant comme sujet l'interdiction des partis politiques. La révision constitutionnelle de 2017 a créé une case intermédiaire : priver un parti inconstitutionnel de financements publics ne va sans doute pas réellement entraver son activité politique – il peut toujours compter sur la générosité de ses membres et sympathisants, même si ce type de financement est strictement encadré en Allemagne et fait l'objet de commentaires et réflexions pléthoriques³⁷².

Depuis 2017, décider de ne pas octroyer le soutien financier de l'État prend alors les allures d'une sanction morale déguisée visant à tirer la sonnette d'alarme sur la nature de certains partis qui avancent déguisés d'acte en acte dans la pièce de théâtre des démocraties modernes. La tentative allemande de saisir la vie et la mort des partis politiques par le droit peut constituer un élément important dans la chaîne de réflexion française.

³⁷⁰ Paul Höhner, Sven Jürgensen, «Europäisierung des Parteiverbots ? Das Merkmal der Potentialität im Lichte der Rechtsprechung des EGMR», *Zeitschrift für Parteienwissenschaften*, 2017, p. 109-110.

³⁷¹ Horst Meier (dir.), *Verbot der NPD – ein deutsches Staatstheater in zwei Akten. Analysen und Kritik 2001-2014*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2015.

³⁷² Christian Waldhoff, « §10 Parteien-, Wahl und Parlamentsrecht », in Matthias Herdegen, Johannes Masing, Ralf Poscher, Klaus Gärditz (éds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 1^e éd., C.H. Beck, 2021, points 56 s.

Langue et droit d'asile dans l'Union européenne : quand l'Union dans la diversité se dérobe face aux diversités

Pierrick Bruyas*

Dans son roman *Nel mare ci sono i coccodrilli*, Fabio Geda décrit la vulnérabilité linguistique des exilés avec beaucoup de justesse. Au jeune Afghan dont il narre le périple jusqu'à l'Italie, avec ses mots d'enfant, il fait dire : « Quand tu t'adresses directement aux gens, tu transmets une émotion plus intense, même si tes mots sont incertains, que la cadence est différente. Dans tous les cas, le message qui arrive ressemble plus à celui que tu as en tête, comparé à ce que pourrait répéter un interprète – non ? – parce que de sa bouche ne sortent que des mots, pas des émotions. Les mots ne sont qu'une coquille »³⁷³.

La question de l'accès aux droits liés à la demande d'asile malgré la barrière de la langue est en effet primordiale. C'est sans doute la raison qui explique que le régime d'asile européen commun³⁷⁴ y consacre un certain nombre de dispositions, en particulier dans la dimension des garanties procédurales. Toutefois, le régime linguistique des procédures liées à la demande d'asile n'est que l'une des facettes des rapports qui peuvent exister entre le régime d'asile européen commun et les langues. Schématiquement, les rapports des exilés avec les langues peuvent être classés dans trois catégories : l'avant exil, les démarches liées à la demande d'asile, ainsi que l'intégration dans l'État d'accueil. La première catégorie correspond davantage à une hypothèse qu'au parcours typique de l'asile. Il s'agit du cas où la langue serait précisément le motif de l'exil ; l'individu cherchant à fuir des persécutions qui lui seraient infligées du fait de la langue qu'il parle. La seconde, celle relatée par Fabio Geda dans son livre, est sans doute la plus simple à appréhender au travers de l'étude du droit positif de l'Union européenne (UE). Il s'agit des difficultés – tout autant que des dispositions adoptées pour les surmonter – que rencontre l'exilé allophone au cours de ses démarches dans le cadre d'une demande de protection internationale. La dernière confronte les exilés à la langue nationale (ou aux langues nationales) de l'État qui leur a octroyé une protection internationale. Il s'agit de la question de l'intégration linguistique dans l'État d'accueil, domaine dans lequel l'Union européenne ne peut pas offrir beaucoup plus qu'un appui sous peine de manquer au principe de subsidiarité³⁷⁵ tant les conceptions de ce que représente l'intégration par la langue sont propres à chaque État³⁷⁶.

* Docteur en droit public, chercheur postdoctoral en études européennes à l'université de Strasbourg dans le consortium B-Shapes. Membre du CEIE (UR7307), du centre d'excellence franco-allemand Jean Monnet et du réseau Jean Monnet *Frontem* & chercheur invité à l'université d'Aarhus, Danemark.

³⁷³ F. Geda, *Nel mare ci sono i coccodrilli / Dans la mer il y a des crocodiles*, Paris, Liana Levi, trad. Samuel Sfez, 2012, p. 174.

³⁷⁴ Le régime d'asile européen commun (RAEC) est composé d'un ensemble de directives et de règlements qui permettent d'assurer que les mêmes standards seront respectés partout dans l'Union en matière d'asile.

³⁷⁵ Dont les directives dites « qualification » et « procédure » rappellent l'importance dans leurs considérants introductifs ; respectivement n° 49 et 56.

³⁷⁶ Cela a fait l'objet d'une discussion à la Faculté de droit de Strasbourg lors de la 9^e journée d'actualités ELSJ, « Langues et exil : Langue(s) des exilés, langue(s) du pays d'accueil », du 10 février 2023.

Qu'il s'agisse des persécutions motivant l'exil, que cela transparaisse du parcours migratoire, notamment dans son aspect juridico-administratif, ou dans l'intégration dans le pays d'accueil, il est indéniable que les questions linguistiques doivent être posées lorsque l'on étudie le droit d'asile. L'on pourrait s'attendre à ce que l'Union européenne, entité internationale intégrée multilingue par excellence³⁷⁷, fonctionnant au quotidien avec vingt-quatre langues officielles qui sont autant de langues de travail³⁷⁸, ait fait de la question des langues un élément central lors de la mise en place du régime d'asile européen commun. Si cette contribution cherche à mettre en lumière les prises en compte effectives de l'aspect linguistique dans l'asile, le constat est pourtant sans appel : l'Union européenne n'attache pas du tout le même poids à l'accessibilité linguistique pour les exilés en comparaison des garanties qu'elle s'efforce d'offrir à ses citoyens dans la mise en place de ses politiques. Comment peut-on interpréter cette dissymétrie entre la prise en compte de la diversité culturelle et linguistique des États membres de l'Union européenne et le traitement qu'elle réserve aux questions liées aux langues pour les réfugiés ?

Se poser cette question est, au fond, une façon de s'interroger sur le rapport de l'Union européenne vis-à-vis de ce qui lui est tiers culturellement : de l'altérité. Dès lors qu'elle a choisi – par son droit tout autant que par sa pratique – d'emprunter le chemin du respect de la diversité, aussi bien dans le fonctionnement et la régulation du marché intérieur³⁷⁹ que dans l'articulation des différentes politiques dont elle a la charge³⁸⁰ et dans sa propre organisation institutionnelle³⁸¹, comment expliquer ce peu d'intérêt porté à la prise en compte des langues lorsque sont concernés des ressortissants d'États tiers ? La première réponse à cette interrogation se trouve sans aucun doute dans le fait que l'Union européenne s'adresse en priorité à des États membres. C'est d'ailleurs ce que l'on comprend à la lecture d'une des dernières contributions du professeur Koen Lenaerts, président de la Cour de justice de l'Union européenne, sur le sujet du droit européen commun de l'asile³⁸². S'il est vrai que l'UE a su s'affranchir de sa nature initiale d'« organisation internationale » pour consacrer « un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines

³⁷⁷ L'on se permettra de citer dans ce sens notre thèse *Le multilinguisme de l'Union européenne – Étude d'un modèle de l'intégration*, soutenue à l'université de Strasbourg le 14 avril 2023, qui explore l'étendue étonnante du respect de la diversité linguistique par l'Union européenne dans tous ses domaines de compétence.

³⁷⁸ Ainsi que l'explique le règlement n°1/1958, pris sur le fondement de l'article 342 du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE).

³⁷⁹ La Cour de justice de l'UE fait systématiquement primer le multilinguisme et la protection des langues nationales sur les autres considérations économiques. V. P. Bruyas, « Le récit l'Union dans la diversité au prisme du multilinguisme du droit européen », in A. Bailleux, E. Bernard et S. Jacquot (dirs.), *Les récits judiciaires de l'Europe – Dynamiques et conflits*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2021, pp. 79- 97.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ Comme en témoignent nombre d'arrêts récents tels que : Trib. UE, 1ère ch., 9 juin 2021, *Ana Calhau Correia de Paiva c. Commission européenne*, aff. T-202/17, ECLI:EU:T:2021:323, et notre commentaire dans *Europe*, n° 8-9, août-septembre 2021, comm. 278 et le triptyque Trib. UE, 16 juin 2021, aff. jtes T-695/17 et T-704/17, *Italie c. Commission*, ECLI:EU:T:2021:374, Trib. UE, 2 juin 2021, aff. T-718/17, *Italie c. Commission*, ECLI:EU:T:2021:316 et Trib. UE, 2 juin 2021, aff. T-71/18, *Italie c. Commission*, ECLI:EU:T:2021:317, et nos commentaires dans *Europe*, n° 8-9, août 2021, comm. 277 et 278.

³⁸² K. Lenaerts, « The Court of Justice of the European Union and the Refugee Crisis », in K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, H. Kaninen, C. Naômé et P. Pohjankoski (dir.), *An Ever-Changing Union?: Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Hart Publishing, 2019, pp. 3-21.

restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants »³⁸³, ce bond dans l'intégration n'a toutefois toujours valu que pour les citoyens européens³⁸⁴. Bien qu'il existe, à la marge, une jurisprudence volontaire, voire « militante » qui cherche à aligner le statut des ressortissants tiers sur celui des citoyens européens³⁸⁵, il n'a en effet pas particulièrement été question pour l'Union européenne – aussi bien dans sa production normative que dans la jurisprudence de la Cour de justice – de se substituer aux États membres dans le processus qui consiste à découvrir³⁸⁶ des droits qui existeraient dans le chef de ressortissants d'États tiers³⁸⁷. Une telle ambition serait du reste antinomique avec la dynamique traditionnelle de la gestion politique interne, typiquement attachée aux États. L'entité politique qu'est l'État, aujourd'hui parfois suppléée ou assistée par l'Union européenne, organise la vie de ses citoyens et n'admet l'intégration d'étrangers que moyennant le respect d'obligations juridiques préétablies. Cette catégorisation qui offre un statut de moindre protection juridique à l'allochtone par rapport au citoyen est bien connue des théoriciens de l'État³⁸⁸, elle est aussi le plus souvent considérée comme légitime³⁸⁹. L'Union européenne qui, du reste, n'affronte jamais frontalement la question de sa propre définition³⁹⁰, n'intègre le sujet du « tiers » et de « l'altérité » que de façon relativement marginale dans ses récits³⁹¹. À l'image des frontières intérieures

³⁸³ Ainsi que l'explique la Cour dans son célèbre arrêt CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

³⁸⁴ Phénomène désormais bien connu et décrit par les plus grands auteurs. V. P. Pescatore, *Le droit de l'intégration : émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Leiden, Sijthoff, 1972 ; J. Weiler, « Van Gend en Loos: The Individual as Subject and Object and the Dilemma of European Legitimacy », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n° 1, janvier 2014, pp. 94-103 ; ou K. Lenaerts, « L'apport de la Cour de justice à la construction européenne », *Journal de Droit Européen*, 2017/4, n° 238, pp. 134-137.

³⁸⁵ CJUE, 6 juin 2023, *O. G. en présence de Presidente del Consiglio dei Ministri*, aff. C-700/21, ECLI:EU:C:2023:44 et le commentaire de F. Gazin dans *Europe*, n°8-9, 2023, à paraître.

³⁸⁶ À l'image du juge de *Common Law* qui ne « crée » pas le droit mais le « découvre ». V. J. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

³⁸⁷ Comme en témoigne la question, non résolue à ce jour, de savoir s'il est possible pour les ressortissants d'États tiers de se prévaloir de l'article 20 du TFUE qui prévoit que les citoyens européens ont le droit de s'adresser aux institutions dans n'importe laquelle des langues officielles de l'UE et de recevoir une réponse dans cette même langue. Même si, dans son fascicule au Jurisclasseur (n° 2390), le professeur J.-C. Barbato voit dans la réponse de Jacques Santer à l'eurodéputé Jessica Larive une explication à la portée de l'article 20 TFUE, il semblerait tout de même que rien ne soit définitivement acquis en la matière. La réponse du président de la Commission n'est pas particulièrement révélatrice quant à l'existence d'une règle claire opposable à la Commission, étant en effet davantage axée sur la défense personnelle de la commissaire Édith Cresson.

³⁸⁸ V. par exemple E. Maunin, *La théorie de l'État chez Carré de Malberg*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2003 ou, pour une approche plus politique, D. Schnapper, *La communauté des citoyens*, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 2003.

³⁸⁹ V. par exemple O. Beaud « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg », *Jus Politicum*, n° 8, 2012.

³⁹⁰ F. Berrod, « L'autonomie de l'Union européenne est-elle soluble dans les droits de l'homme ? Quelques propos (im)pertinents sur l'identité constitutionnelle de l'Union européenne au travers du prisme de l'adhésion de l'UE à la CEDH », in *Europe(s), Droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 65-81, spéc. p. 65.

³⁹¹ Pour reprendre une idée d'Antoine Bailleux. V. A. Bailleux, « Introduction. Enjeux, jalons et esquisse d'une recherche sur les récits judiciaires de l'Europe », in A. Bailleux, E. Bernard et S. Jacquot (dir.), *Les récits judiciaires de l'Europe. Concepts et typologie*, Bruxelles, Bruylant, 2019, vol.1, pp. 8-34, spéc. p. 32.

que la Cour de justice efface de ses récits judiciaires³⁹², comme si ne pas les évoquer pourrait finir par les faire disparaître – imaginant sans doute qu’il peut exister une sorte de silence performatif –, il est très difficile de percevoir les lignes de force d’un récit du « soi-même par rapport aux autres »³⁹³.

Replacer la description des dispositions linguistiques du droit européen de l’asile dans ce schéma plus global de la définition de ce qui fait l’Union européenne permet sans aucun doute de mettre la lumière sur une dissonance malheureuse : les diversités linguistiques des exilés ne sont pas prises en compte par l’UE, pourtant championne de la promotion de sa propre diversité linguistique. Cette dissonance est perceptible au stade de la qualification des persécutions qui permettent de justifier d’un besoin de protection internationale (Partie I). Elle l’est également, davantage encore sans doute, lorsqu’est étudié le régime procédural de la demande d’asile (Partie II).

Partie I – Directive qualification et diversité linguistique : sur les traces d’un relatif impensé

Séparer les interactions entre langues et exil en trois temps (avant l’exil comme motivation, pendant l’exil comme élément procédural, après l’exil comme moyen de s’intégrer) permet notamment de mettre en lumière l’idée qu’il puisse exister une persécution fondée sur la langue que parle une personne (A). Sans aucun doute, il ne s’agit pas du motif le plus fréquent pour justifier du besoin d’une protection internationale, mais il fait écho à d’autres préoccupations bien davantage reconnues comme fondement pour l’octroi du statut de réfugié (B).

A. Une exclusion apparente du critère linguistique comme fondement pour la protection internationale

La structure même des principaux règlements et directives qui forment le régime d’asile européen commun invite à reprendre l’idée d’une subdivision dans le parcours des exilés. La première étape, ou plutôt l’étape préliminaire à l’exil est ainsi la caractérisation d’une persécution à même d’ouvrir le droit à une protection internationale pour les personnes victimes. C’est la directive 2011/95, dite directive « qualification »³⁹⁴ qui est le texte pertinent pour étudier la légitimité de la demande de protection au sens de la convention de Genève de 1951³⁹⁵. Aux termes de cette directive sont énumérés les critères et conditions que doivent remplir les ressortissants des pays

³⁹² F. Berrod, « Le récit judiciaire de la frontière dans le marché intérieur : un non-dit pour un non-lieu », in A. Bailleux, E. Bernard et S. Jacquot (dir.), *Les récits judiciaires de l’Europe. Concepts et typologie, op. cit.*, pp. 211-229.

³⁹³ Pour reprendre la formulation de J.-P. Sartre, *L’Être et le Néant – Essai d’ontologie phénoménologique*, Gallimard, 1943, p. 474.

³⁹⁴ Directive 2011/95/UE, dite « qualification » du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d’une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), *JOUE* n° L 337, 20 décembre 2011, pp. 9-26.

³⁹⁵ Convention de Genève du 28 juillet 1951, complétée par le protocole de New York du 31 janvier 1967.

tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés et les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire et au contenu de cette protection. L'article 10 de la directive, intitulé « motifs de la persécution », établit une liste exhaustive, mais dont chaque catégorie est volontairement ouverte à une large interprétation, des actes qui peuvent être considérés comme caractérisant une persécution. Sont ainsi énumérées : la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un groupe social, les opinions politiques. Si la directive – ainsi d'ailleurs que les autres textes qui forment avec elle le régime d'asile européen commun – se présente dans ses considérants introductifs comme un texte « apte à promouvoir » l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³⁹⁶, il faudra toutefois souligner une structure très différente de la liste dressée par la Charte. Non pas au titre de la prise en compte des persécutions, mais typiquement pour ce qui est des motifs d'interdiction de la discrimination. La charte reprenant en revanche une structure très proche de la directive interdisant la discrimination raciale dans l'Union³⁹⁷.

De tous les critères énumérés, la notion de nationalité est – assez étonnement – celle qui recoupe le plus de cas de figure. On lit ainsi à l'article 10, paragraphe 1 sous c) de la directive que « la notion de nationalité ne se limite pas à la citoyenneté ou à l'inexistence de celle-ci, mais recouvre, en particulier, l'appartenance à un groupe soudé par son identité culturelle, ethnique ou linguistique, ses origines géographiques ou politiques communes, ou sa relation avec la population d'un autre État »³⁹⁸. Le constat est donc, de prime abord, celui de la prise en compte du critère linguistique dès le stade de la qualification des persécutions propres à rendre nécessaire une protection internationale. Pourtant, à l'étude de la jurisprudence, il est flagrant que l'hypothèse de l'octroi du statut de réfugié fondé sur la persécution d'un groupe linguistique est quasiment inexistante. Opérant par échantillonnage national au niveau français, et donc sans pouvoir viser à être absolument représentatif de la jurisprudence des autres États membres, il est marquant qu'en plus de trente ans de jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) et des juridictions administratives françaises, on ne puisse guère dénombrer que quelques rares cas d'espèce qui se rapprochent de l'hypothèse d'une persécution linguistique. L'un d'eux a donné lieu à un arrêt de la CNDA de 2011, *Madame R.*³⁹⁹, dans lequel la requérante, une universitaire albanaise, avait contesté dans un livre la théorie du Premier ministre selon laquelle les locuteurs de l'albanais parlé dans le Nord seraient de meilleurs patriotes que ceux s'exprimant dans la forme parlée dans l'Albanie du Sud⁴⁰⁰. Elle avait en conséquence reçu des menaces et des intimidations de la part du gouvernement, qui ont mené à son éviction de l'université et l'ont conduit à croire qu'il existait un péril pour sa sécurité physique. Si la CNDA reconnaît que l'argument

³⁹⁶ V. considérant n°16 de la directive « qualification ».

³⁹⁷ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *JOUE* n° L 180, 19 juillet 2000, pp. 22-26.

³⁹⁸ Souligné par l'auteur.

³⁹⁹ CNDA, 2 novembre 2011, *Mme R. épouse S.*, n° 11013225 C.

⁴⁰⁰ Les Albanais du nord, parlent le « Guègue », tandis que leurs compatriotes du sud sont locuteurs du « Tosque », qui jouit d'une moindre réputation aux yeux du gouvernement actuel, car n'étant devenue officielle à l'époque du régime communiste d'Enver Hoxha (1909-1985).

linguistique est celui qui lui a valu d'être persécuté, il faut toutefois reconnaître qu'il est dilué dans un environnement politique plus large. La Cour rappelle en effet que la requérante, à qui le statut de réfugié va être octroyé, s'est également investie dans un combat politique, dont on comprend que la question linguistique n'est qu'un accessoire. Elle a dénoncé des fraudes électorales et a combattu pour la restitution des terres spoliées par l'État. Dans cet arrêt, la langue est en quelque sorte l'instrument d'un militantisme politique conduisant à des persécutions. Bien qu'il soit évident, si l'on s'offre une mise en abyme, que la langue est un critère de discrimination pour l'actuel gouvernement d'Albanie, il ne s'agit pas à proprement d'un fondement pour la persécution des minorités concernées au sens du droit de l'Union. Ce qui transparaît en revanche d'ores et déjà est l'idée que la langue soit un élément caractéristique de rattachement à une catégorie de personnes risquant la persécution. Le cas typique est celui où la langue agit comme révélateur de l'appartenance à une minorité ethnique opprimée.

B. Le rattachement possible à des critères complémentaires à la langue parlée pour justifier l'octroi du statut de réfugié

L'autonomie de l'élément linguistique comme critère pour établir une persécution n'est pas contestée. La langue est même nommément citée dans l'article 10 de la directive « qualification ». Le droit de la Convention EDH, qui sert explicitement de boussole à la Cour de justice de l'UE depuis le traité de Lisbonne⁴⁰¹, n'est certes pas particulièrement clair sur ce qu'est une « minorité nationale », comme l'expliquent la juge Françoise Tulkens et le chef de l'Unité de Presse du greffe Stefano Piedimonte dans leur contribution aux mélanges offerts à Jean Paul Jacqué⁴⁰². Cependant, la professeure Florence Benoît-Rohmer rappelle que des minorités linguistiques peuvent être considérées comme des minorités nationales au sens du droit de la Convention EDH⁴⁰³ et donc se qualifier à part entière pour entrer dans la catégorie visée à l'article 10 de la directive « qualification ». Elle se réfère en particulier à la minorité russophone de Lettonie en citant l'arrêt *Podkolzina c. Lettonie* de 2003⁴⁰⁴. Si le rattachement à la notion de « citoyenneté » et donc l'invocabilité autonome de la dimension linguistique pour justifier une demande d'asile ne posent pas de problème théorique, la jurisprudence témoigne d'une tendance claire qui consiste à associer l'élément linguistique à un autre élément. L'exemple typique, nous le verrons, est celui de la langue comme « indice » dans le sens du rattachement à une minorité ethnique persécutée. Rien ne permet de penser toutefois qu'il s'agisse d'une association nécessaire au sens du droit, c'est bien d'une constatation factuelle dont il est ici question.

⁴⁰¹ Pour rappel l'article 6 TUE paragraphe 3 dispose que « [l]es droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

⁴⁰² F. Tulkens et S. Piedimonte, « La protection des minorités nationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, op. cit., pp. 653-670, spéc. pp. 655-657.

⁴⁰³ F. Benoît-Rohmer, « La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2002, n° 52, pp. 563-586, spéc. p. 567.

⁴⁰⁴ Cour EDH, 22 juillet 2003, *Podkolzina c. Lettonie*, n° 46726/99.

Le cas de figure le plus répandu est donc celui où la langue cristallise l'appartenance à une minorité ethnique. Un arrêt concernant l'Albanie permet, là encore, d'en attester. Cette fois, l'argumentation n'est en revanche pas orientée dans le sens de la caractérisation d'une persécution, mais sert plutôt à déterminer qu'une telle persécution est peu probable dès lors que les requérants sont locuteurs de la langue de l'ethnie principale dans la localité où ils vont être relocalisés par l'État. Ainsi, dans un arrêt belge de 2012⁴⁰⁵, le Conseil du contentieux des étrangers (CCE, Belgique) a jugé que les Kosovars albanais ne devaient pas être considérés comme plus vulnérables en Albanie, l'une des raisons principales étant qu'ils parlent la langue albanaise. Le Conseil y juge en effet que « la langue maternelle des requérants est la même que celle de la majorité des habitants de la zone de réinstallation envisagée, à savoir l'albanais, [et] qu'ils appartiennent au groupe ethnique majoritaire de cette zone [...] ». La réinstallation des requérants dans une autre localité du Kosovo ne serait pas de nature à les isoler ou à accroître leur vulnérabilité ». De la même façon que le rapprochement entre l'appartenance à un groupe ethnique persécuté et la langue est présent dans la jurisprudence des États membres⁴⁰⁶, elle est aussi visible au niveau européen. C'est le cas dans un arrêt de la CourEDH, *F.G. c. Suède*⁴⁰⁷, rendu le 23 mars 2016. La Cour y reconnaît que les exilés s'exposaient à des traitements inhumains et dégradants s'ils étaient renvoyés en Iran, leur pays d'origine, car ils appartiennent à la minorité chrétienne, qui a la caractéristique d'être une minorité religieuse, ethnique et linguistique⁴⁰⁸. Dans la même logique que pour l'arrêt CNDA de 2011 précité⁴⁰⁹, la langue peut également servir en quelque sorte comme un critère supplémentaire pour établir une crainte basée sur une activité politique. Un arrêt CNDA, *M.T.*⁴¹⁰, de 2019 en est une illustration convaincante. Il y était question de la langue, non pas seulement parlée, mais également de la « langue enseignée », c'est-à-dire de la langue « choisie », ce qui est un élément intéressant pour la caractérisation de la vulnérabilité. Dans cette affaire, la Cour nationale du droit d'asile a jugé que le fait qu'un moine d'origine khmère krom, diffuse sa culture et sa langue en l'enseignant aux jeunes moines qu'il formait était la circonstance qui avait déclenché sa persécution par le Vietnam.

L'hypothèse de la langue comme déclencheur d'une persécution est toutefois très résiduelle dans la jurisprudence tant européenne que des États membres. On ne dénombre en effet pas plus d'une demi-douzaine d'arrêts dans ce sens dans les répertoires de la jurisprudence de la CourEDH, de la Cour de justice de l'UE et des principaux prétoires francophones. Sans doute faut-il expliquer cette tendance par la réticence des offices nationaux de protection des réfugiés, à pratiquer des tests

⁴⁰⁵ Arrêt CCE n° 90 024, du 18 octobre 2012 et son commentaire par S. Saroela et L. Leboeuf (dir.), *La réception du droit européen de l'asile en droit belge : la directive qualification*, 2^e éd. UCL-CeDIE, Louvain-la-Neuve, 2014, spéc. p. 103.

⁴⁰⁶ Elle l'est toutefois davantage encore dans la pratique d'après plusieurs témoignages recueillis auprès de l'office français pour les réfugiés et les apatrides (OFPRA). Les exemples les plus communs sont les « Chakma » (minorité établie entre le Bangladesh, l'Inde et la Birmanie) et les Tibétains seront avant tout protégés du fait de leur appartenance à une minorité culturelle opprimée.

⁴⁰⁷ CourEDH, 23 mars 2016, *F.G. c. Suède*, n° 43611/11.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, §58.

⁴⁰⁹ CNDA, 2 novembre 2011, *Mme R. épouse S.*, n° 11013225 C.

⁴¹⁰ CNDA, 15 février 2019, *M. T.*, n° 18027282 C.

linguistiques pour vérifier la véracité de l'appartenance revendiquée à une ethnie minoritaire⁴¹¹. Bien sûr, certains États membres ont effectivement recours à des expertises linguistiques afin de confirmer ou d'infirmer les témoignages des exilés⁴¹², mais, outre que cette expertise peut être mise en défaut par des situations personnelles qui ne rattachent pas toujours de façon univoque à une seule langue et culture⁴¹³, une telle épreuve nécessite de pouvoir mobiliser des traducteurs et des experts de langues rares. Or, nous verrons qu'il est parfois très difficile pour les États membres de parvenir à recruter de tels experts⁴¹⁴, qui doivent en plus satisfaire à des exigences déontologiques⁴¹⁵. Peut-être faut-il d'ailleurs y voir une des raisons qui expliquent le standard anormalement bas que le droit de l'Union européenne a adopté pour encadrer le droit à un interprète dans la phase de la procédure de la demande d'asile.

Partie II – Directive procédure et diversité linguistique : généalogie d'un non-dit

Le second point d'achoppement entre langues et régime d'asile européen commun est celui de la langue comme élément procédural. Suivant en cela des logiques bien connues du droit de l'Union européenne, tout autant d'ailleurs que du droit de la Convention européenne, il existe un principe selon lequel le demandeur d'asile doit pouvoir

⁴¹¹ Dans un livre publié par l'EASO (European Asylum Support Office) intitulé : *Évaluation des éléments de preuve et de la crédibilité dans le contexte du régime d'asile européen commun*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2018, l'expertise linguistique est étudiée conjointement avec l'expertise médicale (§ 4.7) dont on sait pourtant combien elle est controversée.

⁴¹² On en trouve des témoignages en Pologne et au Royaume-Uni notamment. V. Cour suprême du Royaume-Uni, arrêt du 21 mai 2014, *Secretary of State for Home Department c. MN and KY*, n° UKSC 30 ; Conseil des réfugiés (Pologne), décision du 29 août 2013, RdU-246-1/S/13 (un résumé en anglais est disponible depuis : <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/poland-polish-refugee-board-29-august-2013-rdu-246-1s13> dernière consultation le 9 août 2023). Dans ces deux arrêts, les juridictions nationales ont conclu avec prudence que les résultats des expertises devaient être appréhendés comme des indices, tout en précisant que le doute devait toujours profiter au demandeur d'asile.

⁴¹³ L'on aurait tort de croire que nos habitudes linguistiques, ancrées dans l'appartenance à des États-nations monolingues, sont les plus répandues dans le monde. Bien qu'il n'existe pas de statistiques parfaitement fiables en la matière, les linguistiques s'accordent par exemple sur le fait que les Africains sont en moyenne beaucoup plus plurilingues que les Européens. V. C. Bigirimana et L. Nzesse (dir.), *Re-penser les politiques linguistiques en Afrique à l'ère de la mondialisation*, Observatoire européen du plurilinguisme éd., 2023, 422 p. D'ailleurs, dans l'arrêt polonais précité, une entreprise privée spécialisée dans la détermination de l'origine régionale des individus avait effectué une expertise en se basant sur les connaissances du demandeur via une analyse linguistique et géographique, mais en omettant de prendre en compte la situation particulière de l'exilé. Celui-ci affirmait être originaire du Soudan, ce qui ne semblait pas possible pour les experts, mais c'était oublier qu'il avait grandi au sein d'une famille tanzanienne et avait vécu dans un établissement dirigé par des missionnaires, côtoyant des individus issus de diverses communautés linguistiques.

⁴¹⁴ C'est ce qu'explique l'avocat général Michal Bobek dans ses conclusions sous l'affaire C-564/18, *LH c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, ECLI:EU:C:2019:1056, spéc. pts. 69 à 71. V. le commentaire de F. Gazin, *Europe* n° 5, Mai 2020, comm. 143. M. Bobek soulignait qu'il n'existait parfois dans tout l'État membre – en l'occurrence en Hongrie – qu'un seul interprète de la langue cible, si bien qu'il n'avait pas le temps de se déplacer jusqu'au tribunal dans les délais prévus par le droit procédural national.

⁴¹⁵ La professeure Anaïk Pian, sociologue à l'université de Strasbourg, explique du reste que le recours aux experts linguistiques souffre souvent de préjugés négatifs de la part des offices nationaux et des juridictions. L'une des explications avancées par la chercheuse est que les langues mobilisées sont rares dans les États d'accueil, si bien qu'elles ne sont en général maîtrisées que par des membres de la même communauté, déjà installée dans l'État d'accueil. Elle explique qu'il « tend à planer sur les interprètes un soupçon de solidarité communautaire à l'égard des requérants », ce qui n'existe pas dans la même mesure pour des experts d'autres langues occidentales comme l'anglais par exemple. V. A. Pian, « L'interprétariat à la Cour nationale du droit d'asile. Lorsque le récit est transporté par la parole d'un tiers », *Terrains & travaux*, vol. 36-37, n° 1-2, 2020, pp. 137-158.

comprendre la procédure d'asile et doit pouvoir être compris des autorités auprès desquelles il formule sa demande. Alors même que ce principe répond à des règles primordiales de l'ordre juridique européen, en particulier lorsque l'on connaît l'importance du multilinguisme pour l'Union (B), sa concrétisation en droit de l'Union européenne est très décevante : le standard linguistique fixé par l'UE pour la procédure d'asile est anormalement bas (A).

A. Un standard de protection des exilés allophones anormalement bas

La directive dite « procédures »⁴¹⁶ est l'élément clé de la phase qui suit l'entrée du demandeur d'asile sur le territoire d'un des États membres de l'Union. Elle a permis de doter les États membres d'un socle commun de règles relatives à l'octroi ou au retrait de la protection internationale. L'aspect linguistique des droits procéduraux est mentionné à plusieurs reprises dans la directive « procédures ». Elle emploie une expression unique dans sa formulation. Il y est systématiquement fait référence, non pas au droit d'être informé dans sa langue ou dans une langue que le demandeur comprend, mais il est consacré : « [les demandeurs d'asile] sont informés, dans une langue qu'ils comprennent ou dont il est raisonnable de supposer qu'ils la comprennent ». C'est le cas notamment dans le considérant 29 de la directive et à ses articles 12 et 25.

Cette formulation dénote celles traditionnellement attachées aux matières entachées d'une particulière « gravité ». En effet, dès lors que la procédure peut conduire à une situation de rétention administrative⁴¹⁷ qui, bien qu'elle ne soit pas parfaitement synonyme de détention au sens pénal, demeure une privation de liberté. Or, la privation de liberté figure parmi les mesures que l'on classe souvent comme étant les plus graves en matière de droit pénal⁴¹⁸. Dans le même sens et au-delà même de ce point, l'éventuel échec de la demande, s'il est suivi par une reconduite dans le pays d'origine, sera également sans aucun doute vécu comme constitutive d'une grande gravité. Le contenu de la protection procédurale accordée doit donc être à la hauteur des enjeux, même s'ils ne sont pas à proprement parler pénaux. C'est pour cette raison que l'article 12 de la directive « procédures » prévoit que les demandeurs doivent être informés « dans une langue qu'ils comprennent ou dont il est raisonnable de supposer qu'ils la comprennent », de la procédure à suivre et de leurs droits et obligations au cours de la procédure ainsi que des conséquences que pourrait avoir le non-respect de leurs obligations ou le refus de coopérer avec les autorités, conséquences d'un retrait explicite ou implicite de la demande d'asile. Ils devraient de la même manière également savoir selon quelles formalités ils peuvent présenter les justificatifs prévus par l'article 4 de la directive « qualifications » précitée.

⁴¹⁶ Directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), *JOUE* n° L 180, 29 juin 2013, pp. 60-95.

⁴¹⁷ Voir article 26 de la directive « procédures » : « 1. Les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle est un demandeur. Les motifs et les conditions de la rétention, ainsi que les garanties données aux demandeurs placés en rétention sont conformes à la directive 2013/33/UE ».

⁴¹⁸ V. par exemple P. Pottier, « Repenser la peine de prison après la loi du 24 novembre 2009 », *Pouvoirs*, vol. 135, no. 4, 2010, pp. 149-158. Il faut également rappeler le mouvement croissant de pénalisation que soulignait récemment Fabienne Gazin, v. F. Gazin, « Le Pacte sur la migration et l'asile met-il le droit d'asile en péril ? », *Europe of Rights & Liberties/Europe des Droits & Libertés*, septembre 2021/2, n° 4, pp. 207-218.

De la même manière, le résultat des investigations⁴¹⁹ effectuées par l'État membre en charge de l'examen de leur demande d'asile, ainsi que leurs possibilités pour faire appel de la décision, doit leur être présenté dans une langue qu'ils comprennent « ou dont il est raisonnable de supposer qu'ils la comprennent ». De manière notable, cette obligation ne pèse sur les États membres que dans l'hypothèse où le demandeur n'est pas assisté par « un conseil juridique ou un autre conseiller ». Il est possible de penser, dès lors, que la configuration qui prévaut dans de nombreux États membres, c'est-à-dire celle où le demandeur est assisté d'un bénévole associatif⁴²⁰, est considérée comme suffisante à offrir des droits nécessaires. Or, une telle situation serait difficilement conciliable avec l'effectivité du principe énoncé à l'article 5 paragraphe 2 de la Convention européenne, selon laquelle « toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle » ainsi que de celui porté par l'article 6 paragraphe 3 sous e) qui énonce que « [toute personne a droit de] se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ». En plus de ces considérations générales, l'article 15 de la directive « procédures » prévoit un droit à l'interprétation. La formule retenue pour ce qui est de l'entretien n'est plus « langue comprise ou dont il est raisonnable de supposer qu'ils la comprennent », mais « la langue pour laquelle le demandeur a manifesté une préférence sauf s'il existe une autre langue qu'il comprend et dans laquelle il est à même de communiquer clairement ». Dans le contexte si particulier de l'asile, le demandeur peut se sentir obligé de s'enfermer dans une langue qu'il connaît sans toutefois très bien la maîtriser, par « politesse »⁴²¹ vis-à-vis des locuteurs de l'État d'accueil ou par obligation, faute d'interprète, au risque de trahir sa pensée⁴²². C'est-à-dire d'une certaine façon au risque de s'auto-incriminer pour reprendre les mots du droit pénal. Dans ce cas comme dans l'autre l'on pourra regretter que la formulation reste étonnamment vague étant donné la nature des enjeux en cause.

La pratique confirme l'importance de ces enjeux. Dans un rapport de novembre 2021, la fédération des acteurs de la solidarité en Île-de-France a fait part de ses résultats à la suite d'une vaste étude quantitative et qualitative sur les lacunes de la prise en charge des demandeurs d'asile⁴²³. Un chapitre entier de ce rapport détaillé est consacré à la

⁴¹⁹ On pourra également noter que les États membres qui renvoient un demandeur dans son État d'origine devra lui fournir une documentation adéquate dans la langue de l'État d'accueil afin qu'il puisse entrer en contact avec les autorités de ce pays.

⁴²⁰ V. A. Pian, « Devenir interprète bénévole dans des associations de solidarité pour demandeurs d'asile et sans-papiers. Temporalités biographiques et institutionnelles », *Sociologie*, vol. 8, n° 4, 2017, pp. 351-368.

⁴²¹ Par analogie à la théorie de Philippe van Parijs qui explique que l'on parle « anglais par politesse » lors des échanges formels ou informels linguistiquement mixtes. V. P. van Parijs, *Linguistic Justice for Europe and for the World*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 47 et 165.

⁴²² Ce qu'expliquait également la sociologue A. Pian lors de la 9^e journée d'actualités ELSJ, du 10 février 2023, à la Faculté de droit de Strasbourg.

⁴²³ Fédération des acteurs de la solidarité en Île de France, « Les oubliés du droit d'asile, enquête sur les conditions de vie et l'accès aux droits des exilés fréquentant 5 structures d'accueil à Paris – Enquête réalisée du 1^{er} au 15 juin 2021 », Rapport de novembre 2021. Disponible en ligne depuis : <https://www.federationsolidarite.org/wp-content/uploads/2021/12/Rapport-oublie droitasile-2021-vfinale-web-sansreco.pdf> (dernière consultation le 9 août 2023).

notion de « barrière de la langue » qui empêche l'exercice effectif du droit d'asile. En ce qui concerne l'obligation de fournir aux demandeurs des informations relatives aux procédures par exemple, le rapport fait état d'une difficulté pratique, puisque si la France met effectivement des explications en trente-et-une langues, les pages internet qui permettent d'accéder aux fichiers⁴²⁴ ne sont quant à elles disponibles qu'en français. On y lit « les entretiens qualitatifs révèlent que deux tiers des personnes interrogées (66 %) disent ne pas avoir eu accès à internet au moment de leur arrivée. Par ailleurs, 82 % déclarent ne pas parler français, ce qui rend quasiment impossible l'accès à ce document via un site internet uniquement en français »⁴²⁵. D'autre part, on peut également y trouver des retranscriptions d'entretiens individuels avec des demandeurs d'asile, qui indiquent avoir affirmé comprendre une langue, le français par exemple, mais n'avoir finalement pas été capable d'en comprendre les subtilités administratives⁴²⁶.

B. L'incompatibilité manifeste du cadre linguistique de la directive procédure avec les principes de l'Union européenne

Il est donc possible de soulever une insuffisance relativement marquée en ce qui concerne la protection linguistique octroyée aux demandeurs d'asile. Cette insuffisance peut être attribuée en premier lieu à la formulation de la directive, qui demeure notablement peu précise, malgré l'ampleur des enjeux pour les exilés. Dans cette perspective, il semble que les garanties offertes par ladite directive soient moins contraignantes en comparaison avec celles prévues dans le contexte des procédures pénales par le droit de la Convention européenne⁴²⁷ ou celui de l'Union européenne⁴²⁸. Cet écart survient même alors que l'état de vulnérabilité des demandeurs d'asile est particulièrement élevé et que l'exercice de leurs droits s'avère ardu⁴²⁹. Il est également étonnant que les garanties linguistiques ne soient pas indexées à des standards plus élevés pour ce qui est des demandeurs particulièrement fragiles. Les garanties accordées aux mineurs non accompagnés par exemple sont révélatrices de ce point, car leur volet linguistique est parfaitement identique à celui des majeurs⁴³⁰.

Si la Cour de justice de l'Union européenne cite régulièrement l'article 12 de la directive « procédures », tout autant d'ailleurs que son équivalent dans la directive « retour »⁴³¹, elle n'a en revanche jamais eu l'occasion de se prononcer sur la façon dont il convient

⁴²⁴ Ministère de l'intérieur, Guide du demandeur d'asile en France, septembre 2020. Disponible en ligne depuis : <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Asile/Guide-du-demandeur-d-asile-en-France> (dernière consultation le 9 août 2023).

⁴²⁵ *Ibid.* p. 23.

⁴²⁶ On lit : Jaafar, Soudanais âgé de 32 ans : « J'ai compris un peu mais pas tout parce que tout est écrit, moi je lisais pas bien. Je ne trouve pas les gens pour bien expliquer c'était compliqué aussi. J'ai compris mais pas tout tout tout », *ibid.* p. 24.

⁴²⁷ En particulier l'article 6 paragraphe 3 sous e) de la Convention européenne.

⁴²⁸ En particulier l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

⁴²⁹ V. E. Boulil et L. Wolmark, « Vulnérabilité, soin et accueil des demandeurs d'asile », *La Revue des droits de l'homme*, n° 5, 2018.

⁴³⁰ V. Directive « procédures », article 25.

⁴³¹ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *JOCE* n° L 348, 24 décembre 2008, pp. 98–107, article 13.

de l'interpréter. Seul point de relief, en filigrane toutefois, dans l'affaire *LH c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*⁴³² précitée. L'avocat général y faisait en effet état des doutes de la juridiction hongroise de renvoi, soutenue en cela par le demandeur d'asile, quant à la faisabilité d'une procédure d'examen réalisé en huit jours pour respecter une réglementation nationale allant dans ce sens. En particulier, expliquent les protagonistes, « clôturer la procédure dans le délai en cause est tout particulièrement difficile dans le cadre de demandes jugées irrecevables, et ce parce que la charge de la preuve repose presque exclusivement sur les demandeurs, qui sont déjà dans une situation de vulnérabilité. La juridiction de renvoi souligne également le fait que sa décision n'est pas susceptible de recours »⁴³³. La Cour va d'ailleurs donner raison au requérant en jugeant la réglementation nationale incompatible avec les objectifs de la directive, dont la protection juridictionnelle effective contenue dans son article 46. Dans le même ordre d'idée, il peut arriver que les possibilités d'interprétations disponibles ne soient simplement pas les bonnes⁴³⁴. L'on peut penser que la formulation peu protectrice de la directive est responsable de certaines de ces lacunes. *A fortiori* dès lors que certaines transpositions de la directive procédures, comme la française par exemple, ont repris la formulation du droit de l'Union mot à mot⁴³⁵.

Il est toutefois marquant que la Cour de justice puisse parfois consacrer des dizaines de paragraphes à étayer un raisonnement sur la façon dont il faut interpréter un point de la directive du fait de divergences entre ses différentes versions linguistiques⁴³⁶, sans jamais se pencher sur la question de fond que sont les maigres garanties de compréhension linguistique pourtant nécessaires pour que la cause soit équitablement entendue. Face au silence de la Cour de justice de l'UE, il n'est pas non plus question de chercher à souligner une divergence entre elle et la Cour européenne ; on connaît naturellement leurs rapports complexes – entre complémentarité et concurrence⁴³⁷ –. Du reste, lorsqu'elle est confrontée à la question des garanties linguistiques procédurales des demandeurs d'asile, la CourEDH cite la directive « procédure » et son article 12, sans jamais y associer de critique de fond ou de rappel de jurisprudence. Ce que l'on pourra toutefois mettre en avant, dans le cadre de cette problématique très circonscrite

⁴³² V. Conclusions de l'avocat général Michal Bobek, précitées.

⁴³³ *Ibid*, souligné par nous.

⁴³⁴ V. « Les oubliés du droit d'asile, enquête sur les conditions de vie et l'accès aux droits des exilés fréquentant 5 structures d'accueil à Paris – Enquête réalisée du 1er au 15 juin 2021 », Rapport de novembre 2021, précité. On lit : « Ashraf, demandeur d'asile Afghan et locuteur du dari résume ainsi son échange avec l'agent au GUDA : “c'était soit en français soit en arabe, et démerde-toi” » (sic.) et « Amadou, Mauritanien de 23 ans qui explique : “y'a des interprètes, mais [...] on n'a pas la même langue, parce que je crois eux ils sont maliens ou guinéens, même s'ils parlaient en soninké, [...] je n'ai pas bien comprendre cette langue qu'il a parlé” » (sic.) *Ibid*. p. 24.

⁴³⁵ Article L813-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Le Conseil d'État a toutefois jugé dans l'arrêt : Conseil d'État, sous-sections 10 et 9 réunies, 30 juillet 2014, aff. n° 375430, qu'un demandeur peut « utilement présenter une [nouvelle] demande d'asile faute d'avoir [dans un premier temps] bénéficié d'une assistance juridique et linguistique effective », § 15.

⁴³⁶ V. CJUE, GC, 6 septembre 2017, *Slovaquie et Hongrie c. Conseil*, aff. jtes C-643/15 et C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631 et le commentaire du professeur Denys Simon : v. D. Simon, *Europe* n° 6, juin 2020, comm. 184.

⁴³⁷ Pour reprendre l'idée des professeurs Berrod et Wassenberg dans leur travail interdisciplinaire en droit et en histoire sur les rapports entre UE et Conseil de l'Europe. V. F. Berrod et B. Wassenberg, *Les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne – Vers un partenariat stratégique ?*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2019.

de la langue dans la procédure, c'est l'éclairage que la CourEDH peut offrir aux juridictions nationales, juges de droit commun du droit de l'Union, lorsqu'elles interprètent l'article 6 de la Convention. Elle reconnaît par exemple la nécessité pour les demandeurs d'asile d'avoir accès de façon effective aux démarches et procédures et de les comprendre⁴³⁸, ce qui inclut, explique la Cour dans l'arrêt *I.M. c. France*⁴³⁹ rendu le 2 février 2012, la dimension linguistique.

*

La dissonance qui se matérialise actuellement, au cœur de l'ordre juridique de l'Union, entre le respect de la diversité linguistique telle qu'elle l'applique à ses propres ressortissants et la moindre considération pour les demandeurs d'asile pourtant dans une situation d'évidente vulnérabilité, ne peut qu'étonner et inquiéter. Laisser ces questions entre les seules mains des États membres sans chercher à homogénéiser l'interprétation au niveau de la Cour de justice est une idée risquée pour le respect des droits fondamentaux dans le contexte actuel. Il serait opportun que la Cour de justice parvienne à remettre de l'ordre dans cette disposition étonnante qu'est l'article 12 de la directive « procédures » en l'interprétant dans un sens conforme aux standards qui sont les siens dans tous les autres domaines du droit de l'Union. Sans doute était-ce précisément ce qui conduisait Jean-Claude Juncker à dire, au plus haut de ce que l'on a appelé la « crise des réfugiés » de 2015, qu'il fallait « mettre plus d'Europe dans l'Union »⁴⁴⁰.

⁴³⁸ V. le célèbre arrêt CourEDH, GC, 21 janvier 2011, *MSS c. Belgique et c. Grèce*, n° 30696/09, §§ 318-319 et § 392 ; mais également CourEDH, 22 avril 2014, *A.C. et autres c. Espagne*, n° 6528/11, §§ 85-86.

⁴³⁹ CourEDH, 2 février 2012, *I.M. c. France*, n° 9152/09, § 150.

⁴⁴⁰ V. J.-C. Juncker, discours sur l'état de l'Union, 2015.

Souffrir deux fois ou quand la procédure devient une épreuve : la notion de victimisation secondaire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Anna Glazewski*

« (...) aucun élément dans le dossier n'explique (...) pourquoi la reconstitution des positions dans lesquelles les actes sexuels s'étaient déroulés avait été nécessaire pour l'établissement ou la qualification juridique des faits ». Au-delà du nécessaire, certaines étapes de la procédure pénale peuvent s'avérer humiliantes pour les victimes et dans le pire des cas, sources de véritables traumatismes. C'est cette dernière extrémité que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré atteinte dans l'affaire *N. Ç. c. Turquie* du 9 février 2021⁴⁴¹. Ayant à connaître d'une histoire tragique dans laquelle la requérante avait été victime de prostitution forcée alors qu'elle était mineure, la Cour examina plus précisément les conditions dans lesquelles se déroula le procès qui s'ensuivit (que les médias turcs appelèrent « le procès de la honte », § 55). Il impliqua notamment une reconstitution des positions sexuelles par lesquelles la requérante avait été violée – sans que l'on ne parvienne à déterminer qui en fut à l'initiative et pourquoi –, une dizaine d'exams médicaux à la demande des autorités judiciaires, une confrontation répétée et apparemment non-consentie aux accusés lors des audiences, un refus de délocaliser le procès malgré la possibilité ouverte par la législation turque et ce, en dépit du contexte violent dans lequel il se déroulait, impliquant intimidations et menaces de représailles de la part de proches de certains accusés. Constatant par ailleurs que la procédure avait indûment été prolongée (pour une durée totale d'environ onze ans, pour deux degrés de juridiction) et que deux chefs d'accusation avaient été rayés du rôle pour prescription pénale, la Cour estima que la Turquie avait exposé la requérante à « des cas graves de victimisation secondaire » (§ 132), c'est-à-dire à une victimisation d'une part distincte de celle qui résultait de la commission des infractions en cause et, d'autre part, imputable aux autorités judiciaires. La Cour conclut à la violation des articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, lesquels imposent à l'État de protéger l'intégrité physique de l'individu et peuvent, dans des cas aussi graves que le viol et les abus sexuels sur des enfants, s'étendre aux questions concernant l'effectivité de l'enquête pénale. Était ainsi centrale la question de la prise en charge adéquate de la victime durant la procédure pénale, ceci dans le but de la protéger d'une victimisation secondaire (§ 95).

Ni la première, ni malheureusement la dernière mais peut-être l'une des plus topiques, cette affaire incarne, avec d'autres, l'évolution de la conception de la procédure pénale dans le champ du droit européen des droits de l'homme. Temps de la recherche d'une

* Maîtresse de conférences en droit public, Université de Strasbourg (Centre d'études internationales et européennes - EA 7307), ancienne juriste référendaire à la Cour européenne des droits de l'homme. L'autrice indique qu'elle n'a pas eu à connaître, dans le cadre de ses précédentes fonctions à la Cour, des affaires discutées dans la présente contribution et que les opinions exprimées n'engagent qu'elle.

⁴⁴¹ CourEDH, 9 février 2021, *N.Ç c. Turquie*, n° 40591/11, § 109.

vérité judiciaire et du rétablissement de l'ordre social, la procédure pénale est aussi temps de l'équitable et de l'équilibre, ce qui s'est historiquement traduit par le développement de la garantie des droits de la défense. Cet équilibre évolue depuis une trentaine d'années, à la faveur d'une conception de la procédure devenant aussi un espace de réparation pour les victimes et de restauration du lien social. En reconnaissant le risque qu'elle comporte de réexposer la victime à un trauma et en appelant sa réparation le cas échéant, le droit européen des droits de l'homme reconnaît ainsi l'existence d'un « autre versant » de la procédure, celui des victimes. Elle nous invite à la regarder à nouveau, à l'instar de ce qu'a permis la notion de procès « équitable », non comme une addition de phases techniques mais comme un lieu de recherche d'équilibre, dans le contexte duquel les moyens importent autant que la fin. Ainsi, à l'inverse de la tendance à la « procéduralisation des droits matériels », décrite et décriée en doctrine, il faut voir ici comme se développe un véritable réinvestissement matériel de la procédure.

Le sujet n'a évidemment pas qu'un intérêt théorique. Pour les membres du corps judiciaire et les acteurs de la procédure pénale, la notion de victimisation secondaire peut apparaître déroutante : dans l'exercice de leur quotidien professionnel, ils peuvent ainsi être amenés à « refaire souffrir » alors même qu'ils n'en ont pas l'intention. C'est ainsi que la notion se rapproche de celle de « violences institutionnelles », dont ils peuvent craindre être les auteurs, principalement par manque de moyens suffisants alloués à la justice. À la différence de la jurisprudence interaméricaine, également présentée dans cette contribution, la jurisprudence européenne ne reconnaît pas cette notion. Partant, le sujet de la victimisation secondaire demeure cantonné à la conduite d'une procédure particulière dans laquelle des aspects plus structurels sont tus. Quoi qu'il en soit, en exposant les éléments de la procédure interne qui ont pu faire grief dans le contentieux européen des droits de l'homme, cette contribution espère offrir aux praticiens spécialistes du droit pénal, juges comme avocats, un éclairage concret sur les attentes européennes en matière de protection des victimes.

La notion de victimisation secondaire, parfois aussi appelée indifféremment⁴⁴² « nouvelle victimisation », « victimisation répétée », « sur-victimisation » ou encore « re-victimisation », n'est pas encore familière des juristes. Elle tend toutefois à le devenir, à mesure que sa mobilisation s'accroît par les soutiens, organisés ou spontanés, des victimes de violences sexistes et sexuelles, en particulier depuis l'émergence du mouvement « #metoo ». Issue de la victimologie⁴⁴³, elle précède toutefois ce mouvement social et se trouve de plus en plus mobilisée dans les instruments juridiques internationaux et européens destinés à la protection des victimes, de crimes sexuels ou non.

⁴⁴² Les textes juridiques les plus récents établissent désormais des différences d'acceptions à donner à ces termes : voir en particulier la très récente Recommandation CM/Rec(2023)2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur les droits, les services d'aide et le soutien des victimes de la criminalité, discutée ci-après.

⁴⁴³ Pour une présentation dans ce champ, voir par exemple Jo-Anne Wemmers, « La seconde victimisation et les besoins des victimes », *Introduction à la victimologie*, Presses de l'Université de Montréal, 2003, 224 p., spéc. pp. 79-89 ; Rachel Condry, « Secondary Victims and Secondary Victimization », in S. G. Shoham, P. Knepper, M. Kett, *International Handbook of Victimology*, 2010, CRC Press, pp. 219-250.

Trois acceptions principales lui sont aujourd'hui communément attribuées⁴⁴⁴. Celle qui est retenue ici – parce qu'entendue ainsi dans la jurisprudence de la Cour à l'étude – renvoie aux cas dans lesquels l'expérience de la procédure pénale aggrave les sentiments de victimisation d'une victime alléguée au point de générer à son endroit un préjudice distinct de celui qui est né de la commission de l'infraction initialement en cause (et que l'on appelle la victimisation primaire). Elle est ainsi définie à l'article 1 de la très récente Recommandation (2023) 2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits, les services d'aide et le soutien des victimes de la criminalité, adoptée le 15 mars 2023, comme « la victimisation qui résulte non pas directement de l'infraction pénale, mais de la réponse apportée à la victime par les institutions publiques ou privées, et les autres individus ». Une deuxième acception recouvre les processus par lesquels les conséquences de la victimisation se déploient sur une autre personne, par exemple ses proches – ce que les juristes connaissent sous la notion de victime ou de préjudice « par ricochet » – mais également les acteurs de la chaîne pénale, les soignants, etc⁴⁴⁵. Enfin, la notion de victimisation secondaire fait parfois référence à des tendances de plus long terme, la vulnérabilité engendrée par la victimisation primaire (déménagement, perte d'emploi...) accroissant les risques d'une victimisation future.

Il est aujourd'hui admis que l'expérience de la victimisation secondaire (et tout comme la victimisation primaire) a une incidence différente selon un ensemble de facteurs propres à chaque personne, tels que l'âge, le genre, l'ethnicité ou encore le statut économique. Bien qu'elle ne soit pas propre aux victimes d'infraction à caractère sexuel (on peut par exemple trouver plusieurs études à cet égard dans le champ du droit des étrangers⁴⁴⁶), elle est particulièrement mobilisée dans ce contexte.

⁴⁴⁴ Rachel Condry, *op. cit.*

⁴⁴⁵ Lesquels sont parfois répertoriés comme victimes par procuration, victimes indirectes (en anglais, victimes de « vicarious trauma »).

⁴⁴⁶ Alessandro Spena, « Smuggled Migrants as Victims ? Reflecting on the UN Protocol against Migrant Smuggling and on Its Implementation », *Brill Research Perspectives in Transnational Crime*, 3(4), 2021, pp. 43-57; Immaculada Antolinez-Dimínguez et Esperanza Jorge-Barbuzano, « Challenges to identify the vulnerability of migrant women on the southern border of Europe: contributions from biographical narratives », *Ljetopis Socijalnog Rada*, 2021, vol. 28, pp. 153-180, leurs autrices, chercheuses en sciences sociales du travail, élaborant une méthodologie visant à recueillir les récits de femmes migrantes en un temps limité tout en s'efforçant de réduire les risques de victimisation secondaire, en vue d'identifier leur état de vulnérabilité et de leur offrir une information juridique adaptée à leur situation.

Pour une présentation de l'émergence de la prise en considération de la santé mentale des migrants en France, voir notamment Estelle d'Halluin, « La santé mentale des demandeurs d'asile », *Hommes & migrations*, 2009, mis en ligne le 1^{er} novembre 2012, n° 1282, pp. 66-75. Après avoir retracé l'émergence de la psychiatrie des migrants en France, l'autrice, sociologue, expose le paradoxe selon lequel bien qu'un véritable champ d'expertise se soit développé, « insist[ant] sur le traumatisme comme obstacle à la verbalisation et à la construction du récit de demandeur d'asile, les agents de l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides et les juges de la Cour nationale du droit d'asile (...) restent peu formés et inégalement attentifs à ce paramètre » (p. 73). Près d'une décennie plus tard, elle met en évidence l'introduction d'un « paradigme de la vulnérabilité » dans le droit européen de l'asile, dans le cadre duquel un rôle pivot est conféré aux experts afin que les migrants puissent faire établir leur appartenance à un groupe vulnérable (Estelle d'Halluin, « Le nouveau paradigme des « populations vulnérables » dans les politiques européennes d'asile », *Savoir/agir*, 2016/2, n° 36, pp. 21-26. Enfin, les travaux scientifiques étudiant les processus de victimisation secondaire des migrants recoupent également la thématique des violences sexuelles : en France, voir par exemple, France terre d'asile, « Les violences à l'égard des femmes demandeuses d'asile et réfugiées en France », *Les cahiers du social*, n° 40, 2018, 106 p.

En dehors de son étude dans le champ de la psychiatrie, de la psychologie, de la sociologie ou de la victimologie, la notion semble peu répandue chez les juristes. Modérément investie jusqu'à il y a une dizaine d'années, elle n'est pourtant pas nouvelle. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à compter de 2015 témoigne d'une prise en considération progressive et constante de cette question par le contentieux. L'objet principal de cette étude est de présenter la jurisprudence relative à ce sujet et de la remettre en contexte plus généralement dans la jurisprudence de la Cour elle-même ainsi que dans le droit international des droits de l'homme.

La protection contre une victimisation secondaire est une préoccupation désormais bien établie dans le champ du droit international et régional des droits de l'homme (Partie I). Apparue dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement des articles 3 et/ou 8 de la Convention, elle constitue désormais le but poursuivi par une obligation procédurale de prise en charge adéquate de la victime durant la procédure pénale (Partie II). Cette apparition invite à une discussion plus générale quant à ses enjeux (Partie III).

Partie I – Une préoccupation établie dans le champ du droit international et régional des droits de l'homme

Il faut d'emblée souligner que l'affirmation de la nécessaire prise en considération par les autorités, dans le contexte de la procédure pénale, des risques psychiques que cette dernière est susceptible d'engendrer n'est pas une création prétorienne. La notion de victimisation secondaire et les préoccupations qu'elle véhicule ont été inscrites dans un certain nombre d'instruments juridiques antérieurs aux arrêts dans lesquels la Cour européenne des droits de l'homme mobilise la notion.

La Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoirs, résolution de l'Assemblée générale des Nations unies du 29 novembre 1985⁴⁴⁷, constitue le point de départ. Elle prévoyait en des termes généraux l'assistance médicale, matérielle, psychologique et sociale aux victimes ainsi que la formation du personnel des services de police, de justice, de santé et des services sociaux aux « besoins des victimes ». Dans ce prolongement a par exemple été discutée la place réservée aux victimes dans la procédure des organes juridictionnels internationaux eux-mêmes, en particulier s'agissant de la procédure devant la Cour pénale internationale (CPI), régie par le Statut de Rome du 17 juillet 1998. Son article 68 introduit par exemple une exigence de protection, par la Cour elle-même, de « la sécurité, [du] bien-être physique et psychologique, [de] la dignité et [du] respect de la vie privée des victimes et des témoins ». Il prévoit plusieurs dispositifs, tels que le huis clos ou l'accueil de dépositions par des moyens électroniques. La recherche de protection des victimes a en outre une incidence organisationnelle puisque le Greffe de la Cour comprend une division d'aide aux victimes et témoins, dont le personnel comprend des spécialistes de l'aide aux victimes de traumatismes (article 43(6)).

⁴⁴⁷ A/RES/40/34.

Les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire (résolution de l'Assemblée générale des Nations unies 60/147 du 15 décembre 2005)⁴⁴⁸ ont par la suite précisé l'approche de la Déclaration de 1985 précitée : « L'État devrait veiller à ce que sa législation interne, dans la mesure du possible, permette aux victimes de violences ou de traumatismes de bénéficier d'une sollicitude et de soins particuliers, afin de leur éviter de nouveaux traumatismes au cours des procédures judiciaires et administratives destinées à assurer justice et réparation ». La précision faite, elle n'en demeurerait pas moins silencieuse sur les manières concrètes d'« éviter de nouveaux traumatismes ». Une indétermination à laquelle remédient progressivement un certain nombre d'instruments régionaux, telle que la Recommandation (2006) 8 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'assistance aux victimes d'infraction du 14 juin 2006 précitée. Sans l'énoncer en ces termes précis, la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (« Convention de Lanzarote »)⁴⁴⁹ en prévoyait également le principe en son article 30.

Avec la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (« Convention d'Istanbul »)⁴⁵⁰, la notion fait sa première apparition dans un traité du Conseil de l'Europe. Les États s'engagent, au titre de leurs obligations générales, à prendre des « mesures législatives ou autres nécessaires pour protéger toutes les victimes contre tout nouvel acte de violence » et à s'assurer que les mesures prises « visent à éviter la victimisation secondaire » (article 18), y compris par la formation des professionnels ayant affaire aux victimes ou aux auteurs des actes de violence couverts par la Convention (article 15). La volonté de protéger les victimes d'infraction contre tout processus de revictimisation était apparue dès les premiers temps des travaux du comité ad-hoc en charge de la préparation de la Convention (Comité ad-hoc pour prévenir et combattre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, « CAHVIO »)⁴⁵¹.

On peut y voir l'influence des développements du droit de l'Union européenne. Le CAHVIO fait en effet explicitement référence à la décision-cadre du Conseil relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales (2001/220/JAI adoptée le 15 mars 2001) dont l'article 3 alinéa 2 énonçait que « [c]haque État membre prend les mesures appropriées pour que ses autorités n'interrogent les victimes que dans la mesure nécessaire à la procédure pénale. » Cette décision-cadre était sur ce point moins ambitieuse que ne l'était l'initiative portugaise à l'origine du projet, qui prévoyait plus généralement que les États membres « créent les conditions nécessaires, tout au long de la procédure, pour prévenir les préjudices secondaires ou éviter aux victimes de subir des pressions inutiles. (...) », ce qui visait par ailleurs explicitement « les tribunaux, les

⁴⁴⁸ Section VI « *Traitement des victimes* ».

⁴⁴⁹ STCE n° 201, adoptée le 25 octobre 2007 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2010.

⁴⁵⁰ STCE n° 210, adoptée le 11 mai 2011 et entrée en vigueur le 1^{er} août 2014.

⁴⁵¹ CAHVIO, Rapport de la 1^{ère} réunion, Strasbourg, 6-8 avril 2009 ; CAHVIO, Rapport de la 2^{ème} réunion, Strasbourg, 25-27 mai 2009.

services de police, les hôpitaux, les services publics et les organismes d'aide aux victimes susceptibles d'intervenir dans la situation » (article 15)⁴⁵².

Par la suite, la directive 2012/29/UE du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité a remplacé la décision-cadre 2001/220/JAI et offert davantage de précisions concrètes quant aux dispositifs et modalités pratiques permettant d'éviter cette victimisation répétée : enregistrement vidéo des auditions en autorisant leur utilisation pendant la procédure juridictionnelle, mise en place d'aménagements architecturaux (entrées séparées ou zones d'attentes distinctes), ou calendaires (convocations à des audiences fixées à des dates différentes). La directive souligne l'importance de conduire une évaluation personnalisée pour toutes les victimes tout en admettant une certaine souplesse lorsque des « contraintes et impératifs opérationnels immédiats » empêchent la mise en œuvre de certaines solutions préconisées⁴⁵³. Elle demeure à ce jour le texte de référence en la matière pour les États membres de l'Union européenne. En France, Etienne Vergès a mis en évidence que la transposition de la directive s'est avérée particulièrement restrictive s'agissant de l'acception conférée à la victimisation secondaire, puisqu'il s'en tient à l'interdiction pour l'auteur de l'infraction d'entrer en relation avec la victime⁴⁵⁴.

Soucieux de tenir compte de ces évolutions juridiques, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a souhaité mettre à jour la Recommandation précitée (2006) 8 sur l'assistance aux victimes d'infraction : ce fut fait par la très récente Recommandation (2023) 2 sur les droits, les services d'aide et le soutien des victimes de la criminalité, visant à remplacer la précédente. Cette Recommandation est le fruit des travaux du Comité Européen pour les Problèmes Criminels (CDPC), du Comité de lutte contre le Terrorisme (CDCT) et du Conseil de coopération pénologique (PC-CP), lesquels ont sollicité des universitaires en qualité de consultants et d'experts et pris pour point de départ minimal les instruments régionaux et internationaux en vigueur⁴⁵⁵. Elle distingue en son premier article les notions de « victimisation répétée » et « victimisation secondaire »⁴⁵⁶. Elle détaille en particulier les mesures permettant d'éviter cette dernière dans un article 15 décrivant la teneur du droit des victimes à une protection. La récapitulation et la précision de ces dispositifs devraient assurément aider tous les acteurs de la chaîne pénale à se représenter plus concrètement la manière dont ils peuvent protéger les victimes d'une victimisation secondaire.

⁴⁵² Initiative de la République portugaise en vue de l'adoption de la décision-cadre relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, JO C 243 du 24.8.2000, pp. 4-8.

⁴⁵³ Points 59 à 63.

⁴⁵⁴ Étienne Vergès, « Un *corpus juris* des droits des victimes : le droit européen entre synthèse et innovations », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Procédure pénale, Chronique législative, 2013/1 (n°1), pp. 121 à 136.

⁴⁵⁵ Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), 1460^{ème} réunion, 15 mars 2023, CM(2023)3-add4final, Recommandation CM/Rec(2023)2 du Comité des Ministres aux États membres sur les droits, les services d'aide et le soutien des victimes de la criminalité, Exposé des motifs.

⁴⁵⁶ La victimisation répétée renvoie à « la situation dans laquelle une même personne est victime de plus d'une infraction pénale au cours d'une période donnée, et comprend notamment les situations dans lesquelles elle est victime d'infractions pénales commises par le même auteur de l'infraction et les situations dans lesquelles elle est victime d'infractions pénales d'une nature similaire commises par des auteurs différentes ».

L'émergence de la notion de victimisation secondaire n'est ainsi pas récente : elle infuse progressivement le droit régional et international de la protection des victimes depuis près d'une trentaine d'années. Son incursion dans le contentieux, quoique discrète, n'est donc pas surprenante.

Partie II – Une reconnaissance prétorienne

Dans le champ du contentieux régional de protection des droits de l'homme, la victimisation secondaire est tout d'abord apparue dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (A) puis s'est développée dans celle de la Cour européenne des droits de l'homme (B), sans que des références explicites à la première n'aient été décelées.

A. Les précédents interaméricains

Dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la protection contre la victimisation secondaire dérive de l'obligation de *due diligence* en matière d'enquête pénale et de conduite de la procédure. On peut distinguer, comme il en sera légèrement plus tard le cas s'agissant de la jurisprudence européenne, une distinction entre les affaires concernant des infractions sexuelles commises sur des adultes et celles qui concernent des enfants et ce dès les premiers arrêts de la Cour interaméricaine mobilisant la notion de victimisation secondaire (essentiellement sous le terme de revictimisation).

En 2010, dans la première affaire, qui concernait une adulte, la Cour affirma que dans les affaires de viol, l'enquête doit éviter la revictimisation ou la répétition de l'expérience profondément traumatisante à chaque fois que la victime se souvient ou témoigne de ce qui s'est passé⁴⁵⁷. Elle conclut à une violation des articles 8(1) (droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties judiciaires voulues) et 25(1) (droit à un recours effectif) combinés à l'article 1(1) de la Convention américaine (obligations générales), ainsi qu'à la violation de l'article 7(b) de la Convention sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme (Convention « Belém do Pará », obligation d'agir avec la diligence voulue pour prévenir la violence contre les femmes, mener les enquêtes nécessaires et sanctionner les actes de violence exercés contre elles).

Le lendemain, la Cour adopta un arrêt concernant des victimes mineures, *Rosendo Cantú et autres c. Mexique*⁴⁵⁸, dans lequel elle s'appuya sur l'observation générale n° 12 du Comité des droits des enfants pour considérer que l'obligation de protéger l'intérêt

⁴⁵⁷ CourIADH, 30 août 2010, *Fernández Ortega et autres c. Mexique*, exceptions préliminaires, fond, réparations et frais, série C, n°213, § 196 : « Moreover, the Court observes with particular concern that the authorities in charge of the investigation focused their efforts on repeatedly summoning Mrs. Fernández Ortega to declare and not on obtaining and safeguarding other evidence. The Court emphasizes that, in cases of rape, insofar as possible, the investigation must try to avoid revictimization or the re-experiencing of the profoundly traumatic experience each time the victim remembers or testifies about what happened. ».

⁴⁵⁸ CourIADH, 31 août 2010, *Rosendo Cantú et autres c. Mexique*, exceptions préliminaires, fond, réparations et frais, série C, n°21, § 201.

supérieur des enfants dans la procédure à laquelle ils sont parties inclut de s'assurer que les enfants ne soient pas interrogés plus souvent que nécessaire afin d'éviter une revictimisation ou une incidence traumatique.

Un peu plus tard, dans l'affaire *Espinoza Gonzales c. Pérou*⁴⁵⁹, elle développa les exigences de protection contre la victimisation secondaire en lien avec les examens gynécologiques de la victime, en se référant notamment aux préconisations de l'Organisation mondiale de la santé en la matière (§ 256).

Ces principes seront réitérés et surtout précisés dans le contexte de violences sexuelles contre mineures, dans l'affaire *V.R.P., V.P.C. et autres c. Nicaragua*⁴⁶⁰: la Cour y affirme que si la participation de l'enfant ou de l'adolescent est considérée comme nécessaire et pouvant contribuer à rassembler de la preuve, il est essentiel d'éviter à tout moment la revictimisation. Mobilisant une analyse de droit comparé, l'arrêt conduit la Cour à une présentation précise des solutions pratiques devant être mises en place pour limiter tout risque de revictimisation en matière de violences sexuelles commises contre des mineures : captation vidéo de l'interrogatoire, limitation, autant que possible, du nombre d'examens médicaux à un seul, choix du sexe du professionnel en charge de l'examen médical laissé à l'examiné(e) et justification en détail de tout examen gynécologique avec consentement de l'examiné(e) (§§ 168-170). Dans cette affaire, la Cour interaméricaine mobilise en outre une notion à ce jour inexistante dans la jurisprudence européenne : elle considère que la victimisation secondaire est une forme de violence institutionnelle, en l'espèce constituée par la présence non justifiée de nombreuses personnes durant l'examen gynécologique d'une enfant de neuf ans, victime de viol, ainsi que par le fait de l'y avoir contrainte par la force et de l'avoir fait participer à la procédure d'inspection visuelle et de reconstitution des faits (§§ 176, 179, 193).

Or à la différence de ce qui existe dans le droit conventionnel européen (l'article 18 de la Convention d'Istanbul visant par exemple expressément la victimisation secondaire), il n'existe pas de fondement conventionnel permettant à la Cour de mobiliser directement la notion, la Convention Belém do Pará étant silencieuse à cet égard. Avant-gardiste comme elle sait l'être en de nombreux sujets⁴⁶¹, la Cour interaméricaine fut suivie (mais non citée) par la Cour européenne.

B. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

L'apparition de la notion de victimisation secondaire remonte à un peu moins d'une dizaine d'années et s'est développée dans le champ des articles 3 et 8 de la Convention, dans les cinq affaires qui suivent.

⁴⁵⁹ CourIADH, 20 novembre 2014, *Espinoza Gonzales c. Pérou*, série C, n°289.41, § 256.

⁴⁶⁰ CourIADH, 8 mars 2018, *V.R.P., V.P.C. et autres c. Nicaragua*, série C, n°350, §§ 163 et 171.

⁴⁶¹ Voir par exemple Laurence Burgogue-Larsen, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context*, Paris, Pedone, 2020, 592 p., spéc. pp. 184-190.

1. L'arrêt *Y. c. Slovénie*, 28 mai 2015 : apparition de la notion dans la jurisprudence

L'affaire *Y. c. Slovénie* concernait une requérante alléguant avoir été victime d'infractions à caractère sexuel alors qu'elle était mineure⁴⁶². L'homme qu'elle désignait comme ayant abusé d'elle (un proche de la famille, nettement plus âgé, dont il s'était occupé alors qu'elle était candidate à des concours de beauté et qui l'aurait à plusieurs reprises forcée à avoir des rapports sexuels) avait été acquitté à l'issue d'une procédure qu'elle estimait avoir été indûment retardée et particulièrement inefficace. La requérante se plaignait également du manque d'impartialité des procédures pénales conduites à l'encontre de l'homme qu'elle accusait ainsi que de la victimisation répétée à laquelle elles l'avaient exposée. La Cour jugea que la procédure avait fait l'objet de plusieurs délais effectivement injustifiés, ce qui emportait un constat de la violation, par la Slovénie, de ses obligations procédurales au titre de l'article 3 de la Convention. Sur le terrain de l'article 8 de la Convention, la Cour jugea que l'État défendeur n'avait pas pris les mesures suffisantes à protéger l'intégrité personnelle de la requérante. Réitérant en effet qu'en pareille matière, les intérêts de la défense doivent être mis en balance avec ceux des témoins ou des victimes appelées à témoigner⁴⁶³, la Cour estima en l'espèce que ces derniers n'avaient pas été préservés. Dans cette affaire où la notion apparaît pour la première fois, la Cour énonça plusieurs points importants concernant la protection contre la victimisation secondaire.

Elle insista en particulier sur le rôle central dévolu à la présidence de l'audience, s'agissant de la protection de l'intégrité personnelle de la victime. Bien qu'il fût établi en l'espèce que le président interdit à la défense de poser certaines questions, la Cour estima que l'intervention de la présidence aurait dû aller plus loin, compte tenu des « insinuations offensantes » de la défense et de l'ampleur du contre-interrogatoire dont elle disposa, et ne pas hésiter à restreindre ses remarques personnelles (§ 109). La Cour nota qu'un certain nombre de mesures avaient toutefois été prises pour éviter une victimisation additionnelle : le huis-clos, le témoignage de la requérante hors la présence de la défense, des suspensions et ajournements d'audiences ou encore l'avertissement du juge présidant l'audience face à des questions répétées de la défense lors de son contre-interrogatoire.

Cependant, la Cour releva que la requérante et l'accusé se connaissaient personnellement, tint compte de la « *nature intime* » de l'affaire et du jeune âge de la requérante (encore mineure au moment des faits) pour considérer que ces éléments « appelaient de la part des autorités une approche tout aussi sensible dans la conduite de la procédure pénale en cause » (§ 114). Elle jugea que les effets cumulés de ces facteurs avaient négativement affecté l'intégrité personnelle de la requérante, largement excédé le niveau de gêne inhérent au témoignage d'une personne s'estimant victime d'agressions sexuelles et ne pouvaient être justifiés par les exigences d'un procès

⁴⁶² CourEDH, cinquième section, 28 mai 2015, *Y. c. Slovénie*, n° 41107/10.

⁴⁶³ V. CourEDH, 26 mars 1996, *Doorson c. Pays Bas*, n° 20524/92, § 70.

équitable, de sorte qu'ils devaient s'analyser en une violation de l'article 8 de la Convention.

2. L'arrêt *A. et B. c. Croatie*, 20 juin 2019 : victimisation secondaire d'une mineure examinée sous l'angle des articles 3 et 8

L'affaire *A. et B. c. Croatie* concernait une femme qui avait dénoncé des violences sexuelles infligées par son conjoint à leur fille de quatre ans⁴⁶⁴. Toutes deux reprochaient aux autorités de ne pas avoir adéquatement réagi à ces allégations et invoquaient les articles 3, 8 et 13 de la Convention, mais seule la fille se vit reconnaître la qualité de victime devant la Cour, au sens de l'article 34 de la Convention. Les circonstances de l'espèce témoignent – si besoin était – de la difficulté inhérente aux affaires de violences sexuelles intra-familiales d'établir les faits, de constituer des preuves et de rendre compte *a posteriori* de manière fiable et objective de ce qui se joue dans le cercle restreint de la cellule familiale, à plus forte raison lorsque, par la nature des choses, l'ensemble de la procédure dépend du récit de l'enfant. Elles peuvent être résumées ainsi.

Le 16 juin 2014, la mère (A) de l'enfant (B) alerta un service d'urgence ainsi que la police, après avoir remarqué que B, alors âgée de quatre ans et demi, jouait avec ses parties génitales et affirmait jouer ainsi avec son père (C), tous les soirs avant de se coucher. Le même jour, la police entama son enquête sur ces affirmations en interrogeant plusieurs proches de la famille dont C, le pédiatre suivant B ainsi que deux de ses enseignants. A l'initiative de A, qui avait appelé un numéro d'aide d'urgence puis pris rendez-vous au sein d'une polyclinique en charge de la protection de l'enfance ainsi qu'un centre social, B fut examinée par plusieurs experts quatre jours plus tard, par une équipe pluridisciplinaire de la polyclinique (un travailleur social, un pédiatre, un psychologue et un psychiatre) qui recommanda qu'elle soit vue par un gynécologue, ce qui fut fait le 2 juillet suivant (§§ 18-22), deux jours avant que le rapport de l'équipe pluridisciplinaire fut rendu. Ce dernier conclut à l'absence de « signe clair d'abus sexuel », à un hiatus entre le récit qu'elle exprimait et l'expression de sa réponse affective et fit état d'éléments indiquant une pression de la part de la mère. Par ailleurs, il releva le contexte de conflit exacerbé entre les parents et recommanda qu'un tiers se charge des intérêts de B. Deux rapports d'expertise psychologique furent ultérieurement établis à la demande du procureur (novembre et décembre 2014) et un dernier à l'initiative de A (novembre 2014). L'affaire fut classée par le parquet en décembre 2014, au motif qu'il n'était pas en mesure de conclure à la commission d'une infraction susceptible de poursuites. Un litige concernant la garde de l'enfant (B) opposa ses parents en parallèle.

Compte tenu des circonstances de l'espèce (lien entre la requérante et l'auteur de l'infraction alléguée, conflit d'intérêt pouvant exister entre la mère et sa fille), la Cour pria le barreau croate de désigner un avocat chargé de déposer les observations de B

⁴⁶⁴ CourEDH, première section, 20 juin 2019, *A. et B. c. Croatie*, n° 7144/15.

(§ 3), un dispositif inédit⁴⁶⁵. Parmi les griefs soulevés par B devant la Cour figure l'absence de protection du centre social qui aurait, selon elle, dû la retirer de la garde de ses parents et s'opposer au changement constant de spécialistes et psychologues afin de ne pas l'exposer à une victimisation secondaire (§ 100). De son côté, la défense croate insista sur le caractère spécialisé des entretiens conduits ainsi que leur promptitude (§§ 101-104).

La Cour rendit son arrêt le 20 juin 2019 et conclut, à une majorité de quatre juges contre trois, à la non-violation des articles 3 et 8 de la Convention. Trois volets furent examinés sous l'angle de ces articles, conformément à la méthodologie antérieurement élaborée dans la jurisprudence de la Cour : l'examen du cadre juridique (*Söderman c. Suède* [GC], 12 novembre 2013, n° 5786/08), de son application en l'espèce et plus particulièrement du caractère effectif de l'enquête (*M. C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, n° 39272/98), ainsi que la prise en considération de la vulnérabilité particulière des victimes (*Y. c. Slovénie*, précité). C'est ce dernier point qui concerne plus particulièrement notre sujet. Dans son appréciation (§§ 121-129), la Cour rejoint l'argumentation du gouvernement défendeur et estima que les rapports successifs n'avaient pas permis de conclure à l'existence d'abus sexuels sur B et qu'ils avaient été conduits par des professionnels, ce qui suffit à caractériser le respect des obligations procédurales au titre des articles 3 et 8 en pareille situation.

Cette affaire présente l'intérêt de démontrer que l'appréciation de ce qui est susceptible de causer et de constituer une victimisation secondaire n'est pas univoque. En effet, dans une opinion dissidente commune, les juges de la minorité (juges Sicilianos, Turković and Pejchal) exposèrent en détail leur désaccord à l'égard de ce raisonnement. Ils insistèrent en particulier sur le fait que dès lors qu'elles avaient eu connaissance de pressions potentielles de la part de la mère, les autorités compétentes auraient dû la faire représenter afin de protéger ses intérêts. Surtout, la répétition d'interrogations dès l'enquête préliminaire, à des personnes différentes, même à l'initiative de la mère, ne fut accompagnée d'aucune précaution, telle que la captation vidéo, pour éviter une victimisation répétée et sauvegarder des éléments de preuve (§ 11). Selon les juges de la minorité, d'autres éléments, qui, pris séparément, « n'atteindraient pas le seuil posé aux articles 3 et 8 de la Convention », s'ajoutaient à cela et représentaient, cumulés, une violation de ces dispositions.

L'affaire qui suivit, qui concernait également une mineure au moment des faits, donna lieu à un constat de violation.

3. L'arrêt *N. Ç. c. Turquie*, 9 février 2021 : « cas graves » de victimisation secondaire à l'égard d'une mineure

⁴⁶⁵ Comme le soulignent, dans leur opinion dissidente commune, les juges Sicilianos, Turković et Pejchal, § 2.

Sans revenir dans le détail sur l'examen des faits de cette affaire présentée en introduction⁴⁶⁶, il faut souligner la manière dont le constat de « cas graves de victimisation secondaire » joue sur celui de violation des articles 3 et 8 de la Convention, formulé à l'unanimité. Il n'est plus seulement question, comme dans l'affaire *A. et B. c. Croatie*, d'une référence aux obligations procédurales des articles 3 et 8 de la Convention. La Cour considère en effet plus généralement que « la conduite de la procédure n'a pas assuré l'application effective du droit pénal vis-à-vis de l'atteinte portée aux valeurs protégées par les articles 3 et 8 de la Convention » (§ 135). Or, dans la jurisprudence de la Cour relative aux atteintes sexuelles, la protection de « valeurs fondamentales » sous-tendant les droits garantis par les articles 3 et/ou 8 a essentiellement été abordée sous l'angle de l'obligation de dispositifs législatifs sanctionnant pareilles infractions⁴⁶⁷.

Le constat du non-respect d'une exigence de protection des valeurs fondamentales sous-tendue par les articles 3 et 8 de la Convention, doit ainsi être remarqué. Aux côtés des exigences du droit à un procès équitable (article 6), et comme nous le verrons ultérieurement⁴⁶⁸, il invite à réinvestir la dimension matérielle de la procédure pénale.

4. L'arrêt *J.L. c. Italie*, 27 mai 2021 : protection contre la victimisation secondaire d'une femme majeure sous l'angle de l'article 8

Dans l'affaire *J.L. c. Italie*⁴⁶⁹, la requérante se plaignait d'une violation des articles 8 et 14 de la Convention⁴⁷⁰ à raison du défaut de protection des autorités contre les violences sexuelles qu'elle indiquait avoir subies et de ce qu'elle estimait constituer une carence fautive de ces autorités dans la protection de son droit à la vie privée et de son intégrité personnelle. Ce que la requérante mettait en cause n'était pas tant le défaut de protection des autorités contre les agissements criminels d'autrui – circonstances souvent présentées à la Cour s'agissant d'affaires de violences sexuelles –, mais la conduite de la procédure pénale en elle-même.

Sept hommes avaient été poursuivis, à la suite d'une fête arrosée, pour avoir commis des violences sexuelles en réunion à l'encontre de la requérante. Avant cette nuit, l'un d'entre eux avait déjà été le partenaire sexuel de la requérante, majeure au moment des faits. La question de savoir si la victime n'avait pas, ce soir-là, été consentante, était centrale dans la procédure interne (§§ 29, 35, 37, 41 et 43).

Après avoir relevé que le cœur du grief n'était pas la conduite erratique ou lacunaire de la procédure mais plutôt « les modalités de conduite de l'enquête et du procès ont été traumatisantes pour elle et que l'attitude des autorités à son égard a porté atteinte à son

⁴⁶⁶ CourEDH, deuxième section, 9 février 2021, *N.Ç. c. Turquie*, n° 40591/11.

⁴⁶⁷ Voir, CourEDH, *M. C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, n° 39272/98, §§ 150-153 ; CourEDH, *X. et Y. c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A no 91, pp. 11-13, §§ 23, 24 et 27.

⁴⁶⁸ Voir infra, III.B.

⁴⁶⁹ CourEDH, première section, 27 mai 2021, *J.L. c. Italie*, n° 5671/16.

⁴⁷⁰ Sans exposer davantage la substance de ceux-ci, l'arrêt fait également référence à des griefs soulevés par la mère de la requérante, lesquels ont toutefois été déclarés irrecevables.

intégrité personnelle », la Cour souligna que l'objet de la requête visait plus particulièrement « les conditions dans lesquelles elle a été interrogée tout au long de la procédure pénale » ainsi que « les arguments sur lesquels les juges se sont fondés pour rendre leurs décisions en l'espèce » (§ 123).

S'agissant de la conduite de la procédure, la Cour conclut à la protection effective de l'intégrité personnelle de la requérante. Ce constat apparaît assez contre-intuitif : la Cour a en effet explicitement reconnu que les méthodes d'interrogatoire du ministère public (interrogation sur des questions personnelles concernant sa vie familiale, ses orientations sexuelles et ses choix intimes), parfois sans rapport avec les faits, posaient un problème de légalité *lato sensu*⁴⁷¹. Toutefois les mesures prises par le président du tribunal pour protéger l'intimité de l'intéressée dans le but d'empêcher les avocats de la défense de la dénigrer ou de la perturber inutilement pendant les contre-interrogatoires semblent avoir compensé ces difficultés (§ 133 ; à la différence de ce qui fut constaté dans *Y c. Slovénie*, précité).

C'est sur le terrain du contenu des décisions judiciaires et plus particulièrement de la motivation que la Cour conclut à la violation de l'article 8 de la Convention. Rappelant sa jurisprudence établie en la matière (pas de substitution s'agissant de l'appréciation des faits mais contrôle du raisonnement poursuivi à l'aune du droit au respect de la vie privée et de l'intégrité personnelle, *Sanchez Cardenas c. Norvège*, 4 octobre 2007, n° 12148/03, §§ 33-39), elle releva en particulier plusieurs passages de l'arrêt de cour d'appel qu'elle jugea injustifiés, tels que « les références (...) à la lingerie rouge « montrée » par la requérante au cours de la soirée, ainsi que les commentaires concernant la bisexualité de l'intéressée, les relations sentimentales et les rapports sexuels occasionnels de celle-ci avant les faits » (§ 136). La Cour jugea en outre « inappropriées les considérations relatives à l'« attitude ambivalente vis-à-vis du sexe » de la requérante, que la cour d'appel déduit entre autres des décisions de l'intéressée en matière artistique » (§ 136). La Cour jugea que ces éléments n'étaient ni utiles pour évaluer la crédibilité de la requérante, qui aurait pu être examinée à la lumière « des nombreux résultats objectifs de la procédure, ni déterminants pour la résolution de l'affaire » (§ 137) – et ce, même si la question de la crédibilité de la requérante était particulièrement cruciale dans cette affaire (§ 138).

La Cour précisa un corollaire de l'obligation positive de protéger les victimes présumées de violences sexistes que constitue le devoir de protéger l'image, la dignité et la vie privée de celles-ci, y compris par la non-divulgaration d'informations et de données personnelles sans relation avec les faits. Selon la Cour, cette obligation est inhérente à la fonction judiciaire et ressort à la fois à la fois du droit national et du droit international. Surtout, elle vient limiter « la faculté pour les juges de s'exprimer librement dans les décisions, qui est une manifestation du pouvoir discrétionnaire des magistrats et du principe de l'indépendance de la justice » (§ 139).

⁴⁷¹ ... ce qui est « résolument contraire non seulement aux principes de droit international en matière de protection des droits des victimes de violences sexuelles, mais également au droit pénal italien », § 132.

Prenant par ailleurs en considération le dernier rapport sur l'Italie du Comité onusien pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et le rapport du GREVIO, elle souligna la nécessité que « les autorités judiciaires évitent de reproduire des stéréotypes sexistes dans les décisions de justice, de minimiser les violences contre le genre et d'exposer les femmes à une victimisation secondaire en utilisant des propos culpabilisants et moralisateurs propres à décourager la confiance des victimes dans la justice ».

L'obligation positive ainsi révélée introduit un nouveau contrepoids aux pouvoirs du juge en matière de détermination de la conduite de la procédure, distincts de ceux qui concernaient plus classiquement les droits de la défense, développés sur le terrain de l'article 6§ 1 de la Convention.

5. L'arrêt *B. contre Russie*, 7 février 2023 : protection d'une mineure contre une victimisation secondaire sous l'angle exclusif de l'article 3

Dans l'affaire *B. contre Russie*⁴⁷², dernier arrêt en date mobilisant la notion de victimisation secondaire, le grief soulevé par la victime, une orpheline âgée de douze ans au début de l'enquête pénale, concernait exclusivement la victimisation secondaire à laquelle elle avait été exposée dans le cadre des procédures pénales dirigées contre les personnes qu'elle accusait de l'avoir abusée sexuellement. Elle invoquait les articles 3 et 13 de la Convention. La Cour avait communiqué l'affaire sous ces dispositions ainsi que, de sa propre initiative, sous l'article 8 de la Convention. Elle estima toutefois, en raison de son « extrême vulnérabilité » et de la nature particulièrement grave de la victimisation secondaire alléguée, que l'affaire ne devait être examinée que sous l'angle de l'article 3 de la Convention.

La Cour examina donc le respect, par la Russie, de ses obligations positives au titre de l'article 3 de la Convention et plus particulièrement, de l'obligation de protéger les victimes dans le champ de la procédure pénale (§ 54), qu'elle avait précédemment formulée dans l'affaire *A. et B. c. Croatie* précitée, dans le champ des articles 3 et 8 (§ 109). Mobilisant les éléments de sa jurisprudence fondés sur la protection internationale des droits des enfants, elle ne développa pas davantage le champ des exigences procédurales au titre de la protection contre la victimisation secondaire.

La Cour déplora en l'espèce la perte du premier enregistrement vidéo de la déposition de la requérante, qui conduisit la requérante à devoir répéter ses déclarations à trois reprises au moins ; ainsi que lorsqu'elle dut développer les abus commis par chacun des quatre accusés et revenir sur ces éléments auprès d'un expert forensique. Elle fut entendue par quatre enquêteurs différents, dont trois hommes, ce qui intensifia, selon elle, la difficulté de l'expérience (§§ 31, 40, 51, 59). L'intégralité des douze entretiens prirent part dans des bureaux ordinaires ; elle se rendit sur les lieux de la commission des infractions pour reconstituer les faits, sans que cette nécessité ne fût justifiée par les autorités (§§ 16 et 61) et alors même que l'une de ces vérifications fut réalisée en

⁴⁷² CourEDH, troisième section, 7 février 2023, *B. c. Russie*, n° 36328/20.

présence du frère de l'un des auteurs, ce qui accrut son stress (ce qui fut justifié par le gouvernement parce le fait qu'il était propriétaires des lieux). La requérante fut par ailleurs amenée à être en contact direct avec l'un des auteurs : alors qu'elle était amenée à devoir l'identifier derrière une glace sans tain, il entra dans la pièce où elle se trouvait, en raison d'une erreur commise par un enquêteur (§§ 37 et 62). Il n'y avait par ailleurs aucune précision sur la formation des enquêteurs en matière de traitement des crimes de nature sexuels commis sur mineurs (§ 63). L'état d'anxiété de la victime fut avéré à plusieurs reprises au cours de la procédure mais ne conduisit pas à limiter le nombre d'auditions. Les autorités judiciaires manquèrent de se coordonner (§ 65).

Dans cet arrêt adopté à l'unanimité, il faut relever, à l'instar de ce qu'elle avait fait dans les affaires *Y. c. Slovénie* et *N. Ç. c. Turquie*, l'appel à la responsabilité de la juridiction interne : « il incombait avant tout au tribunal de veiller à ce que le respect de l'intégrité personnelle de la requérante soit adéquatement protégé au cours du procès⁴⁷³, et à ce qu'un exercice approprié de mise en balance des droits de la requérante et des droits de la défense soit effectué (*ibid.*, § 106) »⁴⁷⁴.

Cet appel semblait d'autant plus essentiel que le droit russe ne contenait pas de disposition législative visant la protection des mineurs dans le cadre d'infractions sexuelles. Au paragraphe 59 de l'arrêt, la Cour constata l'absence de disposition juridique prévoyant l'audition du mineur par une même personne tout au long de la procédure, en dépit de ce qui est prévu par l'article 35 de la Convention de Lanzarote, ratifiée par la Russie en 2013 et en vigueur au moment des faits. On aurait donc pu imaginer que le constat de violation se situe sur le terrain des obligations positives procédurales d'adopter un cadre législatif adapté. Toutefois, le dispositif de l'arrêt est clair : l'État défendeur a échoué à protéger l'intégrité personnelle de la requérante dans la conduite de la procédure pénale, ce qui l'exposa à une victimisation secondaire et constitua une violation de l'article 3 de la Convention (§§ 71-72).

Formulé dans le champ de l'article 3, dont la Cour a souligné maintes fois le caractère absolu, l'appel n'en apparaît que plus solennel et confirme l'importance accordée par la Cour à la protection des victimes dans le champ de la procédure pénale. Bien que rendu peu de temps avant la nouvelle Recommandation CM/Rec(2023)2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur les droits, les services d'aide et le soutien des victimes de la criminalité, l'arrêt se trouve toutefois pleinement aligné avec les principes qui y seront précisés quelques semaines plus tard.

⁴⁷³ V. CourEDH, *Y. c. Slovénie*, précité, § 109, et CourEDH, *N.Ç. c. Turquie*, précité, § 133.

⁴⁷⁴ Traduction personnelle de l'anglais, § 68.

6. Affaire *Spanton c. France*, communiquée le 25 janvier 2023 (articles 3 et 8 ; article 6 § 1 combiné avec les articles 3 et 8)

À peu près à la même période, la Cour a communiqué au gouvernement français une affaire⁴⁷⁵ résultant d'une procédure très médiatisée en France⁴⁷⁶, par laquelle la requérante soutient, sur le fondement des articles 3 et 8 de la Convention, que les autorités françaises ont méconnu leurs obligations d'incriminer les faits de pénétration sexuelle non consentie et d'assurer une répression de ces crimes de manière effective sans victimisation secondaire. La requérante se fonde par ailleurs sur l'article 6 § 1 de la Convention combiné avec les articles 3 et 8 pour se plaindre de la motivation de l'arrêt d'acquiescement rendu par la cour d'assises d'appel, qu'elle juge insuffisante, et de l'impossibilité pour la partie civile de former un pourvoi en cassation contre un arrêt produisant une victimisation secondaire.

Si elle est jugée recevable, l'affaire devrait ainsi amener la Cour à examiner à nouveau le sujet de la victimisation secondaire, avec quelques paramètres nouveaux, tels que la Recommandation CM/Rec(2023)2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe précitée et une question qui dépasse la seule affaire de la requérante, à savoir les restrictions opposées à la victime en matière de pourvoi en cassation.

Partie III – Discussion

La notion de victimisation secondaire est apparue très discrètement dans la jurisprudence de la Cour, dans le champ des obligations procédurales des articles 3 et 8 de la Convention, pris isolément ou combinés (A). À l'inverse d'un mouvement, très critiqué en doctrine, de procéduralisation des droits, la Cour contribue ici à réinvestir la procédure d'enjeux plus matériels, plus substantiels (B). Ce faisant, elle appelle les praticiens de la justice pénale à avoir conscience des effets que les procédés et règles techniques qu'ils mobilisent, peuvent avoir non seulement sur la défense, comme invitait à le faire l'article 6 de la Convention, mais également sur la victime (C).

A. Discretion : observations à l'égard de la méthode poursuivie par la Cour

À la lecture des arrêts précédemment exposés, l'on peut être frappé de constater la mobilisation d'une notion nouvelle, inexistante dans le texte de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses protocoles, alors même que les principes plus classiques et très ancrés dans le contentieux européen que sont la nécessité et la proportionnalité auraient pu suffire. La Cour aurait fort bien pu s'en tenir à constater par exemple que les multiples interrogatoires d'une victime n'apparaissaient pas nécessaires au regard du but poursuivi – la détermination de la culpabilité de l'accusé et à travers elle, la manifestation de la vérité judiciaire. S'en tenir à cela aurait toutefois conduit à mettre la focale sur l'inadéquation entre les moyens et les buts poursuivis et à nier les

⁴⁷⁵ CourEDH, *Spanton c. France*, n° 41585/22, introduite le 16 août 2022 et communiquée le 25 janvier 2023.

⁴⁷⁶ Le Monde, « Viol au 36, quai des Orfèvres : les deux policiers ont été acquittés en appel », publié le 22 avril 2022 et modifié le 11 juillet 2022.

effets d'une telle inadéquation pour la protection de la personne s'estimant victime (ou étant finalement reconnue comme telle), à rebours de ce que l'ensemble des textes adoptés depuis une vingtaine d'années invitent à faire.

Si l'on peut regretter que la Cour n'ait pas davantage mobilisé d'arguments au soutien de la mobilisation de la notion, il faut rappeler tout d'abord qu'il ne s'agit pas d'une création prétorienne *ex nihilo*, comme en témoignent la variété des sources exposées dans la première partie de cette contribution, mobilisées par la Cour dans la partie « droit européen et international pertinent » de ses arrêts et qui contribuent à expliciter parfaitement les enjeux portés par la notion de victimisation secondaire.

C'est dans le champ de la motivation des arrêts de la Cour que l'on comprend les raisons qui justifient l'apparition de la notion. Mobilisant les obligations procédurales des articles 3 et 8 (pris isolément ou séparément), la Cour les réinvestit d'une charge matérielle, témoignant d'un mouvement distinct de la dynamique tant critiquée de procéduralisation des droits garantis – qu'elle n'annule pas.

B. « Réinvestissement matériel » de la procédure : observations à l'égard d'une nouvelle dynamique entamée par la Cour

La littérature scientifique consacrée à la « procéduralisation » *du droit ou des droit(s)*⁴⁷⁷ s'est développée au début des années 2000. Dans une acception restrictive, la procéduralisation s'analyse dans le champ du contentieux et concerne la procéduralisation *d'un droit*, c'est-à-dire « l'instauration de mécanismes procéduraux destinés à améliorer le respect de ce droit »⁴⁷⁸. Certains auteurs ont adopté une lecture stratégique de ce phénomène. S'intéressant aux différentes interprétations des conventions internationales des droits de l'homme retenues par les organes de contrôle compétents, Kasey McCall-Smith a par exemple suggéré que la procéduralisation encourage le développement de solutions juridiques moins centrées sur des questions de valeur et semble ainsi limiter les réticences étatiques à les suivre⁴⁷⁹. C'est également l'une des hypothèses formulées par Édouard Dubout ou encore Jan Klabbers, qui estiment que le développement d'obligation procédurales dans le champ des droits substantiels conduit à « dédramatiser » le contentieux mais à exposer la protection des

⁴⁷⁷ Marie Anne Frison-Roche, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels » in D. D'ambra, F. Benoit-Rohmer, C. Grewe (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2003, pp. 1 à 23 ; Édouard Dubout, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 70/2007, pp. 397-425, spéc. p. 398 ; Konstantinos Panagoulas, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 108 p. ; Kasey McCall-Smith, « Human Rights Treaty Bodies, Proceduralization and the Development of Human Rights *Jus Commune* », *European Society of International Law*, Conference Paper Series, Conference paper n° 1/2015, 2015 Annual Conference, Oslo, 10-12 Septembre 2015 ; Nina Le Bonniec, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2017, pp. 30-31.

⁴⁷⁸ Édouard Dubout, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 70/2007, p. 398.

⁴⁷⁹ Kasey McCall-Smith, *op.cit.*

droits de l'homme à un risque de dévoiement consistant en ce que la procédure l'emporte sur la substance et relègue celle-ci à la portion congrue⁴⁸⁰.

Avec les constats de violation fondés sur les obligations procédurales tirées des articles 3 et/ou 8 de la Convention, la Cour réinvestit le champ de la procédure et en fait un espace (temporel et physique, s'agissant du procès pénal) de Justice à part entière, à l'instar de la jurisprudence qu'elle a développée dans le champ de l'article 6 de la Convention pour les droits de la défense. Notons que les deux volets (droits de la défense, droits de la victime), se sont d'ailleurs parfois déjà rencontrés dans les affaires d'abus sexuels, la Cour ayant admis que certaines mesures soient prises en vue de protéger la victime, pourvu qu'elles soient conciliables avec l'exercice des droits de la défense⁴⁸¹. En pareil cas, la « mise en balance » des intérêts en jeu dans la conduite de la procédure est tout-à-fait topique d'une recherche de justice équitable.

Le recours aux « valeurs protégées » par les articles 3 et 8 de la Convention dans l'affaire *N. Ç. c. Turquie* annonçait déjà ce réinvestissement⁴⁸², confirmé très nettement quelques mois plus tard dans l'affaire *J.L. c. Italie*. À l'instar de ce qu'elle fait de longue date dans le champ de l'article 6, en développant sa jurisprudence sur les apparences (« justice must not only be done : it must also be seen to be done », *Delcourt c. Belgique*, 17 janvier 1970, n° 2689/65, § 31), la Cour mobilise en effet une approche subjective de la garantie des droits des victimes en affirmant qu'il est « essentiel que les autorités judiciaires évitent de reproduire des stéréotypes sexistes dans les décisions de justice, de minimiser les violences contre le genre et d'exposer les femmes à une victimisation secondaire en utilisant des propos culpabilisants et moralisateurs propres à décourager la confiance des victimes dans la justice » (§ 141). La procédure pénale, ici à travers la décision produite, doit inspirer la confiance dans la justice : il en va des « enjeux d'une justice visible », pour reprendre la formule d'Hélène Ruiz-Fabri⁴⁸³. Il y a bien ici mobilisation, dans le champ de l'obligation procédurale, d'une valeur matérielle qui invite l'État défendeur à ne pas s'en tenir à une application purement technique de la procédure. On peut y voir l'amorce d'un réinvestissement matériel de la procédure. Cette thèse est renforcée par le constat de ce que la Cour ne constate pas la violation d'une obligation procédurale d'adoption d'un cadre législatif adéquat et lui préfère celui d'une violation d'une obligation procédurale dans la conduite de la procédure, comme ce fut le cas dans l'affaire *B. c. Russie* précédemment étudiée. Les articles 3 et 8

⁴⁸⁰ Édouard Dubout, *op. cit.*, p. 402. Voir aussi Jan Klabbers, *International Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 115.

⁴⁸¹ Voir par exemple CourEDH, 18 juillet 2013, *Vronchenko c. Estonie*, n° 59632/09, § 56.

⁴⁸² § 135 : « la conduite de la procédure n'a pas assuré l'application effective du droit pénal vis-à-vis de l'atteinte portée aux valeurs protégées par les articles 3 et 8 de la Convention ».

⁴⁸³ Hélène Ruiz-Fabri, « La justice procédurale en droit international », *RCADI*, vol. 432, 2023 : « (...) nous identifions très spontanément les enjeux d'une justice visible. Ce sont la légitimité et, donc, l'acceptabilité des décisions. Ils sont particulièrement évidents pour les décisions de justice qui sont la manifestation la plus publique de la justice. Elles donnent donc à voir la manifestation la plus concentrée de ces enjeux de légitimité et d'acceptabilité ».

renferment ainsi, à l'instar de ce qui était jusqu'alors l'apanage de l'article 6 de la Convention, « des droits de sauvegarde, garants fonctionnels des droits précédents »⁴⁸⁴.

Il apparaît clair qu'en proposant de regarder au-delà des seuls mécanismes de réparation, qui ont historiquement occupé une place importante dans les processus sociaux et juridiques de résolution des conflits⁴⁸⁵, pareille évolution traduit un changement de perspective important de la procédure pénale. La conscience progressive de ce qu'elle est, en elle-même, susceptible de causer des traumatismes supplémentaires témoigne en effet de la distance prise avec une perception de la justice centrée sur la rétribution et/ou addition de phases techniques. Examinée en tant que processus (davantage qu'en tant que transaction), singulier (car dépendant de caractéristiques intrinsèques à l'identité et au vécu de la victime), elle en appelle chaque acteur de la procédure à davantage de finesse et de tact, tant dans les choix procéduraux opérés que dans les interactions avec la victime.

C. Délicatesse : observations à l'égard des incidences déontologiques d'une telle apparition

Du point de vue de la pratique judiciaire, l'émergence de la protection contre la victimisation secondaire invite à une discussion concernant les règles déontologiques des acteurs de la procédure pénale, que l'on peut observer en adoptant deux perspectives distinctes mais complémentaires.

D'un côté, il y a la victimisation secondaire qui émerge d'une succession d'actes procéduraux isolés, estimés utiles par les divers acteurs, chacun à leur niveau. A cet égard, la victimisation secondaire peut apparaître comme étant une « sur-procéduralisation », à l'instar de ce qui est décrit comme une surmédicalisation en médecine, par exemple, et qui peut nuire à la santé⁴⁸⁶. Dans le cas décrit, la sur-procéduralisation d'une affaire vient nuire à la justice, prise du point de vue de son efficacité restauratrice pour la victime comme du point de vue de la recherche de la vérité judiciaire. C'est par exemple le cas décrit dans l'affaire *A. et B. c. Croatie*, qui avait consisté en la multiplication d'interrogatoires et d'expertises psychologiques d'une victime mineure, de sorte que certains experts avaient relevé l'existence de biais cognitifs chez cette dernière, induits par son exposition fréquente aux interrogatoires et rendant toute affirmation de sa part sujette à caution⁴⁸⁷. La protection contre les risques de victimisation secondaire en appelle ainsi, en pareille hypothèse, à une nécessité de coordination et *a minima*, de communication entre les différents acteurs de la chaîne

⁴⁸⁴ La formule est de Jean-Claude Soyer et Michele De Salvia à propos de l'article 6 de la Convention, in Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre-Henri Imbert (dir.), « Article 6 », *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 240.

⁴⁸⁵ Cherif Bassiouni, « International Recognition of Victims' Rights », *Human Rights Law Review*, vol. 6, n° 2, pp. 203-279.

⁴⁸⁶ Voir par exemple Thomas Hanslik et Antoine Flahault, « La surmédicalisation : quand trop de médecine nuit à la santé », *La Revue de Médecine Interne*, vol. 37, n° 3, mars 2016, pp. 201-205.

⁴⁸⁷ Voir les extraits au § 43 *in fine*: « what is important is that the girl is being taken to various experts, from institution to institution so that she already feels at home there and adapts her behaviour, so no credible statement can any longer be obtained from her ».

pénale, afin de rationaliser les usages des éléments de procédure susceptibles d'exposer la victime. Bien que ne lui étant pas cantonnées, pareilles exigences semblent en outre cruciales dans le champ de la protection des mineurs.

D'un autre côté, la victimisation secondaire peut émerger de la relation entre la victime et un acteur de la procédure. L'enjeu principal est pour ce dernier de faire preuve de suffisamment de délicatesse et de tact lorsqu'il est en contact avec la victime ou, pour reprendre les termes de la Cour, d'adopter « une approche sensible dans la conduite de la procédure pénale »⁴⁸⁸. Dans le contexte particulier des violences sexistes, l'obligation positive de protéger les victimes impose « un devoir de protéger l'image, la dignité et la vie privée de celles-ci, y compris par la non-divulgaration d'informations et de données personnelles sans relations avec les faits »⁴⁸⁹.

Ce devoir vient limiter la faculté pour les juges de s'exprimer librement dans les décisions et ce même si, comme la Cour le relève elle-même, cette faculté est une manifestation du principe d'indépendance de la justice⁴⁹⁰. En d'autres termes, l'indépendance de la justice ne signifie pas liberté totale d'expression dans les jugements et la Cour entend exercer un contrôle dès lors qu'est en jeu la protection des droits des victimes. On pourra relever dans le champ du droit du Conseil de l'Europe que si aucun avis du Conseil Consultatif des Juges Européens n'a pour l'instant été adopté concernant la question de la protection des victimes, son avis n° 11 relatif à la qualité des décisions de justice adopté en 2008 recommandait expressément que la motivation des décisions de justice soit « dépourvue de toute appréciation injurieuse ou peu flatteuse du justiciable »⁴⁹¹. La Cour y fait d'ailleurs expressément référence au titre des éléments du droit international pertinent pour l'affaire *J.L. c. Italie* (§ 68). Dans cette même affaire, la Cour estime par exemple que le tact requis fait défaut dans la rédaction de l'arrêt d'une cour d'appel qui mentionne « l'attitude ambivalente vis-à-vis du sexe » de la requérante ou encore la référence à sa « vie non linéaire »⁴⁹².

De surcroît, des exigences particulières sont adressées au magistrat présidant l'audience : dans l'affaire *Y. c. Slovénie*, par exemple, la Cour avait déploré que le président ne limite pas les insinuations offensantes de l'accusation durant son contre-interrogatoire de la victime (§ 109). Dans l'affaire *B. c. Russie*, la Cour avait relevé l'absence de raison donnée par le juge pour décider de ce que l'audition de la victime mineure durerait le temps maximum imparti par le droit interne (deux heures), en dépit de l'objection explicite d'un psychologue, et serait réitérée à trois reprises⁴⁹³.

Il y a donc là pleinement manière à penser la procédure du point de vue de ses acteurs. Pour que l'analyse soit complète, il serait utile de ne pas passer sous silence les aspects

⁴⁸⁸ CourEDH, *Y. c. Slovénie*, affaire précitée, § 114.

⁴⁸⁹ CourEDH, *J.L. c. Italie*, affaire précitée, § 139.

⁴⁹⁰ *Idem*.

⁴⁹¹ Avis n°11 (2008) du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la qualité des décisions de justice, CCJE(2008)5, § 38.

⁴⁹² CourEDH, *J.L. c. Italie*, affaire précitée, § 136.

⁴⁹³ CourEDH, *B. c. Russie*, affaire précitée, § 68.

structurels qui déterminent la conduite de la procédure. En des temps de contraction des budgets alloués à la justice ou de crise politique, il est assez évident que la procédure ne saurait suivre son cours en toute sérénité. C'est à ce niveau de la discussion que la notion de victimisation secondaire pourrait rejoindre celle de violence institutionnelle. Il reste que du point de vue de la responsabilité internationale des États parties à la Convention, de tels paramètres ne sauraient en tout état de cause pas justifier la méconnaissance des obligations étatiques, de sorte qu'il apparaît peu probable – mais pas impossible – que cette dimension structurelle émerge dans la jurisprudence de la Cour.

*

Étymologiquement un moyen permettant d'avancer (*procedere*), la procédure est un chemin emprunté par une multitude d'acteurs. La boussole a longtemps été dirigée vers son point d'arrivée (condamnation, acquittement, réparation) et un sentier particulier a été réservé à l'accusé, en raison de la crainte d'arbitraire dans la conduite de la justice et de la place de la liberté individuelle dans l'échelle des valeurs européennes. L'évolution du droit européen des droits de l'homme et plus particulièrement de la jurisprudence de la Cour témoigne de ce que ce chemin n'est pas étroit au point que son tracé ne puisse accueillir, à ses côtés, les victimes. Par la recherche d'un traitement procédural digne, l'apparition de l'exigence d'une protection contre les risques de victimisation secondaire témoigne de ce qu'une voie nouvelle est possible. Elle consiste à dire qu'à défaut de pouvoir faire disparaître le crime déjà commis, la procédure doit, au minimum, ne pas faire souffrir une deuxième fois.

Le statut de citoyen européen a-t-il une valeur pour l'enfant vivant hors du territoire de l'Union ?

Observations sur l'arrêt CJUE, 22 juin 2023, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d'un enfant mineur néerlandais)*, C-459/20, ECLI : EU : C : 2023 :499

Julie Rondu*

Un ressortissant de pays tiers, parent d'un citoyen de l'Union mineur, peut-il bénéficier d'un droit de séjour dérivé dans l'État membre de nationalité de l'enfant citoyen, alors que ce dernier n'a jamais résidé dans cet État, ni même sur le territoire de l'Union ? La logique de l'arrêt *Ruiz Zambrano*⁴⁹⁴, et de la ligne jurisprudentielle qui s'en est suivie⁴⁹⁵, était de protéger les enfants⁴⁹⁶, citoyens de l'Union résidant dans leur État membre de nationalité, contre l'éloignement physique du territoire de l'Union, qui résulterait du refus de séjour opposé au membre de la famille dont ils dépendent. Le territoire de l'Union est ainsi implicitement conçu comme le seul espace dans lequel peuvent s'épanouir pleinement les droits du citoyen de l'Union.

Les droits inhérents à la citoyenneté européenne, consacrés pour l'essentiel à l'article 20, paragraphe 2, TFUE, s'exercent en effet pour la plupart au sein des États membres de l'Union. L'on songe évidemment au droit à la liberté de circulation et de séjour, à l'égalité de traitement avec les nationaux de l'État membre d'accueil⁴⁹⁷, ou encore au droit de vote aux élections locales dans l'État membre de résidence. Bien que certains droits politiques puissent être exercés de manière dématérialisée depuis n'importe quel pays tiers⁴⁹⁸, il n'est pas toujours possible, pour un citoyen de l'Union résidant dans un État tiers, d'exercer son droit de vote aux élections européennes sur le territoire dudit État tiers⁴⁹⁹. Seule la protection diplomatique et consulaire constitue

* Maître de conférences en droit public à l'Université de Strasbourg, Centre d'études internationales et européennes EA 7307.

⁴⁹⁴ CJUE, GC, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124.

⁴⁹⁵ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, C-434/09, ECLI:EU:C:2011:277 ; CJUE, GC, 15 novembre 2011, *Dereci*, C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734 ; CJUE, 27 février 2020, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real*, C-836/18, ECLI:EU:C:2020:119 ; CJUE, GC, 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675 ; CJUE, GC, 13 septembre 2016, *CS*, C-304/14, ECLI:EU:C:2016:674 ; CJUE, 8 mai 2018, *K.A. e.a. (Regroupement familial en Belgique)*, C-82/16, EU:C:2018:308 ; CJUE, 5 mai 2022, *Subdelegación del Gobierno en Toledo*, C-451/19 et C-532/19, ECLI:EU:C:2022:354.

⁴⁹⁶ Jusqu'alors, cette jurisprudence n'a en effet trouvé à s'appliquer qu'à des citoyens mineurs, bien que la Cour n'exclue pas par principe qu'elle puisse concerner une personne majeure, « dans des cas exceptionnels, dans lesquels, eu égard à l'ensemble des circonstances pertinentes, la personne concernée ne pourrait, d'aucune manière, être séparée du membre de sa famille dont elle dépend ». La Cour justifie ce cantonnement à des situations exceptionnelles par le fait qu'« à la différence des mineurs et, à plus forte raison si ceux-ci sont des enfants en bas âge, un adulte est, en principe, en mesure de mener une existence indépendante des membres de sa famille » : arrêt *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real*, préc., point 56.

⁴⁹⁷ Article 18 TFUE.

⁴⁹⁸ À titre d'exemple, il en va ainsi de l'initiative citoyenne européenne, consacrée par le traité de Lisbonne à l'article 11, paragraphe 4, TUE.

⁴⁹⁹ La France permet toutefois cette possibilité pour ses ressortissants : Loi n° 2011-575 du 26 mai 2011 relative à l'élection des représentants au Parlement européen, JORF du 27 mai 2011, p. 1.

finalement un droit du citoyen qui ne peut s'exercer qu'hors du territoire de l'Union⁵⁰⁰, de sorte que le citoyen vivant au-delà des frontières de l'Union n'est pas totalement dépourvu de protection. Malgré ses potentialités, ce droit n'est néanmoins que peu mis en pratique⁵⁰¹. En définitive, le séjour sur le territoire de l'Union est bien le seul à même de permettre la jouissance effective de l'ensemble des droits attachés au statut de citoyen.

Considérer que la citoyenneté n'est qu'une coquille vide sans présence physique sur le territoire de l'Union constitue-t-il un constat d'échec de la dimension externe de la citoyenneté ? De l'aveu même de l'avocat général Sharpston, « ce statut n'a qu'une importance limitée en dehors de l'Union »⁵⁰². La Cour ne le nie pas. Pour protéger l'effet utile du statut de citoyen, elle accepte ainsi, dans l'arrêt *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, d'étendre la protection offerte par la jurisprudence *Ruiz Zambrano* lorsque l'enfant citoyen n'a jamais été présent sur le territoire de l'Union.

Malgré cette ouverture de principe, les faits de l'affaire commentée laissent toutefois subsister un doute quant au point de savoir si les circonstances exceptionnelles, exigées par la jurisprudence de la Cour pour justifier d'étendre l'applicabilité du droit de l'Union à des situations dépourvues de tout lien avec l'exercice d'une liberté de circulation⁵⁰³, se trouvent remplies. En l'espèce, la requérante, ressortissante thaïlandaise ayant séjourné de manière régulière aux Pays-Bas, y épouse un ressortissant néerlandais. Elle donne naissance en Thaïlande à leur enfant, de nationalité néerlandaise, avant de regagner les Pays-Bas. L'enfant, confié à sa grand-mère, demeure en Thaïlande. Près d'une décennie plus tard, en raison de la séparation de fait des époux, suivie de leur divorce, les autorités néerlandaises révoquent le droit de séjour de la requérante, qui se voit finalement expulsée vers son État d'origine.

Lors de l'introduction de la demande préjudicielle, l'enfant citoyen de l'Union, âgé de dix ans, a toujours vécu dans cet État tiers et n'a jamais foulé le sol d'un État membre de l'Union européenne. La requérante tente alors de démontrer la relation de dépendance qui existerait entre elle et son enfant afin de contester le refus de séjour sur le territoire néerlandais dont elle fait l'objet. Elle argue devant les juridictions nationales que depuis son retour forcé en Thaïlande, ayant eu lieu un peu plus d'un an avant l'introduction du renvoi préjudiciel, elle s'occupe quotidiennement de son enfant, dont la grand-mère ne

⁵⁰⁰ En vertu de l'article 23 TFUE, « Tout citoyen de l'Union bénéficie, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont il est ressortissant n'est pas représenté, de la protection de la part des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre, dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État. Les États membres prennent les dispositions nécessaires et engagent les négociations internationales requises en vue d'assurer cette protection ».

⁵⁰¹ V. E. Castellarin, « La dimension externe, angle mort de la citoyenneté de l'Union ? », in A. Bouveresse, A. Iliopoulou-Penot, J. Rondu (dir.), *La citoyenneté européenne : quelle valeur ajoutée ?*, à paraître chez Bruylant.

⁵⁰² Conclusions de l'avocate générale Sharpston dans les affaires *O. et S. et G.*, C-456/12 et C-547/12, ECLI:EU:C:2013:837, point 89.

⁵⁰³ V. not. arrêt *Dereci*, préc., point 67 : « Ce critère revêt donc un caractère très particulier en ce qu'il vise des situations dans lesquelles, en dépit du fait que le droit secondaire relatif au droit de séjour des ressortissants d'États tiers n'est pas applicable, un droit de séjour ne saurait, *exceptionnellement*, être refusé à un ressortissant d'un État tiers, membre de la famille d'un ressortissant d'un État membre, sous peine de méconnaître l'effet utile de la citoyenneté de l'Union dont jouit ce dernier ressortissant ». Italiques ajoutés.

serait plus en mesure de prendre soin en raison de son état de santé. De surcroît, un jugement d'une juridiction thaïlandaise lui aurait conféré la garde exclusive de l'enfant. En outre, l'enfant aurait été financièrement à sa charge depuis sa naissance. Enfin, le père de l'enfant ne pourvoirait pas à ses besoins et n'entretiendrait plus de relation affective avec lui. Les autorités néerlandaises doutent de ces arguments, estimant notamment que la requérante n'a pas démontré prendre effectivement soin de l'enfant, et que l'éloignement physique de la mère et de l'enfant depuis la naissance rendrait peu probable l'existence d'un lien de dépendance.

Surtout, et cet argument n'est pas évoqué dans l'arrêt, si le lien de dépendance implique qu'il est impossible, pour le citoyen et le ressortissant de pays tiers, de vivre séparément, ce serait paradoxalement l'exécution de la décision néerlandaise d'éloignement du territoire qui aurait permis l'établissement de ce lien, en rapprochant géographiquement les deux membres de la famille. L'expulsion de la requérante vers la Thaïlande a initié le resserrement des liens entre la mère et l'enfant, sans lesquels il n'aurait guère pu être conclu à une relation de dépendance.

Doutant de l'obligation d'accorder en l'espèce un droit de séjour sur le territoire des Pays-Bas à la requérante, le tribunal de La Haye soumet finalement à la Cour de justice plusieurs questions préjudicielles, portant notamment sur le caractère absolu ou relatif des droits attachés au statut de citoyen, ou encore sur les modalités d'appréciation du lien de dépendance.

Ce faisant, le juge néerlandais offre à la Cour une importante occasion de se prononcer sur les effets externes du statut de citoyen de l'Union. L'absence du territoire de l'Union, ainsi que la dépendance du mineur, rendant en pratique impossible l'exercice autonome des droits attachés au statut de citoyen, constituent-ils des obstacles dirimants à la jouissance effective du statut ? La Cour rend une solution doublement favorable à l'effectivité du statut de citoyen. En effet, elle admet l'extension au citoyen se trouvant dans un État tiers de la protection offerte sur le fondement de l'article 20 TFUE au citoyen déjà présent dans un État membre (**Partie I**). De surcroît, elle refuse de céder à la tentation d'opposer les droits de l'enfant et ceux du citoyen. La minorité ne saurait ainsi servir de prétexte à la négation des droits que l'enfant tire de son statut de citoyen de l'Union (**Partie II**). Si l'absence du territoire de l'Union comme la dépendance inhérente à la minorité continueront sans doute *de facto* d'affecter l'exercice des droits liés au statut de citoyen de l'Union, le citoyen mineur pour lequel est formé un projet concret de mobilité vers le territoire de l'Union ne devrait plus rencontrer d'obstacles de droit.

Partie I – L'effectivité du statut de citoyen de l'Union malgré l'absence du territoire de l'Union

La Cour accepte d'étendre la jurisprudence *Ruiz Zambrano* à des situations dans lesquelles le citoyen dépendant se voit, de fait, privé de la possibilité d'entrer et de séjourner sur le territoire de l'Union (A). Toutefois, dans la logique de cantonner à des situations exceptionnelles une telle ouverture de l'applicabilité du droit de l'Union à des

situations purement internes, la Cour requiert un exercice réel, et non seulement potentiel, de la libre circulation (B).

A. L'impossibilité de fait de se rendre sur le territoire de l'Union, une atteinte au statut de citoyen

La Cour rappelle constamment que la qualité de national confère un droit de séjour inconditionnel dans son État de nationalité⁵⁰⁴, de sorte que l'enfant citoyen doit nécessairement disposer d'un droit d'entrée dans ledit État. Il est d'ailleurs loisible de rappeler que les citoyens de l'Union en provenance d'un État tiers ne faisant pas partie de l'espace Schengen ne se voient imposer qu'une vérification minimale aux frontières extérieures de l'Union⁵⁰⁵.

Toutefois, il convient de rappeler que, même lorsque l'enfant citoyen réside sur le territoire de l'Union, son droit à se maintenir sur le territoire de l'Union n'est pas absolu. Les arrêts *Rendón Marín* et *CS*⁵⁰⁶ établissent en effet que, dans l'hypothèse où le parent ressortissant de pays tiers constituerait une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société, les autorités nationales seraient en droit de procéder à son éloignement, nonobstant la privation de jouissance effective de l'essentiel de ses droits que cela entraînerait pour le jeune citoyen⁵⁰⁷.

De surcroît, la perte de la nationalité pour l'enfant binational qui a sa résidence hors de l'Union pendant une durée significative n'est pas en soi contraire au droit de l'Union, sous réserve d'une appréciation individualisée à la lumière des droits fondamentaux. Établi par l'arrêt *Tjebbes*⁵⁰⁸, qui concernait également les Pays-Bas, ce constat implique que l'enfant citoyen de l'Union peut en certaines circonstances perdre son droit d'entrée et de séjourner sur le territoire de l'Union européenne. Il confirme qu'il n'existe pas, pour l'enfant citoyen, de droit absolu au territoire de l'Union.

Toutefois, dans l'affaire *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, l'enfant en cause ne possède qu'une nationalité, que les autorités néerlandaises ne prétendaient nullement lui retirer. Son statut de citoyen n'est donc pas juridiquement mis en cause, mais son effectivité est, de fait, menacée par l'impossibilité de se rendre sur le territoire de

⁵⁰⁴ V. not. CJUE, 14 novembre 2017, *Lounes*, C-165/16, EU:C:2017:862, point 37 ; et arrêt *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real*, préc., point 60.

⁵⁰⁵ Article 8, paragraphe 2, du Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), JOUE L 77 du 23 mars 2016, p. 1, modifié par le règlement (UE) 2017/458 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 modifiant le règlement (UE) 2016/399 en ce qui concerne le renforcement des vérifications dans les bases de données pertinentes aux frontières extérieures, JOUE L 74 du 18 mars 2017, p. 1. En effet, la vérification minimale « constitue la règle pour les personnes jouissant du droit à la libre circulation au titre du droit de l'Union ».

⁵⁰⁶ Arrêts *Rendón Marín*, préc., et *CS*, préc.

⁵⁰⁷ V. égal. CJUE, 27 avril 2023, *M.D. (Interdiction d'entrée en Hongrie)*, C-528/21, EU:C:2023:341, point 60.

⁵⁰⁸ CJUE, GC, 12 mars 2019, *Tjebbes e. a.*, C-221/17, ECLI:EU:C:2019:189 ; V. Julie Rondu, « La perte de plein droit de la nationalité devant la Cour de Justice: les droits fondamentaux, accessoires du contrôle de proportionnalité ? (obs. sous l'arrêt CJUE, GC, 12 mars 2019, *Tjebbes e. a.*, C-221/17) », *Europe des droits & libertés/Europe of Rights & Liberties*, mars 2020/1, pp. 198-208.

l'Union européenne. Il ne s'agit donc pas, comme dans l'affaire *Tjebbes*, d'une question relative à la nationalité, compétence retenue des États membres conformément au droit international⁵⁰⁹, mais bien d'une question d'effectivité du statut de citoyen de l'Union, ce qui offre davantage de latitude à la Cour. Certes, les dispositions « concernant le droit d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers en dehors du champ d'application des dispositions du droit dérivé de l'Union » relèvent « *a priori* de la compétence des États membres »⁵¹⁰, mais les situations du type *Ruiz Zambrano* présentent néanmoins « un rapport intrinsèque avec la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union »⁵¹¹.

En outre, la Cour avait déjà estimé dans l'arrêt *M.D. (Interdiction d'entrée en Hongrie)*, qu'« une interdiction d'entrée sur le territoire de l'Union, imposée à un ressortissant d'un pays tiers, membre de la famille d'un citoyen de l'Union, peut aboutir à priver ce citoyen de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par son statut »⁵¹², lorsque la relation de dépendance est telle que le citoyen serait contraint de quitter le territoire de l'Union. Dans cette affaire, le ressortissant de pays tiers disposait toutefois d'un droit de séjour dans un autre État membre, dans lequel il avait établi une société, de sorte que son enfant mineur et sa compagne, tous deux citoyens de l'Union, n'auraient en principe pas été contraints de quitter le territoire de l'Union pris dans son ensemble, mais seulement leur État membre de nationalité. Néanmoins, la décision d'interdiction d'entrée et de séjour adoptée par les autorités hongroises ayant une portée européenne, elle avait pour effet de priver le requérant de tout droit de séjour sur le territoire de l'Union⁵¹³, de sorte que les autorités nationales ne pouvaient édicter une telle décision sans une appréciation préalable de la relation de dépendance entre le ressortissant de pays tiers et les membres de sa famille citoyens de l'Union⁵¹⁴.

Forte de ce précédent jurisprudentiel, la Cour conclut que « les conséquences, pour l'enfant citoyen de l'Union, du fait d'être empêché, en pratique, d'entrer et de séjourner dans l'Union doivent être considérées comme étant analogues à celles découlant du fait d'être obligé de quitter le territoire de l'Union »⁵¹⁵. En d'autres termes, être contraint de demeurer dans un pays tiers avec son parent serait similaire à être contraint de quitter le territoire de l'Union. Il est vrai que l'élément de rattachement au droit de l'Union constitué par la jouissance effective de l'essentiel des droits découlant du statut de citoyen est indépendant d'un quelconque exercice de la libre circulation, et ne se fonde que sur l'article 20 TFUE. Il ne dépend que de la qualité de citoyen, de sorte que le fait de résider sur le territoire de l'Union ne devrait pas constituer une condition pertinente.

Toutefois, il découle du substrat jurisprudentiel formé à partir de l'arrêt *Ruiz Zambrano* que l'obligation d'accorder un droit de séjour dérivé fondé sur l'article 20 TFUE n'est

⁵⁰⁹ Selon les termes de la Cour, « la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international, de la compétence de chaque État membre » : v. not. arrêt *Tjebbes*, point 30.

⁵¹⁰ Arrêt *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 25.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² Arrêt *M.D. (Interdiction d'entrée en Hongrie)*, préc., point 60.

⁵¹³ *Ibid.*, point 64.

⁵¹⁴ *Ibid.*, point 65.

⁵¹⁵ Arrêt *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 31.

pas absolue. Cela est d'autant plus vrai dans le cas où le citoyen ne réside pas sur le territoire de l'Union, car il est alors indispensable d'établir un lien certain entre l'octroi d'un droit de séjour au ressortissant de pays tiers, et l'installation du citoyen dans son État membre de nationalité.

B. L'exigence d'un effet réel sur l'exercice des droits du citoyen

À la différence de son avocat général, la Cour ne fait nullement référence à un possible abus de droit, ou à une potentielle instrumentalisation de l'enfant citoyen par le ressortissant de pays tiers afin d'obtenir un droit de séjour dans un État membre sans pour autant projeter une vie familiale effective avec l'enfant. Elle pose cependant des limites à l'invocation du statut de citoyen par le parent d'un enfant résidant dans un pays tiers.

En premier lieu, le refus de séjour opposé au parent n'est susceptible d'affecter les droits de l'enfant citoyen que si ce dernier doit effectivement entrer et se maintenir sur le territoire de son État membre de nationalité⁵¹⁶. Il est évident que si l'enfant demeure dans un État tiers, le droit de l'Union n'impose aucune obligation d'accorder un droit de séjour dérivé à son parent⁵¹⁷. Dans une parfaite continuité avec la ligne jurisprudentielle initiée par l'arrêt *Ruiz Zambrano*, le ressortissant de pays tiers continue à n'être considéré « qu'en tant qu'il est le moyen pour le citoyen de séjourner sur le territoire de l'Union »⁵¹⁸. La Cour refuse logiquement l'inversion de ce raisonnement, qui ferait de l'enfant citoyen un simple instrument visant à l'obtention d'un droit de séjour par le ressortissant de pays tiers. L'avocat général avait quant à lui expressément mis en exergue le « risque éventuel que cet enfant soit considéré comme étant le moyen pour le ressortissant de pays tiers de séjourner sur le territoire de l'Union, ce qui constituerait un détournement du droit de séjour dérivé octroyé au titre de l'article 20 TFUE »⁵¹⁹. Il insistait sur la nécessité d'éviter « toute manœuvre abusive »⁵²⁰. Néanmoins, la Cour a toujours fait preuve de réticence envers la notion d'abus de droit en matière de liberté de circulation et de séjour et de citoyenneté⁵²¹. Le recours à cette notion, qui « suppose par hypothèse un jugement de valeur, dont toute dimension morale n'est pas exclue »⁵²², aurait fait courir le risque de stigmatiser la requérante, ce qui n'est pas indispensable dès lors que l'on sonde la volonté réelle de cette dernière de séjourner effectivement avec son enfant aux Pays-Bas. En outre, la volonté de la Cour de promouvoir l'effectivité des libertés de circulation l'a conduit à ne pas condamner

⁵¹⁶ *Ibid.*, point 34.

⁵¹⁷ *Ibid.*, point 35.

⁵¹⁸ V. Réveillère, « La protection statutaire du citoyen : demeurer sur le territoire de l'Union (dans son État de nationalité) », *RTDEur.*, n°3-2020, pp. 721 et s., p. 725.

⁵¹⁹ Conclusions de l'avocat général Richard de la Tour dans l'affaire *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 52.

⁵²⁰ *Ibid.*, point 71.

⁵²¹ Parmi les affaires emblématiques dans lesquelles était invoqué un abus de droit, qui n'est pas retenu par la Cour, il est loisible de citer l'arrêt CJCE, ass. plén., 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639, ainsi que l'affaire *Ruiz Zambrano*, préc.

⁵²² D. Simon et A. Rigaux, « La technique de la consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », in M. Blanquet (dir.), *Mélanges en hommage à Guy Isaac : 50 ans de droit communautaire*, t. 2, PUSST, 2004, pp. 557-585, p. 562.

l'usage opportuniste des libertés de circulation⁵²³. Il est donc cohérent que la Cour ne fasse pas référence à un éventuel comportement abusif, tout en étant vigilante à ce que l'enfant soit réellement au cœur du projet de retour sur le territoire de l'Union.

Il en résulte qu'un droit de séjour dérivé au titre de l'article 20 TFUE n'a pas vocation à être octroyé au parent ressortissant de pays tiers « dans une situation dans laquelle ni la demande de ce parent visant à obtenir un droit de séjour dérivé ni le contexte général de l'affaire ne permettent de conclure que [l']enfant, qui n'a jamais séjourné dans l'État membre dont il a la nationalité, va exercer ses droits de citoyen de l'Union en entrant et en séjournant avec ledit parent sur le territoire de cet État membre »⁵²⁴. Classiquement, la Cour de justice estime qu'il incombe à la juridiction de renvoi de l'apprécier. L'écueil de cette jurisprudence se décèle alors aisément, puisque cette appréciation, largement prospective, comporte nécessairement une importante part de subjectivité. Comment juger, en effet, de la volonté de la requérante d'être effectivement accompagnée de son enfant, autrement qu'en se basant sur les dix années durant lesquelles elle n'a pas pourvu aux soins quotidiens de ce dernier ? La Cour ne livre pas davantage d'indications au juge de renvoi.

L'avocat général, quant à lui, s'était prononcé sans ambiguïté sur la volonté présente de la mère de retourner aux Pays-Bas avec son enfant, relevant notamment qu'« elle n'aurait entamé aucune démarche pour que l'enfant s'installe effectivement aux Pays-Bas, de sorte que la situation d'espèce serait dépourvue de lien avec la liberté de circulation et de séjour »⁵²⁵. Si l'argument peut être discuté, en ce qu'il exige de la mère qu'elle accomplisse des démarches avant de savoir si elle sera en mesure d'accompagner effectivement son enfant, il est vrai que la seule demande de séjour ne garantit pas que son intention soit réellement d'emmener avec elle son enfant aux Pays-Bas. Au titre des démarches susceptibles de servir de preuve, l'avocat général suggérerait que « l'acquisition ou la location d'un logement dans cet État membre ou l'inscription dans une école pourraient constituer des indices relativement forts »⁵²⁶. Si l'on ne peut que souscrire à la crédibilité de telles preuves, peut-on raisonnablement exiger de telles démarches de la part d'un ressortissant de pays tiers qui, venant d'être expulsé vers son État d'origine, n'a aucune certitude qu'un droit d'entrée et de séjour lui sera à nouveau reconnu ? Toujours est-il que, malgré le flou entretenu par la Cour, l'absence de toute démarche permettant d'accréditer la volonté de la requérante d'être accompagnée de son enfant pourra être prise en considération par la juridiction nationale. Sans spéculer sur la décision finale de cette dernière, il est probable au vu des faits qu'elle conclue à l'absence d'obligation d'accorder un droit de séjour dérivé fondé sur l'article 20 TFUE, en arguant du fait que cela n'aurait pas de conséquence sur l'exercice de ses droits par l'enfant.

⁵²³ Bien que l'arrêt CJUE, GC, 11 novembre 2014, *Dano*, C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 constitue une rupture à cet égard, puisqu'il examine les motivations prétendues d'une citoyenne ayant exercé sa liberté de circulation, il ne recourt pas à la notion d'abus de droit.

⁵²⁴ Arrêt *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 36.

⁵²⁵ Conclusions de l'avocat général Richard de la Tour dans l'affaire *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 32.

⁵²⁶ *Ibid.*, point 57.

En définitive, si l'absence du territoire ne doit pas constituer un obstacle insurmontable pour l'enfant citoyen qui prétendrait désormais séjourner dans son État de nationalité, la Cour ne se contente pas d'un exercice simplement potentiel ou hypothétique de cette possibilité. Si elle avait pu ériger la mobilité potentielle en élément de rattachement au droit de l'Union d'une situation dans laquelle il n'y avait pas eu d'exercice de la libre circulation⁵²⁷, il est parfaitement logique qu'elle se montre plus restrictive en l'espèce. En effet, il ne s'agit pas de préserver la possibilité, pour un citoyen de l'Union, d'exercer sa liberté de circulation, droit par excellence du citoyen, mais de permettre à un citoyen de se rendre dans son État de nationalité, dans lequel il dispose d'un droit de séjour inconditionnel non pas en vertu du droit de l'Union, mais en vertu d'un principe de droit international. Autrement dit, le rattachement au droit de l'Union d'une situation purement interne telle que celle en cause au principal, ne peut se contenter d'un retour purement hypothétique dans l'État membre de nationalité.

L'effectivité du statut de citoyen est ainsi assurée sans étendre démesurément le champ d'application du droit de l'Union. Cette recherche d'effectivité du statut se prolonge face au second obstacle à la jouissance effective des droits : celui de la minorité, et de la dépendance qu'elle engendre pour le jeune citoyen.

Partie II – L'effectivité du statut de citoyen de l'Union malgré la minorité

S'il est établi que les citoyens mineurs sont titulaires des droits inhérents à ce statut au même titre que les citoyens majeurs⁵²⁸, il n'en demeure pas moins qu'ils restent, de fait, dépendants d'un adulte pour leur exercice concret. Ce hiatus conduit la Cour à devoir repousser une tentative des autorités nationales de nier les droits du jeune citoyen au prétexte, non pas directement de sa minorité, mais de l'intérêt supérieur de l'enfant (A). Le juge de l'Union apporte également des précisions sur l'appréciation du lien de dépendance entre l'enfant et le membre de sa famille, dans la situation particulière où ce dernier ne se trouve auprès de lui que depuis une courte période (B).

A. Le refus de la Cour d'opposer droits fondamentaux et droits du citoyen de l'Union

La juridiction de renvoi se livrait à une tentative de retournement des droits fondamentaux contre les droits liés au statut de citoyen de l'Union. Pourtant soutenue par l'avocat général⁵²⁹, cette démarche pernicieuse est fermement rejetée par la Cour.

⁵²⁷ V. not. CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539 ; CJCE, GC, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559.

⁵²⁸ Cela a été clairement établi par la Cour dans l'arrêt *Zhu et Chen*, préc., point 20 : « un enfant en bas âge peut se prévaloir des droits de libre circulation et de séjour garantis par le droit communautaire. L'aptitude d'un ressortissant d'un État membre à être titulaire des droits garantis par le traité et le droit dérivé en matière de libre circulation des personnes ne saurait être subordonnée à la condition que l'intéressé ait atteint l'âge requis pour avoir la capacité juridique d'exercer lui-même lesdits droits ».

⁵²⁹ Conclusions de l'avocat général Richard de la Tour dans l'affaire *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, spéc. points 38 et 43.

La seconde question portait, en effet, sur le rôle de l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'appréciation de la nécessité d'octroyer un droit de séjour au parent dont il est dépendant. En d'autres termes, la demande de séjour peut-elle être rejetée au motif que le déplacement de l'enfant citoyen vers son État de nationalité « n'est pas dans l'intérêt, réel ou plausible, dudit enfant »⁵³⁰ ?

La Cour rappelle sans ambiguïté que « le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, conféré à chaque citoyen de l'Union, découle directement du statut de citoyen de l'Union, sans que son exercice soit subordonné à la démonstration d'un intérêt quelconque à en invoquer le bénéfice »⁵³¹. Au-delà même des obligations au titre du droit de l'Union, il a déjà été rappelé qu'en vertu d'un principe de droit international, les nationaux jouissent dans leur État de nationalité d'un droit de séjour inconditionnel, de sorte qu'un État membre ne peut évidemment refuser à ses propres ressortissants d'entrer et de séjourner sur son territoire en leur opposant un prétendu défaut d'intérêt à le faire⁵³². Concernant plus spécifiquement l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que droit fondamental, la Cour rappelle que ce dernier doit effectivement être mobilisé dans l'appréciation du lien de dépendance de l'enfant⁵³³, mais en aucun cas être invoqué pour le priver de la jouissance de ses droits de citoyen. L'intérêt supérieur de l'enfant peut « être invoqué en vue non pas de rejeter une demande de titre de séjour, mais, au contraire, de faire obstacle à l'adoption d'une décision contraignant cet enfant à quitter le territoire de l'Union »⁵³⁴. Seule cette solution permet en effet de préserver « l'aptitude de cet enfant à exercer les droits qu'il tire du statut que lui confère l'article 20 TFUE »⁵³⁵, et, conséquemment, l'effectivité du statut de citoyen.

Même rejetée par la Cour, cette tentative d'exploiter les droits fondamentaux, et en particulier l'intérêt supérieur de l'enfant, dans un sens défavorable aux droits du citoyen de l'Union, est symptomatique. Par le passé, il a pu être reproché à la Cour de ne fonder certaines décisions que sur les droits du citoyen, en éludant totalement les droits fondamentaux, s'agissant notamment de la situation d'apatridie, éminemment problématique pour les droits fondamentaux⁵³⁶, ou encore de l'éloignement d'un membre de la famille⁵³⁷. Au fil de ses arrêts, la Cour a néanmoins mobilisé de manière croissante les droits fondamentaux, qui enrichissent des solutions rendues sur le fondement de la citoyenneté⁵³⁸. Si une partie de la doctrine continue de regretter que le statut de citoyen n'impose pas à lui seul le plein respect des droits fondamentaux, et

⁵³⁰ Arrêt *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 39.

⁵³¹ *Ibid.*, point 40.

⁵³² V. not. l'arrêt *Lounes*, préc., point 37, et l'arrêt *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 41.

⁵³³ Arrêt *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 43, ainsi que les arrêts *Chavez-Vilchez e.a.*, préc., point 71, et *Subdelegación del Gobierno en Toledo*, préc., point 53.

⁵³⁴ Arrêt *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 43.

⁵³⁵ *Ibid.*, point 44.

⁵³⁶ V. not., à propos de l'arrêt CJUE, GC, 2 mars 2010, *Rottmann*, C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104, D. Kochenov, « Case C-135/08, Janko Rottmann », *CMLR*, 2010, pp. 1831-1846, spec. p. 1842.

⁵³⁷ Ainsi, l'arrêt *McCarthy*, préc., ne faisait aucune mention des droits fondamentaux s'agissant de l'éloignement vers un pays tiers du membre de la famille d'un citoyen de l'Union.

⁵³⁸ Parmi de multiples exemples, voy. not. CJUE, GC, 5 juin 2018, *Coman e.a.*, C-673/16, EU:C:2018:385 ; CJUE, GC, 14 décembre 2021, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008.

demeure interprété essentiellement à l'aune de l'objectif de mobilité⁵³⁹, d'autres auteurs plaident au contraire pour un recentrage du statut de citoyen sur la libre circulation⁵⁴⁰. La présente affaire constitue une illustration supplémentaire d'une protection totalement déconnectée de la mobilité, offerte par le seul statut de citoyen. Surtout, elle démontre l'émergence d'un risque plutôt inattendu, celui que les droits fondamentaux et les droits liés à la citoyenneté d'un même individu puissent être conçus comme en opposition, les premiers venant contrer les seconds.

Si la Cour avait accepté de subordonner à l'intérêt supérieur de l'enfant l'ouverture de ses droits en tant que citoyen, l'on imagine aisément les arguments sur lesquels pourrait se fonder une juridiction nationale pour dénier le droit de séjour dérivé au profit du parent. Ainsi, le fait que l'enfant vive depuis sa naissance en Thaïlande, qu'il ait été élevé par sa grand-mère, avec laquelle les liens risqueraient en conséquence d'être rompus, ou encore l'absence de connaissance de la langue néerlandaise, auraient facilement pu lui être opposés⁵⁴¹. Pour justifier l'impossibilité pour le père de l'enfant d'en assumer la charge, la mère invoquait en effet le fait que l'enfant, ne parlant ni la langue anglaise ni la langue néerlandaise, serait dans l'incapacité de communiquer avec son père. Cet argument risquait d'être détourné pour considérer qu'il ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant de s'établir aux Pays-Bas. Pour l'avocat général, le déplacement de l'enfant devrait de surcroît s'inscrire dans un projet de vie « crédible »⁵⁴², et le juge national serait tenu d'« évaluer l'éventuelle incidence négative que pourrait avoir le déplacement de cet enfant sur son bien-être physique et moral ainsi que sur ses rapports affectifs, familiaux et sociaux ou bien encore sur sa situation matérielle »⁵⁴³.

La Cour met, à juste titre, un frein à cette tentative. L'intérêt supérieur de l'enfant doit éclairer l'appréciation de l'existence d'un lien de dépendance avec son parent ressortissant de pays tiers, et non pas être instrumentalisé pour déterminer l'État de résidence le plus approprié pour l'enfant. Il est évident que si l'enfant citoyen ne pouvait exercer ses droits du fait de l'appréciation, nécessairement subjective, par un juge de ce qui serait le meilleur État de résidence pour lui, son statut de citoyen serait vidé de sa substance. Par extension, le droit à la liberté de circulation et de séjour pourrait également être remis en cause si l'État d'accueil pouvait refuser d'octroyer un droit de séjour dérivé fondé sur l'article 21 TFUE au motif que l'établissement dans un autre État membre ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant. Enfin, pour ce qui est de la situation matérielle de l'enfant, il est loisible de rappeler que la protection offerte par l'article 20 TFUE n'est pas soumise à l'exigence de ressources suffisantes prévue par la directive

⁵³⁹ A. Yong, "Free movement or fundamental rights? EU citizenship as a legal gateway to fundamental rights protection", in D. Kostakopoulou et D. Thym, *Research Handbook on European Union Citizenship Law and Policy, Navigating Challenges and Crises*, Edward Elgar Publishing, 2022, pp. 149-164: "EU citizenship status should be a legal gateway to fundamental rights protection, rather than a gateway to free movement rights".

⁵⁴⁰ F. De Witte, "Freedom of Movement Needs to Be Defended as the Core of EU Citizenship", in R. Bauböck (ed.) *Debating European Citizenship*, IMISCOE Research Series, Springer, Cham, pp 93-99.

⁵⁴¹ L'avocat général ne manquait d'ailleurs pas de soulever ces arguments : conclusions de l'avocat général Richard de la Tour dans l'affaire *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 50.

⁵⁴² Conclusions de l'avocat général Richard de la Tour dans l'affaire *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 46.

⁵⁴³ *Ibid.*, point 49.

2004/38/CE⁵⁴⁴. En effet, la privation de la possibilité de se maintenir ou de se rendre sur le territoire de l'Union ne comporte pas les mêmes enjeux que la possibilité de s'installer dans un autre État membre, de sorte qu'assimiler ces situations « reviendrait à nier le caractère quasi fédéral que peut revêtir le territoire européen »⁵⁴⁵.

Si l'enfant mineur doit être pleinement en mesure d'exercer les droits qu'il tire de son statut de citoyen, force est de reconnaître que la décision de les activer ou non relève du seul titulaire de l'autorité parentale. À cet égard, la Cour ne fait aucun cas de la distinction, suggérée par son avocat général, entre démarche « solitaire » du parent souhaitant obtenir un droit de séjour dans un État membre, et démarche « conjointe » du parent et de l'enfant, qui impliquerait que celui-ci souhaite se rendre dans son État de nationalité⁵⁴⁶. Une telle distinction, nécessitant pour les autorités de sonder la volonté d'un enfant avant d'octroyer un droit de séjour, aurait été difficilement praticable. De surcroît, puisque les raisons ayant motivé l'exercice de sa libre circulation par un citoyen sont en principe indifférentes⁵⁴⁷, *a fortiori* devrait-il en aller ainsi des raisons ayant conduit le citoyen à se rendre dans son État de nationalité, dans lequel il dispose, rappelons-le, d'un droit de séjour inconditionnel.

B. Les précisions sur l'appréciation du lien de dépendance

Si la jurisprudence antérieure avait déjà bien balisé la question de l'appréciation de la relation de dépendance entre le citoyen et le ressortissant de pays tiers membre de sa famille⁵⁴⁸, la situation d'espèce était assurément spécifique. Pour la première fois en effet, la Cour doit se prononcer sur une hypothèse où le citoyen n'a jamais vécu dans l'Union, et n'a cohabité avec son parent que durant une période limitée. Cela justifie que la Cour livre à la juridiction de renvoi des indications relativement fournies permettant d'apprécier concrètement l'existence du lien de dépendance.

Il est nécessaire d'examiner si le ressortissant de pays tiers assure « la garde effective de cet enfant » ainsi que « la charge légale, financière ou affective dudit enfant »⁵⁴⁹. L'âge de l'enfant, « son développement physique et émotionnel », ou encore « le degré de sa relation affective tant avec le parent citoyen de l'Union qu'avec le parent ressortissant d'un pays tiers ainsi que le risque que la séparation avec ce dernier engendrerait pour l'équilibre de cet enfant »⁵⁵⁰ constituent également des éléments

⁵⁴⁴ Arrêt *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real*, préc., point 49.

⁵⁴⁵ V. Réveillère, « La protection statutaire du citoyen : demeurer sur le territoire de l'Union (dans son État de nationalité) », préc., p. 727.

⁵⁴⁶ Conclusions de l'avocat général Richard de la Tour dans l'affaire *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 4.

⁵⁴⁷ À titre d'illustration, v. CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, 53/81, ECLI:EU:C:1982:105, point 22 : « les intentions qui ont pu inciter le travailleur à chercher du travail dans l'État membre concerné sont indifférentes ». A contrario, toutefois, la Cour estime dans l'arrêt *Dano* que le citoyen qui aurait exercé sa liberté dans le seul but de bénéficier de prestations sociales dans l'État d'accueil sans disposer des ressources suffisantes peut se voir refuser lesdites prestations : arrêt *Dano*, préc., point 78. Les intentions du citoyen sont donc déterminantes, mais il ne s'agissait pas en l'espèce d'un refus de séjour.

⁵⁴⁸ Voy. not. les arrêts précités *Chavez-Vilchez* ou *Subdelegación del Gobierno en Toledo*.

⁵⁴⁹ Arrêt *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 49.

⁵⁵⁰ *Ibid.*

pertinents. La Cour rappelle également sa jurisprudence *Dereci*⁵⁵¹, en vertu de laquelle la seule volonté de maintenir l'unité familiale sur le territoire de l'Union ne suffit pas à considérer que le citoyen serait contraint de quitter le territoire de l'Union, ou, par analogie, empêché de s'y rendre, si un droit de séjour n'était pas accordé à son parent⁵⁵². Le lien familial est donc insuffisant⁵⁵³.

La Cour s'attelle ensuite à déterminer le moment où doit s'apprécier le lien de dépendance, question centrale dans une affaire dans laquelle les circonstances passées plaident largement en défaveur de la reconnaissance d'un tel lien. La dépendance doit être appréciée au moment où les autorités compétentes sont appelées à statuer, puisqu'il s'agit de déterminer « les conséquences prévisibles de leur décision sur la jouissance effective, par l'enfant concerné, de l'essentiel des droits qu'il tire du statut que lui confère l'article 20 TFUE »⁵⁵⁴. Les juridictions devront quant à elle prendre en considération les éléments intervenus postérieurement à la décision⁵⁵⁵. Cette position pourrait conduire à estimer que dès lors que la mère s'occupe actuellement de l'enfant, les circonstances antérieures pourraient être écartées, ce que confirme la Cour en jugeant que l'absence d'entretien quotidien de l'enfant durant une longue période ne saurait être déterminante⁵⁵⁶. À l'inverse, le fait de prodiguer les soins quotidiens à un enfant n'établit pas à lui seul la relation de dépendance, qui s'apprécie nécessairement *in concreto*⁵⁵⁷. Dans la même logique, la question de savoir si le père de l'enfant, ressortissant néerlandais vivant sur le territoire de cet État membre, serait prêt à assumer la charge de l'enfant, est pertinente mais non déterminante⁵⁵⁸.

En définitive, le lien de dépendance n'est pas exclu en l'espèce. Toutefois, il est clair que le statut de citoyen de l'enfant vivant dans un pays tiers n'a guère d'utilité concrète si la personne avec laquelle il entretient une relation de dépendance n'est pas déterminée à l'emmener dans l'Union européenne. Si la mère parvient à regagner l'Union européenne sans son enfant, ou au contraire ne se voit pas accorder de droit de séjour dans un État membre, il est très probable que l'enfant sera dans l'incapacité, durant sa minorité, d'exercer ses droits de citoyen. La Cour de justice a toutefois fait le maximum pour assurer l'effectivité du statut de citoyen, dans une situation où il se heurtait pourtant aux deux obstacles majeurs que sont l'absence du territoire de l'Union et la minorité.

Enfin, même dans l'hypothèse où un enfant citoyen ne pourrait se rendre dans l'Union européenne, il conservera néanmoins ses droits à l'état latent, et pourra les exercer dès lors qu'il sera en mesure de le faire par lui-même. Cependant, un citoyen résidant dans un État tiers pourrait se heurter au risque de perte de plein droit de sa nationalité, et, partant, de son statut de citoyen, au motif d'un défaut de lien effectif avec son État

⁵⁵¹ Arrêt *Dereci*, préc., point 68.

⁵⁵² Arrêt *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 50.

⁵⁵³ *Ibid.*, point 51.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, point 52.

⁵⁵⁵ La Cour cite par analogie l'arrêt du 17 avril 2018, *B. et Vomero*, C 316/16 et C 424/16, EU:C:2018:256, point 94, qui concernait l'éloignement d'un citoyen pour des motifs d'ordre public.

⁵⁵⁶ Arrêt *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, point 53.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, point 55.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, points 56-57.

d'origine. Les arrêts *Tjebbes* et *Udlændinge- og Integrationsministeriet (Perte de la nationalité danoise)*⁵⁵⁹ ont certes encadré cette possibilité, en faisant obligation aux autorités nationales d'examiner la proportionnalité *in concreto* des conséquences d'une telle perte. De surcroît, les législations nationales auxquelles était confrontée la Cour dans ces affaires n'étaient pas applicables aux citoyens dont la perte de nationalité entraînerait l'apatridie, de sorte qu'un enfant n'ayant qu'une nationalité, comme c'était le cas dans l'arrêt commenté, ne saurait être concerné. Le risque de perte du statut de citoyen demeure néanmoins une réalité pour nombre de citoyens qui se trouveraient dans l'incapacité de séjourner dans un État membre durant leur minorité. La préservation de la possibilité effective pour l'enfant citoyen de se rendre sur le territoire de l'Union, afin d'y nouer des liens avec son État de nationalité, n'en apparaît que plus nécessaire.

⁵⁵⁹ CJUE, GC, 5 septembre 2023, *Udlændinge- og Integrationsministeriet (Perte de la nationalité danoise)*, C-689/21, ECLI:EU:C:2023:626.

EDITOR'S CHOICE

- B. Lubarda, Recent migration case-law of the European Court of Human Rights with focus on socio-economic deprivation 429
-

DOCTRINE

- A. Antoine, Libres propos sur l'évolution contemporaine de l'état des droits et libertés au Royaume-Uni 456
- Y. Lécuyer, L'hypersexualisation de la poitrine des femmes 473
- R. M. Kordeva, La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne et les « ennemis » de la démocratie ou l'interdiction des partis politiques dans le système constitutionnel allemand 491

FOCUS

- Pierrick Bruyas, Langue et droit d'asile dans l'Union Européenne : quand l'Union dans la diversité se dérobe face aux diversités 518
- Anna Glazewski, Souffrir deux fois ou quand la procédure devient une épreuve : la notion de victimisation secondaire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 531
- Julie Rondu, Le statut de citoyen européen a-t-il une valeur pour l'enfant vivant en dehors du territoire de l'Union ? 552