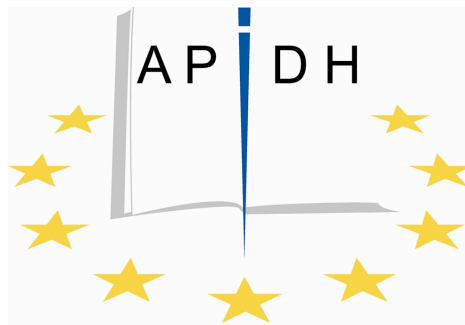


Association pour la promotion inter universitaire des droits de l'homme



LES DROITS SOCIAUX ET LA CEDH

**Colloque du Concours Habeas Corpus 2009, organisé par
l'Association pour la promotion inter universitaire des droits
de l'homme**

Jeudi 12 et vendredi 13 mars 2009

Collection des colloques du Concours Habeas Corpus
N°1/2009

A nos lecteurs,

Le Comité d'organisation du Concours Habeas corpus est heureux de vous présenter le premier numéro de la *collection des colloques du Concours Habeas Corpus*. Combinant de façon originale les meilleurs mémoires des éditions annuelles du concours et les actes des colloques organisés dans ce même cadre, cette publication se conçoit comme un moyen de promouvoir la coopération inter universitaire en matière de droit de l'homme et de libertés fondamentales.

Ce Comité, né au sein de l'Association pour la Promotion inter universitaire des droits de l'homme (ci-après APIDH), organise depuis quatre ans déjà le concours Habeas Corpus, procès simulé devant la Cour européenne des droits de l'homme.

L'APIDH est une entité jeune aussi bien dans le temps que par sa composition. Formée de doctorants de tous horizons juridiques, ses membres incarnent son objectif premier : rassembler de jeunes juristes de toutes cultures autour d'une préoccupation commune : la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Avec très peu de moyens mais une grande détermination, l'équipe organisatrice a réussi à pérenniser un concours qui permet chaque année à une dizaine d'équipes d'étudiants provenant d'universités françaises et étrangères de pratiquer le droit et de se confronter au monde de la recherche universitaire et des métiers juridiques. Tout en tirant leçon des imperfections des années précédentes, l'Association a persévéré dans la poursuite de cet objectif, pour arriver à organiser une manifestation scientifique qui a gagné ses lettres de noblesse en attirant en son sein les plus grands spécialistes de la matière. Le Comité d'organisation tient à remercier chaleureusement les universitaires et praticiens qui ont conféré à ce concours, au fil des années, un gage de sérieux.

L'année 2009 marque néanmoins à mon sens un tournant dans la jeune histoire de ce concours. C'est à partir de cette édition que le Comité d'organisation a trouvé une formule équilibrée, née des ajustements des années antérieures et de la volonté de valoriser le travail incroyable fourni par les étudiants des équipes participantes. Le concours est désormais doublé d'un colloque, sur le thème général du cas pratique, au cours duquel les étudiants des équipes interviennent au côté d'universitaires ou de praticiens spécialistes de la matière.

Cette formule permet aux équipes, et plus particulièrement aux conseillers juridiques, de faire part de leur expertise scientifique acquise lors des longs mois de préparation. Cette initiation à la recherche a également pour objectif de créer des liens inter universitaires. En effet, chaque intervention est préparée en commun par plusieurs équipes.

Le lancement de cette collection m'apparaît alors comme un bel accomplissement, qui n'aurait pas été possible sans la détermination de l'équipe de l'APIDH, le soutien inépuisable de l'Université, des directeurs du CDI et du CEE, ni l'esprit critique et combatif des participants qu'ils soient juges ou jugés. C'est donc avec plaisir, joie et reconnaissance, que me revient l'honneur d'ouvrir le premier des numéros de cette collection. Puisse-t-elle vivre éternellement !

Kiara Neri
Présidente de l'APIDH

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : LE COLLOQUE DU CONCOURS HABEAS CORPUS	5
LE DEVELOPPEMENT DE LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR LA COUR EUROPEENNE : ETAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES	5
QUELLES SOURCES POUR LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR LA COUR EUROPEENNE ? <i>CAMILLE BRAUER, VALENTINA CARTELLÀ, CAMILLE ZYNGERMAN .</i>	6
QUEL ROLE POUR LA COUR DANS LE DEVELOPPEMENT D'UN SYSTEME DE PROTECTION DES DROITS SOCIAUX? <i>PIERRE-HENRI PAULET ET VICTOR CAMBAZARD</i>	19
LES DROITS EUROPEENS DES SALARIES DEVANT LA COUR EDH : UNE AMPLIFICATION DE LA METHODE D'INTERPRETATION EVOLUTIVE <i>JEAN-PIERRE MARGÉNAUD ET JEAN MOULY</i>	28
DROITS SOCIAUX ET DISCRIMINATIONS	39
LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LES DISCRIMINATIONS FONDEES SUR LE SEXE ET L'ORIENTATION SEXUELLE <i>SANDRINE BESNARD ET ESZTER KOSZTECZKY</i>	39
LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME : FONDEMENT DE LA DISCRIMINATION POSITIVE ? <i>ROBERTO CHENAL</i>	47
LES DROITS SOCIAUX NUISIBLES <i>PETR MUZNY</i>	60
SECONDE PARTIE : LA COLLECTION DES MEILLEURS MÉMOIRES DU CONCOURS HABEAS CORPUS	73
LE CAS PRATIQUE 2009	74
LE MEILLEUR MEMOIRE : EQUIPE DE L'UNIVERSITE JEAN MONNET DE SAINT ETIENNE.	77
MEMOIRE EN REQUETE <i>Julie BERTHEL, Adrien DUFOUR, Victor CAMBAZARD</i>	77

Première Partie : le Colloque du Concours Habeas Corpus

**Le développement de la protection des droits sociaux
par la cour européenne : état des lieux et perspectives**

QUELLES SOURCES POUR LA PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR LA COUR EUROPEENNE ?

Camille BRAUER *, *Valentina CARTELLÀ* **, *Camille ZYNGERMAN* ***.

Contribution présentée par Camille ZYNGERMAN.

Les sources du droit sont de différente nature et le mot « source » est finalement bien choisi. Alors que certaines, lois et textes formels, sont aménagés en véritables fontaines où l'on peut puiser directement, d'autres, sources plus souterraines, jurisprudence et doctrine notamment, connaissent méandres et résurgences qui appellent, sans aller jusqu'à une mise en bouteille, au moins un certain conditionnement. De ces différences de formes découlent des différences dans l'appréciation de ces sources : certaines donnent une eau en principe pure et claire, d'autres sont plus lourdes ou minérales.

Dans la présentation classique, les droits [économiques et] sociaux sont les « droits fondamentaux de deuxième génération », par opposition à ceux de la première, les droits civils et politiques, et à ceux de la troisième, les droits de solidarité (qui sont l'objet de controverses).

La Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH) est l'un de ces textes qui font aujourd'hui débat pour former un consensus autour de la protection des droits sociaux. Elle ne consacre que très peu de droits économiques et sociaux tout en apportant une forte protection à ceux qu'elle reconnaît. La Convention protège surtout les droits civils et politiques. Cela résulte du contexte historique. En effet, la CEDH a été adoptée en 1950, époque à laquelle la marge d'appréciation laissée aux Etats était large. De surcroît, il était difficile de leur imposer des charges financières.

* Etudiante de l'Institut d'Etudes Judiciaires de la Faculté de Droit de l'Université Jean Moulin Lyon III, Conseillère juridique de l'équipe au concours Habeas Corpus.

** Etudiante de l'Università degli studi di Torino, Conseillère juridique de l'équipe au concours Habeas Corpus

*** Etudiante de la Faculté de droit et de sciences politiques de Versailles Saint-Quentin, Conseillère juridique de l'équipe au concours Habeas Corpus.

En effet, la différence entre droits sociaux et droits civils et politiques réside, dans la présentation traditionnelle, dans la charge que les Etats doivent supporter. Selon la théorie classique, les droits civils et politiques ne supposent que l'abstention des Etats (obligation négative : ne pas tuer, ne pas torturer, etc.) À l'inverse, les droits sociaux prévoient l'obligation positive de garantir des services, ce qui implique une charge financière pour les Etats. Cette distinction n'est cependant plus effective aujourd'hui puisque les droits civils et politiques mettent à la charge des Etats des obligations positives d'organiser leurs services pour la protection des droits prévus par la Convention¹.

Malgré les lacunes du texte conventionnel, les droits sociaux sont consacrés dans le cadre du Conseil de l'Europe, et ce, principalement, par la Charte sociale européenne (CSE). Cette Charte complète la CEDH sur le point des droits sociaux même si la force de ces deux textes n'est pas comparable, la Charte faisant partie de la soft law. En effet, « il est plus difficile d'aboutir à un accord international véritablement contraignant sur les définitions et les mises en œuvre des droits économiques et sociaux que sur les droits civils et politiques : il est vrai que l'Etat doit jouer un rôle beaucoup plus actif et exigeant pour garantir les droits économiques et sociaux que ce qui est nécessaire pour assurer l'exercice des droits civils et politiques »².

Comme le rappellent les recommandations 1354 du 28 janvier 1998 et 1415 du 23 juin 1999 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en faveur de l'adoption d'un protocole additionnel à la CEDH garantissant la protection des besoins élémentaires³ et les droits dans le milieu du travail, il revient à la Cour Européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) de jouer le rôle principal dans leur protection. L'intervention de la Cour pour la protection des droits sociaux se justifie par le fait que, aujourd'hui, les droits sociaux constituent le prolongement des droits civils et politiques.

Cette intervention est un véritable enjeu pour la Cour. Protectrice de premier plan des droits civils et politiques, elle apparaît la mieux placée pour défendre ces droits de deuxième génération. En effet, bien qu'il existe un organe spécifique contrôlant le respect de la Charte sociale européenne dans le système du Conseil de l'Europe, à savoir le Comité européen des droits sociaux, il n'en demeure pas moins que celui-ci n'accepte pas les recours individuels. Partant, même si cela n'était pas le rôle premier de la Cour, elle intervient dans la défense des droits de deuxième génération.

Or, dans la mesure où la Cour européenne des Droits de l'Homme a pour mission exclusive de mettre en œuvre la CEDH, se pose la question de savoir comment celle-ci pourrait protéger de manière efficiente les droits sociaux, c'est-à-dire tous les droits sociaux, qu'ils soient ou non retenus par la CEDH. En d'autres termes, quelles sont les sources auxquelles la Cour EDH pourrait avoir recours pour assurer la protection pleine et entière des droits sociaux ?

¹ Cour EDH, Gr. Ch., *Osman c/ Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII.

² Jean-François Renucci in *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007.

³ Droit à l'hébergement, droit au bénéfice de l'assistance sociale et médicale de base, droit à un revenu minimal.

Ainsi, s'il apparaît en premier lieu que la Cour EDH offre une protection aux droits sociaux en s'appuyant sur les textes adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe (I), il n'en demeure pas moins que la Cour n'hésite pas à s'inspirer de textes adoptés dans le cadre d'autres organisations internationales (II).

I. Les sources internes au Conseil de l'Europe

Créé le 5 mai 1949, le Conseil de l'Europe, qui comprend actuellement 47 Etats membres⁴, a pour objectif de favoriser en Europe un espace démocratique et juridique commun, organisé autour de la Convention européenne des droits de l'Homme et d'autres textes de référence sur la protection de l'individu, telle que la Charte sociale européenne⁵.

Si la CEDH s'attache principalement à la protection des droits civils et politiques, il n'en demeure pas moins qu'elle consacre quelques droits sociaux (A). De surcroît, la Cour EDH s'inspire notamment de la CSE pour conférer une portée plus protectrice des droits sociaux à la CEDH (B).

A) L'ancrage des droits sociaux avec la CEDH

Certes la CEDH consacre essentiellement des droits civils et politiques, cependant trois droits sociaux sont également reconnus par cette convention complétée par les protocoles additionnels. Tout d'abord, la liberté syndicale est proclamée par l'article 11 de la CEDH. Ensuite, l'interdiction du travail forcé et obligatoire est affirmée à l'article 4 § 2. Enfin, l'article 2 du Protocole n° 1 reconnaît le droit à l'instruction.

S'agissant de l'article 11, celui-ci reconnaît de façon générale la liberté d'association, qui est un droit civil et politique, avant de s'intéresser de façon plus précise à la liberté syndicale (article 11 § 1 in fine). Cette dernière est, selon la Cour EDH « une forme ou un aspect spécial de la liberté d'association »⁶.

En ce qui concerne le travail forcé et obligatoire, interdit par l'article 4 § 2, il se définit comme un travail imposé à une personne contre son gré, présentant un caractère injuste et oppressif et constituant une épreuve inévitable⁷. Cette interdiction a été étendue par la suite aux formes modernes de travail forcé et obligatoire, tel que l'esclavage domestique⁸ (ce à quoi peuvent être assimilés la confiscation du passeport, le défaut de rémunération ou la rémunération sans rapport avec le service fourni, ainsi que la séquestration ou l'auto séquestration et l'isolement physique, culturel ou affectif⁹).

Enfin, l'article 2 du Protocole n°1 reconnaît le droit à l'instruction, qui vise principalement la transmission des connaissances et la formation intellectuelle¹⁰.

⁴ Au 12 mars 2009.

⁵ Site officiel du Conseil de l'Europe: <http://www.coe.int/defaultFR.asp>

⁶ Cour EDH, Cour pl., *Syndicat national de la police belge c/ Belgique*, 27 octobre 1975, série A. 19.

⁷ Définition consacrée par l'art. 2 § 2 de la Convention n°20 de l'OIT et reprise par les instances européennes, Cour EDH, Cour pl., *Van de Müsselle c/ Belgique*, 23 novembre 1983, série A. 70.

⁸ Cour EDH, *Siliadin c/ France*, 26 juillet 2005, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-VII.

⁹ J. F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, p. 508.

¹⁰ Cour EDH, *Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni*, 25 février 1982, série A. 48.

Si la formulation négative de l'article 2 de ce Protocole oblige a priori les Etats à créer un enseignement officiel et général, elle ne leur impose pas une obligation de créer des enseignements particuliers¹¹. Plus généralement, le droit à l'instruction est le droit de toute personne de bénéficier des moyens d'instruction existant à un moment donné¹². En effet, l'article 2 du Protocole 1 garantit le droit d'accès aux établissements scolaires existants. Evidemment, il faut que ce droit d'accès ait un « effet utile », ce qui veut dire que les diplômes et les études doivent faire l'objet d'une reconnaissance officielle pour pouvoir être utilisés dans un but professionnel¹³.

Ainsi, force est de constater que de nombreux droits sociaux ne sont pas consacrés par la CEDH, notamment le droit au travail. Néanmoins, la Cour a reconnu que les droits civils et politiques ont souvent des prolongements d'ordre économique ou social et partant on ne peut pas opérer une séparation nette entre les deux domaines. Elle a de surcroît estimé ne pas avoir à « écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux »¹⁴. Ainsi, la Cour EDH parvient à assurer une protection indirecte des droits sociaux en se rattachant à un droit garanti.

En ce qui concerne l'article 11, la Cour EDH a reconnu que l'octroi du droit de grève est l'un des moyens par lesquels les Etats peuvent assurer la liberté pour un syndicat de protéger les intérêts professionnels de ses membres¹⁵. Puis, la Cour a relevé que, compte tenu de l'importance du droit de grève pour les syndicats, qui disposent alors d'un moyen efficace de protéger les intérêts professionnels de leurs adhérents, une interdiction de faire grève serait une ingérence dans l'exercice des droits garantis par l'article 11¹⁶.

S'agissant de l'article 6 § 1, son application aux droits sociaux a pu se faire grâce à l'interprétation large, par la Cour, de la notion de « droits et obligations de caractère civil » de cette disposition. La Cour a jugé que le droit à un procès équitable et public est applicable en droit du travail dès lors que les parties au litige ont des rapports juridiques de droit privé¹⁷, notamment aux litiges relevant de la sécurité sociale concernant l'octroi de prestations¹⁸ ou ceux concernant le versement de cotisations¹⁹.

Par ailleurs, dans son arrêt du 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c/ Italie*, la Cour EDH a fait découler de l'article 2 (protection de la vie) une obligation pour les Etats de protection de la santé, en mettant en place « un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient publics ou privés, l'adoption de mesures

¹¹ Commission EDH, déc., *Simpson c/ Royaume-Uni*, 4 décembre 1989, D.R. 64.

¹² En ce sens F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 2006, 8^{ème} éd., p. 240.

¹³ En ce sens J. F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, p.509.

¹⁴ Cour EDH, *Airey c/ Irlande*, 9 octobre 1979, série A. 32.

¹⁵ Cour EDH, *Schmidt et Dahlström c/ Suède*, 6 février 1976, série A. 21.

¹⁶ Cour EDH, *UNISON c/ Royaume-Uni*, 10 janvier 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-I.

¹⁷ Cour EDH, *Obermeier c/ Autriche*, 28 juin 1990, série A. 179 (différend entre une entreprise privée et un salarié).

¹⁸ Cour EDH, Cour pl., *Feldbrugge c/ Pays-Bas*, 29 mai 1986, série A. 99.

¹⁹ Cour EDH, *Schouten et Meldrum c/ Pays-Bas*, 9 décembre 1994, série A. 304.

propres à assurer la protection de la vie de leurs malades ». Le droit à la santé a été également protégé sous l'angle de l'article 8²⁰.

Pour ce qui est de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné à l'article 14, la Cour a jugé plusieurs cas concernant la concession de droits sociaux, tels que les pensions²¹ et les allocations d'urgence²², en affirmant que « dès lors qu'un Etat contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale, cette législation doit être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 pour les personnes remplissant ses conditions »²³. Puis, la Cour se fonde sur la non-discrimination pour consacrer le droit à l'égalité de traitement en matière de prestations sociales.

Aussi, il est indéniable que grâce à la jurisprudence constructive de la Cour EDH, la CEDH devient de plus en plus perméable aux droits sociaux²⁴. Toutefois, il convient de préciser que la Cour EDH est incompétente *ratione materiae* pour connaître des requêtes fondées directement sur les droits sociaux non reconnus par la CEDH. Déjà, la Commission EDH se déclarait systématiquement incompétente pour connaître des requêtes invoquant directement un droit social non inscrit dans le CEDH²⁵. C'est pourquoi, il peut être affirmé que « les juges n'ont certes pas consacré des droits sociaux, mais ils ont assuré une meilleure protection sociale de façon indirecte, en appliquant des droits civils dans le domaine social. Ils ont ainsi utilisé la technique [...] de la protection par ricochet »²⁶.

La Cour EDH élargit la liste de ses sources potentielles grâce à la protection par ricochet, mais elle s'inspire également, dans le cadre du système du Conseil de l'Europe, des textes spécifiques visant à la protection des droits sociaux.

B) L'extension des droits sociaux avec la CSE

Si le Conseil de l'Europe a consacré les droits sociaux par plusieurs conventions européennes portant exclusivement sur ceux-ci, à savoir la Convention relative au statut du travailleur migrant (entrée en vigueur en 1983), la Convention de sécurité sociale (1977), la Convention européenne relative à la protection sociale des agriculteurs (1977) ou encore la Convention européenne d'assistance sociale et médicale (1954) ; la Charte sociale européenne (ouverte à la signature à Turin le 18 octobre 1961, entrée en vigueur le 21 février 1965 et à laquelle s'ajoute un protocole additionnel du 5 mai 1988) est incontestablement

²⁰ Commission EDH plénière, *Passannante c/ Italie*, 1^{er} juillet 1998, D. R. n° 94-B, p. 91.

²¹ Cour EDH, Gr. Ch., *Stec et autres c/ Royaume-Uni*, 12 avril 2006, non publié et Cour EDH, *Walker c/ Royaume-Uni*, 22 août 2006, non publié.

²² Cour EDH, *Gaygusuz c/ Autriche*, 16 septembre 1996, Recueil 1996-IV.

²³ Cour EDH, Gr. Ch., déc., *Stec et autres c/ Royaume-Uni*, 6 juillet 2005, Recueil des arrêts et décisions 2005-X.

²⁴ En ce sens J. F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, p.509.

²⁵ Comm. EDH, *Andersson et Kullman c/ Suède*, 4 novembre 1986, DR 46/251.

²⁶ Jean-François Renucci in *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007.

l'instrument spécifique le plus important de protection des droits sociaux au sein du système du Conseil de l'Europe.

La Charte sociale européenne (CSE), suite à un processus de modification, coexiste finalement avec la Charte sociale révisée (1996) qui était censée la compléter et la remplacer.

Cette Charte révisée complète aussi la CSE concernant les contrôles dont peuvent faire l'objet les Etats puisque, se référant au protocole additionnel à la CSE, elle prévoit un système de deux mécanismes de contrôle opéré par le Comité européen des droits sociaux sur la base soit des rapports étatiques, soit des réclamations collectives²⁷. La Cour EDH se sert d'ailleurs épisodiquement des rapports du Comité européen des droits sociaux dans ses réflexions²⁸.

Les Etats doivent accepter au moins 6 des 9 articles du noyau dur de la Charte : articles 1 (droit au travail) , 5 (droit syndical), 6 (droit de négociation collective), 7 (droits des enfants et des adolescents à la protection), 12 (droit à la sécurité sociale), 13 (droit à l'assistance sociale et médicale), 16 (droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique), 19 (droits des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance) et 20 (droit à l'égalité des chances et des traitements en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe) et choisir un nombre supplémentaire d'articles ou de paragraphes auxquels ils sont liés. Le nombre total des articles et des paragraphes numérotés ne doit pas être inférieur réciproquement à 16 ou à 63.

Il n'appartient pas à la Cour EDH d'appliquer la CSE, toutefois, les juges de Strasbourg n'hésitent pas à s'y référer. En effet, ils interprètent parfois les dispositions de la CEDH et de ses protocoles à la lumière de la CSE. Une telle interprétation peut être dangereuse dans la mesure où elle pourrait conduire à une extension de la CEDH et dès lors à une extension de l'engagement des Etats sans que ceux-ci y aient consenti. En effet, d'une part la CSE n'a pas la même force que la CEDH et, d'autre part, les Etats ne sont pas tenus de s'engager pour l'ensemble des articles de la CSE²⁹.

La Cour EDH a ainsi reconnu un « poids particulier » à l'article 1 § 2 de la CSE, qui consacre « le droit de gagner sa vie par un travail librement entrepris », et à la portée qu'en donne le CEDS, à savoir que cette disposition énonce « le droit de ne pas subir de discrimination dans le cadre du travail », pour interpréter

²⁷ Concernant cette procédure seuls les Etats suivants l'ont reconnue : Belgique, Bulgarie, Croatie, Chypre, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Pays-Bas, Norvège, Portugal, Slovaquie, Suède ; c'est-à-dire 14 Etats sur 40 qui ont ratifié au moins l'une des deux chartes sociales européennes, site officiel du Conseil de l'Europe au 4 mars 2009 (www.coe.int).

²⁸ Cour EDH, Gr. Ch., *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, 11 janvier 2006, *Recueil des arrêts et jugements* 2006-I. Arrêt dans lequel l'interprétation de la Cour repose explicitement sur les conclusions du CEDS (Conclusions XIV-1, XV-1 et XVI-1, le Comité européen des Droits sociaux estima que la loi danoise sur la protection des salariés contre le licenciement pour cause d'appartenance à une association enfreignait l'article 5 de la Charte sociale (...), en conséquence de quoi le Comité gouvernemental de la Charte sociale européenne proposa qu'une recommandation fût adressée au Danemark. (...).

²⁹ En ce sens J. F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, p.509.

l'article 8 de la CEDH combiné à l'article 14. Elle a ainsi conclu que l'impossibilité où les requérants se trouvaient de se porter candidats à divers emplois dans le secteur privé en raison de la législation nationale, portait atteinte à leur droit au respect de la vie privée³⁰.

Chaque Etat adhérent à la CSE étant tenu de respecter l'article 1^{er}, cette pratique, bien que conférant une force qu'elle n'a pas à la CSE, est admise.

En revanche, si l'Etat défendeur n'a pas choisi d'être lié par un article de la CSE, l'interprétation de la CEDH à la lumière d'un tel article semble condamnable puisque l'Etat est alors contraint de respecter un engagement qu'il n'a pas pris. Néanmoins, la Cour EDH a recours à cette pratique. Ainsi, dans un arrêt du 21 novembre 2006, *Demir et Baykara c/ Turquie*, la Cour (deuxième section) a interprété l'article 11 de la CEDH (liberté syndicale) en y englobant le droit de négociation collective (qui n'est pas visé par cet article) à la lumière de l'article 6 de la CSE (qui, lui, prévoit ce droit) alors que l'Etat défendeur n'avait pas choisi de se soumettre à cet article de la CSE.

Cette solution a été confirmée par la Grande Chambre, dans un arrêt du 12 novembre 2008 *Demir et Baykara c/ Turquie* puisqu'elle a rejeté l'argument du Gouvernement turc selon lequel, dans le cadre d'une requête, on ne saurait opposer à la Turquie des textes internationaux autres que la Convention, notamment ceux qu'elle n'a pas ratifiés. Et à la Cour de rappeler que, « lorsqu'elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, elle peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des Etats européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergent des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des Etats contractants peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques. Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que l'Etat défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée ».

Ces chartes sociales européennes ont fait l'objet de nombreuses critiques vis-à-vis d'autres textes internationaux protégeant les droits sociaux. Ainsi, en les comparant à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le Professeur Frédéric Sudre a souligné que les principales critiques dont elles font l'objet sont :

« - la création d'une Europe sociale à géométrie variable [adhésion à la carte : choix minimal de 6 articles sur 9 du noyau dur fondamental et au total au moins 16 articles ou 63 paragraphes numérotés]

- un mécanisme de contrôle trop dépendant des Etats

- un manque d'actualisation du texte »³¹, démontré par le fait que les deux Chartes sociales européennes coexistent alors qu'à l'origine la Charte révisée devait se substituer à la Charte de 1961)

³⁰ Cour EDH, *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*, 27 juillet 2004, *Recueil des arrêts et décisions* 2004-VIII.

³¹ F. Sudre in Gilles SINTES, *La politique sociale de l'Union Européenne*, Institut de Recherche et de Réflexion sur la Coopération Européenne Montpellier, presses universitaires européennes, Bruxelles 1996.

Tout l'intérêt de cette comparaison réside en ce qu'elle peut faire naître une interaction entre les différents systèmes internationaux et amplifier la protection internationale des droits sociaux.

II. Les sources externes au Conseil de l'Europe

La Cour EDH définit la CEDH comme un mécanisme de défense des droits de l'Homme, aussi se doit-elle de l'interpréter et de l'appliquer d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoires. Partant, elle ne considère pas les dispositions de la CEDH comme l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits et libertés qu'elle contient.

De ce constat, la Cour EDH en conclut, en se fondant particulièrement sur les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qu'elle doit également prendre en considération toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes³². Ainsi, la Cour EDH s'inspire tant des instruments communautaires (A) que des instruments internationaux de protection des droits sociaux (B).

A) *Les instruments communautaires de protection des droits sociaux*

La Cour EDH reconnaît que le droit communautaire offre une protection des droits fondamentaux équivalente à celle offerte par la CEDH³³. Aussi, elle n'hésite pas à s'inspirer de la Charte des droits fondamentaux de l'UE³⁴ et de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Et ce d'autant plus que la Charte des droits fondamentaux de l'UE est la seule à donner corps au principe d'indivisibilité des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels³⁵ en les mettant sur un même plan³⁶.

Déclaration des droits fondamentaux, elle a été signée et proclamée par les Présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission lors du Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000. Les principaux droits protégés par cette charte sont : la liberté professionnelle et le droit de travailler (art. 15), les droits de l'enfant (art. 24) et des personnes âgées (art. 25), l'intégration des personnes handicapées (art. 26), les droits des travailleurs (art. 27 et suivants), la sécurité sociale et l'aide sociale (art. 34), la protection de la santé (art.35), la protection de l'environnement (art.37) et des consommateurs (art. 38), etc.³⁷.

La Charte a certes une valeur interinstitutionnelle mais il convient de relever que les Etats membres de l'Union européenne (UE) sont également parties

³² Cour EDH, Gr. Ch., *Saadi c/ Royaume-Uni*, 29 janvier 2008, non publié.

³³ Cour EDH, Gr. Ch., *Bosphorus c/ Irlande*, 30 juin 2005, Recueil des arrêts et décisions 2005-VI.

³⁴ Cour EDH, Gr. Ch., *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, 11 janvier 2006, *Recueil des arrêts et jugements* 2006-I dans lequel la Cour se fonde notamment sur l'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

³⁵ F. Sudre, *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme : un exercice de « jurisprudence fiction » ?* RTDH 2003, p.779.

³⁶ Brigitte Favarel-Dapas, Odile Quintin, *L'Europe sociale*, documentation française, coll. réflexe Europe, 2007.

³⁷ Site officiel de la Commission européenne: http://ec.europa.eu/justice_home/unit/charte/index_fr.html

à la CEDH. Or, de par ses compétences étendues, l'UE est amenée à régler des domaines juridiques dans lesquels les Etats membres se sont déjà engagés sur le plan international. Ainsi se créent des interactions indirectes entre droit communautaire et autres systèmes de protection des droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour EDH illustre parfaitement ces problèmes de coordination des ordres juridiques.

Dans son arrêt *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c/ Irlande* du 30 juin 2005, la Cour EDH donne une solution conciliante à la coordination de son droit avec le droit communautaire puisqu'elle établit une présomption de conformité du droit communautaire aux droits fondamentaux qu'elle protège. De surcroît, dans cet arrêt, la Cour EDH précise que « la Cour n'a jamais considéré les dispositions de la Convention comme l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits et libertés qu'elle contient. Au contraire, elle doit également prendre en considération toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes ».

La Cour EDH interprète également la CEDH à la lumière de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, notamment relativement à la question du monopole syndical d'emploi (accord passé entre un ou plusieurs syndicats et un ou plusieurs employeurs, afin que les salariés appartiennent exclusivement à un syndicat déterminé).

Ainsi, dans l'arrêt *Sigurður A. Sigurjónsson c/ Islande* du 30 juin 1993³⁸, la Cour de Strasbourg relève qu'il existe un « degré croissant de consensus » puisque « l'article 11 § 2 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs [...] dispose que 'tout employeur et tout travailleur a la liberté d'adhérer ou de ne pas adhérer' à des organisations professionnelles ou syndicales, sans qu'il puisse en résulter pour lui un dommage personnel ou professionnel ». Elle en conclut que l'article 11 consacre le droit d'association « négatif » en jugeant que l'affiliation syndicale obligatoire « atteint la substance même du droit protégé » par ledit article.

Par la suite, dans l'arrêt *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, du 11 janvier 2006, la Cour EDH était à nouveau saisie de la question de savoir si l'existence d'accords de monopole syndical avant embauche constituait une violation du droit à la liberté d'association des travailleurs (liberté syndicale), au sens de l'article 11 de la Convention. Suite à l'examen de la législative danoise, la Cour EDH se réfère explicitement à l'existence d'un véritable consensus intergouvernemental en la matière. Pour étayer son propos, elle souligne ainsi que la pratique des contrats de monopoles syndicaux est clairement prohibée par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, alors même que celle-ci n'a pas de force contraignante. La Cour EDH en déduit que : « les Etats contractants ne sont guère favorables au maintien des accords de monopole syndical et que les instruments européens évoqués ci-dessus indiquent clairement que l'usage de ces accords sur le marché de l'emploi n'est pas indispensable pour garantir la jouissance effective

³⁸ Cour EDH, *Sigurður A. Sigurjónsson c/ Islande*, 30 juin 1993, série A. 264.

des libertés syndicales », et conclut donc à une violation de l'article 11 de la Convention.

Enfin, la Cour, au regard du droit communautaire, s'est également prévaluée des directives et des règlements de l'Union européenne (en matière de protection de mineurs³⁹ par exemple).

Si le droit communautaire occupe une place importante en tant que source internationale sur laquelle se fonde la Cour EDH, elle n'est pas la seule ; beaucoup d'autres conventions et actes juridiques internationaux défendent les droits sociaux et constituent donc une inspiration pour la Cour.

B) Les instruments internationaux de protection des droits sociaux

La Cour EDH se réfère notamment aux conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT), à la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) et au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) de la même manière qu'elle se réfère à la CSE et aux Chartes communautaires : elle interprète la CEDH à la lumière de ces conventions et déclaration. Ainsi, la vocation universelle de ces textes internationaux permet à la Cour de conclure à l'existence de normes internationalement acceptées.

En effet, l'OIT est l'agence tripartite de l'ONU qui rassemble gouvernements, employeurs et travailleurs de ses Etats membres dans une action commune pour promouvoir le travail décent à travers le monde. Depuis 1919, l'OIT a mis en place et développé un système de normes internationales du travail visant à accroître pour les hommes et les femmes les chances d'obtenir un travail décent et productif, dans des conditions de liberté, d'équité, de sécurité et de dignité⁴⁰.

Par ailleurs, la DUDH, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, a fortifié le mouvement international pour les droits de l'Homme en énonçant pour la première fois dans l'histoire de l'humanité les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels fondamentaux, bien qu'elle n'ait pas de force juridique obligatoire⁴¹.

Enfin, le PIDESC, adopté à New York le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies et entré en vigueur en 1976, en ce qu'il reconnaît les droits de deuxième génération, vient pallier l'absence de force contraignante de la DUDH.

Ce Pacte pose le principe général fondamental selon lequel « dans la jouissance des droits assurés par l'Etat conformément au présent Pacte, l'Etat ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique » (article 4). Cela représente une

³⁹ Cour EDH, Gr. Ch., *Maslov c/ Autriche*, du 23 juin 2008.

⁴⁰ Site officiel de l'OIT : <http://www.ilo.org/global/lang--fr/index.htm>

⁴¹ Site officiel des Nations Unies : <http://www.un.org/french/aboutun/dudh.htm>

restriction significative de la marge d'appréciation des Etats en matière de droits sociaux. Les principaux droits énoncés par ce Pacte sont le droit au travail (article 6) et les droits des travailleurs (articles 7 et 8), le droit à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales (article 9), le droit à un niveau de vie suffisant pour toute personne et sa famille (article 11), le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre (article 12), le droit à l'éducation (article 13) et plus particulièrement à la gratuité de l'enseignement primaire (article 14) et le droit de participer à la vie culturelle (article 15)⁴².

Ainsi, la Cour EDH estime que les obligations précises que les dispositions substantielles de la CEDH font peser sur les Etats contractants peuvent s'interpréter à la lumière des traités internationaux applicables en la matière.

Tout d'abord, il convient de relever que la Cour EDH reprend à son compte la définition du travail forcé et obligatoire posée par l'article 2 § 2 de la Convention n° 20 de l'OIT ⁴³.

De surcroît, dans son arrêt du 26 octobre 2005, *Siliadin c/ France*, la Cour EDH s'est notamment fondée sur la Convention sur le travail forcé de l'OIT pour établir l'obligation positive de l'Etat concernant « l'interdiction de l'esclavage domestique », en énonçant que « limiter le respect de l'article 4 de la Convention aux seuls agissements directs des autorités de l'Etat irait à l'encontre des instruments internationaux spécifiquement consacrés à ce problème et reviendrait à vider la disposition en cause de sa substance ». C'est pourquoi les Etats doivent adopter des dispositions en matière pénale sanctionnant les pratiques visées à l'article 4 et les appliquer en pratique.

Dans l'arrêt *Demir et Baykara c/ Turquie* du 12 novembre 2008, la Cour EDH était en charge d'une question relative à la liberté syndicale des fonctionnaires. Elle commence par rappeler que l'article 11 § 1 présente la liberté syndicale comme une forme ou un aspect particulier de la liberté d'association⁴⁴. Ensuite, pour déterminer si les fonctionnaires peuvent bénéficier de l'article 11, autrement dit, s'ils disposent du droit de se syndiquer, la Cour s'appuie tant sur l'article 2 de la Convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical que sur l'article 8 du PIDESC, qui reconnaissent ce droit aux fonctionnaires, pour en conclure que « les 'membres de l'administration de l'Etat' ne sauraient être soustraits du champ de l'article 11. Tout au plus les autorités nationales peuvent-elles leur imposer des 'restrictions légitimes' conformes à l'article 11 § 2 ».

Par ailleurs, dans l'arrêt *Timichev c/ Russie* du 13 mars 2006, la Cour se réfère à l'article 26 de la DUDH, ainsi qu'aux articles 13 et 14 du PIDESC pour démontrer qu'il existe un consensus international en matière de droit à l'instruction, selon lequel il est « interdit de priver quiconque du droit à l'instruction » et qu'« il ne fait pas de doute que le droit à l'éducation garantit l'accès à l'instruction élémentaire, primordiale pour le développement de l'enfant ».

⁴² Site officiel des Nations Unies: <http://www2.ohchr.org/french/law/cescr.htm>

⁴³ A savoir « un travail imposé à une personne contre son gré, présentant un caractère injuste ou oppressif et constituant une épreuve inévitable ».

⁴⁴ Cour EDH, Cour pl., *Syndicat national de la police belge c/ Belgique*, précité.

Conclusion

Le système du Conseil de l'Europe est dans l'attente d'une évolution des sources sur laquelle la Cour Européenne des droits de l'Homme pourrait se fonder.

Cette évolution devra se faire sur de nouvelles bases textuelles. Deux possibilités s'offrent notamment aux membres du Conseil de l'Europe, à savoir : ratifier un nouveau protocole additionnel relatif aux droits sociaux ou, de manière plus générale, opérer une migration des droits sociaux dans le texte même de la Convention EDH.

- La recommandation 1415 du 23 juin 1999 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, en reconnaissant l'indivisibilité des droits sociaux des droits civils et politiques, a ouvert une nouvelle possibilité pour la connaissance des droits sociaux par la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Cette recommandation a été présentée dans le but de créer un Protocole additionnel à la Convention, qui étendrait le système de la Convention à certains droits économiques et sociaux, comme le droit à une assistance sociale et médicale de base, les droits des travailleurs à une rémunération et à des conditions de travail compatibles avec la dignité humaine, etc.

La solution de créer un protocole additionnel soulève toutefois des difficultés.

Le problème majeur posé par le protocole est que sa signature et sa ratification ne sont pas obligatoires pour les Etats. Par exemple le Protocole 12, qui protège de toute discrimination les droits sociaux prévus par les législations nationales, ouvert à signature le 4 novembre 2000, n'est entré en vigueur que très récemment quand enfin au moins dix Etats l'eurent ratifié.

Or, dans la conjoncture actuelle de crise peut-on attendre de TOUS les Etats qu'ils ratifient le protocole ?

En outre qu'en serait-il de l'opposabilité aux Etats qui ne l'auraient pas ratifié ?

L'efficacité du protocole est d'autant plus controversée qu'un projet de protocole additionnel à la Convention européenne sur les droits économiques, sociaux et culturels était déjà tombé dans l'oubli depuis 1987 comme l'a souligné le Professeur Sudre⁴⁵.

L'hypothèse du protocole a tout de même pour avantage que, même s'il venait à créer une Europe sociale à deux vitesses, on peut s'attendre à ce que le Comité des ministres fasse pression sur les Etats pour qu'ils ratifient et appliquent le protocole.

La solution proposée dans la recommandation 1415 est d'autant plus intéressante que la Cour EDH a reconnu que, nonobstant les difficultés que le Comité Directeur pour les Droits de l'Homme a rencontrées dans son travail de préparation du protocole, il existe une volonté des Etats membres de renforcer le mécanisme de la Charte sociale aux fins d'une protection plus effective des droits sociaux, en tant que droits de l'Homme.

⁴⁵ F. Sudre, *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme : un exercice de « jurisprudence fiction » ?*, RTDH 2003 p.779.

- L'autre solution conventionnelle consiste en une migration des droits sociaux dans le texte même de la CEDH.

Cette insertion, en conformité avec la recommandation 1354 de l'Assemblée parlementaire⁴⁶ constituerait un symbole et aurait pour avantage que le respect des droits sociaux se couplerait, au bénéfice des individus, avec les articles 1 et 13 (recours utile).

Ainsi les droits sociaux auraient une plus grande portée ; cependant, leur adoption serait sans doute beaucoup plus longue. En effet, il n'existe aucune disposition dans la CEDH concernant un possible amendement. Pour palier cette absence, on pourrait s'attendre à ce que s'ensuivent de longs débats doctrinaux, politiques et institutionnels. En outre, pour opérer la migration dans le texte de la Convention, l'unanimité des Etats serait requise. Or, l'unanimité entraînerait des procédures et des négociations longues car les Etats pourraient se montrer frileux au regard des implications, notamment financières, d'une migration des droits sociaux dans la CEDH.

En attendant la création nécessaire de l'une de ces sources, la Cour s'attribue justement la mission d'étendre les droits sociaux et ce par différentes méthodes : celle de la mise en place de notions autonomes, la méthode des notions clés, la méthode de protection par ricochet, la théorie de l'inhérence, la théorie des obligations positives.

⁴⁶ Recommandation dans laquelle l'Assemblée souhaite que l'on étudie «la possibilité d'inscrire certains droits de la Charte sociale dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, afin de poser les bases d'un plus grand respect juridique».

QUEL ROLE POUR LA COUR DANS LE DEVELOPPEMENT D'UN SYSTEME DE PROTECTION DES DROITS SOCIAUX?

*Pierre-Henri PAULET * et Victor CAMBAZARD***

Contribution présentée par Pierre-Henri PAULET

Si la question du rôle tenu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans la protection des droits sociaux se pose à nous, c'est en raison du contenu même de l'instrument dont cette juridiction est chargée du contrôle. Soumise à la ratification des États le 4 novembre 1950 dans le cadre du tout jeune Conseil de l'Europe, la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (« la Convention ») n'entendait protéger qu'un ensemble de droits civils et politiques dont une combinaison d'institutions, la Commission et la Cour Européenne des Droits de l'Homme (« la Cour »), était à l'origine chargée du respect. Les membres du Conseil de l'Europe étaient alors convenus de la rédaction d'un second texte équivalent, destiné quant à lui à promouvoir les droits économiques et sociaux. Il en a résulté la Charte sociale européenne (« la Charte ») signée à Turin le 18 octobre 1961. Contestable, la distinction en deux grandes classes des droits et libertés fondamentaux trouve sa justification première dans le contexte historique post-Deuxième Guerre Mondiale, marqué par l'entrée dans la Guerre Froide. Outre l'affirmation d'une différence de nature entre les droits de l'Homme d'inspiration libérale et les droits de l'Homme d'inspiration socialiste, l'idée incluait aussi une certaine idée de hiérarchie entre tous ces droits (on parlera plutôt, aujourd'hui de « générations »). À l'échelle internationale, si la Déclaration des Droits de l'Homme rassemblait bien – sans pour autant les mélanger – ces deux grandes familles de droits fondamentaux, les deux pactes internationaux de 1966 témoignent pour leur part de la dichotomie entre droits civils et politiques d'un côté et droits sociaux, économiques et culturels de l'autre.

Au niveau régional, cette conception non unitaire des droits de l'Homme fut évidemment lourde de conséquences sur le plan procédural. Tandis que la Convention a pu bénéficier d'une protection juridique effective et contraignante, la Charte sociale ne fit l'objet que d'un suivi garanti par un Comité d'experts¹ chargé de rendre un avis portant sur le respect par l'État-partie de ses

* Etudiant à l'Université de Clermont-Ferrand, Conseiller juridique de l'équipe au concours Habeas Corpus.

** Etudiant à l'Université de Saint-Etienne, Conseiller juridique de l'équipe au concours Habeas Corpus.

¹ Le Comité européen des droits sociaux.

engagements au titre de la Charte sociale européenne, avant que le Comité des Ministres n'émette éventuellement une recommandation. Au-delà de cette Charte, d'autres textes consacrés à certains ensembles spécifiques de droits sociaux ont été élaborés au niveau du Conseil de l'Europe². La Charte fut elle-même complétée et révisée le 3 mai 1996, sans que le système de contrôle du respect de ses droits ne se mue en un contrôle de nature juridictionnelle. Par ailleurs, la question s'est régulièrement posée chez une fraction de juristes – mais en vain – d'élaborer un protocole additionnel à la Convention reprenant les droits sociaux de la Charte³, tandis que d'autres estimaient qu'il était envisageable d'étendre purement et simplement la compétence de la Cour à la Charte par la voie prétorienne. Finalement, la Cour de Strasbourg n'est demeurée compétente que pour assurer le respect de la Convention et de ses protocoles additionnels, essentiellement composés de droits civils et politiques.

Les droits et libertés civils et politiques peuvent se définir comme des droits constitutifs de garanties fondamentales propres à l'édification d'une société démocratique, en assurant le pluralisme politique, la liberté d'opinion et de croyance, le droit à un procès équitable, le droit à la vie et la protection contre la violence arbitraire de l'État, alors même que les droits sociaux s'attachent, pour leur part, à préserver les individus ou les catégories sociales de l'indigence en développant un cadre de vie juste et digne. La catégorie des droits sociaux va donc regrouper par déduction le droit au logement, le droit de travailler dans des conditions décentes, le droit d'accéder à la sécurité sociale, le droit à la protection de la santé etc.

Le contenu de la Charte n'est pas totalement novateur par rapport à l'ensemble des droits garantis par la Convention, dont certaines stipulations sont pourvues d'un caractère clairement social : le droit syndical, compris dans la liberté d'association de l'article 11, l'interdiction du travail forcé garantie par l'article 5 et le droit à l'instruction posé par l'article 2 du Protocole additionnel n°1. Par ailleurs, la justification de la hiérarchisation des différentes catégories de droits fondamentaux doit être remise en question. Séparer droits civils et politiques et droits économiques et sociaux était conforme à la vision que l'on a pu longtemps conserver de ces droits respectifs. En sus des aspects idéologiques, l'ont emporté des considérations d'ordre juridique tenant à la fameuse dichotomie entre « droits-libertés » et « droits-créances ». La première catégorie reposait prétendument sur une obligation seulement négative de la part de l'État (éviter des ingérences et des atteintes aux libertés) tandis que la seconde supposait des obligations positives de l'État, c'est-à-dire la mise en œuvre par les autorités nationales via des normes internes. Or, l'étude des droits fondamentaux nous amène pourtant à concevoir ceux-ci comme appartenant à une classe unique, sinon comme étant totalement interdépendants les uns des autres. Il apparaît enfin que les droits civils et politiques entraînent eux-mêmes dans bien des cas de figure une intervention positive de l'État. Au niveau communautaire, la récente

² Nous pouvons mentionner la Convention d'assistance sociale et médicale (1953) la Convention européenne de sécurité sociale (1972), la Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant (1977), la Convention pour la protection sociale des exploitants agricoles (1974) etc.

³ L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe a ainsi émis le 23 juin 1999 la recommandation 1415 (1999) en faveur de l'adoption d'un protocole additionnel comprenant un certain nombre de droits sociaux garantissant une protection des « besoins élémentaires » et une protection du « milieu du travail » (§ 15).

Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne représente ainsi une petite révolution en rassemblant dans un même texte droits civils, politiques, économiques et sociaux.⁴

La Cour européenne des droits de l'Homme elle-même a pu admettre dès 1979 dans un célèbre arrêt *Airey c. Irlande* qu'il n'existait, selon ses propres termes, aucune « cloison étanche »⁵ entre les droits civils et politiques et les droits sociaux. Le *leit motiv* du Conseil de l'Europe et de sa Cour étant le développement dynamique des droits de l'Homme, en phase avec l'évolution de la société, se pose la question de la pertinence de ce système de protection à deux degrés élaboré il y a un demi-siècle par les États membres.

S'interroger sur le rôle qu'a pu, que peut et que pourra revêtir la Cour pour la protection effective des droits de caractère social implique d'abord de s'interroger sur l'attitude adoptée jusqu'à présent par le juge européen. Car loin de se montrer restrictif quant à ses attributions, celui-ci a pu s'affranchir partiellement de la barrière artificielle élevée entre droits civils et politiques et droits sociaux, optant pour une démarche créative de nature à poser les jalons d'une garantie juridictionnelle pour un certain nombre de droits sociaux intimement liés à la mise en œuvre des droits civils et politiques.

Notre exposé va nous conduire irrémédiablement à synthétiser et nuancer ces observations préalables. Par sa jurisprudence, la Cour s'est aventurée prudemment sur le terrain des droits sociaux, n'aménageant pour l'heure qu'un embryon de protection juridique de ceux-ci. Mais une démarche plus volontaire et entreprenante, à laquelle il faut ajouter les larges possibilités de contrôle désormais offertes par l'entrée en vigueur du protocole additionnel n°12 relatif aux discriminations, pourrait bien modifier profondément la donne.

Jusqu'à présent la Cour n'a su protéger que partiellement les droits sociaux. Mais son rôle pourrait bien se consolider si l'extension des garanties offertes à des droits non expressément consacrée par la Convention se poursuivait via les différentes techniques jurisprudentielles déjà sollicitées (I). De plus, en se fondant sur la protection autonome contre les discriminations, il n'est pas exclu que la Cour en vienne à contrôler le respect global par les États des dispositions de la Charte sociale européenne. La prudence reste de mise, dans l'attente des premières décisions liées à l'invocation du protocole n°12 à la Convention (II).

I. Un rôle partiellement protecteur de la Cour européenne des Droits de l'Homme en matière de droits sociaux

Il n'a jamais été question pour la Commission comme pour la Cour de connaître d'un moyen fondé directement sur la violation par un État d'un droit social : ces cas de figure se sont systématiquement soldés par une déclaration d'irrecevabilité⁶. En revanche, les organes de contrôle de la Convention ont pu

⁴ Ce texte, qui devrait avoir valeur juridique avec l'entrée en vigueur du Traité-réforme de Lisbonne, divise quand même la doctrine sur la question de la réunification des droits fondamentaux. Le professeur REDOR-FICHOT estime ainsi que le régime juridique des droits « classiques » et des droits économiques, sociaux culturels et environnementaux sont « nettement différenciés ».

⁵ CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 26.

⁶ Comm. EDH, *Fay Godfrey c. Royaume-Uni*, 4 décembre 1982

développer une protection embryonnaire de certains droits à caractère social à partir du moment où ceux-ci contribuaient à la mise en œuvre de l'un des droits garantis par la Convention.

S'appuyant sur plusieurs théories et méthodes interprétatives, le juge européen en est naturellement venu à garantir des droits sociaux inhérents à des droits civils et politiques de la Convention ou composantes de ces derniers (A). Mais cette extension jurisprudentielle connaît ses limites ; la Cour n'est pas devenue le juge des droits sociaux au sein du Conseil de l'Europe et les possibilités qu'offre une interprétation constructive sont encore légions (B).

A. LES TECHNIQUES INTERPRÉTATIVES AU SERVICE DE LA RECONNAISSANCE PAR LA COUR DES DROITS SOCIAUX

Dans son arrêt *Johnston* de 1986, la Cour entendait se borner à faire respecter les droits contenus dans le texte de la Convention, proclamant qu'elle ne saurait dégager de la Convention « au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ »⁷. Pourtant, plusieurs techniques ont pu justifier le rattachement d'un droit de nature sociale à un droit civil ou politique protégé par la Convention, ce qui tend à démontrer le bien fondé du concept d'indivisibilité des droits fondamentaux.

Le juge européen a rapidement été amené à connaître de la violation de droits non expressément protégés par la Convention. Dans ce type de circonstances, il a pu être reconnu qu'un droit de nature sociale contribuait à la mise en œuvre d'un droit civil et politique, ce qui *a contrario* signifiait que la violation du premier entraînait la violation du second. C'est ainsi que des droits relevant de la matière sociale ont pu être protégés par le biais du droit à la vie, de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, ou encore du droit à la protection de la propriété⁸. Par une technique voisine, la Cour a pu également consacrer la protection de la santé – droit clef parce qu'ouvrant de larges perspectives – en l'intégrant au droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8 de la Convention⁹. Procéder à l'extension du contenu des droits consiste pour le juge européen à considérer un droit non expressément garanti par la Convention comme étant inhérent à l'exercice d'un autre droit protégé, lui, par ce texte. C'est ainsi que le droit de négociation collective a été reconnu inhérent à la liberté syndicale de l'article 11 § 1.¹⁰

Autre technique importante, la protection par ricochet s'applique de façon fréquente et permet à la Cour d'examiner des droits une fois encore non expressément garantis par la Convention parce qu'ils représentent un aspect particulier d'un droit civil ou politique. Ainsi, la dignité des conditions du prisonnier résulte de la protection par ricochet de l'article 3 contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants¹¹. Autre exemple : la Cour a pu protéger le

⁷ CEDH, *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 53.

⁸ GÜNTER NAGEL, Siegfried, « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en matière sociale », *Revue du droit sanitaire et social*, 2007, p. 204.

⁹ CEDH, *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998 ; CEDH, *Bensaïd c. Royaume-Uni*, 6 février 2001

¹⁰ CEDH, *Gustafsson c. Suède*, 25 avril 1996

¹¹ CEDH, *Kudla c. Pologne*, 6 octobre 2000 ; CEDH, *Peers c. Grèce*, 19 avril 2001 ; CEDH, *Kalashnikov c. Russie*, 15 juillet 2002.

droit de conserver son emploi via un moyen fondé sur la liberté syndicale¹² ou un moyen fondé sur la liberté d'expression¹³. Il convient de noter que la conséquence des ces extensions est la reconnaissance d'obligations positives pour l'État de mettre en œuvre une législation suffisamment protectrice pour que les droits et libertés de la Convention soient effectivement garantis et exercés, au-delà de la simple proclamation. Le juge de Strasbourg a souligné à cet égard que la Convention devait « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs »¹⁴.

Un autre aspect particulièrement important de la protection par ricochet est la mise en œuvre de garanties procédurales pour les droits sociaux dans l'ordre interne, résultant d'une jurisprudence entreprenante de la Cour, entamée le 29 mai 1986 avec l'arrêt *Feldbrugge c. Pays-Bas*¹⁵ lorsque fut reconnu le « caractère civil » (au sens de l'article 6 § 1 de la Convention) du contentieux social. La Cour est parvenue à une conclusion similaire quatre ans plus tard à propos des litiges relatifs au droit du travail¹⁶. Les droits procéduraux des articles 5 et 6§1 de la Convention se déclinent eux-mêmes en plusieurs garanties procédurales. Dans des affaires mettant en cause les États à propos de l'invocation des droits sociaux devant les juridictions nationales, le juge européen a tour à tour reconnu le droit d'accès à un tribunal¹⁷, le droit à faire entendre sa cause dans un délai raisonnable¹⁸ et enfin le droit d'obtenir l'exécution d'un jugement dans un délai raisonnable avec le récent arrêt *Miclici c. Roumanie*.¹⁹

Une vision encore plus large de la mise en œuvre des droits fondamentaux civils et politiques, sinon une plus grande détermination, pourrait permettre à la Cour d'accentuer la dynamique en faveur de l'intégration prétorienne des droits sociaux dans son champ de compétences. Les possibilités en la matière s'avèrent encore nombreuses.

B. DES POSSIBILITÉS D'EXTENSION DU CHAMP DE PROTECTION DE LA COUR ENCORE PLÉTORIQUES

L'indivisibilité des droits de l'Homme conduit naturellement à consacrer des droits sociaux en précisant et en approfondissant le cadre de la garantie de droits civils et politiques. Mais les avancées jurisprudentielles sont évidemment limitées. L'ensemble de ces considérations ne peut nous autoriser à parler d'un quelconque contrôle de la Charte sociale européenne par la Cour, bien que la Cour s'inspire de la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux. Certains droits équivalents à des droits énoncés dans la Charte bénéficient seulement d'une protection restreinte tenant à l'emploi des techniques énoncées précédemment, mais non l'ensemble des droits de ce texte ; tout va dépendre du

¹² CEDH, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981

¹³ CEDH, *Fuentes Bobo c. Espagne*, 1^{er} juin 1999

¹⁴ CEDH, *Airey c. Irlande*, préc. cit. § 26.

¹⁵ Cf. également en matière de sécurité sociale et d'aides sociales CEDH, *Salesi c. Italie*, 26 février 1993

¹⁶ CEDH, *Obermeier c. Autriche*, 28 juin 1990

¹⁷ Comm. EDH, *Kovachev c. Bulgarie*, 28 octobre 1997.

¹⁸ Cour EDH, *Mocic c. France*, 8 avril 2003.

¹⁹ CEDH, *Miclici c. Roumanie*, 20 décembre 2007.

contexte et de la possibilité ou non de rattacher pertinemment un droit social à un droit civil ou politique de la Convention. Il n'appartient pourtant qu'à la Cour d'approfondir cette démarche pour tendre vers la reconnaissance d'autres droits sociaux.

Dans un article publié à la *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* il y a quelques années, F. SUDRE²⁰ s'était livré à une réflexion par anticipation visant à répertorier les droits sociaux présents dans la Charte de Turin et susceptibles d'être indirectement protégés devant la Cour par le seul biais des techniques jurisprudentielles déjà mises en œuvre. À titre d'exemple, citons d'abord l'intégration sociale et la participation à la vie de la communauté des personnes handicapées, figurant à l'article 15 de la Charte de Turin : ce droit pourrait en toute logique entrer dans le champ de l'article 8 de la Convention garantissant le droit au respect « *d'une vie privée et familiale* ». De même, des conditions de vie misérables peuvent constituer une violation de l'article 3 de la Convention prohibant la torture et les traitements inhumains ou dégradants. L'interdiction du travail des enfants de moins de 15 ans, qui figure à l'article 7 § 1 de la Charte sociale européenne, pourrait sans nul doute être considérée comme « inhérente » à l'interdiction du travail forcé énoncée par l'article 4 de la Convention. Suivant la même logique, rien n'empêche de concevoir le droit des travailleuses à la protection de la maternité comme inhérent lui-aussi à l'article 8 de la Convention. D'ailleurs, les recours à l'article 8 et à l'article 3 recèlent un potentiel protecteur particulièrement important pouvant bien garantir, parmi d'autres, le droit à la protection contre les licenciements abusifs, effectués sans « *motif valable* » (article 24 de la Charte).

Malgré cette jurisprudence entreprenante, la Cour est restée mesurée et n'a jamais pénétré de plein pied le champ vaste des droits sociaux. L'évolution du rôle de la Cour dans la protection des droits sociaux entame véritablement une phase charnière grâce à l'entrée en vigueur du protocole additionnel n°12 signé à Rome cinquante ans jours pour jours après la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. Sans intégrer explicitement la Charte sociale européenne dans le champ de compétence de la Cour de Strasbourg, ce protocole devrait tout de même permettre de franchir un cap majeur en direction d'une protection plus systématique des droits sociaux par cette juridiction.

II. Vers une possible juridictionnalisation systématique des droits sociaux devant la Cour européenne des droits de l'homme

L'entrée en vigueur le 1^{er} avril 2005 du Protocole additionnel n°12 à la Convention rend autonome la protection par la Cour des discriminations, contrairement à l'article 14 de la Convention qui ne pouvait être invoqué sans être combiné avec la violation d'un autre droit de la Convention ou de ses protocoles.

²⁰ SUDRE, Frédéric, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n°55, 2003, p.755.

Dès lors, la Cour sera compétente pour connaître de n'importe quelle discrimination fondée sur un droit garanti dans le système interne des États, ce qui comprend le domaine des droits sociaux. (A). Il ne devrait pas, néanmoins, résulter de cette évolution une protection identique pour chaque État-membre ni même un système de protection de la Charte équivalent à celui de la Convention. Le protocole n°12 comporte visiblement des lacunes (B).

A. LES DISCRIMINATIONS EN MATIÈRE DE DROITS SOCIAUX DANS LE CHAMP DE COMPÉTENCE DE LA COUR

Les dispositions du protocole additionnel n°12 n'opèrent pas littéralement une extension *rationae materiae* de la compétence de la Cour à la Charte. Mais en s'intéressant aux discriminations survenant dans l'application de la « loi » nationale, ce protocole permet indubitablement de contrôler le respect du principe d'égalité, corollaire de la non-discrimination, dans la mise en œuvre des droits, de tous les droits, droits sociaux inclus de fait. Est-ce à dire que la Cour se refusait complètement de statuer, jusqu'alors, sur les discriminations en matière sociale ? La réponse est négative. Evidemment non systématique, un tel contrôle a pu être opéré parfois, notamment pour ce qui concernait les prestations de sécurité sociale entachées de discriminations reposant sur le sexe²¹ ou sur la nationalité²². Mais une étape sera véritablement franchie avec l'application du protocole n°12, pour peu que l'on accepte l'idée que le terme de « loi » de l'article 1 § 1 du texte corresponde à la « loi » au sens de la jurisprudence de la Cour (entendu à la fois comme le droit interne, les sources internationales et la jurisprudence), il en résultera un contrôle de l'application des droits de la Charte sociale européenne pour les États qui seront parties à ce texte et auront ratifié le protocole n°12. Dans un souci de cohérence avec sa propre jurisprudence, il est raisonnable de penser que la Cour donnera effectivement au mot « loi » sa définition extensive.

Dans l'attente des premières jurisprudences venant éclairer la mise en pratique du protocole n°12 par les États qui l'ont déjà ratifié, il est tout de même à craindre que la protection des droits sociaux ne soit encore incomplète et qu'elle ne s'avère en rien équivalente à ce qu'elle est pour les droits civils et politiques.

B. UNE PROTECTION DES DROITS SOCIAUX PAR LE PROTOCOLE N°12 VRAISEMBLABLEMENT LACUNAIRE ET HÉTÉROGÈNE

L'entrée en vigueur du protocole n°12 soulève deux séries d'interrogations que devra éclairer la Cour dans les mois à venir par sa jurisprudence.

La Cour n'appliquera les stipulations du protocole n°12, cela va sans dire, qu'aux seuls États qui l'auront ratifié. Toutefois, il n'est pas concevable que le juge européen puisse garantir le même niveau de protection en matière de droits

²¹ CEDH, *Wessels-Bergvoet c. Pays-Bas*, 4 juin 2002 ; CEDH, *Willis c. Royaume-Uni*, 11 juin 2002.

²² CEDH, *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996 ; CEDH, *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003.

sociaux à tous les États, puisque le contrôle portera sur l'application du droit interne²³. Ainsi, en intégrant *de facto* son champ de compétences, la Charte sociale européenne ne bénéficiera d'une protection de la part de la Cour que pour les États étant également parties à ce texte, avec toutes les nuances que cela suppose (clauses de réserves, sélections des droits selon les modalités propres de la Charte etc.). Partant, il est à craindre que l'exigence de la Cour soit inégale ou ne soit pas : en recherchant une protection minimale valable pour chacun des 47 États-membres, elle en viendrait à n'effectuer qu'un contrôle superficiel des droits sociaux. Plus vraisemblablement, la Cour fera une application plus fidèle au texte du protocole et se positionnera réellement en fonction du seul droit applicable dans l'ordre interne, au cas par cas.

Les États qui n'auront pas ratifiés le Protocole n°12 (ils sont encore nombreux en mars 2009 : Bulgarie, Danemark, France, Lituanie, Malte, Monaco, Pologne, Royaume-Uni, Suède et Suisse) n'en bénéficieront pas. Quant à ceux pour qui le texte sera applicable, il reste à connaître l'attitude de la Cour elle-même : va-t-elle s'en tenir à un contrôle strict de l'application des droits sociaux (lorsqu'ils existent) par les États ou bien va-t-elle en venir à contrôler l'existence même de ces droits sociaux et donc le respect des engagements pris par les États ? Les difficultés que poserait un contrôle trop étendu de la Cour sur la législation interne des États est d'ordre politique, d'autant plus que le mécanisme de contrôle de la Charte par le jeu des comités n'est pas supprimé. Il en résultera une protection des droits sociaux pouvant être extrêmement poussée dans les États-parties à la Charte sociale européenne, mais une protection tout de même hétérogène eu égard à la densité variable de la matière sociale dans chacun des États-parties à la Convention.

Le protocole n°12 ne s'intéresse qu'à l'application sur les administrés du droit national en se voulant une garantie juridique contre les discriminations. En se cloisonnant à ce rôle restrictif, la Cour de Strasbourg ne serait donc point en mesure d'exercer son contrôle sur la transcription des exigences de la Charte dans l'ordre interne, sur la réalisation concrète des objectifs fixés par ce texte dépourvu d'effet direct, mais seulement de veiller au respect des droits sociaux réellement reconnus dans l'ordre interne.

En fin de compte, l'enjeu déterminant qui pourrait bien orienter la position finale de la Cour tient à la réaction que vont nécessairement opposer les États si d'aventure le juge européen se révélait un peu trop expansif dans l'exercice de ses nouvelles attributions.

*
* *

La problématique des droits sociaux est difficilement détachable du contexte politique et de la situation économique que connaissent les États. La nécessité réelle pour les justiciables européens de garantir enfin un contrôle systématique du respect des droits fondamentaux à caractère social par les États se heurtera vraisemblablement à la tiédeur des gouvernements, d'autant plus que

²³ Il faut rappeler à ce sujet que la Charte sociale européenne n'est pas *self executing* et ne s'impose donc pas au juge interne. Ses stipulations doivent être mises en œuvre par la loi nationale.

la crise financière que traverse le Monde depuis l'automne 2008 n'incite guère à l'optimisme. Bien que l'actualité démontre que les États européens se déclarent soucieux de préserver les emplois menacés et de protéger les victimes des restructurations sociales, il est loisible de penser que ces mêmes États ne sont pas prêts d'accepter de la Cour qu'elle sanctionne les faiblesses des systèmes sociaux nationaux alors même qu'une crise profonde affecte le continent. En accord avec sa jurisprudence en matière de droits civils et politiques, la Cour devrait alors surmonter cet obstacle probable en se montrant plus souple, au regard des circonstances économiques exceptionnelles que les États ont à gérer, et dès lors moins protectrice...

Un facteur positif est à prendre en compte, quand bien même il se situe à une échelle plus restreinte : l'influence du droit communautaire et de la Charte des Droits Fondamentaux. En instaurant un système de protection juridictionnelle des droits sociaux au sein de l'Union européenne, une partie du continent et en conséquence des membres du Conseil de l'Europe va se faire progressivement à l'idée de la justiciabilité desdits droits. Il n'en demeure pas moins que deux États, le Royaume-Uni et la Pologne, ont obtenu des clauses *opting-out* pour échapper précisément à ce contrôle par la CJCE et par les juges nationaux des droits sociaux contenus dans la Charte des Droits Fondamentaux.

Si la voie vers une protection à la fois plus étendue et plus profonde des droits sociaux devant la Cour européenne des droits de l'homme est définitivement ouverte et apparaît indispensable à moyen terme, la pleine justiciabilité de l'ensemble des droits sociaux tels que les compile la Charte sociale européenne n'est probablement pas pour demain.

LES DROITS EUROPEENS DES SALARIES DEVANT LA COUR EDH : UNE AMPLIFICATION DE LA METHODE D'INTERPRETATION EVOLUTIVE

*Jean-Pierre MARGÉNAUD et Jean MOULY**

Depuis hier se déroule à Limoges un autre colloque qui vous a obligé à aménager vos chaleureuses modalités d'accueil pour nous permettre de jongler avec les deux. Nous vous remercions vivement et de votre compréhension et de votre accueil.

Ce colloque limousin a pour thème « Les catastrophes écologiques » et le droit ». Il y a entre les deux colloques un point commun qui n'est pas l'écologie, mais la catastrophe. Je tiens d'emblée à disculper mon ami Jean Mouly, qui n'est pas intervenu hier à Limoges et dont personne ne pourra dire que sa prestation est décidément aussi catastrophique aujourd'hui qu'hier. C'est pour son comparse que le qualificatif menace. La catastrophe, c'est aussi, et de manière plus significative, la Cour européenne des droits de l'Homme elle-même et le droit européen qu'elle construit patiemment au moyen d'un terrible arsenal jurisprudentiel fort de 10 500 arrêts rendus sur le fond depuis 1959. Le Doyen Carbonnier, l'illustre Doyen Carbonnier, entraînant dans son sillage les plus illustres des civilistes du siècle dernier, les Terré, les Cornu, les Lequette, les Malaurie, n'a-t-il pas écrit à la fin du 20^{ème} siècle dans les *Mélanges Terré* précisément, que ce siècle avait connu trois explosions : la première guerre mondiale, la seconde guerre mondiale et... l'Europe¹, comprenant la Cour européenne des Droits de l'Homme dont il avait regretté déjà, dans une formule désormais célèbre, qu'elle soit sortie de son lit² comme un fleuve qui inonde de paisibles plaines nourricières. Après l'eau, le feu. Un des plus hauts personnages de la République, actuellement membre du Conseil constitutionnel, naguère vice-président du Conseil d'Etat, n'a-t-il pas proclamé publiquement qu'il fallait brûler la Cour de Strasbourg³ ? Après les calamités naturelles, le fléau social. Un juriste

* Professeurs à la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Limoges, (O.M.I.J.).

¹ J. Carbonnier, « L'avenir d'un passé » in *Mélanges Terré*, PUF-Dalloz, Editions du Juris-classeur, 1999, p. 5.

² J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 56.

³ Cf. F. Sudre, *Petit lexique de la pratique française de la Convention européenne des droits de l'Homme*, in *Mélanges Madiot, Bruylant*, 2000, p. 434, V^o Cour européenne des droits de l'Homme.

éminent n'a-t-il pas posé la question de savoir si la Cour de Strasbourg n'était pas devenue une juridiction tyrannique⁴ ? Il y aurait beaucoup à dire sur les raisons de la violence de ces critiques françaises. Le souverainisme portant à la défense du génie du droit civil français contre la menace des droits venus d'ailleurs y est sûrement pour quelque chose. Cependant, plus le temps passe, plus il est difficile de résister à la tentation de l'attribuer à une forme mondaine de paresse intellectuelle. Quoi qu'il en soit, on pourrait s'attendre à ce que la férocité de ces attaques répétées conduisent la Cour de Strasbourg à faire profil bas. En réalité, elle n'ont pas l'air de lui faire plus d'effet que piquûres de taon à un bœuf charollais ou limousin qui continue imperturbablement, inlassablement, à creuser son sillon. Ainsi vient-elle de rendre à l'unanimité, le 12 novembre 2008, un arrêt qui fera date et qui peut déjà compter parmi les 10 plus grands arrêts de la décennie, toutes juridictions nationales et internationales confondues. Il s'agit de l'arrêt de Grande chambre *Demir et Baykara c/Turquie*, qui consacre les droits syndicaux des salariés⁵. En l'espèce, un syndicat de fonctionnaires, qui avait conclu une convention collective avec une municipalité, n'avait pas pu en faire respecter le contenu et l'action civile qu'elle avait exercée pour vaincre cette inertie s'était heurtée à une décision de la Cour de cassation turque selon laquelle il ne pouvait pas même ester en justice parce que l'interdiction faite alors aux fonctionnaires par le droit turc de fonder des syndicats l'avait empêché d'acquérir la personnalité juridique. En conséquence, les membres du syndicat fantôme furent contraints à rembourser les paiements reçus sur le fondement de la convention collective annulée puisqu'ils n'avaient pas pu valablement la conclure. Par un arrêt du 21 novembre 2006⁶, une Chambre de la Cour EDH avait jugé que la solution retenue par les juridictions turques avait constitué une violation de l'article 11 de la CEDH, qui consacre le droit à la liberté d'association et le droit de fonder des syndicats, non sans avoir souligné l'existence d'un lien organique entre la liberté syndicale et la liberté de conclure des conventions collectives. La Turquie, à laquelle cette solution avait déplu, notamment parce qu'elle s'appuyait sur des textes extérieurs à la CEDH qu'elle n'avait même pas ratifiés, a demandé et obtenu le renvoi de l'affaire en Grande chambre. Mal lui en a pris puisque, le 12 novembre 2008, la Cour a aussi conclu, à l'unanimité, à une violation de l'article 11 qui est d'ailleurs une double violation. La différence majeure avec l'arrêt de chambre, c'est que pour justifier la solution, elle a pris un recul théorique qui l'a poussée à énoncer aux paragraphes 85 et 86 les nouveaux principes qui orientent sa méthode d'interprétation évolutive suivant laquelle les droits garantis par la Convention doivent être interprétés à la lumière des conditions d'aujourd'hui de manière à ce qu'ils soient concrets et effectifs et non théoriques ou illusoire.

Je vais vous donner lecture de ces deux paragraphes mais, avant, je voudrais demander aux personnes sensibles qui sont imbibées des bons principes de souveraineté populaire et nationale dans lesquels elles ont été élevées de bien

⁴ B. Edelman, D.2008, 1946.

⁵ J.C.P. 2009, G, II,10018, note F. Sudre ; D.2009, 739, chr. J.P. Marguénaud et J. Mouly. On notera une évolution identique de la Cour Suprême du Canada, arrêt BC Health Service du 8 juin 2007, P. Verge et I. Desbarats, La liberté d'association assure-t-elle la liberté syndicale ? Analyse comparée des droit européen et canadien, JCP 2009, S, 1120.

⁶ J.C.P. 2007, G, II, 10038, note J-P Marguénaud et J. Mouly.

vouloir quitter la salle pendant quelques minutes. Ce que je dois lire peut leur faire du mal, beaucoup de mal.

1. *La Cour, quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des Etats européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergent des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des Etats contractants peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques.*

2. *Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que l'Etat défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la Cour que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes (mutatis mutandis, Marckx, précité, § 41).*

La portée de ces affirmations est évidemment très générale et peut à l'évidence affecter bien d'autres domaines que le droit syndical. Puisque c'est lui qui a été le catalyseur, c'est lui qu'il faut commencer par inscrire dans l'ère nouvelle ouverte par l'arrêt *Demir et Baykara*. Cependant, pour mieux comprendre où l'on va, il faut bien savoir d'où l'on vient. Or, en matière de droit syndical et plus généralement de droit social, la Cour de Strasbourg est partie pratiquement de rien, ce qui l'a longtemps conduite à tergiverser. Nous vous proposons donc d'étudier les tergiversations initiales de la Cour EDH en matière syndicale (I) avant de vous annoncer l'ère nouvelle de la liberté syndicale ouverte par l'arrêt *Demir et Baykara* (II).

Ière Partie. Les tergiversations initiales de la Cour EDH en matière syndicale.

Une analyse rétrospective de l'évolution de la jurisprudence de la Cour peut sans doute permettre de mieux comprendre la relative prudence des juges strasbourgeois s'agissant des prolongements syndicaux de l'article 11. Ce n'est en effet qu'en 1979, dans son célèbre arrêt *Airey c/ Irlande*⁷, que la Cour a proclamé l'indivisibilité des droits civils et politiques et des droits sociaux, en indiquant que, si la Convention énonce pour l'essentiel des droits relevant de la première catégorie, nombre d'entre eux ont des « prolongements d'ordre économique et social » et qu'il n'existe « nulle cloison étanche » entre la sphère des droits de la seconde génération et la Convention. Or la Cour EDH avait dû prendre parti sur une éventuelle protection des droits syndicaux par l'article 11 avant cette proclamation, dès le milieu des années soixante dix. Aussi bien la Cour avait-elle déjà adopté une attitude réservée à l'égard des droits syndicaux des salariés, attitude dont elle a eu, par la suite, du mal à se départir (A), même si, à la veille de l'arrêt *Demir et Baykara*, elle avait amorcé une évolution non négligeable (B).

⁷ In *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme* par F. Sudre, J.P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, PUF, collection Thémis Droit, 5^{ème} éd. 2009, n° 2, p. 18.

A. La réserve traditionnelle de la Cour.

On ne s'en étonnera pas, cette réserve porte davantage sur les droits dérivés de la liberté syndicale (2) que sur cette liberté elle-même (1).

1. En effet, bien que la liberté syndicale soit présentée par l'article 11 comme seconde au regard de la liberté d'association, la Cour de Strasbourg n'a pas hésité à la protéger de manière vigoureuse. Il est vrai qu'elle a été le plus souvent amenée à statuer sur cette liberté dans sa dimension individuelle et négative. Ainsi, dans son arrêt *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*⁸, elle a considéré qu'un étudiant licencié de son emploi saisonnier parce qu'il refusait de s'acquiescer de la cotisation syndicale au bénéfice d'un syndicat concurrent de celui qui avait ses préférences et qu'un jardinier embauché au prix d'une adhésion forcée à un syndicat dont il désapprouvait les orientations politiques étaient en droit de se plaindre d'une violation de l'article 11. Elle a même admis, dans cet arrêt, que ce volet négatif de l'article 11 devait bénéficier d'une protection à l'égal de celle reconnue au volet positif. La décision était d'autant plus remarquable qu'elle contenait une condamnation *abstraite et générale* des clauses d'entreprise fermée, quel que soit le moment auquel le salarié a été informé de son obligation d'adhérer au syndicat. La Cour montrait ainsi qu'elle n'hésitait pas à bousculer les fondements les mieux assurés de la protection collective instaurée dans de nombreux pays d'Europe du nord, quitte à terrasser le modèle syndical qui y prévaut. Les juges strasbourgeois étaient parvenus à ce résultat en mobilisant, non sans audace, la notion d'« autonomie personnelle », découverte quelque années plus tôt dans la douloureuse affaire *Pretty*⁹ au nom de la dignité et de la liberté humaines, et dont il n'était pourtant pas évident qu'elle puisse être transposée aux relations syndicales.

Evidemment, l'utilisation, dans ce domaine, d'un concept aussi individualiste n'était guère de nature à favoriser l'épanouissement des relations collectives. On notera cependant que, dans une affaire *ASLEF c/ Royaume-Uni* du 29 avril 2007, la Cour a en quelque sorte « syndicalisé » le volet négatif de la liberté syndicale en le faisant jouer cette fois au bénéfice d'un syndicat qui refusait dans ses rangs un adhérent membre d'un parti d'extrême droite¹⁰. Au contraire, en ce qui concerne les droits dérivés de la liberté syndicale, c'est à dire principalement le droit de négocier une convention collective et celui de faire grève, pour lesquels la dimension collective est prédominante, la Cour devait se montrer plus timorée.

2. En effet, pendant de longues années, ces aspects, pourtant positifs, de la liberté syndicale ont été cantonnés par la Cour EDH à un rôle secondaire parce que, selon elle, ils ne constituaient que des aspects particuliers de la liberté d'association. Dans plusieurs arrêts, l'un du 27 octobre 1975, l'arrêt *Syndicat national de la police belge*, les autres du 6 février 1976, les arrêts *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c/ Suède* et *Schmidt et Dahlström c/ Suède*, elle

⁸ CEDH 11 janvier 2006, GACEDH, préc., n° 62, p. 637 ; Dr. Soc. 2006, p. 1022, Chr. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; RTDH 2006, p. 787, obs. F. Krenk.

⁹ *Pretty c/ Royaume-Uni* 29 avril 2002, GACEDH, préc., n° 44, p. 452.

¹⁰ Cf. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *Les incursions de la CEDH en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte*, RDT, 2008, p. 16.

a considéré que le droit de négocier et le droit de grève, pas plus que le droit à consultation, n'entraient dans le champ d'application de l'article 11 et que les Etats n'avaient donc pas l'obligation d'en reconnaître la jouissance aux travailleurs et à leurs syndicats¹¹. Au soutien de sa position, la Cour de Strasbourg faisait valoir que les questions sociales, au sein du Conseil de l'Europe, étaient traitées dans un autre instrument, la Charte sociale européenne, et qu'il n'y avait dès lors pas lieu de donner à l'article 11 une dimension sociale spécifique, d'autant que cette même Charte faisait preuve en la matière d'une relative timidité. Pour autant, la Cour n'avait pas fermé la porte à toute protection de l'action syndicale par le moyen de l'article 11, dont les derniers mots du paragraphe 1 précisent d'ailleurs que la liberté qu'il protège doit permettre à chacun « la défense de ses intérêts ».

Aussi bien, dans ses arrêts précités de 1975 et 1976, la Cour affirmait-elle que cet article protège la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci et que les Etats doivent donc rendre possible la conduite et le développement de cette action. Mieux encore, la Cour admit que, parmi les moyens à employer à cette fin, figuraient la consultation (arrêt Syndicat national de la police belge, § 39), la conclusion de conventions collectives (arrêt Syndicat suédois des conducteurs de locomotives, § 40) et même le droit de grève (arrêt Schmidt et Dahlström, § 36). Toutefois, pour les juges strasbourgeois, ces droits ne constituaient que des moyens d'action *parmi d'autres*, entre lesquels les Etats pouvaient choisir comme ils l'entendaient pour permettre aux syndicats de défendre les intérêts de leurs membres. Ils évitaient ainsi de faire entrer ces droits dans le champ d'application de l'article 11. Cette façon de faire devait se maintenir durablement puisque, encore dans sa décision Syndicat national des travailleurs des transports c/ Suède du 30 novembre 2004¹², la Cour estima que, si les conventions collectives constituent un moyen *important* permettant aux syndicats de défendre les intérêts de leurs membres, l'article 11 ne leur garantit pas le droit de les maintenir sur une durée illimitée.

Au fil du temps, néanmoins, cette jurisprudence paraissait de moins en moins conciliable avec celle adoptée par la Cour dans son arrêt Airey de 1979, précité, consacrant la « perméabilité sociale »¹³ de la Convention. Aussi bien, tout en maintenant officiellement sa solution, la Cour devait-elle peu à peu poser les jalons d'une évolution, en germe dans plusieurs de ses décisions avant l'arrêt de 2008.

B. Les prémices d'une évolution.

Cette évolution intéresse d'abord le droit de négocier des conventions collectives, puis, dans son prolongement, celui de faire grève.

1. En ce qui concerne le droit de négocier, tout d'abord, la Cour avait déjà réalisé une avancée remarquable dans son arrêt Gustafsson c/ Suède du 25 avril 1996¹⁴. Dans cette affaire, où un employeur réfractaire au système conventionnel scandinave avait été contraint d'abandonner ses activités en raison d'un blocus de

¹¹ Cf. J.-M. Béraud, Aspects de la liberté syndicale au regard de la CEDH, Dr. Soc. 1986, p. 384.

¹² GACEDH, préc., p. 644.

¹³ F. Sudre, La « perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux, Mélanges J. Mourgeon, éd. Bruylant, 1998, p. 467.

¹⁴ D. 1997, p. 463, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

son entreprise, la Cour, sans faire droit à la requête, avait néanmoins considéré que celle-ci était recevable et qu'ainsi l'espèce entraînait bien dans le champ d'application de l'article 11. On ne pouvait dès lors qu'en déduire que le droit à la négociation collective était lui aussi entré dans le domaine de protection dudit article. Pour le professeur Sudre¹⁵, il aurait résulté implicitement mais nécessairement de cet arrêt que le droit de négocier était désormais inhérent à la liberté syndicale. La Cour continuant à faire référence à ses décisions de 1975 et 1976, nous avons préféré pour notre part considérer que l'on se trouvait dans une phase de croissance du degré de consensus international qui précède les revirements explicites. Cette embellie du droit syndical allait encore se poursuivre avec l'arrêt *Wilson c/ Royaume-Uni* du 2 juillet 2002, où la Cour n'hésita pas à stigmatiser des incitations financières à délaissier le système de négociations collectives existant en Grande-Bretagne. On remarquera en particulier que, dans cette affaire, c'est l'aspect collectif de la liberté syndicale qui a été privilégié par la Cour au détriment de son aspect individuel et négatif.

Force est donc de constater que, dans la jurisprudence strasbourgeoise relative au droit de négocier, une évolution était en cours, même si on aurait pu souhaiter moins de tergiversations de la part de la Cour, qui persistait, malencontreusement, à maintenir ses références à sa jurisprudence de 1975. On peut faire les mêmes observations en ce qui concerne le droit de grève.

2. Dans deux décisions de 2002, *Unisson c/ Royaume-Uni* du 10 janvier 2002 et *OFS c/ Norvège* du 27 juin 2002¹⁶, tout en rejetant les requêtes des salariés, la Cour a accepté d'examiner sur le fond et de manière approfondie chacune des demandes, ce qui ne se comprend que si elle a commencé à faire entrer le droit de grève dans le giron de l'article 11. Elle admettait donc de se démarquer de sa jurisprudence antérieure, et notamment de son arrêt *Schmidt et Dahlström*, en faisant entrer le droit de grève dans l'« antichambre » de la liberté syndicale. Cette évolution allait se poursuivre avec l'arrêt *Karaçay c/ Turquie* du 27 mars 2007¹⁷ par lequel elle a conclu, à l'occasion d'un avertissement infligé à un salarié qui avait participé à un mouvement de grève, que la sanction, si minime fût-elle, était de nature à dissuader le salarié à participer à des mouvements de grève et n'était pas nécessaire dans une société démocratique. Il semblait donc bien s'inférer de l'arrêt, certes une fois encore de manière implicite mais néanmoins nécessaire, que le droit de grève était placé sous la protection de l'article 11, d'autant que les juges avaient pris soin de rattacher ce droit à la liberté d'association et non à celle de réunion. En revanche, dans un autre arrêt du 17 juillet 2007, l'arrêt *Satilmis c/ Turquie*¹⁸ concernant des salariés péagers du Bosphore qui avaient été condamnés à indemniser l'Etat pour le préjudice causé par leur mouvement de grève, la Cour fit à nouveau preuve d'une grande prudence, même si elle devait condamner l'Etat défendeur, en faisant une nouvelle fois référence à sa formule des années soixante dix, significativement absente de l'arrêt *Karaçay*, et qui avait constitué un rempart efficace contre la reconnaissance européenne du droit de grève. Comme à propos du droit de négocier, la Cour alternait donc aussi, en matière de grève, le chaud et le froid.

¹⁵ JCP 1997, G, I, 4000, n° 40.

¹⁶ D. 2003, p. 939, note J-P. Marguénaud et J. Mouly.

¹⁷ J-P. Marguénaud et J. Mouly, art. préc., RDT 2008, p. 16.

¹⁸ Cf. N. Moizard, RJS 2/2008, p. 100.

Tout en tentant de se démarquer de sa jurisprudence des années soixante dix, elle n'avait pas néanmoins totalement rompu avec elle, dût-elle se livrer à des contorsions pour le moins acrobatiques. Même dans l'arrêt de Chambre *Demir et Baykara* du 21 novembre 2006¹⁹, où elle admit l'existence d'un « lien organique » entre la liberté de conclure des conventions collectives et la liberté syndicale, la Cour ne s'était pas encore décidé à un abandon explicite de sa jurisprudence antérieure. Il fallut un renvoi en Grande Chambre pour que s'annonce une véritable ère nouvelle de la liberté syndicale en droit européen des droits de l'Homme.

IIème Partie. L'annonce d'une ère nouvelle de la liberté syndicale

La nouvelle ère est annoncée par l'arrêt de Grande chambre *Demir et Baykara* du 12 novembre 2008 dont il faut souligner à nouveau que, contre toute attente, il a été rendu à l'unanimité des 17 juges. Cet arrêt opère un revirement de jurisprudence longtemps attendu et désormais assumé (B). Au préalable, il a été minutieusement préparé par une révolution méthodologique portant sur l'interprétation de la Convention à la lumière d'autres instruments internationaux, qui fait l'objet d'une longue rubrique inédite (A).

A. Une révolution méthodologique

Pour retenir contre la Turquie une interprétation de l'article 11 favorable aux salariés ou plutôt aux travailleurs membres du syndicat contesté, l'arrêt de chambre du 21 novembre 2006 s'était référé à l'article 5 de la Charte sociale européenne révisée, qui consacre le droit syndical, y compris pour la plupart des fonctionnaires, et à l'article 6 de la même charte, qui consacre expressément le droit de négociation collective suivant le sens que lui avait donné le Comité européen des droits sociaux. Elle s'était bornée à signaler de manière très elliptique, au passage, que la Turquie n'avait pas encore accepté d'appliquer ces articles. Il est vrai que déjà, à plusieurs reprises, elle avait déjà condamné la Turquie en lui opposant des textes qu'elle n'avait pas ratifiés comme les Conventions de Lugano et de Strasbourg relatifs à la protection de l'environnement dans l'arrêt *Öneyildiz*²⁰ du 30 novembre 2004 ou la Convention d'Aarhus relative à l'accès à l'information et la participation du public au processus décisionnel en matière d'environnement dans l'arrêt *Taskin c/Turquie* du 10 novembre 2004²¹, sans que personne eût pris la peine de s'en offusquer. Cette fois, le scandale a éclaté à l'initiative du professeur Renucci et du juge roumain Birsan, qui se sont insurgés contre cette extension débridée de la méthode d'interprétation évolutive élargissant ou, plus exactement, légitimant une compétence sociale qui n'a jamais été reconnue à la Cour²². L'objection qui s'appuie sur les principes les plus élémentaires du droit international public est d'une grande force. La retenir reviendrait cependant à une interprétation à géométrie variable de la Convention, qui serait plus exigeante à l'égard des Etats

¹⁹ JCP G 2007, II, 10098, note J-P. Marguénaud et J. Mouly.

²⁰ GACEDH, n° 64; AJDA 2005, p. 550, note J-F Flauss.

²¹ A.J.D.A. 2005.549 obs. J.F. Flauss.

²² J.F. Renucci et C. Birsan, D.2007, p. 410.

qui ont déjà fait plus d'efforts pour rendre les droits de l'Homme concrets et effectifs. Elle empêcherait surtout la Cour d'étendre la protection conventionnelle à des questions auxquelles on n'avait pas songé en 1950 au moment de la rédaction de la CEDH et qui sont devenues d'un intérêt crucial, comme les questions environnementales et les questions sociales. S'agissant des questions sociales, elles iraient en outre radicalement à l'encontre de l'indivisibilité des droits sociaux, dont Jean Mouly vous a déjà parlé. Aussi, avons-nous plaidé pour que l'objection ne soit pas retenue et pour que la Cour assume pleinement sa compétence sociale en interprétant l'article 11 à la lumière de textes issus du Conseil de l'Europe, que tous les Etats membres n'ont peut-être pas ratifiés. Les paragraphes 85 et 86, présentés tout à l'heure, montrent avec éclat que la Cour assume désormais pleinement cette méthode d'interprétation évolutive de la Convention à la lumière d'autres instruments internationaux. D'un point de vue méthodologique, la Cour EDH s'affirme donc comme le véritable creuset de la synergie des sources internationales, ratifiées ou non par tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, qui convergent vers un domaine précis²³.

Une fois admise cette synergie délestée des oripeaux de la vieille souveraineté nationale, l'arrêt de Grande chambre *Demir et Baykara* fait feu de tout bois ou plutôt fait réservoir de toute eau. Pour mieux justifier le constat de violation de l'article 11, elle reprend en effet les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne qui est un autre instrument du Conseil de l'Europe, mais elle y ajoute les articles 12 et 28 de la toujours virtuelle Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avec laquelle la Turquie n'aura de toute façon rien à voir pendant encore de longues années ; l'article 22 du pacte onusien relatif aux droits civils et politiques et même l'article 8 de l'autre pacte onusien relatif aux droits économiques sociaux et culturels pourtant très discret²⁴. A cela s'ajoute les Conventions OIT déjà visées par la Chambre, mais qui ne soulevaient pas de difficultés particulières puisque leurs dispositions lient déjà la Turquie.

Ce renouvellement synergétique de la méthode d'interprétation évolutive va mécaniquement conduire la Grande chambre à assumer un revirement de jurisprudence avec lequel la Chambre s'amusait encore à jouer à cache-cache.

B. Un revirement assumé.

La théorisation de la méthode d'interprétation évolutive ne pouvait que conduire la Cour à opérer un revirement enfin explicite. Au paragraphe 153, la Cour estime en effet que « sa jurisprudence selon laquelle le droit de négocier et de conclure des conventions collectives ne constitue pas un élément inhérent à l'article 11 doit être revue de manière à tenir compte de l'évolution perceptible en la matière tant en droit international que dans les systèmes juridiques nationaux ». Cette fois, la Cour de Strasbourg assume donc pleinement sa nouvelle position et rompt sans possibilité de retour avec ses solutions antérieures en matière de liberté syndicale. Certes, comme toujours à Strasbourg, le revirement a été annoncé et préparé de longue date ; il ne fait donc pas courir de risques sérieux aux principes de sécurité

²³ Sur la synergie des sources européennes du droit du travail, V. plus généralement A. Carillon, Les sources européennes des droits de l'Homme salarié, Bruylant, 2006, pp. 400 et suivantes.

²⁴ V. cependant pour une application du PIDESC, Soc. 16 décembre 2008, Dr. Soc. 2009, p. 236, note J. Mouly.

et de prévisibilité juridiques. On ne souscrita donc pas à l'opinion séparée du juge Zagrebelsky qui eût aimé plus de précaution à l'égard de ces derniers.

Quoi qu'il en soit, la Cour considère désormais que « le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder avec d'autres des syndicats...énoncé par l'article 11 ». Le droit de négocier est ainsi pleinement intégré à la Convention. Toute interprétation stricte du paragraphe 1 de celui-ci est bannie ; c'est au contraire le paragraphe 2 qui doit faire l'objet d'une telle interprétation puisque la Cour précise que, « comme les autres travailleurs, les fonctionnaires, *mis à part des cas très particuliers*, doivent bénéficier [de ce droit] ». Tout au plus, pour tenir compte de la diversité des modes de protection sociale, la Cour concède-t-elle que « les Etats demeurent libres d'organiser leurs systèmes de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut particulier aux syndicats représentatifs ». Le droit de négocier est donc désormais solidement arrimé à l'article 11 de la Convention. L'arrêt Demir et Baykara jetant les bases de la compétence sociale de la Cour EDH, il est peu probable que cette dernière, à l'avenir, s'en tienne à la reconnaissance du seul droit de négocier.

Au contraire, elle affirme au paragraphe 146, que la liste des « éléments essentiels de la liberté syndicale » n'est pas « figée » et qu'elle a « vocation à évoluer en fonction des développements caractérisant le monde du travail ». L'on ne prend donc pas de gros risques en augurant que le droit de grève devrait être le prochain droit syndical à bénéficier de la protection de l'article 11. C'est également l'opinion soutenue par F. Sudre dans son commentaire de l'arrêt Demir et Baykara²⁵. Dès lors, il se pourrait bien que, dans la compétition qui l'oppose à la CJCE, la Cour de Strasbourg prenne en ce domaine un net avantage. On se souvient que dans deux arrêts remarquables, Laval et Viking, du 11 décembre 2007²⁶, la CJCE avait hissé le droit de grève au rang des principes généraux du droit communautaire. Elle semblait donc avoir pris l'avantage sur la Cour EDH. Toutefois, on s'en souvient également, la CJCE avait opté pour une approche plus économique que sociale de ce droit. Elle avait considéré en effet que le droit de grève constituait par nature une entrave à la libre concurrence et qu'il convenait donc de soumettre son exercice à des justifications particulièrement rigoureuses. Cette démarche l'avait amenée à donner satisfaction aux salariés grévistes dans l'une des affaires qui lui étaient soumises (arrêt Viking), mais non dans l'autre, alors que pourtant, dans les deux espèces, étaient en jeu des problèmes aussi graves que le dumping social ou les délocalisations. Dans ses arrêts Viking et Laval, la CJCE a fait en réalité prévaloir les libertés économiques sur les droits sociaux fondamentaux, considérés comme de « second rang »²⁷. On peut au contraire espérer une autre approche du droit de grève par la Cour EDH, moins préoccupée par les considérations économiques et particulièrement soucieuse de rendre « concrets » et « effectifs » les droits placés sous protection conventionnelle. L'hypothèse pourrait être que, inversant les données du problème, elle vérifie, non si les salariés par l'exercice du droit de grève, porte

²⁵ JCP G 2009, I, 10018, préc.

²⁶ S. Robin-Olivier et E. Pataut, RDT 2008, n° 2, p. 80 ; B. Teyssié, JCP S 2008, 1075 ; JCP G 2008, 10060, note C. Vigneaud ; SSLamy 2008, n° 1325, note S. Laulom.

²⁷ C. Vigneaud, note préc.

atteinte aux droits des employeurs, mais au contraire, s'il n'est pas porté par l'employeur des atteintes injustifiées et disproportionnées au droit de grève des salariés. On est d'autant plus fondé à espérer un tel contrôle que déjà, dans ses décisions *OFS* et *Unisson*, la Cour avait orienté sa jurisprudence en ce sens. Plus encore, tout en admettant que l'exercice du droit de grève puisse faire l'objet de limitations, celles prévues par le paragraphe 2 de l'article 11, elle ne faisait pas figurer sur la liste de celles-ci le « bien-être économique » du pays visé seulement par le paragraphe 2 de l'article 8. La Cour EDH paraît donc bien se situer dans une logique plus sociale que la CJCE alors que, par ailleurs, l'arrêt précité *Karaçay c/ Turquie* montre bien que les juges de Strasbourg sont prêts à se livrer à un contrôle de proportionnalité en matière de grève.

Il est vrai que cette probable avancée européenne du droit de grève restera sans grandes conséquences sur le droit français, où celui-ci fait déjà l'objet d'une protection efficace. En revanche, l'intégration du droit de grève au cœur même de l'article 11 pourrait – et même devrait – aboutir à une révision déchirante pour les « travaillistes » hexagonaux. Il n'aura pas échappé en effet que la liberté de se regrouper en syndicats est accordée par cet article à « toute personne », c'est à dire aussi bien aux employeurs qu'aux salariés. La reconnaissance du droit de grève à partir de l'article 11 conduit ainsi nécessairement à une bilatéralisation de celui-ci et, par là même, à une reconnaissance inédite du droit de lock-out au profit des employeurs. C'est donc la conception française du droit de grève qui pourrait faire les frais de l'enrichissement de l'article 11 inauguré par l'arrêt *Demir et Baykara*, au bénéfice de la théorie allemande de l'égalité des armes. Il n'est peut-être pas interdit de considérer que la perspective de tels bouleversements explique les hésitations passées de la Cour à enrichir le contenu de la liberté syndicale. Toutefois, depuis l'arrêt *Sorensen*, la Cour n'hésite plus, sur le fondement de l'article 11, à remettre en cause les pratiques syndicales suivies dans un pays ou un groupe de pays. Les juristes français doivent donc se préparer à plus ou moins long terme à une nouvelle approche du droit de grève et, plus généralement sans doute, des droits syndicaux dans leur ensemble.

Car la difficulté existe aussi pour le droit de négocier, y compris dans sa dimension négative, celle de ne pas mener des négociations avec les syndicats. Monsieur *Gustafsson*, ce réfractaire au système syndical suédois dont il a été question plus haut, pourrait en effet aujourd'hui se prévaloir d'un droit négatif de ne pas négocier. Il faudra donc bien trancher ici entre le droit de l'employeur à rester à l'écart du système syndical de négociation collective, quitte à accorder à ses salariés les mêmes avantages, et celui des travailleurs à négocier des conventions collectives. Si, comme on l'admet généralement, le droit négatif doit normalement l'emporter sur le droit positif, il nous semble que, dans le domaine du droit du travail où les relations collectives sont prédominantes, le droit positif devrait au contraire l'emporter sur le droit négatif. Cette solution permettrait, par exemple, de préserver l'obligation de négocier que met le droit français à la charge des employeurs. En tout cas, la reconnaissance, par la Cour, de sa compétence sociale devrait permettre d'ouvrir de nouveaux chantiers particulièrement stimulants.

Pour stimuler votre réflexion sociale européenne, on pourrait vous renvoyer à l'arrêt *Barroco c/France*, relatif à ce que l'on avait appelé la grève des

chauffeurs routiers, qui semble présenter l'intérêt d'explorer les prolongements sociaux d'un autre droit consacré par l'article 11 : le droit à la liberté de réunion pacifique. Cet arrêt n'ayant que quelques heures, nous ne sommes pas en mesure de vous en parler avec la rigueur juridique qui doit normalement distinguer les juristes des journalistes, lesquels sont professionnellement tenus de chasser les scoops. Lorsque nous y aurons réfléchi, pendant notre voyage retour, si vous avez l'amabilité de mettre à notre disposition un ordinateur et une imprimante, nous nous ferons un devoir, en reconnaissance de votre hospitalité, de vous livrer en avant-première, le fruit de nos amicales disputes. En attendant, nous vous orienterons vers deux chantiers d'avenir qui nous tiennent à cœur²⁸. pour amplifier la portée sociale de la CEDH et qui sont les suivants.

1°/ En raison de la conception extensive de la notion de biens au sens de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la CEDH tel qu'interprétée par la Cour de Strasbourg, ne peut-on pas, ne doit-on pas, considérer que l'emploi du salarié est un bien au sens européen du terme dont on ne pourra le priver qu'après avoir fait jouer le principe de proportionnalité conduisant à trouver un point d'équilibre, variable suivant les circonstances économiques et sociales, entre ses intérêts et ceux des actionnaires ? On aurait alors un outil juridique efficace pour empêcher au moins le licenciement de centaines de salariés par des sociétés qui ont engrangé, parfois avec le soutien de fonds publics, des millions d'euros de bénéfice. Récemment, les responsables de tous les partis politiques se sont insurgés contre ses pratiques, mais il ne semble pas y avoir eu encore beaucoup de propositions techniques pour les enrayer.

2°/ Compte tenu des différentes facettes du droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § de la CEDH, peut-on continuer de s'accommoder des règles édictées par les articles L.1232-2 à 1232-5 du Code du travail qui, au mépris de la plus élémentaire application de l'idée d'égalité des armes, soumettent le salarié à de longs jours d'angoisse et d'incertitude avant de découvrir, sans pouvoir être assisté d'un avocat, les motifs de licenciement que l'employeur aura tout loisir d'affiner et de tester au cours de l'entretien, en fonction de ses réactions faussées par quelques nuits d'insomnie ?

²⁸ Cf. déjà J-P. Marguénaud et J. Mouly « Convention européenne des droits de l'Homme et droit du travail », LPA 19 juin 2008, p. 15.

Droits sociaux et discriminations

LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LES DISCRIMINATIONS FONDEES SUR LE SEXE ET L'ORIENTATION SEXUELLE

Sandrine BESNARD Eszter KOSZTECZKY ** et Lucille CALLEJON****

La Cour européenne a d'abord pour mission d'assurer le respect des droits civils et politiques présents dans la Convention. Lorsque est en jeu la vie privée et/ou familiale des individus, c'est-à-dire la sphère intime du requérant, le juge européen est très protecteur dans sa lutte contre les discriminations. En combinant l'article 14 avec l'article 8, la Cour permet un effacement significatif des différences de traitement injustifiées¹. En revanche, la Cour européenne ne s'est aventurée que tardivement sur le terrain des droits sociaux, par le biais d'une autonomisation progressive de l'article 14². Auparavant, le juge européen s'appuie sur les instruments du Conseil de l'Europe extra-conventionnels, tels que la Charte sociale européenne et les documents du Comité Européen des Droits Sociaux. Ainsi, malgré la formulation de l'arrêt Airey³, il apparaît que les droits sociaux et les discriminations y afférant ne sont que très lacunairement protégés par le droit de la Convention. L'examen des délibérations de la HALDE permettent d'ailleurs de vérifier le caractère accessoire de la Convention en tant qu'instrument de lutte contre les discriminations⁴.

Cependant, on observe une incursion croissante de la Cour dans le domaine social : par exemple *Zarb Adami c/ Malte*, 20 juin 2006, concernant un service de jury obligatoire s'adressant essentiellement aux hommes. L'espoir de voir la Cour lutter contre toutes les formes de discriminations dans le domaine des relations

* Etudiante à l'Université Lyon 3, Conseillère juridique de l'équipe au concours Habeas Corpus.

** Etudiante à l'Université de Szeged, Conseillère juridique de l'équipe au concours Habeas Corpus.

*** Etudiante à l'Université de Montpellier 1, Conseillère juridique de l'équipe au concours Habeas Corpus.

¹ Cour EDH, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, A45 ; Cour EDH, *Abulaziz, Cabales et Balkandali*, 28 mai 1985, A94.

² V. SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 9è Ed., PUF, 2008.

³ Cour EDH, *Airey c/ Irlande*, 9 octobre 1979, A32.

⁴ AST F. in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, SUDRE F. et SURREL H. (dir.), Bruylant, coll. Droit et Justice, 2008.

sociales⁵, n'a pourtant pas été suivi. La HALDE précise à raison que la Convention n'est qu'un outil subsidiaire, voire marginal dans la lutte contre les discriminations : les requérants ont tout intérêt à porter leur requête devant le juge communautaire⁶. Les discriminations fondées sur le sexe et l'orientation sexuelle, si elles n'interviennent pas seulement dans le monde du travail, sont en revanche des indices patents de la vision qu'a une société de la légitimité de telles différences de traitement.

Ces différences de traitement se situent sur le terrain de la vie privée et familiale ainsi que dans le domaine du droit de propriété. A travers l'autonomisation des concepts de « vie privée », de « vie familiale » et de la notion de « bien » au sens de l'article 1^{er} du protocole 1, la Cour a réduit les zones d'inapplicabilité de sa protection contre les discriminations. L'impression d'une absence de communauté de vue en la matière semble avoir vocation à se diluer dans un vaste mouvement de reconnaissance sur le long terme. Les différences de traitements font avant tout l'objet d'un examen approfondi par la CJCE. La CJCE, de par la nature de son office est engagée dans un vaste mouvement jurisprudentiel de lutte contre toute les formes de discriminations, parmi lesquelles celles fondées sur le sexe et l'orientation sexuelle figurent en très bonne place⁷. Le dialogue des juges tendant à s'amplifier de manière exponentielle, l'influence sur le droit européen des droits de l'homme apparaît inéluctable. En droit interne, la montée en puissance du principe de parité et des nouvelles formes d'engagement témoignent d'un changement de perspective. La famille apparaît comme une valeur transigeante et non plus transcendante, subissant de plein fouet les évolutions dans la pensée collective des peuples d'Europe. La conséquence sur les régimes sociaux est donc irréductible.

La protection offerte par la Cour européenne sur le terrain des droits sociaux en matière de lutte contre les différences de traitement injustifiées fondées sur le sexe (discriminations homme/femme) et l'orientation sexuelle (discriminations à l'encontre des homosexuels) n'offre qu'assez peu d'exemples jurisprudentiels. Précisons que la question des transsexuels doit être rattachée à l'identité sexuelle (et non pas à l'orientation sexuelle), et se trouve ainsi diluée dans le domaine des discriminations fondées sur le sexe. L'approche de la Cour concernant les différences de traitement abordées dans cette étude témoigne d'une volonté de poursuivre une interprétation finaliste, s'appuyant sur un consensus parfois défaillant⁸.

Contrairement à tous les canons méthodologiques enseignés dans les Universités, il semble inévitable d'éviter l'écueil d'une distinction entre les discriminations fondées sur le sexe et celles fondées sur l'orientation sexuelle. La Cour a ainsi précisé dès l'Affaire linguistique belge du 23 juillet 1968 qu'elle « ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État qui, en qualité de

⁵ Cour EDH, *Niemietz c/ Allemagne*, 16 décembre 1992, A 251-B.

⁶ Voir en ce sens, la communication de F. AST au colloque organisé par l'Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme (IDEDH), in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, préc.

⁷ Pour une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : CJCE, *Maruko*, 1^{er} avril 2008, aff C-267/06.

Pour la discrimination fondée sur le sexe par exemple CJCE, *Defrenne*, 8 avril 1976, aff. 43/75. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 267.

⁸ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 290.

Partie Contractante, répond de la mesure contestée »⁹. Malgré l'exigence de « très fortes raisons » pour les deux cas¹⁰, il semblerait qu'il y ait « deux poids, deux mesures ».

Il ressort de l'analyse jurisprudentielle européenne que si la Cour procède à un contrôle approfondi de la différence de traitement fondée sur le sexe (I), elle s'appuie en revanche sur un contrôle restreint de la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle (II).

I Le contrôle approfondi de la différence de traitement fondée sur le sexe

Classiquement, selon le principe posé par l'affaire linguistique belge¹¹, le contrôle de la distinction litigieuse par le juge va s'effectuer en deux phases, en commençant par examiner si les situations peuvent être qualifiées d'analogues ou comparables. Dans l'affirmative, le juge va rechercher s'il existe une « justification objective et raisonnable » à cette distinction, c'est-à-dire une justification « qui poursuit un 'but légitime' dans une société démocratique et respecte 'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé' »¹².

Pourtant, la pratique de la Cour démontre une confusion de certaines étapes. S'appuyant sur un mouvement progressif des législations étatiques réduisant la marge d'appréciation des Etats (B), la Cour procède à une analyse commune de la situation analogue et du but légitime invoqué par l'Etat (A).

A) L'imbrication du caractère analogue des situations et de l'existence d'un but légitime

Le contrôle exercé par la Cour EDH pour déterminer s'il existe ou non une situation comparable ou analogue « ne semble obéir ni à une méthodologie ni à des critères précis »¹³.

La Cour se prononce rarement explicitement sur l'existence ou non d'une situation comparable. L'arrêt *Petrovic* est un des rares exemples¹⁴ dans lequel les juges affirment que « les deux parents sont placés dans des « situations analogues »¹⁵, mais non sans ambiguïté¹⁶. En l'espèce, l'allocation de congé parental fut refusée

⁹ Cour EDH, affaire 'relative a certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique', 23 juillet 1968, n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, §10.

¹⁰ Pour une discrimination fondée sur le sexe : Cour EDH, *Abulaziz, Cabales et Balkandali*, 28 mai 1985, préc., § 78. Pour une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : Cour EDH, *Karner c. Autriche*, 24 juillet 2003, req. n° 40016/98, § 37. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 289.

¹¹ Cour EDH, affaire 'relative a certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique', 23 juillet 1968, n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, §10.

¹² F.SUDRE, J.-P.MARGUENAUD, J.ANDRIANTSIMBAZOVINA, A.GOUTTENOIRE, M.LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 2009, p.95.

¹³ Ibid p.92

¹⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2008, p.281 ; F.SUDRE, J.-P.MARGUENAUD, J.ANDRIANTSIMBAZOVINA, A.GOUTTENOIRE, M.LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 2009, p.92.

¹⁵ Cour EDH, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, n°156/1996/775/976, §36.

¹⁶ K.MICHELET, « Les incertitudes liées à la question de l'égalité entre hommes et femmes », *Revue de Droit Sanitaire et Social*, 2004, p.561 et suiv. On peut se demander la raison pour laquelle la Cour a précisé « sans

au requérant au motif que seul les parents de sexe féminin pouvaient y prétendre¹⁷.

Le plus souvent, aucune référence n'est faite à la similitude des situations. Cette première phase du contrôle, implicite, semble néanmoins présente¹⁸. Comme le note H.SURREL, lorsque la Cour contrôle la différence de traitement fondée sur le sexe « *les deux première phases du contrôle [...] - le caractère analogue des situations et l'existence d'un but légitime - sont alors étroitement imbriquées* »¹⁹. Cette démarche est visible dans plusieurs arrêts²⁰ notamment l'arrêt *Van Raalte contre les Pays-Bas*²¹. En l'espèce, le requérant, un homme de plus de 45 ans, célibataire et sans enfant, devait verser des cotisations en vertu de la loi sur les allocations familiales alors que dans la même situation une femme en était exonérée. L'Etat a affirmé que la sensibilité d'une femme sans enfant serait heurtée si elle devait payer cette cotisation, et d'autre part qu'une femme de plus de 45 ans avait moins de chance de pouvoir procréer qu'un homme du même âge. Les juges ont contesté ces arguments en estimant qu'un homme âgé de plus de 45 ans, mais aussi beaucoup plus jeune, pouvait être dans l'impossibilité de procréer. De même, la Cour estime qu'il n'a aucune raison pour qu'un homme, ou un couple sans enfant par exemple, soient moins sensibles. La Cour a donc démontré l'existence de situations comparables. Par conséquent, le but légitime invoqué par l'Etat 'disparaît' dès l'instant que l'analogie des situations a été établie²².

Dans l'arrêt *Schuler-Zraggen contre Suisse*²³, la démarche des juges est autre. En l'espèce, la requérante s'était vue retirer la pension d'invalidité qu'elle touchait suite à la naissance de son enfant. La commission de recours avait estimé « *qu'ayant un enfant en bas âge, elle aurait renoncé à un emploi salarié même si elle n'avait pas eu des problèmes de santé* »²⁴. Au lieu de contester le but avancé, la Cour n'a même pas recherché s'il en existait un, puisque la distinction lui paraissait « *en soi condamnable* »²⁵.

négliger les différences qui peuvent exister entre le père et la mère dans leur relation avec celui-ci [le nourrisson]», Cour EDH, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, préc. §36.

¹⁷ S-J PRISO ESSAWE, « Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », RTDH, 1998, p. 722.

¹⁸ O.-M. ARNARDOTTIR, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, *International Studies in Human Rights*, volume 74, M. Nijhoff London, Kluwer, 2003, p.38 : « *In other cases no express reference is made to this issue as part of the analytical approach, but it seems generally to be implied and present in the reasoning of the Court* ».

¹⁹ H.SURREL, « L'appréciation contingente des justifications », in F.SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n°81, Bruylan, 2008, p. 127.

²⁰ Ibid, p.128. Voir Cour EDH, *Karlheinz Schmidt c. l'Allemagne*, 24 juin 1994, n°13580/88 : le requérant estime qu'il subit une discrimination fondée sur le sexe puisque seuls les hommes ont l'obligation soit d'effectuer un service de sapeur pompier soit de payer une contrepartie financière. Ou Cour EDH, *Wessels-Bergervoet c. les Pays-Bas*, 4 juin 2002, n°34462/97 : la pension de vieillesse de la requérante a été diminuée alors que si elle avait été un homme, sa pension n'aurait pas été réduite de la même façon.

²¹ Cour EDH, *Van Raalte c. les Pays-Bas*, 21 février 1997, n° 20060/92.

²² H.SURREL, « L'appréciation contingente des justifications », in F.SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n°81, Bruylan, 2008, p. 127.

²³ Cour EDH, *Schuler-Zraggen c. Suisse*, 24 juin 1993, n° 14518/89.

²⁴ V.BERGER, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Sirey, 2007, p. 258.

²⁵ H. SURREL, « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondée sur le sexe », RTDH, 2004, p.153.

Lorsque la Cour estime, d'une façon plus ou moins explicite²⁶, que le but légitime est contestable ou inacceptable, la différence de traitement est jugée discriminatoire. Dans cette hypothèse, la marge d'appréciation est restreinte²⁷. Néanmoins, les Etats peuvent mettre en place des discriminations 'positives', en faveur le plus souvent des femmes.

B) Une marge nationale d'appréciation le plus souvent réduite

L'arrêt *Schuler Zgraggen*²⁸ illustre bien que le contrôle exercé par la Cour sur "la justification objective et raisonnable" présentée par les Etats est très approfondi. Les juges estiment que seuls « *des considérations très fortes* »²⁹ permettent de légitimer des différences de traitement fondées sur le sexe³⁰, en raison de « *la progression vers l'égalité des sexes [qui] constitue aujourd'hui un but important des Etats membres du Conseil de l'Europe* »³¹. La marge d'appréciation semble encore se réduire dans l'arrêt *Van Raalte contre Pays-Bas* puisque la Cour énonce que « *sauf à produire des raisons impérieuses justifiant une différence de traitement* »³², toutes les mesures s'appliquent aux hommes et aux femmes dans les mêmes conditions³³. Néanmoins, la démarche suivie par la Cour dans l'arrêt *Petrovic contre Autriche*³⁴ peut surprendre puisque l'énonciation des 'raisons impérieuses' n'a plus pour objectif de réduire la marge d'appréciation. Au contraire, les effets de cette énonciation sont restreints par le rappel de l'existence de cette marge d'appréciation au paragraphe suivant³⁵. En effet, la Cour va conclure que l'article 14 n'a pas été violé étant donné que « *les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique* »³⁶. Par conséquent, d'autres facteurs ont été pris en compte par la Cour : les juges ont examiné tout d'abord s'il existait un dénominateur commun au sein des Etats membres, puis si la législation litigieuse avait connu une évolution « à

²⁶ La Cour « *ne se prononce pas toujours de manière explicite, se référant à la formule 'enveloppante' d'absence de 'justification objective et raisonnable'* ». H.SURREL, « L'appréciation contingente des justifications », in F.SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n°81, Bruylan, 2008, p.123.

²⁷ Ibid.

²⁸ Cour EDH, *Schuler-Zgraggen*, 24 juin 1993, n°14518/89.

²⁹ Cour EDH, *Schuler-Zgraggen*, 24 juin 1993, préc., § 67.

³⁰ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen Oxford New York, Intersentia, 2002, p.169: "the standard of 'reasonable and objective justification' that the national authorities were obliged to adduce was heightened as evidenced by the requirement that the national authorities must put forward 'very weighty reasons' justifying differences on the ground of sex."

³¹ Cour EDH, *Schuler-Zgraggen*, 24 juin 1993, préc., § 67.

³² Cour EDH, *Van Raalte c. les Pays-Bas*, 21 février 1997, préc., §42.

³³ H. SURREL, « Les juges européens confrontés à l'interprétation des différences de traitement fondée sur le sexe », RTDH, 2004, p.153.

³⁴ Cour EDH, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, n°20458/92 : le requérant s'est vu refusé l'allocation de congé parental puisqu'en vertu de la législation autrichienne, seul la mère peut en bénéficier.

³⁵ J. MOULY, J.-P. MARGUENAUD, « Protection sociale, égalité des sexes et discriminations positives : l'allocation de congé parental devant la Cour européenne des Droits de l'Homme », Recueil Dalloz, 1999, p. 141 et suiv.

³⁶ Cour EDH, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, préc., §38.

l'image de l'évolution de la société en la matière »³⁷. Enfin, la Cour s'est attachée à regarder s'il existait, encore aujourd'hui, une disparité sur cette question au sein des Etats³⁸. L'absence de dénominateur commun est donc « *un facteur pertinent* »³⁹ qui permet d'allouer une marge d'appréciation plus large. Il est néanmoins nécessaire de préciser qu'actuellement, une législation qui ne permettrait pas aux pères et mères d'obtenir les mêmes allocations pourraient être jugée discriminatoire. En effet, des pays ayant changé leur législation sur ce point, le 'dénominateur' commun a été modifié⁴⁰.

En outre, les Etats bénéficient d'une large marge nationale d'appréciation⁴¹ dans les hypothèses d'une « *législation positive* »⁴² puisque « *l'article 14 n'interdit pas à un Etat membre de traiter les groupes de manière différenciée pour corriger des 'inégalités factuelles' entre eux* »⁴³. Des droits sont octroyés seulement aux femmes, le plus souvent, et non pas aux hommes, dans le but de pallier les inégalités économiques et financières dont elles sont victimes⁴⁴.

Hormis les distinctions ayant pour objectif de corriger les inégalités factuelles, la marge nationale d'appréciation des Etats est réduite lors de différence de traitement fondée sur le sexe. En effet, le contrôle opéré par la Cour est approfondi. Ce n'est néanmoins pas toujours le cas, puisque lors de l'examen d'une distinction fondée sur l'orientation sexuelle, son contrôle est plus restreint.

II Le contrôle restreint de la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle

Concernant les différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle en matière de droits sociaux, la jurisprudence européenne est rare, voire unique. Pour autant, le caractère subsidiaire des droits sociaux, attachés à la condition familiale, n'empêche pas la Cour de raisonner de manière similaire sur les deux terrains. Le but légitime de protection de la famille traditionnelle est ainsi accueilli systématiquement par la Cour (A). Le juge européen confère ensuite une ample marge d'appréciation dans deux domaines sensibles (B), même si une évolution semble se dessiner.

A) Le but légitime systématiquement accueilli

Il n'existe, à notre connaissance qu'une décision de la Cour concernant le refus d'accorder le bénéfice de droits sociaux sur le fondement d'une différence de traitement attachée à l'orientation sexuelle. Il s'agit qui plus est d'une décision

³⁷ Cour EDH, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, préc., §41.

³⁸ S-J PRISO ESSAWE, «Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », RTDH, 1998, p.734.

³⁹ Cour EDH, *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, préc., §38.

⁴⁰ F.MONEGER, « Allocation de congé parental. Principe d'égalité entre hommes et femmes », Revue de droit sanitaire et sociale, 1999, p.599 et suiv.

⁴¹ H.SURREL, « Le droit à la non discrimination (art 14) », RDP, 2007, p.872.

⁴² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2008, p.282.

⁴³ Cour EDH, Gr. Ch., *Stec et al c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, n° 65731/01 et 65900/01, §51. V aussi Cour EDH, *Runkee et White c. Royaume-Uni*, 10 mai 2007, n°42949/98 et 53134/99, § 40.

⁴⁴ F.SUDRE, J.-P.MARGUENAUD, J.ANDRIANTSIMBAZOVINA, A.GOUTTENOIRE, M.LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 2009, p.93.

d'irrecevabilité : *Mata estevez c. Espagne*, 10 mai 2001⁴⁵. Cette décision est symptomatique de l'attitude de la Cour à l'égard des droits sociaux.

La Cour a en effet estimé qu'en matière de pension de réversion, « l'élément déterminant est l'existence d'un engagement qui va de pair avec un ensemble de droits et d'obligations d'ordre contractuel »⁴⁶.

Les prestations sociales sont ainsi attribuées de manière subsidiaire, de manière subséquente à l'existence d'un lien de mariage. La Cour le précise bien dans sa décision *Mata Estevez* : « En l'espèce, elle note que la législation espagnole en matière de droit aux prestations de survivants a un but légitime, à savoir la protection de la famille fondée sur les liens du mariage »⁴⁷.

Dès lors, il est clair que le fait que la prestation découle de l'existence d'un lien effectif de mariage commande une analogie des justifications de la différence de traitement. Autrement dit, le but légitime invoqué par l'Etat concernant la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle découlera du fait que les personnes de même sexe sont dans l'incapacité de se marier. Cette incapacité n'est pas inconventionnelle, comme le précise la Cour dans *Mata Estevez*. Par conséquent, le but légitime de protection de la famille traditionnelle semble être une prétention pertinente pour tout Gouvernement accusé de législation discriminatoire à l'égard des personnes de même sexe. Notons par ailleurs que dans des affaires ne mettant pas en cause des droits sociaux, le juge européen a constamment accueilli le but légitime de protection de la famille fondée sur les liens du mariage traditionnel. Cela étant, comme le note Hélène SURREL, la Cour « ne paraît guère convaincue mais, sans doute dans le souci de ménager la susceptibilité des Etats, concède, certes de façon assez formelle, l'existence d'un but légitime »⁴⁸. Dans l'affaire *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003⁴⁹, la Cour se dit « prête à reconnaître que la protection de la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe une raison importante et légitime ». L'arrêt *Serife Yigit c. Turquie* du 20 janvier 2009⁵⁰ confirme, certes de manière moins claire, le manque d'enthousiasme de la Cour quant à l'accueil de ce moyen. La Cour européenne précise qu'« En l'absence d'un accord juridique contraignant, il n'est pas déraisonnable que le législateur turc accorde une protection uniquement au mariage civil. Ainsi, elle rappelle qu'elle a déjà jugé que le mariage demeure une institution largement reconnue comme conférant un statut particulier à ceux qui s'y engagent »⁵¹. La formulation négative semble marquer la méfiance de la Cour à l'égard de ce moyen. Pour autant, malgré son manque de conviction, l'invocation de ce but légitime semble être une valeur sûre pour l'Etat (il est accueilli systématiquement), d'autant plus qu'au sein du Conseil de l'Europe il n'existe aucun consensus s'agissant de la vie familiale des couples de

⁴⁵ Cour EDH, déc. irrecev. *Mata estevez c. Espagne*, 10 mai 2001, req. n° 56501/00, Rec. 2001 VI. En l'espèce il s'agissait du refus d'octroi d'une pension de réversion au partenaire survivant de même sexe au motif que le couple n'était pas marié.

⁴⁶ Cour EDH, Gd. Ch., *Burden et Burden c. Royaume-Uni*, req. n° 13378/05.

⁴⁷ Cour EDH, déc. irrecev. *Mata estevez* précitée.

⁴⁸ H.SURREL, « L'appréciation contingente des justifications », in F.SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n°81, Bruylan, 2008, p.137.

⁴⁹ Cour EDH, *Karner c. Autriche*, 24 juillet 2003, req. n° 40016/98, Rec. 2003-IX.

⁵⁰ Cour EDH, *Serife yigit c. Turquie*, 20 janvier 2009 (non définitif), req. n° 3976/05.

⁵¹ Ibid.

même sexe. La marge d'appréciation des Etats reste par conséquent pour le moment assez ample en la matière, mais jusqu'à quand ?

B) L'hypothèse d'une large marge d'appréciation

Une fois le but légitime établi, la Cour recherche si la situation qui lui est soumise s'inscrit dans une communauté de vue des Etats parties au Conseil de l'Europe⁵². Selon que l'existence d'un dénominateur commun est établie ou non, le juge européen, de manière respective réduit ou élargie la marge d'appréciation de l'Etat. Si sa position est minoritaire au sein de l'ordre public européen, la Cour sera dès lors fondée à réduire sa marge d'appréciation.

Dans le domaine des droits sociaux et des politiques fiscales, les gouvernements bénéficient ainsi d'une marge de manœuvre ample : qu'il s'agisse du régime d'imposition⁵³, notamment des successions⁵⁴, des pensions retraite⁵⁵. En outre, concernant la vision de la famille, le constat est le même⁵⁶. Le domaine fiscal en tant que corollaire de la matière familiale ne saurait ainsi permettre à la Cour de nier la marge d'appréciation de l'Etat. Les droits sociaux refusés aux personnes de même sexe ne constituent pas une raison suffisante selon la Cour européenne, compte tenu de l'ample latitude de l'Etat pour légiférer dans ce domaine. Cela étant, selon le Professeur Sudre, une porte a été ouverte de manière discrète (mais non moins marquante) par la Cour à l'occasion de son arrêt *Burden et Burden c. Royaume-Uni* « Toutefois la Cour n'a pas à décider si cette absence de choix a un rapport avec la question de savoir si, aux fins des droits de succession, les intéressées peuvent être considérées comme étant dans une situation comparable à celle de **deux conjoints ou partenaires civils** »⁵⁷. Par conséquent, il apparaît pertinent de dire, avec le Professeur Sudre⁵⁸, que l'arrêt place les partenaires de même sexe dans une situation analogue à celle des couples mariés. De là accorder les mêmes droits familiaux et sociaux aux couples de même sexe, il n'y a qu'un pas. L'évolution apparaît inéluctable. Reste à savoir si la Cour forcera le processus comme elle l'a fait en matière de droit au mariage pour les transsexuels⁵⁹, ou bien si elle attendra l'émergence d'un consensus au sein des Etats.

⁵² Cour EDH, *Frette c. France*, 26 février 2002, req. n° 36515/97, Rec. 2002-1.

⁵³ Cour EDH, *Van Raalte c. Pays-Bas*, 27 février 1997, req. n° 20060/92, Rec. 1997-1.

⁵⁴ Cour EDH, Gd. Ch., *Burden c. Royaume-Uni*, précité.

⁵⁵ Cour EDH, Gd. Ch., *Stec c. Royaume-Uni*, req. n° 65731/01 ; 65900/01.

⁵⁶ Cour EDH, *Serife yigit c. Turquie*, 20 janvier 2009 (non définitif) précité.

⁵⁷ Cour EDH, Gd. Ch., *Burden c. Royaume-Uni*, précité §.65.

⁵⁸ F. SUDRE, chron. De la jurisprudence de la Cour EDH, *JCP G*, 2008, I, 167

⁵⁹ Cour EDH, Gd. Ch. *Goodwin c. Royaume-Uni*, 22 juillet 2002, req. n° 28957/95, Rec. 2002-VI.

LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME : FONDEMENT DE LA DISCRIMINATION POSITIVE ?

*Roberto CHENAL**

Le concept de discrimination positive est né et s'est développé en dehors du contexte de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹. Il a été élaboré et structuré sur la base de formules normatives et d'instruments interprétatifs propres à des systèmes juridiques différents². La Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), pour sa part, n'a jamais fourni une définition autonome de la notion ni reconnu, pour l'instant, une obligation de la part des États d'adopter des mesures positives qui peuvent formellement être assimilées au concept de discrimination positive. Il sera donc nécessaire de vérifier s'il est possible de transférer ce concept dans le système conventionnel ou alors de le redéfinir et le reconstruire à la lumière des caractéristiques propres à celui-ci.

Dans ce but, une fois définie la substance de la notion, il faudra, donc, vérifier si la Convention, telle qu'interprétée par la Cour EDH, peut offrir les instruments nécessaires non seulement pour reconnaître la légitimité de mesures d'« action positive » librement mises en place par les États, mais aussi pour en trouver un fondement positif.

L'article 14 de la Convention impose aux États l'obligation de s'assurer que les individus puissent jouir des droits prévus par la Convention d'une façon non-discriminatoire. Ainsi, en principe, une double obligation pour les États découlerait de la structure de cet article : non seulement il leur est interdit

* Juriste assistant à la Cour européenne des droits de l'homme. Ce document reflète uniquement l'opinion de l'auteur et n'engage pas la Cour européenne des droits de l'homme.

¹ Cfr. O. DE SCHUTTER, *Egalité et différence: le débat constitutionnel sur la discrimination positive aux Etats-Unis*, *RTDH*, 1991, 347 ss.; B. HEPPLE, *The European legacy of Brown v. Board of education*, *University of Illinois Law Review*, 2006, 605 ss.; D.MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruylant, 2006; R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, L.G.D.J., 2003.

² Pour les interactions, en matière de discriminations, entre le système conventionnel et celui communautaire, voir D.MARTIN, *Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudence sous influence?*, *RTDH*, 2007, p. 107 ss.,

d'agir de manière directement ou indirectement discriminatoire (I) mais aussi, à certaines conditions, il leur pourrait s'avérer nécessaire d'adopter des mesures d'action positive adéquates pour garantir l'exercice effectif de l'égalité de traitement (II).

I) La violation de l'article 14 dont l'acte discriminatoire est directement imputable à l'État

L'État peut être considéré directement responsable de la situation de discrimination dont l'individu est victime. Il s'agit des formes les plus classiques de violation de l'article 14 de la Convention. D'un côté, on parle de discrimination directe, qui peut être définie comme la différenciation arbitraire de traitement juridique imposée à des personnes placées dans des situations analogues³ ; de l'autre côté, il est question de discrimination indirecte qui « découle de l'application d'une norme apparemment générale et neutre mais dont les effets défavorisent un groupe ou les membres d'un groupe »⁴.

Deux éléments caractérisent ces formes de discrimination. La situation de discrimination est causée par la *mise en place d'un traitement* qui, en traitant de façon différente des situations similaires ou de manière identique des situations différentes, *entraîne un préjudice* ou, en tout cas, *place un ou une catégorie d'individus dans une situation défavorable*.

Le constat du caractère défavorable du traitement, en cas de discrimination directe, ou des conséquences défavorables qui découlent du traitement mis en place par l'État, en cas de discrimination indirecte, est autonome et préliminaire au contrôle de proportionnalité requis par l'article 14. Pour qu'il puisse relever de l'article 14, donc, le traitement litigieux doit non seulement être différent ou identique – respectivement dans le cas de situations similaires ou différentes – mais aussi défavorable ou entraîner des conséquences préjudiciables⁵. La Cour met souvent l'accent sur cet élément : dans l'affaire *Abudlaziz, Cabales et Balkandali*⁶ la Cour a souligné que « la notion de discrimination englobe d'ordinaire les cas dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, *moins bien traité qu'un autre* » ; encore, selon la jurisprudence de la Cour, l'article 14 de la Convention « entre en jeu dès lors que la matière sur laquelle *porte le désavantage* (...) compte parmi les modalités d'exercice d'un droit garanti ». Ainsi, afin de contrôler si une différence de traitement emporte une violation de l'article 14 « il faut établir que des personnes

³ Note ?.

⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, Le droit à la non-discrimination appliqué aux groupes – Brèves remarques sur la reconnaissance progressive d'un droit des groupes par la Cour européenne des droits de l'homme, in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, 211.

⁵ Voir également S.BESSON, Gender discrimination under EU and ECHR law: never shall the twain meet?, *Human Rights Law Review*, p. 661, 2008, A.-M. LE POURHIET, Discriminations positives ou injustices?, *RFDA*, 1998, 521 : « Une différenciation n'est donc discrimination que si elle conduit à accorder aux uns des avantages qu'elle refuse aux autres, c'est-à-dire que la discrimination suppose un système de vases communicants, qui sera d'autant plus visible dans un contexte de rareté ».

⁶ CourEDH, arrêt *Abudlaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, req. 9214/80, 9473/81, 9474/81.

placées dans des situations analogues ou comparables en la matière *jouissent d'un traitement préférentiel*, et que cette distinction est discriminatoire »⁷. Il faudra, donc, vérifier, d'abord, si le traitement est préférentiel et, seulement successivement, s'il repose sur des justifications objectives et raisonnables. La situation de désavantage créée par l'Etat devient alors l'un des éléments à prendre en considération pour effectuer le « test de proportionnalité »⁸ : dans l'affaire *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, par exemple, la Cour « estime qu'il n'est pas clairement établi que le désavantage subi par le requérant soit excessif par rapport au but légitime poursuivi par le gouvernement; le principe de proportionnalité n'est par conséquent pas transgressé ».

L'importance de cet élément ressort de manière encore plus évidente en cas de discrimination indirecte, où prouver l'existence d'une situation défavorable s'avère plus difficile, puisqu'elle ne découle pas d'une distinction en droit mais en fait⁹.

En particulier, la *discrimination directe* peut se définir comme une distinction arbitraire dans l'imposition d'un traitement juridique entre personnes placées dans des situations similaires qui crée une situation de désavantage. La distinction de traitement est arbitraire si elle ne repose pas sur des motifs objectifs et raisonnables. Le traitement juridique peut consister soit en une ingérence soit en une absence de protection.

Quant au premier cas, qui est aussi le plus fréquent, l'Etat s'ingère dans un des droits prévus par la Convention, mais sans le violer directement. L'ingérence, bien que « conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question, peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14 (art. 14), pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire »¹⁰.

Le traitement juridique, créant une situation de discrimination, peut consister aussi en une inaction de la part de l'Etat¹¹. Par exemple, dans l'affaire *97 membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani*¹², l'Etat a été condamné pour la violation de l'article 14 combiné avec les articles 3 et 9 de la Convention pour ne pas avoir obtempéré aux obligations positives découlant des ces deux derniers articles (protection des requérants contre des actes d'agression physique et des humiliations commis par des orthodoxes extrémistes) en raison des convictions religieuses des victimes. Il en ira de même dans le cas où l'Etat a volontairement choisi de reconnaître une certaine protection ou prestation, même en l'absence d'une obligation positive découlant de l'une des autres clauses

⁷ CourEDH, déc., *Siveri et Chiellini c. Italie*, 3 juin 2008, req. 13148/04.

⁸ Voir, par exemple, F. SUDRE, *Droit européen et droit international des droits de l'homme*, PUF, 288 ss.

⁹ A ce propos, F. SUDRE, *Droit européen, préc.*, 286, « se rangeant à l'opinion commune que la preuve de la discrimination indirecte est très difficile sans renversement de la charge de la preuve, la Cour admet que des statistiques fiables et significatives suffisent à constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant ».

¹⁰ CourEDH, arrêt *Affaire linguistique belge c. Belgique (au principal)*, 23 juillet 1968, req. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, § 9.

¹¹ CourEDH, arrêt *Affaire linguistique belge*, préc., § 9 « Il n'y a pas lieu, à cet égard, de distinguer selon la nature de ces droits et libertés et des obligations qui y correspondent, et par exemple suivant que le respect du droit dont il s'agit implique une action positive ou une simple abstention » ; voir aussi CourEDH, arrêt *Posti et Rakho c. Finlande*, 24 septembre 2002, req. 27824/95, § 9.

¹² CourEDH, arrêt *97 membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et quatre autres c. Géorgie*, 3 mai 2007, req. 71156/01.

normatives, quand ces prestations - par exemple, de nature économique ou sociale - se réfèrent à des droits qui tombent sous l'empire d'une disposition matérielle de la Convention: une fois que l'État décide de déployer une protection supplémentaire, même si en ce faisant il va au-delà de ce qui est exigé par la Convention, l'article 14 lui impose de la garantir en respectant le principe de non-discrimination. Il s'agirait, en fait, de l'application de la théorie des « droits additionnels » aux obligations positives¹³.

La notion de *discrimination indirecte* est, en revanche, plus complexe à définir. Même en l'absence d'une distinction *de jure*, l'Etat peut être considéré responsable pour avoir causé une distinction *de facto*, notamment, « d'origine juridictionnelle ou administrative »¹⁴. En élargissant le champ d'application de cette notion, elle pourrait être définie non seulement comme une « discrimination résultant d'un impact disproportionné sur certaines catégories de législations ou pratiques apparemment neutres [mais aussi] comme la discrimination résultant du refus d'aménager la situation spécifique de certaines personnes »¹⁵. En outre, la Cour rappelle que « si une politique ou une mesure générale a des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, la possibilité qu'elle soit considérée comme discriminatoire ne peut être exclue même si elle ne vise pas spécifiquement ce groupe »¹⁶. Ainsi, selon une partie de la doctrine, il y a discrimination indirecte dans le cas où des mesures, « sur le fondement d'un critère de différenciation en apparence neutre, ont un effet équivalent à une discrimination en ce qu'elles produisent un effet inégalitaire sur un nombre plus élevé, par rapport au reste de la population, de personnes appartenant à un groupe vulnérable »¹⁷.

(i) Un exemple de discrimination indirecte est constitué par l'affaire *Zarb Adami c. Malte*, dans lequel « les chiffres montr[ai]ent que l'obligation civique du service de jury pes[ait] de manière prédominante sur les hommes »¹⁸. En l'espèce, une distinction entre personnes placées dans des *situations similaires* ne découlait

¹³ Voir, à propos des références à la théorie des droits additionnels dans la jurisprudence de la Cour, les arrêts *Affaire linguistique belge*, préc., § 9; *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, préc., § 78 ; déc. *Stec et autres c. Royaume-Uni*, req. 65731/01, 65900/01, § 40 ; *Fretté c. France*, 26 février 2002, req. 36515/97, op. diss. des juges Bratza, Fuhrmann, Tulkens ; *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, req. 43546/02, § 48.

¹⁴ C. PICHERAL, L'incertaine détermination des différences de traitement, in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, 99.

¹⁵ O. DE SCHUTTER, L'interdiction de discrimination dans le droit européen des droits de l'homme, commission européenne, 2005, 13. Une discrimination indirecte se présente sous trois formes différentes: (a) lorsque, sans créer à première vue une différence de traitement (et étant donc apparemment neutre), une réglementation ou une pratique s'avère être particulièrement désavantageuse pour les membres d'une certaine catégorie, si la disposition qui crée le désavantage n'est pas objectivement et raisonnablement justifiée; (b) lorsqu'une mesure générale est appliquée qui affecte de manière disproportionnée un nombre élevé de membres d'une catégorie particulière, à moins que la mesure qui produit un tel impact disproportionné soit objectivement et raisonnablement justifiée (discrimination résultant de l'impact disproportionné); (c) enfin, lorsque l'auteur d'une mesure générale, sans justification objective et raisonnable, n'a pas traité différemment une personne ou une catégorie spécifique en prévoyant une exception à l'application à l'égard de cette personne ou des membres de cette catégorie de la règle générale.

¹⁶ CourEDH arrêt, *McShane c. Royaume-Uni*, req. 43290/98, § 135; arrêt *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006, § 80.

¹⁷ F. SUDRE, *Droit européen*, préc., 283, *Zarb Adami c. Malte*, préc., § 80.

¹⁸ CourEDH, arrêt *Zarb Adami c. Malte*, préc., § 78

pas directement du droit interne, mais « d'une pratique bien établie »¹⁹. A ce propos la Cour a souligné que « une discrimination potentiellement contraire à la Convention peut résulter non seulement d'une mesure législative [...] mais également d'une situation de fait »²⁰.

(ii) Toutefois, selon une partie de la doctrine²¹, le premier arrêt dans lequel la Cour aurait appliqué le principe de la discrimination indirecte est l'affaire *Thlimmenos c. Grèce* de 2000²². A cet occasion, la Grand Chambre a établi qu'il y a violation de l'article 14 non seulement quand l'Etat impose un traitement différent sans justification objective et raisonnable à des personnes se trouvant dans des situations analogues, mais aussi lorsque « sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »²³. La doctrine n'est pas unanime à reconnaître l'applicabilité du concept de discrimination indirecte en l'espèce²⁴. Pourtant, il s'agit, encore une fois, d'une mesure étatique qui - étant de portée identique pour des personnes placées dans des situations différentes - ne crée pas, en soi, une distinction mais, en même temps, entraîne, *de facto*, un préjudice injustifié pour une ou une catégorie de personnes.

En appliquant la définition de discrimination indirecte, on reproche en fait aux Etats d'avoir prévu un traitement général uniforme qui, étant valide pour tout individu, est incapable de s'adapter à des situations spécifiques et à prendre, donc, en considération d'éventuelles différences entre personnes placées dans des situations différentes. Dans l'affaire citée, l'Etat, en empêchant à tout individu condamné d'accéder à l'emploi d'expert-comptable, n'aurait pas pris en considération la position spécifique du requérant dont la sanction pénale portait sur le refus de porter l'uniforme par conviction religieuse. Le requérant se prétendait, alors, victime d'une discrimination dans l'exercice de sa liberté de religion en ce qu'il avait subi le même traitement que toute autre personne convaincue d'un crime, alors que sa propre condamnation découlait de l'exercice même de cette liberté. Ainsi, l'Etat aurait adopté une législation générale et uniforme sans introduire les exceptions visant à régler des situations spécifiques. Bien que légitime par rapport à la plupart de personnes visées par la loi, l'ingérence devenait arbitraire par rapport à une catégorie spécifique de personnes (situation de départ de différence-spécificité).

(iii) Enfin, il faut relever une troisième catégorie de discrimination indirecte, dont le sens et la portée seront mieux expliqués par la suite. Bien que découlant du même principe énoncé par l'arrêt *Thlimmenos* - traiter différemment

¹⁹ CourEDH, arrêt *Zarb Adami c. Malte*, préc., § 75

²⁰ CourEDH, arrêt *Zarb Adami c. Malte*, préc., § 76.

²¹ O. DE SCHUTTER, L'interdiction de discrimination, préc.; C. PICHERAL, L'incertaine détermination, préc., 94, HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, 607, n.248 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, Le droit à la non-discrimination, préc., 211 ; D.MARTIN, Egalité et non-discrimination, préc., 260, n. 689 ; il est intéressant de noter que, dans la récl. N. 13/2002, *Autisme-Europe c. France*, 4 novembre 2003, § 52, le Comité européen des droits sociaux aussi à considéré l'affaire *Thlimmenos* comme cas de discrimination indirecte.

²² CourEDH, arrêt *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, req. 34369/97.

²³ CourEDH, arrêt *Thlimmenos c. Grèce*, préc., § 44.

²⁴ Pour la théorie qui envisage l'arrêt *Thlimmenos* comme le point de départ pour la reconnaissance des discriminations positives, voir *infra* p. 10.

des personnes placées dans des situations différentes-, elle s'en distingue en ce que la différence de départ entre les catégories de personnes ne représente pas une simple spécificité, mais consiste en une situation de désavantage par rapport à la généralité des autres personnes. Encore une fois, l'Etat serait responsable pour avoir imposé une mesure générale et uniforme qui ne prend pas en considération les exigences de catégories de personnes qui se trouvent, *de facto* et *ab initio*, dans une situation différente et défavorable (situation de départ de différence-désavantage).

Il s'agit dans ces trois types d'affaires de cas où l'Etat applique sans distinction un traitement juridique, apparemment ou en substance, identique qui crée une situation de fait défavorable et arbitraire.

Une fois rappelés les caractères principaux des différentes formes de discrimination, il faut vérifier comment la notion de discrimination positive peut s'insérer et trouver une propre légitimation dans le contexte de la Convention.

II) La discrimination positive

La discrimination positive a été définie comme « étant la différenciation juridique de traitement créée de manière temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles »²⁵.

A partir de cette définition, on analysera, d'abord, si cette notion peut se considérer compatible avec le système de la CEDH et, successivement, si la Cour peut imposer aux Etats l'adoption de telles mesures afin de garantir une égalité réelle et effective dans la jouissance des droits prévus par la CEDH.

a) La compatibilité de mesures de « discrimination positive » avec la Convention

La Cour a déjà eu l'occasion d'évaluer la légitimité de mesures de « discrimination positive » mises en place par les Etats.

Il apparaît que la compatibilité avec l'article 14 de telles actions découlent directement de la structure du principe de non-discrimination tel qu'interprété et appliqué par la CourEDH. En effet, comme on l'a vu, toute distinction de traitement n'est pas interdite²⁶ : pour qu'elle soit considérée discriminatoire elle doit être dépourvue de justification objective et raisonnable. Or, les mesures appelées « discrimination positive » poursuivent un but légitime, à savoir la nécessité de rééquilibrer une situation d'inégalité de fait et, selon le cas, peuvent être proportionnées²⁷.

²⁵ F. MELIN-SOUCRAMENIEN, Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires, *RFDA*, 1997, 911. Voir aussi J.-F. FLAUSS, Discrimination positive, *préc.*, 418.

²⁶ CourEDH, arrêt *Affaire linguistique belge*, *préc.*, § 10.

²⁷ H. SURREL, L'appréciation contingente des justifications, in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, 136.

Ainsi, distinguer, en appliquant un traitement juridique préférentiel, pour remédier à une situation de désavantage préexistante, peut être légitime. Dans ce cas, il ne s'agit, donc, pas d'une forme de discrimination²⁸ et l'utilisation d'un tel terme pour faire référence à des mesures positives légitimes mises en place par l'Etat en faveur d'une catégorie spécifique de personnes serait erronée, au moins dans le cadre de la Convention. D'ailleurs, la Cour n'a jamais utilisé une telle expression²⁹, préférant plutôt se concentrer sur la substance de la notion.

La Cour a établi clairement ce principe, en affirmant, dans l'affaire *Stec*, que « l'article 14 n'interdit pas à un Etat membre de traiter des groupes de personnes de manière différenciée pour corriger des inégalités factuelles entre eux »³⁰. Au-delà du cas qu'on vient de citer, où étaient en question le régime d'allocation pour la diminution de la rémunération et l'allocation de retraite, la Cour a considéré légitimes des mesures d'action positive dans d'autres importantes affaires, tels que *Petrovic c. Autriche*³¹ de 1998 (à propos de l'allocation de congé parental), *Willis c. Royaume-Uni*³² de 2002 (droit à une indemnité forfaitaire pour une veuve et à l'allocation de mère veuve) et, encore récemment, *Runkee et White c. Royaume-Uni* de 2007 (différence de traitement entre hommes et femmes pour l'allocation d'une pension de veuve ; mesure justifiée étant « conçue pour corriger des inégalités entre les veuves âgées, en tant que catégorie, et le reste de la population »³³).

b) Principe d'effectivité, obligations positives et responsabilité de l'État face aux inégalités *de facto*.

Bien que la Cour n'ait jamais reconnu l'existence d'une obligation, découlant de l'article 14, de mettre en place des mesures positives afin de garantir une jouissance effective du droit à la non-discrimination³⁴, néanmoins, selon une partie de la doctrine³⁵, on ne peut pas exclure que la notion de discrimination positive puisse avoir un fondement juridique dans le système conventionnel.

En effet, si le principe d'effectivité, découlant du premier article de la Convention, est inhérent au système lui-même, et s'applique, désormais, à la

²⁸ J.-F. FLAUSS, *Discrimination positive*, préc., 418.

²⁹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Le droit à la non-discrimination*, préc., 219

³⁰ CourEDH, arrêt *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, req. 65731/01, 65900/01, § 51 ; F. SUDRE, Rapport introductif, in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, 39, affirme, à ce propos que, « l'inégalité compensatoire acquiert droit de cité en droit de la CEDH ». Ce principe avait été déjà énoncé dans l'arrêt *Affaire linguistique belge*, où la Cour a affirmé que « les autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes; certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait ».

³¹ CourEDH, arrêt *Petrovic c. Autriche*

³² CourEDH, arrêt *Willis c. Royaume-Uni*

³³ CourEDH, arrêt *Runkee et White c. Royaume-Uni*, 10 mai 2007, req. 42949/98, 53134/99, § 40

³⁴ Voir par exemple les affaires CourEDH, déc. *Magnago et Sudtiroler Volkspartei*, 15 avril 1996, req. 25035/94 et, comme l'a relevé F. SUDRE, Rapport introductif, préc., 38 voir aussi *Vincent c. France*, 24 octobre 2006, § 145.

³⁵ Voir, à ce propos, J.-F. FLAUSS, *Discrimination positive et Convention européenne des droits de l'homme*, in *Pouvoir et Liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, thèse soutenue le 16 novembre 2006, in <http://www.unilim.fr/theses/2006/droit/2006limo0514/notice.htm>

plupart des droits prévus par la Convention, on ne voit pas pourquoi seul l'article 14 devrait en rester exclu. En revanche, on peut bien envisager une extension de la théorie des obligations positives au droit à la non-discrimination³⁶. Ainsi, en cas de situation d'inégalité de fait préexistante et indépendante de l'action de l'État qui empêche l'exercice effectif sur un plan d'égalité des droits reconnus par la CEDH, l'État aurait l'obligation d'en garantir la pleine jouissance sans discrimination. On peut imaginer l'existence d'une obligation de moyen, selon laquelle, l'État doit être appelé à faire tout ce qui est dans son pouvoir pour compenser et remédier à une situation d'inégalité qui désavantage un groupe de personnes dans la jouissance des droits prévus par la CEDH.

A la lumière de ces considérations, l'article 14 pourrait inclure non seulement les discriminations positives, selon leur conception classique, mais aussi prévoir l'imposition de mesures d'action positive entendues au sens plus large : selon une distinction formulée en doctrine³⁷ et présente en droit communautaire, il est question des premiers lorsque un traitement préférentiel envisagé pour les membres de la catégorie défavorisée, entraîne, par son caractère automatique et indérogeable, une situation de désavantage et de préjudice à d'autres catégories ou, en d'autres termes, lorsque elles « donnent une préférence automatique et absolue à ses membres d'un groupe particulier par rapport à d'autres, sans aucun autre fondement que l'appartenance à ce groupe »³⁸. Toutefois, les mesures d'action positive, entendues au sens large, « tout en visant elles aussi un groupe déterminé considéré comme minoritaire ou désavantage, n'ont pas pour effet de diminuer le nombre d'avantages aux personnes ne faisant pas partie du groupe visé »³⁹.

Pour reprendre le test utilisé par la Cour pour la première fois dans l'arrêt *Osman c. Royaume-Uni*⁴⁰, fixant non seulement la portée et l'étendue mais aussi les limites des obligations positives de protéger, on pourrait, donc, envisager une obligation positive autonome sous l'angle de l'article 14 dans les termes suivants : en cas de situation d'inégalité de fait préexistante, l'État devrait prendre, dans le cadre de ses pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, seraient aptes à remédier à la situation de désavantage⁴¹ afin de garantir l'exercice effectif

³⁶ J.-F. FLAUSS, *Discrimination positive*, préc. ; D. THARAUD, *Contribution à une théorie générale*, préc.

³⁷ B. RENAULD, *Les discriminations positives*, in *RTDH*, 1997, 433 ; B. HEPPLÉ, *The European legacy*, préc., 7.

³⁸ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen. Sur l'application de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, COM(2006) 643 final, 30 octobre 2006, 8.

³⁹ B. RENAULD, *Les discriminations positives*, préc., 433. Selon le Rapport de la Commission, préc., 8 « les mesures d'action positive visent à assurer la pleine égalité dans la pratique en prévenant ou en compensant des désavantages dus à une certaine origine raciale ou ethnique. Il peut s'agir, par exemple, de proposer des formations spécifiques aux personnes appartenant à des groupes n'ayant généralement pas accès à ces formations ou de prendre des mesures particulières pour veiller à ce que certains groupes raciaux ou ethniques soient pleinement informés des offres d'emplois, notamment en publiant des annonces dans des publications s'adressant à ces groupes ».

⁴⁰ CourEDH, arrêt *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, req. 23452/94, § 116.

⁴¹ La Cour, dans l'arrêt *D.H. c. République Tchèque* (GC), préc., a à nouveau eu occasion de souligner, en se référant à la discrimination raciale, que « il s'agit d'une discrimination particulièrement condamnable qui, compte tenu de ses conséquences dangereuses, exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités. C'est pourquoi celles-ci ont l'obligation de recourir à tous les moyens dont elles disposent pour combattre le racisme, en renforçant ainsi la conception que la démocratie a de la société, y percevant la diversité non pas comme une menace mais comme une richesse », § 176.

de l'égalité de traitement. Il est d'évidence que, en faveur de l'État, une plus ample marge d'appréciation jouera par rapport aux droits en jeu, aux résultats à atteindre et aux moyens à utiliser. Toutefois, l'application de ce « test », en vue d'une protection effective des droits prévus par l'article 14, permettrait de pousser les États à justifier leur propres choix dans des matières auparavant laissées complètement à leur discrétion.

Il faut, toutefois, relever qu'une partie de la doctrine⁴² soutient l'impossibilité d'envisager l'existence d'une obligation positive qui se rattache directement à l'article 14. Cet article ayant "nature parasitaire", « *there can be no legal obligation on the part of states derived from that article to engage in a policy or act of reverse discrimination* »⁴³. Il souligne donc, que ce type d'obligations pourrait être conçu seulement sous l'angle d'un des autres articles prévus par la CEDH. En effet, il faut distinguer ce dernier type d'obligations positives par rapport à celui qui, potentiellement, pourrait en découler de façon autonome de l'article 14. Il ne s'agit pas, comme pour le premier, de l'obligation de garantir le respect effectif des droits garantis par la CEDH, mais de l'obligation « d'adopter les mesures d'action positive adéquates pour garantir l'exercice effectif de l'égalité de traitement »⁴⁴ dans la jouissance des mêmes droits.

La première hypothèse concerne la typologie d'affaires déjà analysées à propos des discriminations directes causées par une inaction de l'État⁴⁵. Une fois que l'Etat décide librement d'agir pour protéger un droit même en l'absence d'une obligation positive découlant d'un des articles de la CEDH, il s'ensuit l'obligation positive de garantir la même protection à toutes les catégories de personnes se trouvant dans des situations analogues. Il s'agirait d'une obligation de résultat découlant de l'article 14, dont l'inexécution ne pourrait pas, par exemple, se justifier par un simple manque de ressources. La différence entre les deux formes d'obligations positives est bien mise en évidence par le fait que dans le premier cas, la discrimination est causée par l'Etat qui garanti une protection de certains droits seulement à un groupe de personnes et pas à une autre ; dans le deuxième, en revanche, l'Etat a l'obligation positive d'agir exactement pour remédier à une situation de discrimination préexistante.

Toutefois, en principe, la Cour paraîtrait avoir reconnu un fondement aux discriminations positives. Elle a établi, toujours dans l'arrêt de Grand Chambre *Stec et autres c. Royaume-Uni*, que si l'article 14 « n'interdit pas à un Etat membre de traiter des groupes de manière différenciée pour corriger des inégalités factuelles entre eux », en même temps, dans certaines circonstances, « l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de la disposition en cause »⁴⁶.

Cette obligation avait été déjà énoncée dans l'affaire *Thlimmenos* susmentionné, qui, comme on l'a vu, fixa le principe selon lequel il faut traiter de manière différenciée des personnes placées dans des situations différentes. Une

⁴² HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law, préc.*, 611

⁴³ HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law, préc.*, 611

⁴⁴ F. SUDRE, *Rapport introductif, préc.*, 38.

⁴⁵ Voir *supra* p. 4.

⁴⁶ CourEDH, arrêt *Stec et autres c. Royaume-Uni*, *préc.*, § 51.

partie de la doctrine a ainsi estimé que la Cour, avec cet arrêt, s'est engagée « dans la voie des discriminations positives »⁴⁷.

En effet, en principe, le fondement sur lequel repose la notion de discrimination positive est constitué exactement par l'obligation de traiter de manière différente des situations différentes. Comme on l'a déjà mis en évidence⁴⁸, « dès lors que les situations apparaissent équivalentes grâce à la comparaison, les discriminations positives n'entrent pas en jeu ». Sur la base de la définition de discrimination positive rappelée ci-dessus, l'exigence de la mise en place d'une mesure positive de l'État découle de la nécessité de corriger une inégalité de fait : des personnes qui se trouvent dans une situation de désavantage sont placés dans une situation différentes par rapport au reste de la population ou à d'autres catégories et nécessitent donc d'un traitement différencié préférentiel⁴⁹.

Bien que ce principe constitue une condition préalable pour envisager une mesure de discrimination positive, son application concrète dans le cas *Thlimmenos* ne paraît pas concerner une hypothèse de discrimination positive, comme on le verra par la suite⁵⁰.

En outre, il a été affirmé que si « la non-discrimination est le revers positif de la discrimination *de jure*,[...] la discrimination positive est le revers positif de la discrimination *de facto* ou indirecte, qui résulte de l'application d'un traitement uniforme à des situations essentiellement différentes »⁵¹. Toutefois, s'il est vrai que la discrimination positive constitue le revers de la discrimination indirecte, toutes les formes de discriminations indirectes ne sont pas intimement liées au concept de discrimination positive. Ce principe est valide seulement si considéré par rapport à une des trois catégories de discrimination indirecte.

Reprenons les trois formes de discrimination indirecte citées ci-dessus.

(i) En ce qui concerne le premier groupe, les conditions pour l'applicabilité du concept de discrimination positive ou action positive ne se trouvent pas réunies. Dans l'arrêt *Zarb Adami*, qu'on prend ici comme exemple de ce type de cas, les individus n'étaient pas placés dans des situations différentes, mais similaires. Cette considération, soulignée par la Cour dans son arrêt⁵², met en évidence le fait que dans ce type d'affaires la situation d'inégalité et de désavantage n'était pas préexistante, mais elle découlait, même si indirectement, d'une pratique mise en place par des organes étatiques. L'État peut donc se considérer directement responsable de l'ingérence discriminatoire qui entraîne la violation de l'article 14. Il faut rappeler encore une fois que l'éventuelle obligation de mise en place d'une mesure positive, au contraire, ne ressort que dans le cas où une inégalité est préexistante et indépendante de l'action de l'État.

⁴⁷ F. SUDRE, La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de "jurisprudence fiction"?, *RTDH*, 2003, 773. Voir, aussi, à ce propos, le commentaire de J.-P. MARGUENAUD, *chron.*, *RTDCiv*, 2000, 434.

⁴⁸ D. THARAUD, Contribution à une théorie générales, *préc.*, § 155,135

⁴⁹ C. PICHERAL, L'incertaine détermination, *préc.*, 95

⁵⁰ G. GONZALEZ, Il semble exister des différences considérables s'agissant de la perception des discriminations ou actions positives entre les différents juges. Qu'en est-il réellement ?, in *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, 273

⁵¹ O. DE SCHUTTER, Le droit au mode de vie tzigane devant la Cour européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 1997, p. 47 ; D. THARAUD, Contribution à une théorie générale, *préc.*

⁵² CourEDH, arrêt *Zarb Adami c. Malte*, *préc.*, § 78.

(ii) Le deuxième type d'affaires nous ramène à l'arrêt *Thlimmenos*. Même si la Cour a ici énoncé l'obligation, découlant de l'article 14, de traiter de façon différente des situations différentes, en fait, il ne s'agit pas d'un cas qu'on peut reconduire au concept de discrimination positive.

En effet, s'il est vrai que le requérant se trouvait dans une condition différente par rapport à une autre catégorie de personnes, il faut souligner que cette différence de départ ou originaire se concrétisait dans une simple condition de spécificité et elle ne se traduisait pas dans une situation défavorable ou de préjudice.

A la lumière de cette considération, il faut remarquer, encore une fois, que la condition de préjudice ou de désavantage par rapport à d'autres catégories de personnes - nécessairement préexistante pour qu'on puisse parler de discrimination positive - a été causée, en l'espèce, par une action de l'Etat (c'est-à-dire l'avoir interdit l'accès à une profession), qui peut, donc, être considéré directement responsable de l'ingérence discriminatoire.

Comme preuve de cette considération, il suffit penser que le comportement exigé par l'Etat afin d'éviter la violation, n'est pas celui de prévoir des mesures actives pour le requérant mais simplement des mesures particulières ou exceptions qui puissent permettre d'adapter la normative générale à sa position spécifique, comme par exemple, en l'espèce, la cessation de l'ingérence à son endroit.

(iii) On pourrait parler de discrimination positive comme revers positif de la discrimination indirecte seulement par rapport au troisième type précédemment énoncée.

En effet, dans ces affaires l'Etat doit faire face à des individus appartenant à une catégorie qui se démarquent en raison du fait qu'ils sont placés dans une situation de départ non seulement différente mais aussi défavorable. De plus, cette condition de désavantage dépend d'une situation de fait ou, en tout cas, elle est indépendante de la volonté de l'Etat. Ainsi, d'un côté, l'Etat risque de commettre une discrimination indirecte s'il applique une mesure identique pour les différentes catégories qui pourraient aggraver ou accentuer encore plus une situation déjà en soi discriminatoire ; d'un autre côté, se pose le problème de savoir s'il existe une obligation pour l'Etat de prévoir des mesures positives en faveur de la catégorie défavorisée pour remédier à cette situation d'inégalité de fait préexistante⁵³.

⁵³ Une affaire qu'on pourrait encadrer dans cette troisième typologie de discrimination indirecte est *D.H.c. République Tchèque*. En effet, est la même Cour qui souligne à plusieurs reprises le caractère non seulement spécifique mais aussi défavorisé de la minorité Rom : e « Il existe à tout moins un risque que les tests en question soient entachés de préjugés et que leurs résultats ne soient pas lus à la lumière des particularités et des caractéristiques spécifiques des enfants roms qui les subissent », § 201 ; la Cour « reconnaît que l'Etat défendeur, dans ses efforts pour l'intégration sociale et pédagogique du groupe défavorisé que représentent les Roms, se heurte à des nombreuses difficultés tenant notamment aux spécificités culturelles de cette minorité et à une certaine hostilité des parents des enfants non roms », § 205; et encore, d'une façon plus nette « or, il ressort des faits de l'espèce que le processus de scolarisation des enfants roms n'a pas été entouré de garanties permettant d'assurer que, dans l'exercice de sa marge d'appréciation en matière d'éducation, l'Etat a tenu compte des besoins spécifiques de ces enfants découlant de leur position défavorisée », § 207 ; enfin, elle affirme que les enfants roms ont « reçu une éducation qui a accentué leurs difficultés et compromis leur

Pour conclure, on peut citer l'affaire *Buckley c. Royaume-Uni*⁵⁴ qui met bien en lumière les rapports complexes entre la discrimination indirecte et la discrimination positive.

Invoquant les articles 8 et 14 de la Convention, la requérante se plaignait du fait que, à cause d'une politique générale d'aménagement du territoire, l'Etat avait imposé une discrimination envers les Tsiganes en les empêchant de suivre leur mode de vie traditionnel. Entre autres, les mesures étatiques réduisaient la possibilité pour une famille Tsigane de choisir le lieu où installer leur propre domicile, en la limitant aux seuls sites expressément autorisés par les autorités étatiques. Au delà du fond de l'affaire, ce qui peut être relevé ici est la double perspective avec laquelle on peut analyser l'arrêt. Comme la doctrine l'a relevé⁵⁵, en l'espèce était en cause la notion de discrimination indirecte : la requérante, en tant que membre de la communauté tzigane, avait subi un traitement défavorable par rapport au reste de la population à cause d'une mesure générale en soi neutre et identique pour tous. En d'autres termes, l'Etat avait appliqué un traitement identique à des situations essentiellement distinctes, appelant, par conséquent, un traitement différent. Toutefois, l'issue de l'affaire était liée à la façon d'entendre, en l'espèce, la situation de différence : il s'agissait d'une différence-spécificité ou de différence-désavantage ?

Les opinions dissidentes des juges Lohmus et Pettiti représentent ce contraste de perspective. D'un côté le juge Lohmus posait l'accent sur « la nécessité de sauvegarder l'héritage culturel et l'identité des nomades » et, donc, sur une conception de la situation de départ comme de différence-spécificité : « pour empêcher toute discrimination à l'égard des membres d'une minorité – il a affirmé qu'– il peut être insuffisant de leur assurer l'égalité devant la loi. Pour qu'il y ait égalité en pratique, il peut se révéler nécessaire de leur réserver un traitement différent *afin de protéger leur héritage culturel spécifique* ». De l'autre, le juge Pettiti paraît préférer encadrer la problématique sous l'angle de l'existence d'une différence-désavantage : « Pendant la Seconde Guerre mondiale, les Etats ont occulté le génocide subi par les Tsiganes. Après la guerre, cette occultation directe ou indirecte s'est poursuivie [...]. Dans l'ensemble de l'Europe et au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, la minorité tzigane a généralement été l'objet de discriminations, de mesures de rejet et d'exclusion et n'a pas vu reconnaître la culture et la vie sociale qu'elle revendique [...]. La Convention européenne peut-elle apporter un remède à cette situation? La réponse doit être affirmative puisque la vocation de la Convention est bien d'assurer la sauvegarde

développement ultérieur, *au lieu de s'attaquer à leur vrais problèmes, de les aider à intégrer plus tard les écoles ordinaires et à développer les capacités facilitant leur vie au sein de la population majoritaire* ».

Toutefois, la Cour semble avoir accepté la perspective des requérants qui soutenait de ne se trouver pas « dans une situation différente de celle des enfants non-Roms, appelant un traitement différent » mais plutôt qu'ils auraient subi, « sans justification objective et raisonnable, un traitement moins favorable que celui réservé aux non-Roms *dans une situation comparable* ». Ainsi, il s'agirait plutôt d'un affaire *sub i*). Voir, à ce propos, C. PICHÉRAL, L'incertaine détermination, préc., 98, spec. n. 48.

⁵⁴ Voir, à ce propos, O. DE SCHUTTER, Le droit au mode de vie, préc., et J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, Le droit à la non-discrimination, préc., 219 ; voir aussi CourEDH, arrêt *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, req. 27238/95.

⁵⁵ O. DE SCHUTTER, Le droit au mode de vie, préc., 84

des droits fondamentaux sans discrimination, par une obligation positive des Etats. L'affaire présente permettait-elle une première application positive? ».

Le fait d'adopter l'une ou l'autre approche entraîne des conséquences importantes. Dans le premier cas, en effet, le cœur du problème est la protection des diversités et des spécificités. Il n'y aura pas une situation de désavantage originaire (mais seulement de différence-spécificité) qu'on doit compenser par l'adoption de mesures positives. Au contraire, c'est l'Etat qui, en appliquant un traitement identique qui ne prend pas en compte des situations de spécificité, crée une situation défavorable pour une catégorie déterminée de personnes (voir *sub* (ii)). Il s'agirait, en fait, de demander une protection afin de garantir une conception du domicile et de la vie privée particulière et spécifique; protection qui consisterait ou dans la cessation de l'ingérence ou dans la prévision d'obligations positives découlant de la disposition matérielle en cause, en l'espèce, l'article 8 de la CEDH. Ainsi, le grief relatif à la violation de l'article 14 par rapport à l'interdiction de la discrimination indirecte se superpose avec celui relatif à la demande de protection par les obligations positives sous l'angle de l'article 8.

Selon la deuxième perspective, au contraire, la situation de différence entre la communauté tsigane et le reste de la population n'est pas simplement le résultat d'une spécificité culturelle, mais d'une vraie situation de désavantage et de discrimination de fait qui nécessite une action positive de l'Etat afin d'y remédier. La condition de désavantage serait donc préexistante à l'intervention de l'Etat et la décision des autorités de prévoir un traitement identique à la place de mesures préférentielles en faveur de la communauté tsigane aurait comme conséquence d'aggraver la situation de départ déjà discriminatoire.

Toutefois, la Cour a adopté plutôt la première conception, en se penchant principalement sur le problème de l'existence d'éventuelles obligations de protéger la spécificité culturelle de la communauté tsigane. En constatant la non-violation de l'article 8, la Cour a, en effet, précisé que cet article « ne va pas nécessairement jusqu'à permettre aux préférences individuelles en matière de résidence de l'emporter sur l'intérêt général ».

LES DROITS SOCIAUX NUISIBLES

Petr MUZNY *

1. Puisque ce colloque à été organisé en parallèle au concours de plaidoirie portant également sur le thème des droits sociaux fondamentaux (ci-après DSF), je voudrais faire honneur à ce concours en mentionnant un élément fondamental qui doit présider à toute action rhétorique, c'est-à-dire celle qui met en œuvre des « techniques discursives permettant de provoquer ou d'accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment »¹. Pour parvenir à convaincre, il faut nécessairement tenir compte de la nature de son auditoire. En d'autres termes, les idées fondamentales du discours doivent s'accorder avec la tournure d'esprit et les pensées de son public afin que de cette base consensuelle émerge un sentiment de sympathie de nature à accroître la force de persuasion du discours.

2. Ceci étant dit, le thème de mon sujet semble prendre la direction opposée, celle de l'antipathie de l'assistance. En effet, alors que le colloque et le concours célèbrent dans une débauche d'énergie l'avènement des DSF et que les différents intervenants n'ont eu cesse de montrer la maturation de ces droits au travers de leur mutation de simples valeurs déclaratoires en de véritables normes justiciables, voici que la présente réflexion semble ternir cette image positive². Ajoutons que cette antipathie de l'assistance vis-à-vis des thèses critiques à l'égard des DSF est sans doute exacerbée dans un contexte de crise économique qui est préjudiciable à leur développement futur³. Tous les ingrédients sont alors

* Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'Université de Savoie, Professeur de droit à l'Université de Genève, Membre de l'IDEDH.

¹ Voir l'ouvrage par excellence sur la rhétorique discursive ; C. PERELMAN & L. OLBRECHTS-TYTECA, « *Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique* », éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1976.

² Sur ce point, voir les autres interventions ainsi que certains ouvrages en la matière ; « Droits sociaux et droit européen. Bilan et prospective de la protection normative », actes de la journée d'études du 19 octobre 2001. (Dir. J-F. Flauss), Bruylant-Nemesis, coll. Droit et Justice n°39, Bruxelles, 2002 226p. ; « Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen », (Dir. L.Gay, E.Mazuyer, D. Nazet-Allouche), Bruylant, Coll. A la croisée des droits, Bruxelles, 2006, 289p. ; J-F. AKANDJI-KOMBE, « Droits économiques sociaux et culturels », in Dictionnaire des Droits de l'Homme (Dir. J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J-P. Marguënaud, S. Rials, F. Sudre), PUF, coll. Quadrige dicos poche, Paris, 2008, p.323 et suivants.

³ A cet égard, voir les propos de L. Arbour, ancienne Commissaire aux droits de l'Homme des Nations-Unies lors de sa conférence du 10.03.09 à l'Université de Genève, « L'Etat de droit dans un monde en désordre », à visionner sur le site Internet : <http://www.unige.ch/450/conferences/grandesconferences-1/arbours.html>

réunis pour que les propos qui vont suivre donnent lieu au mieux à une sévère désapprobation, au pire à la première lapidation vécue au sein de la faculté de droit de Lyon.

3. Avant que ce jugement ne soit exécuté, permettez-moi de m'expliquer sur le sens de ce sujet. Il n'est pas question ici de railler tous les DSF comme étant nuisibles, ni de rejeter du revers de la main tous les efforts et progrès qui ont été menés en faveur du bien-être individuel et social au moyen des DSF. En outre, puisque le fondement des droits sociaux repose sur la solidarité inter-individuelle⁴ et la protection des groupes de personnes vulnérables, il ne s'agit pas non plus de s'opposer à ces valeurs qui, au moment où, au nom de la permissivité libérale, s'effritent progressivement de nombreux principes moraux pourtant ancrés depuis plusieurs siècles dans notre société, méritent toute notre attention.

Non, il s'agit plutôt de se concentrer sur les faiblesses des droits sociaux afin que leur consécration et leur développement futurs soient assurés sur des bases plus rationnelles que passionnées.

4. A l'instar de l'être humain que les DSF s'efforcent de protéger, ces faiblesses sont à la fois innées (I) et acquises (II).

I Faiblesses innées des droits sociaux fondamentaux

5. Qu'entendons-nous par DSF ? Il s'agit « des droits qui incombent au citoyen, qu'il ne peut faire valoir que dans sa relation avec d'autres individus en tant que membre d'un groupe et qui ne peuvent être réalisés que si la communauté publique fournit des prestations en vue de garantir le cadre de vie du citoyen »⁵.

Les DSF se caractérisent donc par une protection de l'individu pris en tant que membre de la société à travers l'intervention de l'Etat.

De ce point de vue, les DSF sont affectés d'une double tare. La première se rapporte au fait que les droits sociaux sont des droits subjectifs qui survalorisent l'individu face à la société. La seconde découle du fait que cette valorisation est entièrement subordonnée au rôle de l'Etat. L'individu et ses conditions d'existence sont entre les mains de l'Etat qui peut facilement tomber dans le travers d'une négation de l'individu.

Nous sommes donc en présence d'un paradoxe digne d'intérêt en ce que l'individu est tantôt sacralisé (A), tantôt nié par le truchement des DSF (B).

A) La sacralisation de l'individu

6. Les DSF favorisent démesurément l'individu car leur utilisation engendre à la fois des (dés)illusions (1) et une déformation de la réalité(2).

⁴ Même si la notion de solidarité nationale est susceptible de multiples acceptions, parfois même négatives, cf. ; J-M. PONTIER, « De la solidarité nationale », Revue du Droit Public, n°4, juillet-août 1983, p. 916 et suivants.

⁵ H.-J. WIPFELDER, « Die verfassungsrechtliche Kodifizierung sozialer Grundrechte », ZRP, 1986, p.140.

1) Par l'illusion sur la réalité

7. Personne ne niera que les DSF, au même titre d'ailleurs que les droits fondamentaux dits "civils et politiques" constituent des droits subjectifs. Il s'agit donc de facultés dont peut se prévaloir l'individu afin de favoriser ses intérêts. Les multiples prestations et pouvoirs dont jouissent les individus dans notre société ne nous contrediront d'ailleurs pas. L'individu n'a jamais été autant soigné par les autorités publiques. Ces dernières étendent progressivement leur catalogue de droits : le droit à l'emploi, le droit au logement, le droit à la santé, etc., créant dans l'esprit des individus des attentes de plus en plus soutenues. Il n'est pas besoin d'être un fin prévisionniste pour deviner que l'ensemble de ces promesses ne pourra pas être tenu. Il est encore moins besoin d'être un fin psychologue pour comprendre que ces promesses non tenues risquent d'engendrer des frustrations explosives.

8. Comme l'affirmait il y a déjà plus de vingt-cinq ans M. Villey à propos des droits fondamentaux, « leur tort est de promettre trop: la vie - la culture - la santé égale pour tous: une greffe du cœur pour tout cardiaque? Il y aurait, rien qu'avec le droit de tout français « à la santé » de quoi vider le budget total de l'Etat français, et cent mille fois plus! »⁶. Même J-M. Belorgey, ardent défenseur des DSF et membre du Comité européen des droits sociaux admet que le fait de s'engager à des promesses intenable n'est pas de nature à améliorer le bien-être social. Selon ce dernier : « « En matière de protection sociale, il est clair qu'il y a des pays où servir des revenus de remplacement pour les non-actifs, chômeurs, personnes âgées, invalides, qui ne soient pas exagérément décrochés des revenus d'activité, et qui ne tombent pas en dessous du seuil de pauvreté, c'est-à-dire *grosso modo* en dessous de la moitié du revenu médian, est un objectif hors d'atteinte ; en ce cas, mieux vaut que les pays considérés ne souscrivent pas aux obligations correspondantes, ou que du temps leur soit laissé pour y satisfaire »⁷.

9. De telles désillusions ne sont pas gratuites. Les théoriciens des sciences politiques ont depuis longtemps démontré que la révolution sociale gronde lorsque l'écart entre les aspirations de la population et leur satisfaction réelle dépasse un certain seuil dit de frustration. Lorsque les politiques, par le biais d'effets d'annonce s'engagent en faveur du progrès des conditions sociales, ils améliorent certes à court terme le sentiment de sympathie à leur égard. Ils oublient cependant que, à plus long terme, ils en viennent à aiguïser l'appétit de la population en faveur de créances publiques, augmentant du même coup les risques de frustration, à l'origine de la plupart des mouvements sociaux.

2) Par la déformation de la réalité

10. Ajoutons à cela que les droits subjectifs placent l'individu au centre de la réalité. Ce faisant, ils empêchent de concevoir les problèmes sociaux sous un angle global et cohérent. La lutte contre les déséquilibres sociaux en termes de

⁶ M. VILLEY, « Le droit et les droits de l'Homme », PUF, Paris, 1983, p.11.

⁷ J-M. BELORGEY, « La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le Comité européen des droits sociaux », RDSS 2007, p.227.

développement des DSF se fonde donc sur une vision déformée de la réalité. Prenons un exemple, à savoir le mouvement social de 1997, celui qui a entraîné le blocage de la plupart des dépôts pétroliers français et, partant, le ralentissement, puis l'immobilisation de certains pans de l'économie durant plusieurs semaines. La vision de cet événement en termes de DSF s'effectue sous l'angle unilatéral du droit de grève, droit qui a par la même occasion légitimé et/ou passé sous silence les nombreuses autres atteintes aux droits fondamentaux, tels que le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté de circulation, etc. Selon les estimations économiques ultérieures, dans le seul bassin marseillais par exemple, ce mouvement a donné lieu et précipité plusieurs centaines d'entrepreneurs individuels à cesser leurs activités. Dououreux paradoxe d'une action sociale justifiée par un DSF qui nuit à un autre DSF, qualifiée à juste titre par Christian Atias de « droit de nuire »⁸.

Retenons donc que tant que les DSF seront perçus comme des facultés ou des pouvoirs, au lieu d'une relation ou de fruits issus du déparage dans cette relation⁹, il sera difficile de faire avancer la cause sociale de manière harmonieuse. Chercher à atteindre l'harmonie sociale par le biais d'instruments déformants que sont les DSF, équivaut à conduire un véhicule à travers le prisme d'une loupe. Tôt ou tard, survient l'accident.

B) La négation de l'individu

11. En même temps que les DSF sacralisent l'individu, ils ont tendance à le nier. Cette négation intervient à double titre, d'une part, à travers la déresponsabilisation de l'individu (1), d'autre part, à travers sa paupérisation (2).

1) Par sa déresponsabilisation

12. Les droits sociaux tirent leur origine de l'apparition de l'Etat-providence dans un contexte où la société s'organise face aux excès du libéralisme issus de la révolution industrielle. L'Etat devient le fournisseur officiel des prestations sociales et les membres de la société française les objets de toute son attention. La

⁸ C. ATIAS, « Le droit de nuire », Recueil Dalloz 1997, p.385. « Chacun est enfermé dans la bulle qu'il espère, à la fois, protectrice et capable de phagocytose. (...) Tout se passe comme si, désormais, certains droits incluaient la liberté de nuire. Aucune règle n'est à l'abri de la dénaturation par les droits. Le droit de nuire devenu de droit positif : est-ce là l'héritage que le XXe siècle entend laisser à son successeur ? »

⁹ M. VILLEY, « *Le droit et les droits de l'homme* », précité, pp.49-54 et 97 (souligné par nous) : « *Le to dikaiou (justice particulière) est une proportion (...), un milieu entre deux extrêmes. (...) Elle tend à réaliser, dans la cité, le bon partage des biens et charges extérieures. (...) Rien de plus naturel alors si l'art juridique use d'une méthode dialectique, procédant par confrontation d'exemples, et d'opinions contradictoires, parce que chaque opinion reflète quelque aspect de la réalité. Il s'impose dans tout le procès d'abord d'entendre les plaidoiries des deux adversaires ; et de confronter les thèses opposées des jurisconsultes, dont l'une veut que soit attribué trop, et l'autre pas assez. Pour Aristote, (...) afin d'atteindre le juste milieu, il faut au juriste ajouter ici et retrancher là. Partant des extrêmes chercher le milieu. C'est à partir et à travers les déviations en sens divers des uns et des autres que sera trouvée la voie droite. Combien parfaitement adaptée à l'art judiciaire, cette méthode dialectique (...). Retenons ce point : selon l'analyse d'Aristote, le droit se découvre par observation de la réalité sociale, et confrontation de points de vue divers sur cette réalité, parce que le droit, objet de la justice au sens particulier du mot, est précisément ce milieu, la bonne proportion des choses partagées entre membres du groupe politique. Parce que le droit est proportion, le juge proportionne les choses aux personnes ».*

dépendance de ces derniers à l'égard de l'entité qui décide dorénavant de leur avenir social devint rapidement criante. Déjà à l'époque de Tocqueville, celui-ci employait des termes de réprobation très forts face aux dérives de ce paternalisme social. « Au-dessus de ceux-là s'élève un pouvoir immense et tutélaire, qui se charge seul d'assurer leur jouissance et de veiller sur leur sort. Il est absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux. Il ressemblerait à la puissance paternelle (...) mais il ne cherche, au contraire, qu'à les fixer irrévocablement dans l'enfance; il aime que les citoyens se réjouissent, pourvu qu'ils ne songent qu'à se réjouir. Il travaille volontiers à leur bonheur; mais il veut en être l'unique agent et le seul arbitre; il pourvoit à leur sécurité, prévoit et assure leurs besoins, facilite leurs plaisirs, conduit leurs principales affaires, dirige leur industrie, règle leurs successions, divise leurs héritages; que ne peut-il leur ôter entièrement le trouble de penser et la peine de vivre? »¹⁰.

13. En distribuant les avantages à travers les DSF, l'Etat choie l'individu. Le moindre déséquilibre en ce sens est porteur d'une atteinte à ce qui forme précisément la dignité de l'être humain, son autonomie et, dès lors, sa capacité d'entreprendre. Il n'est plus aujourd'hui de domaine et de recoin social dans lequel l'Etat, par le biais de ses agences, ne manifeste pas son omniprésence. Combien de temps est-on tenu de travailler? Combien de fruits devrait-on manger au quotidien? Quel médecin et quels types de soins sommes-nous obligés de choisir afin de bénéficier de meilleurs remboursements? Quel syndicat officiellement désigné comme représentatif des intérêts des travailleurs dois-je soutenir? Toutes ces questions et bien d'autres soumettent *de facto* l'individu à la tutelle de l'Etat. La conséquence? Non contente de limiter la liberté de conscience et d'agir de l'individu, cette déresponsabilisation tourne parfois à la catastrophe.

14. Citons un exemple, celui de l'aide apportée aux personnes âgées dont l'autonomie est restreinte¹¹. Il y a encore quelques dizaines d'années la plupart de ces personnes âgées étaient, en l'absence d'aides étatiques, soutenues dans le cadre de la solidarité familiale. Cela imposait pour les membres de la famille - essentiellement les enfants - des choix compliqués, tel celui de réduire son temps de travail, modifier son espace d'habitation, etc. Avec l'évolution des mentalités sociales, le fait de laisser un de ses parents dans une maison de retraite, entre les mains de professionnels, est devenu une habitude dans notre société, habitude d'autant plus favorable qu'elle s'est accompagnée d'un certain nombre d'aides pécuniaires versées par l'Etat¹². Il est vrai que les familles sont ainsi soulagées d'un fardeau en termes de temps et d'énergie. Pour autant, la société se rend aujourd'hui compte que ce soulagement de la part de l'Etat emporte des conséquences nuisibles. La dernière en date est la canicule de 2003 qui a, selon les dernières estimations, tué plus de 15000 personnes en grande majorité âgées. La

¹⁰ Alexis de Tocqueville, « De la démocratie en Amérique », II, 4^{ème} Partie, Chapitre VI, 1840.

¹¹ Sur cette question, voir notamment ; D. ROMAN, « Vieillesse et droits fondamentaux : l'apport de la construction européenne », Revue de droit sanitaire et social 2008 p. 267.

¹² Dans d'autres sociétés plus attachées aux valeurs de la famille traditionnelle, ce désengagement familial constitue encore aujourd'hui quelque d'inimaginable, perçu comme un échec ou encore une honte pour la famille.

leçon est évidente : les autorités étatiques ne sont pas à même de remédier à elles seules à ce genre de catastrophe¹³. Selon de nombreux experts, la solidarité familiale à l'égard des personnes du troisième âge aurait pu en revanche réduire très nettement, voire éviter que cette catastrophe sanitaire ne se produise. L'image de ces camions réfrigérés contenant des dizaines de dépouilles en attente d'être récupérées par des familles passant leurs vacances bien au frais nous rappellent que les DSF peuvent avoir des effets pervers à travers la déresponsabilisation qu'elles sont susceptibles d'engendrer. Mais il n'y a pas que cela.

2) Par sa paupérisation

15. Nous voudrions également suggérer que les DSF contribuent à la paupérisation de franges les plus pauvres de la société. En quel sens ? Il semble en effet que les DSF constituent une arme particulièrement efficace du néolibéralisme en ce qu'ils continuent de justifier l'existence d'une économie de marché au moyen des correctifs qu'ils apportent au système en vigueur et apaisent, de ce fait, les revendications qui voudraient se faire entendre. Expliquons-nous.

16. En 2005, l'UE, par exemple, a consacré 27.2% de son PIB à la protection sociale, la France tenant le haut du pavé avec 31,5% juste derrière la Suède avec 32%. 46% de ces sommes sont affectées aux prestations de vieillesse et de survie. Autrement dit, il n'y a jamais eu dans l'histoire autant d'aide apportée aux classes les plus pauvres de la société. Selon la Professeure Guillemard : « l'importance croissante des populations relevant des filets minimaux de protection sociale sous condition de ressources et financés par l'Etat (minima sociaux, RMI, CMU, allocation de solidarité spécifique pour le chômage) en témoigne »¹⁴.

17. Ce que d'aucuns considèrent comme une victoire des DSF sur la pauvreté, doit plutôt être considéré comme le signe d'une pathologie sociale entretenue par ces mêmes droits sociaux. En effet, « au siècle dernier, Rockefeller, parangon du capitalisme libéral, expliquait qu'entre un ouvrier et son patron un écart de 1 à 40 était raisonnable ». Or, selon Proxinvest, « en France un PDG du CAC 40 touche en moyenne 298 smic, c'est-à-dire qu'il gagne plus par jour ouvrable que le salaire annuel d'un ouvrier »¹⁵. Qu'en déduit-on ? Plutôt que de s'en prendre à la racine du système économique qui tend irrémédiablement à accroître les différences entre les classes les plus riches et les classes les plus pauvres de la société, l'Etat néolibéral pérennise l'ordre économique existant en usant notamment des DSF

¹³ Voir à cet égard, le « rapport de la commission d'enquête sur les conséquences de la canicule » qui a ciblé l'ensemble des dysfonctionnements des services étatiques lors de cette canicule. (MM. Claude Evin, François d'Aubert (tome I), n°1455) ; à consulter sur Internet : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r1455-t1.asp>.

¹⁴ A-M. Guillemard, « Où va la protection sociale ? », PUF, coll. Le lien social, Paris, 2008.

¹⁵ Nathalie FUNES, Thierry PHILIPPON, « Ils ne sont plus dans la vraie vie », *Nouvel Observateur*, 21 décembre 2006. A consulter également sur le site Internet : http://hebdo.nouvelobs.com/hebdo/parution/parch/articles/a327990-ils_ne_sont_plus_dans_%C2%ABla_vraie_vie%C2%BB.html

pour « sauver » les laissés-pour-compte du système et, partant, le mécontentement de la population. Les DSF deviennent par ce biais « l’opium du bas peuple ».

18. Individus survalorisés, individus niés, voici les deux tares génétiques des DSF. A ceci l’on pourrait rétorquer qu’il ne s’agit que d’arguties philosophiques. Qu’importent les tares innées pourvu que dans la pratique ces droits sociaux fonctionnent et améliorent le sort des pauvres, des handicapés, des personnes âgées et des membres de groupes minorisés. C’est qu’en réalité ces faiblesses innées préparent le terrain à la pratique, celle des déficiences acquises.

II Faiblesses acquises des droits sociaux fondamentaux

19. La pratique des DSF se caractérise parfois par une application peu efficace (A). Elle emporte même dans certains cas des conséquences nocives pour le bien-être de la société (B)

A) Une application peu efficace

20. L’effectivité des DSF s’avère faible tant au niveau international (1) qu’au niveau national (2).

1) Au niveau international

21. Il est indéniable que les DSF ont acquis un statut plus substantiel au niveau du droit international dans la mesure où la CourEDH et le Comité Européen des Droits Sociaux (CESD) s’efforcent d’améliorer progressivement l’effectivité de ces droits. Pour autant, il n’y a pas de raison de jubiler.

22. S’agissant de la CourEDH, à chaque fois que la Cour européenne rend un arrêt qui se réfère à des notions entrant dans la catégorie des DSF, la doctrine frissonne et sort sa plus belle plume afin de vanter l’avènement de ces droits. Pourtant, cette reconnaissance n’est ni plus ni moins qu’une référence par ricochet devant une question touchant à la violation des droits de nature civile et politique contenus dans la Convention. Le juge de Strasbourg a beau être connu pour ses qualités créatrices et imaginaires en matière d’interprétation, il n’en demeure pas moins une cour internationale soumise à une fonction spécifique, celle de trancher les litiges particuliers en tenant compte d’un texte dénué de référence aux DSF. Sa nature, son objet et son instrument d’action constituent donc autant de limites l’empêchant d’élaborer une doctrine jurisprudentielle substantielle en matière de protection des droits sociaux fondamentaux.

23. En outre, la CourEDH est pleinement consciente que le fait d’étendre son champ de contrôle à la protection des DSF entraînerait des conséquences néfastes pour la protection des droits fondamentaux dans leur ensemble et ce, pour deux raisons. D’une part, le fait d’imposer ses positions sur des sujets de nature plus politique créerait indubitablement des dissensions avec les Etats. Or la Cour européenne sait que l’effectivité de son rôle est intimement liée à la relation de

confiance et de coopération qu'elle est parvenue à tisser avec ces mêmes Etats. En étendant sa protection aux DSF de manière plus systématique, elle exacerberait les susceptibilités étatiques et le respect de ses arrêts s'en ressentirait¹⁶. D'autre part, compte tenu de l'engorgement exponentiel auquel la Cour doit faire face, il est difficile d'envisager une augmentation du volume des requêtes sans que cela ne nuise en même temps aux recours portant sur les droits civils et politiques. Or, si en raison de ses limites la Cour doit choisir les types de requêtes auxquelles priorité sera donnée, il va de soi que la protection du droit à la vie, de l'interdiction de la torture, du droit au respect de la vie privée, etc., doit demeurer la prééminente pour la CourEDH. L'on conçoit donc que la protection des DSF par la CourEDH est et restera tout à fait accessoire, ce rôle incombant à titre principal au CESD

24. Il est vrai que le CESD a vu ses compétences étendues depuis la réforme de la Charte Sociale Européenne. Dorénavant, le système de réclamations collectives permet au Comité de rendre des décisions de qualité sur des litiges spécifiques et de pointer ainsi du droit les carences concrètes d'un ordre juridique national. Pour autant, ces jugements demeurent insuffisants. En effet, jusqu'à présent, seuls 15 Etats ont accepté ce type de recours collectif devant le Comité et, de surcroît, l'acceptation des dispositions du traité se fait à la carte puisque les Etats membres n'ont pas à souscrire à tous les articles de la Charte¹⁷.

25. De plus, à regarder de plus près la pratique, l'on constate que le Comité a rendu seulement 39 décisions depuis que ce mécanisme existe, à savoir sur une période de 10 ans environ. Autant dire que, 4 décisions par an en moyenne, cela constitue un rendement à tout le moins médiocre. La position de ces juges et juristes ferait sans doute pâlir d'envie leurs collègues de la CourEDH. En outre, si l'on analyse ces chiffres du point de vue de la rationalité budgétaire¹⁸, - DSF obligent - les dépenses d'énergie et de moyens matériels qu'occasionne le fonctionnement du CESD laissent dubitatifs, compte tenu des résultats obtenus. Sans nier les efforts et la bonne volonté des acteurs de la Charte Sociale Européenne, ces sommes pourraient peut-être servir de manière plus efficace pour favoriser les DSF.

2) Au niveau national

26. Au niveau national, les exemples de la faible effectivité des DSF sont trop nombreux pour être tous mentionnés. Notons simplement que la constance avec laquelle le Conseil d'Etat dénie aux textes internationaux protégeant les DSF le caractère self-executing dans l'ordre interne est révélatrice des retenues que

¹⁶ Sur ce point, voir notamment ; S. BRACONNIER, « *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et Droit administratif français* », thèse (préf. Y. MADIOT), Bruylant, Bruxelles, 1997 ; L. SERMET, « *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif français* », Paris, Economica, 1996, pp.297-298 et 514, ainsi que notre thèse ; « La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique », thèse, 2 tomes, (préf. F. Sudre), éd. PUAM, Aix-Marseille, 2005, p.606 et suivants.

¹⁷ Sur ce point, voir le tour d'horizon pédagogique de la question, par J-M. BELORGEY, « La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le Comité européen des droits sociaux », précité.

¹⁸ A titre de réflexion, le revenu annuel moyen d'un juge à la CourEDH est de €177'000.

connaissent les juridictions pour asseoir l'effectivité de ces droits dans l'ordre interne. Il semble pourtant de bon sens que le degré de clarté et de précision d'un texte lui permettant d'être directement invoqué devant le juge national dépend précisément de l'activité interprétative réalisée par ce même juge. Le refus d'appliquer un texte international au nom de l'absence de son caractère self-executing constitue donc un argument volontariste de nature à fournir au juge une compétence absolue et arbitraire sur le sort qui doit être réservé aux DSF dans l'ordre interne.

27. De plus lorsque les autorités étatiques non juridictionnelles s'efforcent au moyen de textes nationaux de protéger les DSF, la manière et le résultat ne sont pas toujours à la hauteur de leurs espérances. L'on en veut pour preuve, parmi de nombreux exemples, la question du droit au logement opposable.

28. Dans son discours de Charleville-Mézières en date du 18 décembre 2006, celui qui deviendra le futur Président de la République a affirmé : « Je veux, si je suis élu président de la République, que d'ici à deux ans, plus personne ne soit obligé de dormir sur le trottoir et d'y mourir de froid. Parce que le droit à l'hébergement, je vais vous le dire, c'est une obligation humaine ». Les deux années sont passées et, si la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 *instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale* a rapidement été mise en oeuvre, les belles intentions énoncées plus haut ne se sont pourtant pas réalisées. Les résultats sont les suivants. A s'en tenir à la seule région Ile-de-France, à Paris, 7200 demandes ont été déposés et 10 familles relogées. Dans les Hauts-de-Seine, sur les 1779 demandes déposées, 6 familles ont été relogées. Quant à la Seine-Saint-Denis, sur les 2685 dossiers déposés, 46 familles relogées¹⁹.

29. Ces statistiques sont en soi parlantes pour exprimer à la fois l'ampleur du besoin, mais aussi et surtout les limites de cette législation. Elles ne révèlent cependant pas l'ampleur du problème. Il faut en effet savoir que même en cas d'amélioration du système de proposition de logement, plusieurs dizaines de milliers de sans-abri n'y auront jamais accès²⁰. Ces sans-logis, ce sont les personnes en situation irrégulière qui ne disposent pas d'un titre de séjour valable et auxquels la loi ne s'applique pas. En outre, même ceux qui peuvent bénéficier de ces dispositions législatives auront peu de probabilité d'obtenir un logement. En quel sens ? La réalité montre en effet qu'il y a une pénurie de logements. En conséquence, lorsqu'une famille s'adresse à l'administration, la procédure administrative consistera bien souvent en un refus implicite de faire droit à cette demande. En tenant compte des délais administratifs pour un recours gracieux, il s'ensuivra une période d'environ un an avant que cette famille n'obtienne une décision juridictionnelle favorable. Cette décision positive n'est cependant pas la solution au problème puisque le demandeur ne cherche pas à obtenir une indemnisation, il veut un logement. Maintenant, si ce dernier n'existe pas, les

¹⁹ Nathalie PERRIER, « Droit au logement opposable : En six mois, le 93 a fait nettement mieux que les autres départements franciliens. Un effort encore insuffisant pour les associations », dans *Le Parisien, édition Seine-Saint-Denis*, 1er juillet 2008.

²⁰ Certains estiment que le nombre de ces personnes est de 50000.

autorités publiques seront bien embarrassées devant cette accumulation de demandes. Et encore, cette situation peut s'imaginer dans une réalité où le demandeur dispose de capacités linguistiques et d'une motivation suffisantes pour former un recours, en ayant au préalable obtenu l'aide juridictionnelle, ce qui est très rarement le cas. Or, il n'est pas inutile de rappeler qu'il doit notamment indiquer en langue française son lieu de résidence, ce qui constitue déjà en soi un obstacle quasi-irréfragable pour ester en justice. Nous touchons donc ici du doigt les raisons pratiques pour lesquelles l'intention du législateur de protéger les DSF aura beaucoup de mal à être concrétisée.

30. A cela l'on pourra nous rétorquer que, au moins, cette législation n'empêche pas des conséquences négatives. En dehors du fait que cela engendre des espoirs déçus qui peuvent mener à des mouvements sociaux de plus en plus radicaux, il est vrai que les faiblesses de cette législation sont compensées par ses quelques effets positifs. Mais il est des fois où la protection des DSF donne lieu à une application nocive pour la société.

B) Une application dangereuse

31. Dans certains cas, les DSF peuvent même devenir des vecteurs de comportements nocifs pour les membres de la société.

32. C'est le cas notamment du rôle de certains fonds d'indemnisation pour les victimes d'infractions, d'attentats et de catastrophes. Qu'est-ce à dire ? Nous n'entendons nullement par là qu'il faille mettre un terme à la solidarité envers les victimes de ces événements, au contraire. Toutefois, dans certains cas spécifiques, l'intervention sociale et financière de l'Etat au moyen d'un fond d'indemnisation masque un problème plus profond et plus grave. Ce soutien étatique empêche donc de s'en prendre à la racine du mal. C'est notamment le cas lorsque la solidarité nationale soutient certains modes de vie et/ou de pratiques médicales qui donnent lieu à des catastrophes sanitaires. Comme l'affirmait il n'y a pas si longtemps J-Y Nau, journaliste et docteur en médecine : « L'une des questions soulevées est (...) de savoir si la collectivité et la solidarité nationale (...) doivent ou non être associées à la prévention d'une maladie infectieuse dont on sait désormais à quel point elle peut être corrélée à certains comportements sexuels ». Par exemple, « l'Hépatite B peut en effet apparaître comme la conséquence d'un certain mode de vie, plus ou moins délibérément choisi, et non comme une pathologie imprévisible due à la malchance »²¹.

33. Ceci emmène *in fine* à développer quelques réflexions – assez originales, nous le reconnaissons – sur les fonds d'indemnisation des transfusés et des hémophiles. Ce fond, essentiel pour toutes les personnes sur lesquelles s'est refermé le piège du sang contaminé et de ses conséquences n'est à nos yeux qu'un pis-aller face à une question plus fondamentale, celle de la sécurité transfusionnelle. L'affaire du sang contaminé qui a secoué non seulement le

²¹ J-Y. Nau, « M.S.T. l'Hépatite B avant le SIDA », Le Monde 16 mai 1990.

France - mais un grand nombre de pays sur la planète²² - et a causé la mort de milliers de personnes aurait pourtant dû nous alerter sur le caractère peu innocent de ce procédé. Certes, les techniques de dépistage des maladies du sang ont depuis lors été améliorées. Pourtant, les cas de contamination continuent de survenir à un rythme régulier. D'ailleurs, les études les plus récentes en la matière s'accordent pour la plupart sur les effets négatifs que subissent les personnes transfusées en terme de récupération post-opératoire, par rapport à celles qui choisissent de recourir à d'autres moyens alternatifs²³. A titre d'exemple, la revue américaine Time dans son numéro du 11 octobre 2007 faisait part des résultats d'une étude menée par le Professeur Stammers suivant laquelle le sang perdait dans les premières semaines qui suivaient son stockage près de 70% de sa capacité à libérer l'oxygène. Pire, lorsque le sang est transfusé à la suite de ce stockage, ce mécanisme servant à libérer l'oxygène (appelé le nitrite oxyde-vasodilatateur) en vient parfois à prélever l'oxygène existant dans les muscles, ce qui empire la situation du patient. Le Professeur Stammers termine ses propos ainsi : « ... la réalité est que nous fournissons aux patients du sang qui n'est pas capable de libérer l'oxygène de manière appropriée. (...) les études ont montré un pic inquiétant de crises cardiaques - jusqu'à 25% - et même de décès de patients ayant reçu du sang, normalement dans le délai d'un mois consécutif à la transfusion »²⁴.

34. Ajoutons à cela d'autres conséquences néfastes. Primo, les personnes transfusées séjournent à l'hôpital en moyenne trois fois plus longtemps que celles qui ne le sont pas²⁵. Secundo, le coût des pratiques transfusionnelles prises dans leur intégralité²⁶ est plus important que les méthodes alternatives à la transfusion. Enfin, il ne faut pas négliger les pénuries dont les banques de sang font constamment l'objet²⁷. Toutes ces réalités emmènent - bon sens oblige - à s'interroger sur la pertinence d'une politique étatique qui place tous ses espoirs dans l'usage des transfusions de sang hétérologue. Le sang n'est pas un simple liquide, c'est un organe complexe et rare du corps humain qui mérite autrement plus de considération et d'attention que ce que les autorités françaises ont pu lui accorder jusqu'à présent. Si ces mêmes autorités prennent conscience de cette réalité, il est fort probable que l'argent futur des contribuables quittera en grande partie les fonds d'indemnisation pour servir au mieux les fonds de recherche dans l'intérêt des patients et, partant, de toute la communauté. Les DSF seront ainsi utilisés de manière plus rationnelle.

²² En Chine, le nombre de contaminés s'élève à plus de 1 Million selon certaines sources médicales.

²³ Sur ce sujet, voir la récente synthèse des travaux en la matière ; P. MARIK & H. CORWIN, « *Efficacy of red blood cell transfusion in the critically ill: A systematic review of the literature* », Crit Care Med 2008 Vol. 36, No. 9, p.2667 et suivants.

²⁴ Ces commentaires peuvent être trouvés dans l'article de A. PARK, « The problem with transfusions », sur le site Internet : <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1670523,00.html>. (traduction personnelle)

²⁵ Voir notamment l'article ; R.K. SPENCE *et al.*, « Transfusion abstract supplement » 27A, 2007—Vol. 47, Supplément.

²⁶ Parmi d'autres, voir M. ARMIN, Transfusion Medicine 2003, 13, 275-285 ; N. BLUMBERG, *Semin Hematol.* n°3, 1997, suppl 2), p.34-40.

²⁷ Concernant la situation en Suisse, voir par exemple ; « Dramatischer Blutmangel in der Schweiz », Basler Zeitung, 9 janvier 2008 ; ainsi que les fréquents messages dans les medias diffusés par les Centres de collecte de sang dans le monde entier.

35. En conclusion, les DSF ont sans doute eu pour mérite de réveiller la conscience des autorités publiques face aux besoins des individus en tant que membres d'un Etat qui se veut providentiel. Mais qui peut nier que ces DSF constituent en même temps la contrepartie octroyée par ce pouvoir omnipotent aux individus sous les ailes duquel ces derniers sont tenus de se placer ? Quel que soient les motivations de ce pouvoir, le levier des DSF fait ainsi osciller son action entre les deux extrêmes que sont la consécration et la négation de l'individu. Rares sont les situations dans lesquelles l'équilibre est atteint. Aussi, in fine, nous voudrions suggérer que tant que les DSF subsisteront, c'est-à-dire tant que l'on n'aura pas trouvé des moyens plus appropriés pour soutenir la qualité de vie des membres de la société étatisée, il serait utile de ne pas laisser ces mêmes DSF se développer comme de simples évidences. Plus que jamais, un esprit rationnel capable de remettre en cause la légitimité de leur existence et les modalités de leur application dans un cas donné est nécessaire pour favoriser le bien-être de toute la société.



LES DROITS SOCIAUX ET LA CEDH
Colloque du Concours Habeas Corpus 2009, organisé par l'Association pour la
promotion inter universitaire des droits de l'homme
Jeudi 12 et vendredi 13 mars 2009

Jeudi 12 mars 2009
Saint Etienne
Salle A01

Sous la présidence de Natacha Vigne
Doyen de la Faculté de droit de Saint-Etienne

Première partie : Le développement de la
protection des droits sociaux par la Cour
européenne : état des lieux et perspectives

14 h : Bilan de la protection de droits sociaux par
la Cour européenne

- Quelles sources pour la protection des
droits sociaux par la Cour européenne ?

Etudiants participant au concours Habeas Corpus

- Quel rôle pour la Cour dans le
développement d'un système de protection des
droits sociaux ?

Etudiants participant au concours Habeas Corpus

14h30 : Enjeux et perspectives de la protection
de droits sociaux par la Cour européenne

Monsieur Jean-Pierre Marguénaud et

Monsieur Jean Mouly

Professeurs, Université de Limoges

15h : Débats et pause

Deuxième partie : Droits sociaux et
discriminations

15h45 : La protection des droits sociaux à
l'épreuve de la lutte contre les discriminations

- La lutte contre les discriminations
fondées sur le sexe ou l'orientation sexuelle

Etudiants participant au concours Habeas Corpus

- La lutte contre les discriminations
fondées sur l'âge

Etudiants participant au concours Habeas Corpus

16h15 : La Convention européenne ; un support
pour la discrimination positive ?

Roberto Chenal

Juriste assistant, Cour européenne des droits de
l'homme

16h45 : Débats

Vendredi 13 mars 2008

Lyon

Amphithéâtre Malraux

Sous la Présidence du Professeur
Adeline Gouttenoire

Troisième partie :
La protection interne des droits sociaux

9h00 : Protection sociale et droits des étrangers

Monsieur Eric Carpano

Maître de conférences

Université Jean Moulin Lyon 3

9h30 : Les droits sociaux nuisibles

Monsieur Petr Muzny

Professeur

Université de Savoie

10h00 : Débats et pause

Conclusion :

10h45 : L'émergence d'un standard européen de
protection des droits sociaux

Monsieur Ledi Bianku

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme

11h15 : Clôture

Entrée libre. Informations pratiques :

hc.apidh@gmail.com

Université de
Saint-Etienne,
2 rue Tréfilerie
42 000 Saint Etienne
Salle A01

Université Lyon 3
Manufacture des tabacs
8 cours Albert Thomas
69008 LYON
Amphithéâtre Malraux

**Seconde Partie : La Collection des meilleurs
mémoires du Concours Habeas Corpus
*Edition 2009***

Le Cas pratique 2009

1. Benjamin et Hubert se marient à Amsterdam en avril 2001 avant de s'installer à Vodvinka, capitale de Bachuda. Par jugement du Tribunal des adoptions de Vodvinka du 17 janvier 2002, ils adoptent en la forme plénière Melissa et Cassandra, aujourd'hui âgées de six ans, qui sont nées dans le cadre d'une convention de mère porteuse. Ils s'établissent en janvier 2003 en Halcen.

2. Les États de Bachuda et d'Halcen ont ratifié la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tous ses protocoles, ils sont membres de l'Union européenne et parties à la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

3. Maria, la mère biologique de Melissa et Cassandra, introduit en Bachuda un recours en annulation de l'adoption des enfants au motif que son consentement aurait été obtenu par violence. Dans l'attente de la décision à venir, elle se rend en Halcen, enlève Melissa et regagne l'État de Bachuda. Benjamin et Hubert avaient informé les autorités d'Halcen d'une telle éventualité mais aucune mesure de contrôle aux frontières n'avait été mise en place en raison d'une grève des services de la police aux frontières.

4. Benjamin et Hubert saisissent immédiatement l'autorité centrale d'Halcen d'une demande de retour en invoquant la convention de La Haye du 25 octobre 1980. L'autorité centrale d'Halcen refuse son concours au motif que, le jugement du 17 janvier 2002 n'ayant pas été préalablement exequaturé, ils n'ont pas la qualité de parents en Halcen. L'autorité centrale d'Halcen leur indique également que la condition de réciprocité dans l'État de Bachuda n'est pas remplie selon le ministère des affaires étrangères, ce qui constitue un obstacle à la mise en œuvre de la convention de 1980. Benjamin et Hubert forment un recours contre ce refus. La procédure aboutit à une confirmation par le Conseil d'Etat le 24 septembre 2008.

5. Benjamin et Hubert introduisent alors une demande d'exequatur qui est rejetée par décision du 10 mars 2006 et confirmée en appel puis en cassation par un arrêt du 12 octobre 2008 pour contrariété à l'ordre public d'Halcen : cet Etat interdit en effet tant l'adoption conjointe par des couples de même sexe que le recours aux conventions de mère porteuse.

6. – Redoutant que les autorités d'Halcen ne leur apportent aucune aide, Hubert se rend clandestinement en Bachuda et, alors qu'elle joue dans un jardin public avec sa nourrice, enlève Melissa. Maria signale immédiatement l'enlèvement à l'autorité centrale de Bachuda qui contacte, le jour même, l'autorité centrale d'Halcen.

7. Avertis par leur autorité centrale, les services de la police aux frontières de l'État d'Halcen attendent Hubert à la descente de l'avion. Violamment appréhendé, Hubert est ensuite placé dans le centre carcéral de l'aéroport qui est géré par une société privée (la société Securitatis) et qui est connu pour ses conditions d'hébergement plus que précaires. Un agent de cette société impose à Hubert de se déshabiller, de se mettre à terre et procède à une fouille intégrale. L'agent précise à qui veut l'entendre que cette fouille (tendant à vérifier que le détenu ne « dissimule pas d'arme ») est conforme au règlement intérieur.

8. – Le contrôleur général des prisons, député d'Halcen, qui est présent ce jour-là prend plusieurs photographies de cette fouille qu'il transmet, pour information, à une association de défense des droits de l'homme. Cette dernière publie le lendemain ces photos sur son site Internet accompagné d'un violent article contre la politique pénitentiaire d'Halcen.

9. – Malgré les nombreuses démarches entreprises par Benjamin, Melissa est placée dans un centre de rétention halcènois, dans l'attente que soit prononcé son retour en Bachuda. Malgré ses nombreuses protestations auprès des services en charge de la rétention, Benjamin n'est même pas autorisé à voir sa fille, restée seule durant les deux mois de la rétention.

10. – Dès sa sortie de prison, Hubert décide de déposer une plainte contre les agents de la police aux frontières de l'État d'Halcen et contre le contrôleur général des prisons pour avoir diffusé lesdites photos. Le procureur de la République d'Halcen refuse de donner suite dans les deux cas, puisque, selon lui les responsables sont d'une part la société privée Securitatis et, d'autre part l'Association de défense des droits de l'homme.

11. – Benjamin décède dans un accident de la circulation quelques jours après la libération d'Hubert. Il lègue par testament l'ensemble de ses biens, par tiers, à Melissa, Cassandre et Hubert. Hubert demande auprès de la caisse de sécurité sociale à laquelle était affilié Benjamin le bénéfice d'une pension de réversion mais sa demande est rejetée. La caisse lui oppose le fait que le droit à réversion est réservé au conjoint survivant. Or, selon la caisse, le mariage célébré à Amsterdam ne peut pas être reconnu puisque, d'une part, la loi d'Halcen interdit le mariage entre personnes de même sexe et, d'autre part, que le droit à réversion n'est ouvert pour les hommes qu'à partir de 65 ans. Outré, Hubert demande l'annulation de cette décision au Tribunal de la sécurité sociale, annulation refusée définitivement par la Chambre d'appel le 21 juin 2008.

12. – Hubert reçoit un courrier de la caisse des allocations familiales l'informant qu'il doit rembourser la somme de 7 430, 40 € indûment perçue pour Melissa et Cassandre. La loi halcènoise du 15 février 2008 impose désormais, pour l'ouverture du droit aux allocations familiales, que les enfants à charge de l'allocataire soient entrés en Halcen dans le cadre d'une

procédure de regroupement familial. La loi est déclarée d'application rétroactive « en raison de l'impérieux motif d'intérêt général de lutter contre le détournement de la procédure de regroupement familial ». Hubert tente de contester cette décision en vain, sa dette est confirmée par l'Autorité supérieure des allocations familiales de l'État d'Halcen le 2 juin 2008.

13. — Répondant à une demande de rescrit fiscal du notaire chargé de la liquidation de la succession de Benjamin, l'administration fiscale informe Hubert qu'en vertu du décret du 26 août 1996, les héritiers seront taxés à hauteur de 65 % : d'une part, parce que l'adoption de Melissa et de Cassandra ne peut pas être reconnue ; d'autre part, parce que le mariage de Hubert et de Benjamin ne peut pas être assimilé à un mariage au sens du droit interne de l'État d'Halcen.

14. — Écœuré par « la politique systématique de discrimination des autorités halcènoises », Hubert décide de saisir les juridictions administratives d'une demande d'annulation de ce décret du 26 août 1996. Toutefois, le frère de Benjamin, avocat en Halcen, lui indique que cette procédure ne lui sera d'aucune utilité compte tenu de la jurisprudence constante des juridictions administratives sur la question. Abattu et désespéré, Hubert fait appel aux services d'une avocate, Me Bertrand qui, fermement convaincue de la non conformité du comportement des autorités halcènoises à la Convention européenne des droits de l'homme, forme un recours le 5 novembre 2008 contre l'Etat d'Halcen devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Le meilleur mémoire : équipe de l'Université Jean Monnet de Saint Etienne.

MEMOIRE EN REQUETE

Julie BERTHEL, Adrien DUFOUR, Victor CAMBAZARD

L'État d'Halcen est partie à la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales¹ et a ratifié tous ses protocoles. Il est également partie à la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants² et membre de l'Union Européenne.

Il appartient à la Cour européenne des droits de l'Homme³, dans sa plénitude de juridiction, de connaître directement tant des questions de recevabilité (partie I) que des questions de fond⁴ (partie II).

PREMIERE PARTIE - LA RECEVABILITE

En vertu de l'article 34 de la Convention, la Cour est compétente s'agissant de la recevabilité des requêtes individuelles. En l'espèce, elle est compétente *ratione loci*⁵ ainsi que *ratione materiae*. En ce sens, Hubert introduit une requête devant la Cour (1). Cette dernière a par ailleurs été saisie conformément à l'article 35 (2).

1. Recevabilité au titre de l'article 34 de la Convention

Aux termes de l'article 34 de la Convention, la Cour peut être saisie par toute personne physique qui peut se prétendre victime d'une violation de la Convention imputable à un État contractant. Hubert présente alors une requête devant la Cour en son nom (1.1) et en celui de sa fille Mélissa (1.2).

1.1 La requête d'Hubert

¹ Ci-après dénommée « la Convention »

² Ci-après dénommée « la Convention de la Haye »

³ Ci-après dénommée « la Cour »

⁴ Depuis l'entrée en vigueur du Protocole additionnel n° 11 portant "restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention"

⁵ Cas pratique, § 2 : l'État a ratifié la Convention et tous ses protocoles

Par « victime directe », la Cour entend « la personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux »⁶ imputable à l'État. En l'espèce, Hubert a été directement touché par les actes et omissions des agents et organes de l'État d'Halçen s'agissant de son arrestation et de sa détention, de la publication des photographies relatives à la fouille intégrale qu'il a subie, du refus du versement d'une pension de réversion, de la suppression des allocations familiales et du paiement des droits de succession. Il sera démontré qu'Hubert peut également se prévaloir de la qualité de victime directe s'agissant de l'enlèvement de Mélissa (1.1.1) et de la non reconnaissance de sa vie privée et familiale (1.1.2).

1.1.1 La passivité des autorités halcénoises face à l'enlèvement de Mélissa

La Cour estime que le parent d'une victime d'une atteinte aux droits de l'homme est lui-même victime de la passivité des autorités devant son angoisse et sa détresse au regard de l'article 37. La notion de vie familiale est un concept autonome⁸ et la question de l'existence d'une « vie familiale » est essentiellement une question de fait qui dépend de l'existence réelle et concrète de rapports personnels étroits⁹. En l'espèce, Hubert ayant élevé sa fille pendant plusieurs années, il y a lieu de considérer qu'existent des liens particuliers caractérisant une vie familiale. Or, alors même qu'Hubert et son conjoint Benjamin avaient informé l'État d'Halçen de l'éventualité de l'enlèvement de Mélissa par Maria, les autorités n'ont pas agi¹⁰. Par conséquent, plaise à la Cour de reconnaître la qualité de victime directe à Hubert au regard de l'article 3.

1.1.2 La non reconnaissance de sa vie privée et familiale

La Cour a considéré que les mariages qui ne sont pas en conformité avec le droit national n'empêchent pas une vie familiale¹¹. En l'espèce, alors que l'adoption de Mélissa et Cassandre avait été prononcée par un tribunal¹², les autorités halcénoises ont refusé de reconnaître la validité de ladite adoption¹³. Or, Hubert et Benjamin se sont légalement mariés à Amsterdam et ont, depuis, une vie conjugale stable et une vie familiale. Par conséquent, en empêchant ainsi la poursuite de sa vie privée et familiale, Hubert est victime directe au regard de l'article 8 et de l'article 14 combiné avec l'article 8.

1.2 La requête au nom de Mélissa

Il est possible pour un parent d'agir devant la Cour pour son enfant mineur¹⁴. En sa qualité de père, Hubert présente une requête au nom de Mélissa, enfant mineure âgée de six ans. En effet, elle a été directement touchée par les actes et omissions des agents et organes de l'État d'Halçen lors de son placement dans un

⁶ Cour EDH arrêt *Prager et Oberschlick c. Autriche*, 26/04/1995, Série A n° 313

⁷ Cour EDH arrêt *Kurt c. Turquie*, 25/05/1998, § 134

⁸ Cour EDH arrêt *Marckx c. Belgique*, 13/06/1979, Série A n° 31, p. 11, § 31

⁹ Comm. EDH décision *K. Royaume Uni*, n° 11468/85, 15/10/1986, DR 50 p.216

¹⁰ Cas pratique, § 3

¹¹ Cour EDH arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balketali c. Royaume-Uni*, 28/05/1985, Série A n° 94, p. 33, § 63

¹² Cas pratique, § 1

¹³ Cas pratique, § 4 et 5

¹⁴ Cour EDH arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12/10/2006, site de la Cour

centre de rétention non adapté pour les mineurs¹⁵, de son retour en Bachuda¹⁶ et du paiement des droits de succession¹⁷. Par conséquent, plaise à la Cour de reconnaître à Melissa la qualité de victime directe au regard des articles 3, 8 et 1 du Protocole 1 de la Convention.

2. Recevabilité au titre de l'article 35 de la Convention

2.1 Concernant l'épuisement des voies de recours

La Cour exige, en vertu de l'article 35 § 1, l'épuisement des voies de recours internes¹⁸ « effectives et propres à redresser la violation alléguée »¹⁹ susceptibles d'aboutir à un résultat satisfaisant au regard de l'objet de la requête²⁰. En l'espèce, concernant la non application de la Convention de la Haye par l'État d'Halcen²¹ et la demande d'exequatur²², Hubert a épuisé toutes les voies de recours internes. S'agissant des autres griefs, il sera démontré qu'Hubert a satisfait à la règle de l'épuisement des voies de recours

2.1.1 Sur la passivité des autorités halcénoises

La Cour dispense le requérant d'épuiser les voies de recours internes en cas de circonstances particulières. S'agissant de la passivité totale des autorités face au sort des victimes de violation de l'article 3, elle considère qu'une telle situation paralyse toute possibilité de recours en plaçant le requérant dans une situation de détresse et d'impuissance²³. Concernant la rétention de Mélissa²⁴, une lettre a été adressée au procureur mais en vain. S'agissant de la situation d'Hubert, il a déposé une plainte²⁵ mais le procureur n'a pas donné suite. Ainsi, Hubert a été placé dans une position de détresse et d'impuissance, l'empêchant d'avoir accès à la justice halcénoise. Par conséquent, nous demandons à la Cour de considérer qu'il ne peut être reproché à Hubert de ne pas avoir épuisé les voies de recours internes.

2.1.2 Sur la nature du pourvoi en cassation

Selon la Cour, pour se conformer aux exigences de l'article 35 de la Convention, un requérant est tenu de faire usage des recours « vraisemblablement efficaces et

¹⁵ Réponse 9.2 du Comité scientifique

¹⁶ Réponse 3.1 du Comité scientifique

¹⁷ Cas pratique, § 13

¹⁸ Cette obligation fait partie du droit international coutumier, reconnu en tant que tel par la jurisprudence de la Cour internationale de justice : CIJ arrêt *Suisse c. États Unis* dit « affaire Interhandel », 21/03/1959

¹⁹ Cour EDH, arrêt *Keegan c. Irlande*, 26/05/ 1994, Série A n° 290

²⁰ Comm. EDH décision n°332-57, 30/08/1958, Annuaire 2, p. 309 ; décision n°9022-80, 13/07/1983, DR 33, p. 21

²¹ Cas pratique, § 4

²² Cas pratique, § 5

²³ Cour EDH arrêts *Akdivar c. Turquie*, 16/09/1996, Rec. 1996-IV ; *Aksoy c. Turquie*, 18/12/1996, Rec. 1996-VI

²⁴ Cas pratique, § 9

²⁵ Cas pratique, § 10

suffisants » pour porter remède de façon adéquate à ses griefs²⁶. Une Cour de cassation ayant compétence pour « dire le droit »²⁷ et ne se prononçant donc pas sur le fond de l'affaire, elle ne permet pas toujours de porter remède à la situation. En l'espèce, s'agissant de la décision de refus du versement d'une pension de réversion, Hubert a exercé un recours en annulation jusque devant la Chambre d'appel. Si un pourvoi en cassation était possible²⁸, il apparaît, eu égard à la nature de ce recours, que son exercice n'aurait pas été adéquat au regard de l'objet de la demande d'Hubert. Par conséquent, plaise à la Cour de considérer qu'Hubert a épuisé les voies de recours adéquates.

2.1.3 Sur la jurisprudence constante des juridictions halcénoises

La Cour estime que la règle de l'épuisement des voies de recours ne s'applique pas si le recours est manifestement dépourvu de chance de succès compte tenu d'une jurisprudence constante des juridictions supérieures au moment des faits²⁹. En l'espèce, concernant les allocations familiales, une décision de l'autorité supérieure peut en théorie faire l'objet d'un recours mais en pratique la jurisprudence est favorable à l'administration³⁰. S'agissant du rescrit fiscal, Hubert n'a pas attendu la dernière décision définitive avant de saisir la Cour car un avocat lui a indiqué que la procédure engagée ne lui sera d'aucune utilité « compte tenu de la jurisprudence constante des juridictions administratives »³¹. Aussi demandons-nous à la Cour de déclarer la requête d'Hubert recevable.

2.2 Concernant le délai de six mois

En l'espèce la règle du délai de six mois est respectée pour chaque grief³².

DEUXIEME PARTIE - LES VIOLATIONS DE LA CONVENTION

1. Les violations de l'article 3

L'article 3 énonce une obligation substantielle prohibant les mauvais traitements. La Cour a estimé de surcroît, dans l'affaire Assenov³³, qu'il existait une obligation

²⁶ Voir par exemple Comm. EDH décisions *Donnelly et autres c. Royaume Uni*, 15/12/1975, DR 4, pp. 4-151 ; *S. c. Royaume Uni*, 13/12/1984, DR 41, p. 226 ; Cour EDH arrêt *Van Oosterwijck c. Belgique*, 06/11/1980, Série A n°40, § 27

²⁷ Cour EDH arrêt *Van Oosterwijck c. Belgique*, 6/11/1980, Série A n°40, § 32

²⁸ Réponse 11.1 du Comité scientifique

²⁹ Cour EDH arrêt *Öztürk c. Allemagne*, 21/02/1984, Série A n°73

³⁰ Réponse 12.1 du Comité scientifique

³¹ Cas pratique, § 14

³² Cas pratique, § 14 : la Cour a été saisie le 5 novembre 2008.

³³ Obligation procédurale découlant de l'article 3 : Cour EDH arrêt *Assenov c. Bulgarie*, 28/10/1998, Rec. 1998-VIII, § 102

procédurale découlant de cette disposition. Il sera démontré que ces obligations ont été violées à l'égard d'Hubert (1.1) et de Mélissa (1.2).

1.1 Concernant la situation d'Hubert

1.1.1 Sur la violation de l'obligation substantielle énoncée à l'article 3

Un mauvais traitement doit atteindre un seuil minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3³⁴. Une fois ce seuil atteint, la Cour qualifie les mauvais traitements de dégradants, inhumains ou de torture, proportionnellement à leur gravité.

1.1.1.1 Sur le comportement des autorités halcénoises face à l'enlèvement de Mélissa

◆ **Le seuil de gravité est atteint** - Selon la Cour, l'appréciation du seuil minimum de gravité dépend de l'ensemble des données de la cause³⁵. En l'espèce, Hubert, du fait de l'enlèvement de sa fille, a subi une souffrance telle qu'il ressort clairement de cette situation que le seuil de gravité est atteint.

◆ **L'article 3 a été violé** - Selon la Cour, un traitement est inhumain lorsqu'il provoque volontairement des souffrances mentales ou physiques d'une intensité particulière³⁶. Elle a reconnu que l'indifférence et l'insensibilité des autorités à l'égard d'un père s'inquiétant du sort de son enfant disparu pouvaient être qualifiées comme tel³⁷. En l'espèce, s'agissant de l'enlèvement de Mélissa et du signalement de son éventualité par Hubert³⁸, les autorités halcénoises n'ont mis en place aucune mesure de contrôle aux frontières³⁹. Cette passivité a provoqué chez Hubert une souffrance s'analysant en un traitement inhumain. Par conséquent, nous demandons à la Cour de reconnaître que l'État d'Halce a violé l'article 3.

1.1.1.2 Sur les violences policières subies par Hubert lors de son arrestation

◆ **Le seuil de gravité est atteint** - Établissant une « présomption de gravité », s'agissant de brutalités policières commises lors d'une arrestation⁴⁰, la Cour estime que le recours à la force physique atteint, en soi, le « minimum de gravité » requis pour relever de l'article 3. Or, Hubert a subi des violences policières lors de son arrestation. Cette situation entre dans le champ d'application de l'article 3.

³⁴ Cour EDH arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, 18/01/1978, Série A n°25, § 162

³⁵ Cour EDH arrêt *Tekin c. Turquie*, 09/06/1998, Rec. 1998-IV, §§ 52-53

³⁶ Cour EDH arrêt *Tyrer c. Royaume Uni*, 25/04/1978, Série A, n° 26

³⁷ Cour EDH arrêt *Tas c. Turquie*, 14/11/2000, site de la Cour. En effet, face aux craintes d'un parent, cette indifférence ne peut que provoquer chez lui une souffrance constitutive d'un tel traitement : Cour EDH arrêts *Cicek c. Turquie*, 27/02/2001, site de la Cour ; *Kurt c. Turquie*, 25/05/1998, Rec. 1998-III, § 134

³⁸ Cas pratique, § 3

³⁹ Cas pratique, § 3

⁴⁰ Cour EDH arrêt *Rehbock c. Slovaquie*, 28/11/2000, Rec. 2000-XII

◆ **L'article 3 a été violé** - La Cour a reconnu que les brutalités policières doivent être qualifiées de « traitement inhumain et dégradant »⁴¹. En outre, l'interdiction énoncée à l'article 3 étant absolue, elle joue « quels que soient les agissements de l'individu »⁴². Or en l'espèce, même s'il a résisté lors de son arrestation, Hubert a néanmoins été « violemment frappé, plaqué sur le sol et menotté devant sa fille »⁴³. Par conséquent, plaise à la Cour de reconnaître une violation du droit garanti par l'article 3.

1.1.1.3 Sur les conditions de détention d'Hubert

Le seuil de gravité exigé par l'article 3 est atteint lorsque le traitement subi par le requérant s'analyse comme dégradant⁴⁴. S'agissant des conditions de détention, le seuil est atteint par la réunion de deux éléments. D'une part, elles doivent être dégradantes en elles-mêmes⁴⁵. Or, Selon la Cour, tout prisonnier a droit à être « détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine »⁴⁶. En l'espèce Hubert est placé dans un centre « connu pour ses conditions d'hébergement plus que précaires »⁴⁷. D'autre part, la volonté d'humilier doit être manifeste⁴⁸ et le degré d'humiliation est accentué si le traitement est subi « devant autrui »⁴⁹. Or, cette condition est remplie puisque dans notre affaire, un agent a imposé à Hubert « de se déshabiller, de se mettre à terre » et a procédé à une « fouille intégrale » et ce, devant le contrôleur général des prisons⁵⁰. Par conséquent, nous demandons à la Cour de reconnaître qu'Hubert a subi un traitement contraire aux exigences posées par l'article 3 de la Convention.

1.1.2 Sur la violation de l'obligation procédurale découlant de l'article 3

La Cour estime que lorsqu'un individu affirme de manière défendable avoir subi, de la part de la police ou d'autres services comparables de l'État, des traitements contraires à l'article 3 de la Convention, cette disposition requiert qu'il y ait une enquête officielle, approfondie et effective⁵¹ en vue de l'identification et de la punition des responsables, notamment lorsque les traitements en cause sont infligés à des personnes détenues en prison⁵². Ainsi, les autorités doivent agir dès qu'une plainte officielle est déposée⁵³. Or, en l'espèce Hubert a déposé plainte contre les agents de la police aux frontières et le contrôleur des prisons de l'État

⁴¹ Cour EDH arrêt *Tomasi c. France*, 27/08/1992, Série A n°241-A, § 115

⁴² Cour EDH arrêt *Irlande c. Royaume Uni*, 18/01/1978, série A n°25, § 163

⁴³ Réponse 7.4 du comité scientifique

⁴⁴ Cour EDH arrêt *Irlande c. Royaume Uni*, 18/01/1978, Série A n°25, § 167

⁴⁵ Cour EDH arrêts *Peers c. Grèce*, 19/04/2001, Rec. 2001-III, §§ 67 à 75 ; *Dougoz c. Grèce*, 6/06/2001, Rec. 2001-II, §§ 45-49

⁴⁶ Cour EDH arrêt *Kudla c. Pologne*, 26/10/2000, Rec. 2000-XI, § 94

⁴⁷ Cas pratique, § 7

⁴⁸ Cour EDH arrêt *Tyrer c. Royaume Uni*, 25 avril 1978, Série A n° 26, § 32 ; *Raninen c. Finlande*, 16 décembre 1997, Rec. 1997-VIII, § 55

⁴⁹ Cour EDH arrêt *Tyrer c. Royaume Uni*, 25 avril 1978, série A n°26, §§ 29-32

⁵⁰ Cas pratique, § 8

⁵¹ Obligation procédurale découlant de l'article 3 : Cour EDH arrêt *Assenov c. Bulgarie*, 28 /10/1998, Rec. 1998-VIII, § 102

⁵² Cour EDH arrêts *Labita c. Italie*, 6/04/2000, Rec. 2000-IV ; *Indelicato*, 18/10/2001, site de la Cour

⁵³ Cour EDH arrêt *Bati et al. c. Turquie*, 3/06/2004, Rec. 2004-IV, § 133

d'Halçen auprès du procureur pour les mauvais traitements qu'il a subi lors de son arrestation et de sa détention⁵⁴. Pourtant, bien qu'averti des faits, le procureur a procédé au classement sans suite « par oral » de tels événements, sans même ouvrir une quelconque instruction. Par conséquent, plaise à la Cour de reconnaître la violation de l'obligation procédurale issue de l'article 3.

1.2 Concernant la rétention de Mélissa

1.2.1 Sur la violation de l'obligation substantielle énoncée à l'article 3

◆ **Le seuil de gravité est atteint** - Selon la Cour, l'appréciation du seuil minimum de gravité dépend de l'ensemble des données de la cause, et notamment de la durée du traitement, de ses effets physiques et/ou mentaux, ainsi que de l'âge de la victime⁵⁵. Or, en l'espèce Mélissa est placée à l'âge de six ans dans un centre de rétention non adapté pour les mineurs, et elle est restée seule durant deux mois⁵⁶. Le seuil de gravité est donc atteint.

◆ **L'article 3 a été violé** - La Cour a rappelé que l'article 3 doit notamment permettre une protection efficace des personnes vulnérables, notamment des enfants⁵⁷. La Cour estime « qu'il n'est pas contestable qu'à l'âge de cinq ans un enfant est totalement dépourvu d'autonomie et dépendant de l'adulte et que lorsqu'il est séparé de ses parents et livré à lui-même, il est complètement démuni »⁵⁸ au point de conclure à l'existence d'un traitement inhumain. Lors de sa rétention, Mélissa alors âgée de 6 ans, a été soumise à un traitement similaire. En effet, elle a été séparée de sa famille, donc livrée à elle-même et placée dans une situation d'extrême vulnérabilité. Par conséquent, nous demandons à la Cour de conclure à la violation de l'article 3.

1.2.2 Sur la violation de l'obligation procédurale découlant de l'article 3

Mélissa a subi un traitement contraire à l'article 3 lors de son placement dans le centre de rétention⁵⁹. Or, le procureur, bien qu'averti de la situation par lettre⁶⁰, n'a pas procédé à une enquête. Plaise donc à la Cour de constater la violation de l'article 3 au regard de l'obligation procédurale qui en découle.

2. Sur la privation de liberté d'Hubert

L'article 5 de la Convention énonce le droit à la liberté et à la sûreté et prévoit les cas autorisés de privation de liberté. Il vise donc à protéger la liberté physique de

⁵⁴ Cas pratique, § 10

⁵⁵ Cour EDH arrêt Tekin c. Turquie, 09/06/1998, Rec. 1998-IV, §§ 52-53

⁵⁶ Cas pratique, § 9 et réponse 9.4 du comité scientifique

⁵⁷ Cour EDH arrêt *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, Rec. 1998-VIII, pp. 3159-3160, § 116

⁵⁸ Cour EDH arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12/10/2006, site de la Cour, § 51

⁵⁹ Cas pratique, § 9

⁶⁰ Réponse 9.4 du Comité scientifique

la personne contre toute arrestation et détention arbitraire ou abusive⁶¹. Il sera démontré qu'Hubert a été privé de sa liberté de façon arbitraire.

2.1 Sur l'existence de privations de liberté

La Cour estime que « pour déterminer si un individu se trouve "privé de sa liberté" au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée »⁶². En l'espèce, Hubert a été arrêté à la descente de l'avion sur le territoire de l'État d'Halcen. Il a ensuite été placé dans le centre carcéral de l'aéroport, dans lequel il a été retenu pendant une semaine, puis transféré à la prison de la ville, dans laquelle il est resté huit semaines⁶³. Par conséquent, Hubert ayant été privé de sa liberté à plusieurs reprises, l'article 5 § 1 trouve à s'appliquer.

2.2 Sur les privations de liberté

Selon la Convention, un individu ne peut être privé de sa liberté que si, d'une part, les voies légales ont été respectées, et que, d'autre part, la privation de liberté est régulière au regard de l'article 5 § 3 c). La légalité de l'arrestation ainsi que celle de la rétention au centre carcéral de l'aéroport ne seront pas remises en cause. Néanmoins, seront contestées certaines irrégularités dans les modalités d'exécution des différentes mesures privatives de liberté.

2.2.1 Sur le manquement à la nécessité d'être traduit devant un juge

L'article 5 § 3 offre la garantie à toute personne privée de liberté d'être traduite devant un juge. La Cour estime que lorsqu'aucun magistrat n'est intervenu, il y a violation de l'article 5 § 3⁶⁴. Or, en l'espèce, Hubert n'a rencontré aucun magistrat pendant les neuf semaines de sa privation de liberté. Par conséquent, plaise à la Cour de conclure à la violation de l'article 5 § 3.

2.2.2 Sur l'absence d'une décision concernant « le surplus d'emprisonnement »

La Cour estime qu'aux fins de l'article 5 § 1 de la Convention, la détention qui s'étend sur une période de plusieurs mois et qui n'a pas été ordonnée par un tribunal ou par un juge ne saurait être considérée comme « régulière »⁶⁵. En l'espèce, la détention d'Hubert après son transfert du centre de l'aéroport à la prison a duré huit semaines, surplus d'emprisonnement qui n'a pas été ordonné

⁶¹ Cour EDH arrêt *Engel et al. c. Pays Bas*, 08/06/1976, Série A n°22, p.25, § 58

⁶² Cour EDH arrêts *Engel et al. c. Pays Bas*, 08/06/1976, Série A n°22, § 59 ; *Guzzardi c. Italie*, 06/11/1980, Série A n°39, § 92

⁶³ Cas pratique, § 7 et réponse 7.2 du Comité scientifique

⁶⁴ Cour EDH arrêt *Brogan et autres c. Royaume Uni*, 29/11/1988, Série A n°145-B, p.32-33, §§ 59 et 60-61 : « aux yeux de la Cour, même la plus brève des quatre périodes litigieuses, à savoir les quatre jours et six heures de garde à vue (...) va au-delà des strictes limites de temps permises par (...) l'article 5 § 3 »

⁶⁵ Cour EDH arrêt *Baranowski c. Pologne*, 28/03/2000, Rec. 2000-III, § 57

conformément à l'article 5 § 1. En conséquence, plaise à la Cour de considérer la détention comme irrégulière et ainsi contraire à l'article 5 § 1.

3. Les violations des obligations procédurales

Le droit à un procès équitable énoncé à l'article 6 ne concerne, selon la Cour, que les « contestations sur les droits et obligations de caractère civil » et le « bien-fondé d'une accusation en matière pénale »⁶⁶. Il sera démontré que l'État d'Halcen n'a pas respecté cette disposition à l'égard d'Hubert dans deux situations.

3.1 Sur la réciprocité de la Convention de la Haye

◆ **L'article 6 § 1 est applicable** - Selon la Cour, « sous l'angle de l'article 6 § 1, seul compte le fait que les contestations dont il s'agit ont pour objet la détermination de droits de caractère privé »⁶⁷. En l'espèce, il apparaît que les droits mis en cause par la décision de refus d'application de la Convention de la Haye sont des droits privés car relatifs à la vie privée d'Hubert. Par conséquent, l'article 6 § 1 est applicable.

◆ **L'article 6 § 1 a été violé** - La Cour estime que l'interposition d'une autorité ministérielle, déterminante pour l'issue d'un contentieux juridictionnel, est contraire à l'article 6 § 1⁶⁸. En l'espèce, l'État d'Halcen a refusé de mettre en œuvre la Convention de la Haye au motif que la condition de réciprocité dans l'État de Bachuda n'est pas remplie selon le Ministère des affaires étrangères. Or, la procédure engagée par Hubert contre ce refus a abouti à une confirmation devant le Conseil d'État. En conséquence, l'interposition du Ministère a été déterminante pour l'issue de la procédure. Nous demandons donc à la Cour de constater la violation de l'article 6 § 1.

3.2 Sur la présentation tardive d'Hubert à un avocat lors de sa privation de liberté

◆ **L'article 6 est applicable** - La Cour a considéré qu'une accusation en matière pénale « n'est autre que la notification officielle, émanant de l'autorité compétente du reproche d'avoir commis une infraction pénale ; mais elle peut aussi revêtir la forme d'autres mesures impliquant un tel reproche et entraînant des répercussions importantes sur la situation de la personne en cause »⁶⁹, telle qu'une arrestation⁷⁰. En l'espèce, en raison de l'enlèvement commis sur la personne de Mélissa, Hubert a été arrêté puis informé des charges retenues contre lui. En

⁶⁶ Cour EDH arrêt *Engel et autres c. Pays Bas*, 08/06/1976, Série A n°22, §81

⁶⁷ Cour EDH arrêt *König c. Allemagne*, 28/06/1978, Série A n°27, § 94

⁶⁸ Cour EDH arrêt *Chevol c. France*, 13/05/2003, Rec. 2003-III, §§ 81-84

⁶⁹ Cour EDH arrêt *Foti et autres c. Italie*, 10/12/1982, Série A n°56, § 52

⁷⁰ Cour EDH arrêt *Wemhoff c. Allemagne*, 27/06/1968, Série A n°7

conséquence, cette arrestation puis cette notification officielle marquent le caractère pénal de la situation, rendant ainsi l'article 6 applicable.

◆ **L'article 6 § 3 c) a été violé** - Selon la Cour, en vertu de l'article 6 § 3 c), le prévenu doit pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police⁷¹. Or, Hubert n'a pu avoir accès à un avocat qu'une semaine après son arrestation. En conséquence, plaise à la Cour de reconnaître la violation de l'article 6 § 3 c).

4. La violation du droit à l'image d'Hubert

Aux termes de l'article 8 § 1, « toute personne a droit au respect de sa vie privée ». La notion de vie privée comprend des éléments se rapportant au droit à l'image, la sphère de la vie privée étant ici plus étendue pour une « personne ordinaire »⁷², telle qu'Hubert. Plusieurs États parties à la Convention⁷³ ont pris conscience de la démultiplication des risques de divulgation arbitraire sur Internet de données personnelles et des dangers des immixtions illégales dans la vie privée⁷⁴. Aussi demandons-nous à la Cour, en l'absence de jurisprudence en la matière, de prendre en compte cette nouvelle approche au regard du droit à l'image d'Hubert. La diffusion sans son consentement de photographies le représentant sur Internet relèvent à la fois d'une ingérence injustifiée de l'État d'Halcen (4.1) et d'un manquement à son obligation positive au regard de l'article 8 (4.2).

4.1 L'ingérence injustifiée de l'État d'Halcen dans le droit à l'image d'Hubert

4.1.1 Sur l'existence d'une ingérence

Selon la Cour, dès lors que la publication d'une photographie tire son origine « d'une activité ou collaboration des organes de l'État »⁷⁵, elle constitue une « ingérence active de l'État » dans le droit au respect de la vie privée. En l'espèce, en sa qualité de député d'Halcen et d'autorité administrative indépendante⁷⁶, le contrôleur général des prisons prend plusieurs photographies de la fouille d'Hubert qu'il transmet à une association de défense des droits de l'homme sans son consentement. Or, cette dernière publie le lendemain ces photographies sur son site Internet. Par conséquent, l'article 8 est applicable.

4.1.2 Sur le caractère injustifié de l'ingérence

⁷¹ Cour EDH arrêt *John Murray c. Royaume Uni*, 08/02/1996, Rec. 1996-I, § 63

⁷² Cour EDH arrêts *Von Hannover*, 24/06/2004, Rec. 2004-VI, §§ 50-53 ; *Sciacca c. Italie*, 11/01/2005, Rec. 2005-I, § 29 ; voir aussi JCP 2005-I-159 n°13 obs. F. Sudre

⁷³ Notamment l'Allemagne et l'Espagne. En effet, aux termes de l'article 18 paragraphe 4 de la Constitution espagnole, « la loi limitera l'usage de l'informatique afin de garantir l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens ainsi que le plein exercice de leurs droits ».

⁷⁴ Voir notamment la Déclaration du Conseil de l'Europe sur la liberté de la communication sur l'Internet du 28/05/2003

⁷⁵ Cour EDH arrêt *Sciacca c. Italie*, 11/01/2005, Rec. 2005-I, § 27

⁷⁶ Réponse 8.4 du comité scientifique

L'article 8 de la Convention garantit le droit au respect de la vie privée contre les immixtions arbitraires ou illégales des autorités publiques⁷⁷. Bien que la Convention admette une ingérence dans l'exercice des droits des personnes placées sous sa juridiction, celle-ci n'est justifiée que si trois conditions cumulatives sont remplies. Ainsi, elle doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime conventionnel, et être nécessaire dans une société démocratique⁷⁸. Il n'est pas question de contester la légalité de la prise de photographies, ni son but légitime. Cependant, il apparaît qu'elle n'était pas nécessaire. En effet, s'il incombe aux médias de communiquer des informations et idées sur des questions d'intérêt public, ils ne doivent pas néanmoins franchir certaines bornes, notamment en vue de la protection des droits d'autrui⁷⁹. Bien qu'en l'espèce les photographies sont accompagnées d'un violent article contre la politique pénitentiaire d'Halcen⁸⁰, on y reconnaît néanmoins « parfaitement »⁸¹ Hubert, nu et subissant une fouille intégrale. Aucune précaution n'a été prise pour masquer son visage. Par conséquent, une atteinte a été portée au droit à l'image d'Hubert. Partant, nous demandons à la Cour de déclarer la violation de l'article 8.

4.2 La passivité de l'État d'Halcen

La Cour estime qu'au titre de leurs obligations positives, les États parties à la Convention doivent garantir à toute personne « une espérance légitime de protection et de respect de sa vie privée »⁸² contre les pratiques des médias. En l'espèce, alors qu'Hubert a déposé plainte pour la diffusion des photographies auprès du procureur, ce dernier a décidé de ne pas donner suite à l'affaire⁸³. Par conséquent, plaise à la Cour de reconnaître que cette passivité à l'égard de la situation d'Hubert est constitutive d'une violation de son droit à l'image.

5. Les violations de la vie privée et familiale d'Hubert et de Mélissa

Aux termes de l'article 8, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale.

5.1 La violation de la vie privée d'Hubert

⁷⁷ Cour EDH arrêt "*relatif à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*" c. Belgique, 23/07/1968, Série A n°6, § 3

⁷⁸ Cour EDH arrêts *Silver et autres c. Royaume-Uni*, 25/03/1983, série A n° 61, §§ 83-84 ; *Campbell c. Royaume-Uni*, 25/03/1992, série A n° 233, § 34 ; *Glass c. Royaume-Uni*, 09/03/2004, Rec. 2004-II, § 73.

⁷⁹ Cour EDH arrêt *Jersild c. Danemark*, 23/09/1994, série A n°298, p. 23, § 31 ; arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24/02/1997, Rec. 1997-I, § 37 ; arrêt *Bladet Tromso et Stensaas c. Norvège*, 20/05/1999, Rec. 1999-III, § 59

⁸⁰ Cas pratique, § 8

⁸¹ Réponse 8.2 du comité scientifique

⁸² Cour EDH arrêt *Von Hannover*, 24/06/2004, Rec. 2004-VI, §§ 69 et 72

⁸³ Cas pratique, § 10

L'orientation sexuelle est reconnue comme entrant dans le concept plus large de « vie privée », lui-même protégé par l'article 8 de la Convention⁸⁴. Les discriminations motivées par l'orientation sexuelle sont sanctionnées par application combinée de l'article 14 et de l'article 8⁸⁵. Ainsi, la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle est discriminatoire si elle n'a pas de justification objective et raisonnable⁸⁶. L'article 12 de la Convention vise le « mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent »⁸⁷. Il s'ensuit que les États contractants peuvent valablement interdire le mariage des homosexuels, en vertu d'une marge de manœuvre accordée aux États par la Cour⁸⁸. En l'espèce, bien que l'État d'Halcen puisse interdire le mariage entre personnes de même sexe⁸⁹, il n'offre néanmoins pas la possibilité de contracter un partenariat légal⁹⁰. Il ne permet donc pas à un couple homosexuel, comme celui d'Hubert, de pouvoir s'unir autrement que par le mariage ou de faire requalifier leur union célébrée à l'étranger. Par conséquent, plaise à la Cour de reconnaître que l'État d'Halcen opère une discrimination à l'égard d'Hubert fondée sur son orientation sexuelle, emportant ainsi violation de l'article 14 combiné à l'article 8.

5.2 Les violations de la vie familiale d'Hubert et de Mélissa

5.2.1 Sur l'existence d'une vie familiale

En l'espèce, l'État d'Halcen ne reconnaît pas l'existence d'une vie familiale à l'égard d'Hubert et Mélissa. Pourtant, la Cour estime que la vie familiale n'implique pas nécessairement un mariage en conformité avec le droit national⁹¹ ou un lien de parenté⁹². En effet, l'article 8 peut englober d'autres relations de facto⁹³, reposant notamment sur une cohabitation qui est la condition décisive de l'effectivité du lien familial⁹⁴. Or, en l'espèce, Hubert et Benjamin se sont installés en Halcen en 2003 et ont vécu ensemble avec Mélissa et sa sœur Cassandra jusqu'au 9 janvier 2006⁹⁵. Par conséquent, il a existé une communauté de vie caractérisant une vie familiale.

5.2.2 Sur les atteintes portées à la vie familiale

⁸⁴ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006, pp. 441 et s.

⁸⁵ Cour EDH arrêt *Salguiero Da Silva Mouta c. Portugal*, 21/12/1999, Rec. 1999-IX

⁸⁶ Cour EDH arrêt *E.B c. France*, 22/01/2008, site de la Cour, § 90

⁸⁷ Cour EDH arrêt *Rees c. Royaume Uni*, 17/10/1986, Série A n°106, p. 19, § 49

⁸⁸ Marge qui semble d'ailleurs être retirée doucement par la Cour elle-même : voir notamment Cour EDH arrêt GC *Goodwin c. Royaume Uni*, 11/07/2002, Rec. 2002-VI, § 100, à propos du droit au mariage d'un transsexuel

⁸⁹ Cas pratique, § 11

⁹⁰ Réponse 5.2 du Comité scientifique

⁹¹ Cour EDH arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balketali c. Royaume-Uni*, 28/05/1985, Série A n° 94, p. 33, § 63

⁹² Cour EDH arrêt *Söderbäck c. Suède*, 28/10/1998, Rec. 1998-VII, §§ 33-34

⁹³ Voir notamment Cour EDH arrêts *Marckx c. Belgique*, 13/06/1979, Série A n°31 ; *Kroon et autres c. Pays Bas*, 27/10/1994, Série A n°297-C ; *X., Y. et Z. c. Royaume Uni*, 22/04/1997, Rec. 1997-II, § 37 ; *Lebbink c. Pays Bas*, 01/06/2004, Rec. 2004-IV

⁹⁴ Cour EDH arrêts *Marckx c. Belgique*, 13/06/1979, Série A n°31 ; *Lebbink c. Pays Bas*, 01/06/2004, Rec. 2004-IV, § 37

⁹⁵ Cas pratique, §§ 1 et 3

L'article 8 de la Convention protège le droit au respect de la vie familiale contre toute ingérence arbitraire d'une autorité publique⁹⁶. La Cour estime que la notion de « respect effectif de la vie familiale » comprend des obligations positives à la charge de l'État⁹⁷. Ainsi, l'État ne peut pas se contenter de s'abstenir de toute ingérence arbitraire et doit agir de façon à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale⁹⁸. Or, en l'espèce, l'État d'Halcn n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour préserver la vie familiale d'Hubert et de Mélissa, qui a ainsi été interrompue à plusieurs reprises.

◆ S'agissant de la non reconnaissance de l'adoption

La Cour estime que la décision de refus d'exequatur d'un jugement étranger relatif à une adoption plénière constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale⁹⁹. Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard de l'article 8 § 2 et est « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché¹⁰⁰. En l'espèce, il n'est pas contesté que l'ingérence est « prévue par la loi » ni qu'elle poursuive un but légitime en Halcn. En revanche, sa nécessité est contestée. En effet, selon la Cour, la décision de refus d'exequatur d'un jugement étranger relatif à une adoption plénière, qui omet de tenir compte de la réalité sociale de la vie familiale, viole l'article 8¹⁰¹. Rappelant que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires¹⁰², la Cour estime que les juges de l'exequatur ne peuvent raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention¹⁰³. Or, en l'espèce, depuis que l'adoption de Mélissa a valablement été prononcée en Bachuda, Hubert et Mélissa ont une vie familiale. L'État d'Halcn, en refusant l'exequatur, ne reconnaît donc pas la préexistence des liens familiaux de facto. Nous invitons alors la Cour à conclure à la violation de l'article 8 de la Convention.

◆ S'agissant de la rétention de Mélissa

Selon la Cour, au regard de l'article 8, l'État doit agir de façon à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale tout en développant des relations affectives¹⁰⁴. Or, en l'espèce, Mélissa a été placée dans un centre de rétention où elle est restée seule pendant deux mois. En effet, Benjamin, conjoint d'Hubert et père de Mélissa, n'a pas été autorisé une seule fois à la voir malgré les nombreuses démarches entreprises. Par conséquent, nous demandons à la Cour

⁹⁶ Cour EDH arrêt « relatif à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique, 23/07/1968, série A n°6

⁹⁷ Cour EDH arrêt *Marckx c. Belgique*, 13/06/1979, Série A n° 31, § 31

⁹⁸ Cour EDH arrêt *Marckx c. Belgique*, *ibid.*, §§ 31 et 45

⁹⁹ Cour EDH arrêt *Wagner et J.M.W.L c. Luxembourg*, 28/09/2007, site de la Cour, § 123

¹⁰⁰ Cour EDH arrêt *Wagner et J.M.W.L c. Luxembourg*, *ibid.*, § 124

¹⁰¹ Cour EDH arrêt *Wagner et J.M.W.L c. Luxembourg*, *ibid.*, § 132

¹⁰² Voir, *mutatis mutandis*, Cour EDH arrêt *Maire c. Portugal*, 26/09/2003, Rec. 2003-VII, § 77

¹⁰³ Cour EDH arrêt *Wagner et J.M.W.L c. Luxembourg*, *ibid.*, § 133

¹⁰⁴ Cour EDH arrêt *Marckx c. Belgique*, 13/06/1979, Série A n°31, §§ 31 et 45

de constater l'atteinte portée à leur vie familiale et de conclure à la violation de l'article 8.

◆ S'agissant du retour de Mélissa en Bachuda

La Cour estime que le retrait des droits parentaux s'analyse en une ingérence dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie familiale¹⁰⁵. En l'espèce, Mélissa a été confiée à Maria et est retournée en Bachuda¹⁰⁶. La légalité de cette mesure n'est pas contestée. Néanmoins, le retour de Mélissa apparaît contraire au but de la Convention de la Haye et n'est pas proportionné. En effet, la Convention de la Haye a pour but de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰⁷. Ainsi, la Cour reconnaît notamment un droit à la connaissance de ses origines¹⁰⁸. Si Maria est bien la mère biologique de Mélissa et que cette dernière a le droit de connaître son histoire personnelle, elle a désormais une vie familiale auprès de ses parents adoptifs et de sa sœur Cassandra. La Cour a estimé que « la problématique de l'accouchement anonyme ne saurait se poser sans que la question de la protection des tiers, essentiellement les parents adoptifs, ne soit soulevée »¹⁰⁹. Or, le retour de Mélissa en Bachuda marque la rupture de tout lien avec sa sœur jumelle et ses parents adoptifs, portant une atteinte disproportionnée et injustifiée à leur vie familiale. Par conséquent, nous demandons à la Cour de reconnaître que l'Etat d'Halçen a violé l'article 8 en consentant au retrait des droits parentaux d'Hubert sur Mélissa au profit de Maria.

5.2.3 Sur les discriminations dans la non reconnaissance de la vie familiale

L'article 14 de la Convention, interdisant toute forme de discrimination, n'a pas d'existence indépendante car les faits doivent tomber sous l'empire de l'un au moins des articles de la Convention¹¹⁰. Cette disposition interdit toute distinction fondée notamment sur le sexe et la naissance. Une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »¹¹¹.

◆ Le refus opposé à Hubert pour sa demande d'exequatur constitue une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle

Dans l'affaire E.B., la Cour a estimé que « lorsque l'orientation sexuelle est en jeu, il faut des raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement s'agissant de droits tombant sous l'empire de l'article

¹⁰⁵ Cour EDH arrêt *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22/09/2004, Rec. 2004-IV, § 140

¹⁰⁶ Réponse 7.2 du Comité scientifique

¹⁰⁷ C'est le cas aussi de la *Convention européenne en matière d'adoption des enfants* conclue dans le cadre du Conseil de l'Europe à Strasbourg le 24/04/1967, et de la *Convention relative aux droits de l'enfant* conclue dans le cadre des Nations Unies le 20/11/1989

¹⁰⁸ Cour EDH arrêt *Odièvre c. France*, 13/02/2003, Rec. 2003-III, § 44

¹⁰⁹ Cour EDH arrêt *Odièvre c. France*, précité

¹¹⁰ Voir notamment Cour EDH arrêts *Rasmussen c. Danemark*, 28/11/1984, Série A n°87, § 35 ; *Abdulaziz, Cabales et Balketali c. Royaume-Uni*, 28/05/1985, Série A n° 94, § 71 ; *Inze c. Autriche*, 28/10/1987, Série A n°126, § 36.

¹¹¹ Voir notamment Cour EDH arrêt *Lithgow et autres c. Royaume Uni*, 08/07/1986, série A n° 102, pp. 66-67, § 17

8 »¹¹². Il convient de faire le rapprochement avec la situation d'Hubert, dans la mesure où il est question d'un empêchement à l'adoption fondée notamment sur l'interdiction de l'adoption conjointe par des couples de même sexe. En effet, force est de constater que la demande d'exequatur a été rejetée de manière significative en considération de l'homosexualité d'Hubert. Un tel critère a été jugé par la Cour comme discriminatoire et l'État d'Halçen ne rapporte la preuve d'aucune raison particulièrement grave et convaincante pour justifier une telle différence de traitement. Quand bien même le refus se fonderait également sur l'interdiction du recours aux conventions de mère porteuse, nous demandons à la Cour de considérer que le caractère illégitime du premier motif a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision. Par conséquent, plaise à la Cour de conclure, en l'espèce, à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8.

◆ **L'atteinte portée à la vie familiale d'Hubert et de Mélissa lors de l'ouverture de la succession de Benjamin est discriminatoire**

Selon la Cour, le domaine des successions et des libéralités entre parents et enfants est si étroitement lié à la vie familiale qu'il tombe sous l'empire de l'article 8¹¹³. En l'espèce, Hubert et Mélissa, respectivement conjoint et fille de Benjamin, en sont les héritiers. Les faits de la cause relèvent donc de l'article 8 de sorte que l'article 14 s'applique en combinaison avec lui. Ainsi combinés ces articles interdisent de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables¹¹⁴. En l'espèce, l'État d'Halçen ne reconnaît ni l'adoption de Mélissa ni le mariage d'Hubert et ne permet aucun équivalent. C'est pourquoi ils seront taxés à hauteur de 65 % sur les biens légués par Benjamin. Pourtant, il existe en l'espèce une vie familiale depuis le mariage d'Hubert et l'adoption de Mélissa régulièrement obtenus à l'étranger, et l'Etat d'Halçen n'a pas apporté la preuve d'un motif objectif et raisonnable de nature à justifier la discrimination opérée à l'ouverture de la succession. Plaise donc à la Cour de reconnaître la violation de l'article 14 combiné à l'article 8.

6. Sur la violation du droit de propriété d'Hubert

L'article 1 du Protocole 1 de la Convention prévoit le droit au respect des biens¹¹⁵. Pour invoquer cette disposition, il faut donc prouver l'existence d'un bien. Conférant à la notion de « bien » une portée autonome, la Cour a élargi le champ d'application de ce droit¹¹⁶, droit violé en l'espèce s'agissant des allocations familiales d'Hubert.

¹¹² Cour EDH arrêt *E. B. c. France*, 22/01/ 2008, site de la Cour, § 91 ; voir également *Fretté c. France*, 26/05/2002, Rec. 2002-I, § 35

¹¹³ Cour EDH arrêt *Marckx c. Belgique*, 13/06/1979, Série A n°31, §§ 51-52

¹¹⁴ Cour EDH arrêt *Mazurek c. France*, 01/05/2000, Rec. 2000-II, § 46

¹¹⁵ Cour EDH arrêt *Marckx c. Belgique*, 13/06/1979, Série A n°31, § 63

¹¹⁶ Cour EDH arrêt *GC Beyeler c. Italie*, 05/01/2000, Rec. 2000-I, § 100

6.1 Sur l'existence d'un bien

Selon la Cour la notion de bien peut recouvrir tant des « biens actuels »¹¹⁷ que des « valeurs patrimoniales »¹¹⁸. Or, en l'espèce, Hubert a perçu des allocations familiales pour ses filles pendant toutes les années où il s'est occupé d'elles. Les allocations sont donc entrées dans son patrimoine en tant que valeurs patrimoniales. Par conséquent, l'article 1 du Protocole 1 trouve à s'appliquer.

6.2 Sur la privation de propriété

La privation de propriété est justifiée si elle est intervenue dans les conditions prévues par la loi, pour cause d'utilité publique et selon la Cour dans le respect du principe de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé¹¹⁹. Il n'est pas contesté que l'ingérence litigieuse ait été « prévue par la loi », ni qu'elle poursuive une « cause d'utilité publique ». En l'espèce, l'État d'Halcn affirme que la rétroactivité de la loi est justifiée par un impérieux motif d'intérêt général : « lutter contre le détournement de la procédure de regroupement familial ». Néanmoins, selon la Cour, il ne suffit pas qu'une mesure privative de propriété poursuive, en l'espèce comme en principe, un objectif légitime « d'utilité publique » ; elle doit aussi ménager un « juste équilibre » entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu¹²⁰, équilibre rompu si la personne concernée a eu à subir « une charge spéciale et exorbitante »¹²¹. Or, la rétroactivité de la loi halcénoise implique qu'Hubert rembourse l'ensemble des allocations familiales perçues pour ses filles alors que ces sommes ont été obtenues régulièrement et ont servi à leur éducation. Hubert a donc une dette constitutive d'une charge spéciale et exorbitante. En conséquence, plaise à la Cour de conclure à la violation de l'article 1 du Protocole 1.

7. Sur la discrimination quant au bénéfice de la pension de réversion

L'article 1 du Protocole 12¹²² interdit toute discrimination fondée notamment sur le sexe ou sur toute autre situation. La Cour de justice des Communautés européennes¹²³ estime que le refus d'accorder le bénéfice d'une pension de « veuf » au membre survivant d'un couple formé par deux personnes de même sexe et unis par un partenariat de vie est constitutif d'une discrimination directe fondée

¹¹⁷ Cour EDH arrêts *Marckx c. Belgique*, 13/06/1979, Série A n°31, § 50 ; *Inze c. Autriche*, 28/10/1987, Série A n°126, § 37

¹¹⁸ Cour EDH arrêt *Nacaryan et Deryan c. Turquie*, 02/06/2008, site de la Cour, § 44

¹¹⁹ Voir parmi de nombreux arrêts : Cour EDH affaire linguistique belge, 23/07/1968, Série A n°6, § 5 ; *Beyeler c. Italie*, 05/01/2000, Rec. 2000-I, § 114 ; *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23/09/1982, Série A n° 52, § 69

¹²⁰ Cour EDH affaire linguistique belge, 23/07/1968, série A n°6, § 5 ; *James et autres c. Royaume Uni*, 21/02/1986, Série A n°98, § 69 ; *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23/09/1982, Série A n° 52, § 69

¹²¹ Cour EDH arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23/09/1982, Série A n°52, p.28, § 73 ; *Lallement c. France*, 11/04/2002, site de la Cour, § 24

¹²² Cas pratique, § 2 : l'État d'Halcn a ratifié la Convention et tous ses protocoles

¹²³ Ci-après dénommée "la Cour de justice". L'État d'Halcn est membre de l'Union européenne.

sur l'orientation sexuelle¹²⁴. Nous demandons donc à la Cour, dans le cadre des influences réciproques avec la Cour de justice¹²⁵, de bien vouloir tenir compte de cette jurisprudence dans notre affaire au regard de l'article 1 du Protocole 12, sur lequel elle n'a pas encore eu l'occasion de statuer. En l'espèce, à la suite du décès de Benjamin, Hubert se voit refuser le bénéfice d'une pension de réversion réservée au conjoint survivant, au motif que le mariage entre personnes de même sexe est interdit en Halcen¹²⁶. Or, comme cela a été évoqué au sujet de la vie privée d'Hubert, le droit halcenois, en interdisant le mariage homosexuel mais en ne prévoyant aucun partenariat légal, opère une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Par conséquent, eu égard à la jurisprudence de la Cour de justice sur la pension de réversion, plaise à la Cour de considérer le premier motif discriminatoire au regard de l'article 1 du Protocole 12. De plus, le refus est aussi fondé sur le motif que le droit à réversion n'est ouvert pour les hommes qu'à partir de 65 ans¹²⁷, constituant une différence de traitement fondée sur le sexe et l'âge. Par conséquent, plaise à la Cour de considérer le deuxième motif discriminatoire au regard de l'article 1 du Protocole 12.

CONCLUSION

Par ces motifs,

Plaise à la Cour européenne des droits de l'Homme,

Juger fondés les griefs des requérants au titre des articles 3, 5, 6, 8, 14 combiné à 8, 1 du Protocole 1 et 1 du Protocole 12,

Déclarer l'État d'Halcen responsable de ces violations,

Octroyer aux requérants une satisfaction équitable en vertu de l'article 41 de la Convention.

¹²⁴ CJCE (GC) affaire *Maruko c. Allemagne*, 01/04/2008, C-267/06

¹²⁵ Denys Simon, *Des influences réciproques entre Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'Homme : "Je t'aime, moi non plus" ?*, Pouvoirs 2001-1 (n°96), pp. 31 à 49

¹²⁶ Cas pratique, § 11

¹²⁷ Cas pratique, § 11

Remerciements

Nous remercions vivement nos soutiens pour l'organisation du concours et du colloque 2009 :



Cour
d'appel de
Lyon



Nous remercions également les membres de notre Comité scientifique :

- Professeur Baptiste Bonnet (Saint-Etienne), *codirecteur du master « contrats publics »*
- Monsieur Alain Devers (Lyon 3), *maître de conférences, codirecteur de l'IEJ*
- Professeur Stéphane Doumbé-Billé (Lyon 3), *président du Centre de droit international*
- Professeur Adeline Gouttenoire (Bordeaux), *directrice de l'Institut des mineurs*
- Monsieur Daniel Imbert Magand (Saint-Etienne), *maître de conférences*

Nous remercions les membres de notre Comité d'organisation du concours :

- Mademoiselle Kiara Neri, *présidente*
- Mademoiselle Léonie Chabaud, *responsable relations extérieures*
- Mademoiselle Ania-Maria Smolinska, *trésorière*
- Monsieur Benoît de Boysson
- Monsieur Rajendranuth Loljeeh

ainsi que les autres membres de l'APIDH :

- Mademoiselle Caroline Migazzi
- Monsieur Loïc Robert
- Monsieur Benoît Schmaltz

Nous remercions, enfin, tous ceux qui ont accepté de se prêter au jeu des plaidoiries, en tant que membre du jury ou dans une équipe participante.