

Salomé GOTTOT
Doctorante

Saïdou BALDÉ
Docteur en droit
international pénal

Charlotte ARNAUD
Docteur en droit
chargée d'enseignement

Sacha SYDORYK
Docteur contractuel à
l'institut Maurice Hauriou

Antonin JUNG
Chargé d'enseignement
à l'université Toulouse 1
Capitole

Maxime HUOT
Docteur

Wilfried DJIE
Docteur

**Luis-Miguel
GUTIERREZ**
Ater en droit public à
l'université Toulouse 1
Capitole

Julie TEYSSÉDRE
Doctorante à l'université
Toulouse 1 Capitole

Julia SCHMITZ
Maître de conférences

Wenceslas MONZALA
Docteur

Chronique de jurisprudence des juridictions supranationales en matière de droits de l'Homme (Janvier 2014 - juin 2015) (2^e partie) ^{119m2}

Sous la direction de Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Toulouse 1 Capitole, doyen honoraire de la faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de La Rochelle, Institut de recherche en droit européen, international et comparé – Centre d'excellence Jean Monnet, directeur de l'École doctorale sciences juridiques et politiques

PLAN

IV. Cours supranationales et questions sociétales

La lutte contre les violences envers les femmes

L'immigration

La lutte contre la discrimination ethnique

V. Cours supranationales et rapports entre les systèmes de protection

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme

La Cour européenne des droits de l'Homme et le système Dublin en matière d'asile

La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit international humanitaire

IV. Cours supranationales et questions sociétales

La lutte contre les violences envers les femmes ^{112v7}

Cour interaméricaine des droits de l'Homme, Series C, 19 mai 2014, n° 277, Veliz Franco et autres c/ Guatemala

NOTE

Dans un arrêt en date du 19 mai 2014¹, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (« la Cour ») s'est à nouveau emparée de la question du féminicide² qui gangrène la société sud-américaine³.

En Amérique latine, le féminicide est un problème historique, social et culturel qui trouve ses racines dans les conflits qui ont décimé pendant plusieurs décennies le continent. Au Guatemala, la guerre civile qui a fait plus de

200 000 morts entre 1960 et 1996 a été le terreau fertile de sa propagation. Pendant et après ce conflit, les femmes ont souffert de formes spécifiques de violences, les auteurs de ces actes agissant en toute impunité en raison de l'incapacité des tribunaux d'enquêter, de juger et de sanctionner les responsables.

L'affaire *Veliz Franco* est plus qu'une illustration de ce phénomène car la Cour vient préciser comment l'État doit agir pour y répondre efficacement. Par le truchement d'obligations positives dégagées à la lumière du Protocole de Minnesota⁴ et de la Convention de Belém do Pará⁵, il est précisé de manière extrêmement détaillée les modalités qui doivent être respectées.

Cet arrêt donne l'occasion de s'intéresser aux fondements mais aussi à la méthodologie utilisés par la Cour pour rendre son jugement (I). Il permet de voir comment est appréhendée la problématique du féminicide dans le système conventionnel (II).

NDLR : V. 1^{re} partie parue in LPA 25 juill. 2016, n° 119m1, p. 6.
NDA : Cette chronique est rédigée par des maîtres de conférences, docteurs, doctorants de l'Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé, l'Institut Maurice Hauriou, de l'Institut des Études Juridiques de l'Urbanisme, de la Construction et de l'Environnement. Pour cette livraison : Charlotte Arnaud (docteur en droit), Saïdou Baldé (doctorant en droit international pénal), Wilfried Djie (doctorant), Salomé Gottot (doctorante), Luis-Miguel Gutierrez (Ater en droit public à l'université Toulouse 1 Capitole), Maxime Huot (doctorant), Antonin Jung (chargé d'enseignement à l'université Toulouse 1 Capitole), Wenceslas Monzala (doctorant), Julia Schmitz (maître de conférences en droit public à l'université Toulouse 1 Capitole), Sacha Sydoryk (doctorant contractuel à l'institut Maurice Hauriou), Julie Teyssedre (doctorante).

1) CIADH, 19 mai 2014, *Véliz Franco c/ Guatemala*.

2) *Féminicide : Meurtre d'une femme, d'une fille en raison de son sexe*, Le Petit Robert, 2015.

3) CIADH, *González c/ Mexique*, 16 nov. 2009.

4) Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas.

5) Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme, 9 juin 1994.

I. L'arrêt Veliz Franco, une approche constructiviste qui justifie et renforce la compétence matérielle de la Cour sur la Convention de Belém do Pará

Est pris ici en considération, au-delà du cas d'espèce, le contexte général de violence contre les femmes (A). La Convention de Belém do Pará est devenu l'instrument privilégié pour sanctionner l'État dans ce type d'affaire (B).

A. L'utilisation des contextes comme soutien à la résolution des litiges fondés sur la violation du principe de non-discrimination

La Cour a déjà rappelé par le passé que le contexte historique, politique et social a pu aider à caractériser des faits comme s'insérant dans un parcours systématique de violation des droits, lequel a été pris en compte pour engager la responsabilité de l'État⁶.

En l'espèce, l'information contextuelle est utilisée pour préciser le degré de ce qui est exigible pour lutter contre le féminicide⁷. La culture de violence qui affecte particulièrement les femmes⁸ sert de fil conducteur aux juges de San José qui estiment, à l'instar d'autres organisations internationales⁹, que l'usage de stéréotypes sur leur rôle social, la violence dirigée contre elles parce qu'elles sont des femmes¹⁰, sont des formes de discriminations contre lesquelles l'État doit agir. Ce raisonnement se fonde normativement sur l'article 1.1 de la Convention américaine des droits de l'Homme (CADH), lequel pose une obligation de respecter et garantir le plein et libre exercice des droits et libertés sans aucune discrimination¹¹. L'État doit prendre des mesures positives pour inverser ou changer les situations discriminantes et lutter contre l'inefficacité judiciaire qui développe une ambiance d'impunité qui facilite la répétition des faits de violence, favorisant l'acceptation sociale du phénomène et augmentant le sentiment d'insécurité et le

manque de confiance des femmes dans le système judiciaire¹².

B. La compétence *ratione materiae* de la Cour sur l'article 7 de la Convention de Belém do Pará

La Convention de Belém do Pará prévoit, dans son article 12, la possibilité de présenter des « pétitions » auprès de la Commission contenant « des dénonciations ou des plaintes de violation de l'article 7 [...] par un État partie »¹³. Mais la Cour a indiqué que la « teneur littérale de l'article 12 [lui] octroie compétence »¹⁴.

Pour elle, cette Convention spécifie et complète les obligations qu'a l'État sur les droits consacrés dans la CADH¹⁵. Le système de protection international doit être entendu dans son intégralité conformément au principe consacré à l'article 29 CADH, qui met en œuvre un champ de protection qui donne toujours la préférence à une interprétation *pro personae*.

Cette vision du droit interloque le normativiste car la Cour s'arroge à première vue un droit qui ne lui était pas expressément donné à l'origine. Mais l'adoption d'une interprétation restrictive quant à l'étendue de ses compétences irait à l'encontre de l'objectif conventionnel, affectant au fil du temps l'effet utile du traité¹⁶. Ceci signifie que l'État a en réalité accepté tacitement que soit modifié jurisprudentiellement l'objet conventionnel. La Cour est alors légitime de se réclamer compétente pour le juger sur ce fondement. Ceci se vérifie dans le cas d'espèce, le Guatemala ayant accepté cette condamnation¹⁷ sur ce fondement, comme il avait déjà pu le faire par le passé¹⁸.

II. L'arrêt Veliz Franco, véritable directive interaméricaine de la lutte contre la violence faite aux femmes

Dans le cadre d'une analyse conjointe des droits dont la violation était alléguée (A), la Cour impose à l'État un devoir de prévention et une obligation d'enquêter qui se révèlent être extrêmement détaillés (B).

6) CIADH, 22 sept. 2006, Goiburú c/ Paraguay, § 61 et 62.

7) CIADH, Veliz Franco, *supra*, § 67.

8) CEH, Commission pour la vérité historique, « Guatemala : Mémoire du silence », p. 13, § 68.

9) CEDH, 9 juin 2009, Opuz c/ Turquie, § 200 ; CEDEF, Recommandation Générale 19 : La violence contre la femme, 1992, § 1 et 6 ; COE, Preamble de la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 2011.

10) CIADH, González, *supra*, § 400 et 401 ; CIDH, Accès à la justice pour les femmes victimes de violences sur en Mésoamérique, 20 janv. 2007.

11) CIADH, Proposition de modification de la Constitution Politique du Costa Rica relativement à la naturalisation, Opinion Consultative, 19 janv. 1984, § 53.

12) CIADH, González, *supra*, § 388 et 400.

13) Convention interaméricaine pour la prévention (...), *loc. cit.*, art. 12.

14) CIADH, González, *supra*, § 41.

15) CIADH, Miguel Castro Castro c/ Pérou, 25 nov. 2006, § 346.

16) CIADH, Vélez Loor c/ Panama, 23 nov. 2010, § 34.

17) CIADH, Veliz Franco c/ Guatemala, Résolution du 26 janv. 2015.

18) CIADH, Massacres de Río Negro c/ Guatemala, 4 sept. 2012, § 17.

A. L'interpénétration des droits conventionnels comme limitation de la marge de manœuvre étatique

La Cour estime pertinent de réaliser une analyse conjointe des droits dont la violation a été alléguée. Son but est de mettre en évidence leur interrelation pour empêcher l'octroi de toute marge de manœuvre à l'État dans ce domaine. De cette interprétation, il en ressort que le devoir de garantie des droits acquiert une intensité spécifique lorsqu'il s'agit de jeunes femmes. Ceci est dû spécialement au fait que la vulnérabilité consubstantielle de l'enfance est marquée plus puissamment encore du fait de leur condition de femme¹⁹.

D'une part, compte tenu du « critère de l'intérêt supérieur de l'enfant », ceux-ci ont droit, « en raison de leur niveau de développement et leur vulnérabilité [...] à des mesures spéciales de protection [...] qui incombent tant à l'État qu'à la famille, la communauté et la société à laquelle l'enfant appartient »²⁰.

D'autre part, l'article 7 de la Convention de Belém do Pará institue des devoirs étatiques pour « prévenir, sanctionner [et] éliminer la violence contre les femmes » et oblige l'État « à agir avec la diligence voulue [...] et mener les enquêtes nécessaires et sanctionner les actes de violences »²¹.

B. Le devoir de prévention et l'obligation d'enquêter, manifestations des garanties de sauvegarde des droits conventionnels

La stratégie de prévention doit être intégrale et a une vocation *erga omnes*. L'État doit prévenir

les facteurs de risques et renforcer ses institutions pour cela. Toutefois, l'éventuel manque de prévention n'emporte pas *per se* sa responsabilité, car il faut encore établir qu'il avait connaissance d'un risque réel et immédiat pour la victime du cas d'espèce²². Il doit néanmoins créer dans ce cadre des procédures adéquates pour lutter contre cette situation et permettre aux personnes de porter à sa connaissance tout fait de violence.

Sur l'obligation d'enquêter, l'État a le devoir de réaliser immédiatement et avec la plus grande célérité, une enquête sérieuse, impartiale et effective²³, en mettant en œuvre tous les moyens juridiques disponibles²⁴. Dans le cadre des disparitions, les autorités doivent présumer que la personne disparue est toujours en vie jusqu'à ce que soit mis fin à cette incertitude²⁵. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une obligation de résultat, ce devoir doit être assumé non pas comme une formalité condamnée par avance à être infructueuse mais comme un devoir juridique propre²⁶.

Le devoir d'enquête porte aussi sur le moment postérieur à la découverte du corps. La Cour établit un *vade-mecum* des obligations étatiques, qui n'est autre que la traduction conventionnelle du Protocole de Minnesota²⁷, celui-ci acquérant par incidence dans cette jurisprudence une valeur juridique contraignante. Il semble alors légitime de se demander ce qu'il adviendra si l'État ne respecte pas à l'avenir scrupuleusement ces dispositions.

Maxime Huot

19) Déclaration et Programme d'action de Beijing, 15 sept. 1995, § 116 ; Comité des droits de l'enfant, Obs. Gén. n° 13, 18 avr. 2011, § 19.

20) CIADH, Condition juridique et droits de l'enfant, Opinion Consultative, 28 août 2002, § 62.

21) Convention interaméricaine pour la prévention (...), *loc. cit.*, arts 7.b et c.

22) CIADH, González, *supra*, § 258.

23) CIADH, Massacre de Mapiripán c/ Colombie, 15 sept. 2005, § 219-223.

24) CIADH, García c/ Guatemala, 29 nov. 2012, § 132.

25) CIADH, Durand et Ugarte c/ Pérou, 16 août 2000, § 122.

26) CIADH, Velásquez Rodríguez c/ Honduras, 26 juin 1987, § 177.

27) Manual sobre la Prevención (...), *loc. cit.*

Cour interaméricaine des droits de l'Homme, 28 août 2014, Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées c/ République dominicaine

NOTE

La permanence de la question migratoire sur le plan international est emblématique de la période contemporaine. Une question qui intéresse la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, ci-après la Cour. Par une requête, des ressortissants dominicains viennent contester devant elle, une décision de la Cour constitutionnelle qui porte atteinte à leurs droits. La violation porte essentiellement sur le droit à la nationalité et sur le droit à des garanties judiciaires. Statuant au fond, la Cour, par l'arrêt *Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées c/ République dominicaine* du 28 août 2014, vient dénoncer l'illégalité d'un plan de dénationalisation par la République dominicaine (I), avant de considérer que les mesures d'expulsion mises en œuvre par cette dernière sont contraires aux règles fondamentales du droit international des droits de l'Homme (II).

I. La dénonciation de l'illégalité du plan de dénationalisation de la République dominicaine

La Cour établit que la République dominicaine a failli à son obligation de prévention, de réduction et d'évitement de l'apatridie en privant de nationalité une partie de sa population (A), ce qui constitue une mesure nécessairement discriminatoire pour ladite population (B).

A. Une atteinte au droit fondamental de la nationalité et à l'identité par l'État dominicain

Selon les dispositions de l'article 20 de la Convention américaine, toute personne a droit à une nationalité, elle a même le droit d'acquérir la nationalité du territoire sur lequel elle est née si elle n'a pas d'autre nationalité. Nul ne peut être privé arbitrairement de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité.

Partie aux statuts de la Cour, la République dominicaine est soumise au respect des dispositions précitées. Un devoir contenu dans l'article 1 de la présente convention qui fait état des obligations de respect des droits à toute personne sans discrimination.

Dans son arrêt du 23 septembre 2013, la Cour constitutionnelle dominicaine statue sur le retrait de la nationalité de personnes nées sur

le territoire dominicain entre 1930 et 2010 d'un parent en situation irrégulière. Une décision justifiant l'expulsion de migrants haïtiens et faisant des Dominicains d'ascendance haïtienne des apatrides. L'attitude du Gouvernement dominicain permet à la Cour de rappeler sa jurisprudence en matière de politique migratoire¹. Pour elle, les personnes concernées vivent sur le territoire dominicain depuis des générations. Elles n'ont pas de lien effectif avec la République d'Haïti, partant, la nationalité effective devrait primer sur la nationalité juridique. Une conséquence de l'évolution amorcée depuis l'arrêt *Nottebohm* de la Cour internationale de justice en 1955².

La Cour conclut que la République dominicaine est responsable de la violation du droit à la reconnaissance juridique, du droit à disposer d'un nom et d'une nationalité. Une responsabilité qu'elle lie avec la défaillance de l'État dominicain de son obligation de respecter les droits contenus dans l'article 1 de la Convention.

B. Une mesure nécessairement discriminatoire pour la Cour interaméricaine

Compte tenu de ce qui précède, la décision de la Cour constitutionnelle dominicaine vise principalement les migrants et leurs descendants. En cela, elle s'adresse directement aux migrants haïtiens ainsi qu'à leurs descendants dominicains. La Cour constate que les personnes haïtiennes et dominicaines d'ascendance haïtiennes étaient souvent pauvres et sans papiers, une situation de vulnérabilité, laquelle était aggravée par les traitements inhumains dont elles étaient l'objet. La vocation de la Cour est la protection des personnes vulnérables et les migrantes en font partie. Là se révèle la dimension humaniste de la jurisprudence de la Cour³. Elle vient à conclure

1) Cour interaméricaine des droits de l'Homme, 8 sept. 2005, Fond et réparations, les filles Yean et Bosico c/ République dominicaine, série C, n° 130. V. égal., Olivier L.-J., « La Cour interaméricaine des droits de l'Homme condamne la République dominicaine », 22 oct. 2014 consultable sur : <http://lenouveliste.com/lenouveliste/article/137281/La-Cour-interamericaine-des-droits-de-l-homme-condamne-la-Rep-dominicaine>. Ou encore Ibáñez Rivas J. M., « De nouvelles menaces sur le processus de renforcement du système interaméricain des droits de l'Homme », La Revue des droits de l'Homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 21 nov. 2014, consultable sur : <https://revdh.revues.org/977>.

2) CIJ, 1955. La nationalité est un « lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs ».

3) Tigroudja H., « La Cour interaméricaine des droits de l'Homme au service de l'humanisation du droit international public. Propos autour des arrêts et avis récents », AFDI, vol. 52, 2006, p. 617-640.

qu'en rendant l'arrêt du 23 septembre 2013, la Cour constitutionnelle dominicaine vient fragiliser davantage le statut vulnérable des personnes haïtiennes et dominicaines d'origine haïtienne. Pour elle, le fait de ne pas pouvoir se réclamer Dominicaine pour une personne née sur le territoire dominicain de parent en situation irrégulière est fondé, non pas sur le statut des personnes en question mais sur le statut migratoire de leur parent. La Cour décide que les enfants nés de parents en situation irrégulière ne devraient pas être pénalisés en raison du statut irrégulier de leurs parents. C'est selon elle une discrimination le fait de reconnaître une partie de la population née sur le territoire et d'en rejeter une autre. Une observation qui lui permet de confirmer que le statut migratoire d'une personne ne se transmet pas à ses descendants⁴.

Selon la Cour, la République dominicaine a violé l'article 24 de la Convention américaine des droits de l'Homme relative à l'égalité devant la loi. Une violation qui par extension prend en compte le manquement de l'État dominicain aux dispositions de l'article 2 de la Convention qui met à la charge des États une obligation de prendre des mesures légales dans le droit interne aux fins de respect et de garantie des droits reconnus par la Convention.

Une mesure discriminante condamnée par la Cour et qui expose une partie de la population dominicaine à des expulsions et déportations massives.

II. Des mesures d'expulsion contraires aux règles fondamentales du droit international des droits de l'Homme

La Cour vient constater le non-respect des règles relatives au droit à la liberté personnelle (A) avant de condamner les expulsions collectives menées par la République dominicaine (B).

A. Le non-respect du droit à la liberté personnelle par la République dominicaine

La Convention américaine reconnaît en son article 7.5 que toute personne a le droit de ne pas être arrêtée arbitrairement ou détenue de façon arbitraire. Des dispositions qui contiennent de nombreuses garanties dont le but est de protéger les personnes de toute intervention illégale ou arbitraire qui porterait atteinte à leur liberté.

La Cour affirme également que nul ne peut être privé de sa liberté sauf dans des cas et cir-

constances expressément prévus par la loi et que toute privation de liberté devrait respecter strictement les procédures légales en vigueur. En tout état de cause, les détenus doivent recevoir un traitement humain.

Elle constate en l'espèce que les personnes haïtiennes et dominicaines d'ascendance haïtienne ont été privées de leur liberté personnelle. Elles n'ont pas été informées de l'objet de leur arrestation et ce au mépris de la législation dominicaine existante. Elles n'ont pas été en mesure d'être présentées devant une autorité judiciaire pour statuer sur leur éventuelle remise en liberté. Ce qui contrevient à l'exercice de leur droit à un juge. La Cour note que ces privations de liberté étaient arbitraires parce que faites selon un profil ethnique, à savoir l'appartenance de ces personnes à la communauté haïtienne ou de celle des dominicains d'ascendance haïtienne.

La Cour conclut alors à une violation par la République dominicaine de l'article 7 de la Convention américaine des droits de l'Homme.

B. La condamnation par la Cour des expulsions collectives

La Convention américaine interdit toute mesure d'expulsion collective dans son article 22 sur la libre circulation. Elle dispose également qu'un national ne peut être expulsé ou déporté du territoire duquel il est ressortissant.

Pour la Cour, le critère déterminant d'une mesure collective d'expulsion n'est pas tant le nombre de personnes migrantes concernées, mais réside plutôt dans l'analyse objective individuelle de chaque personne concernée par la mesure.

Elle observe qu'aucune preuve ne permet de considérer que lors de leur expulsion et leur déportation, les migrants haïtiens ont bénéficié d'un examen objectif individuel de leur situation. Il en va de même pour les ressortissants dominicains expulsés et déportés. Ce qui pour la Cour contrevient aux dispositions de l'article 22 de la Convention américaine.

Condamnant la politique migratoire dominicaine, la Cour lui ordonne de prendre toutes les mesures nécessaires pour permettre aux victimes dominicaines de recouvrer leur nationalité et donc leur identité. Elle enjoint à l'État dominicain d'adopter les mesures nécessaires pour assurer la résidence légale des victimes haïtiennes sur le sol dominicain⁵. Dit autrement, pour empêcher l'effectivité de l'arrêt de la Cour constitutionnelle dominicaine.

Wilfried Djie

4) Cour interaméricaine des droits de l'Homme, 8 sept. 2005, *op. cit.*

5) Voir l'audace de la Cour en matière de réparation, voir notamment, Tardif E., « Le système interaméricain de protection des droits de l'Homme : particularités, percées et défis », *La Revue des droits de l'Homme*, 4 décembre 2014.

La lutte contre la discrimination ethnique ^{112v9}

Cour interaméricaine des droits de l'Homme, série C, 29 mai 2014, n° 279, Norín Catrimán et autres (dirigeants, membres et militante du Peuple autochtone Mapuche) c/ Chili. Fond, réparations et dépens

NOTE

L'article 9 de la Constitution chilienne de 1980 affirme : « le terrorisme, quelle que soit sa forme, est par essence contraire aux droits de l'Homme ». La Cour interaméricaine des droits de l'Homme (ci-après la CIADH) démontre dans son arrêt du 29 mai 2014 que la lutte contre le terrorisme peut aussi se montrer contraire aux droits de l'Homme lorsque celle-ci est dirigée de manière discriminatoire contre un groupe de personnes en raison de leur origine ethnique.

En l'espèce, sept membres du peuple indigène Mapuche, dont trois autorités traditionnelles, et une activiste pour la défense des droits de ce peuple ont été condamnés à des peines de prison¹ et d'autres peines accessoires² pour des délits d'incendie terroriste de biens et de menaces d'incendie terroriste en application de la loi n° 18.314 du 17 mai 1984 dite « loi antiterroriste ». La CIADH déclare la violation de plusieurs droits consacrés dans la Convention américaine relative aux droits de l'Homme (ci-après CADH) en raison, d'une part, de l'incompatibilité de la « loi antiterroriste » et de son application en l'espèce, au principe de légalité (art. 9) ; à la présomption d'innocence (art. 8.2) ; au droit pour la défense d'interroger des témoins anonymes (8.2.f) ; au droit d'interjeter appel du jugement devant un tribunal supérieur (8.2.h) ; à la liberté personnelle pour des mesures injustifiées et arbitraires de prison préventive (art. 7.1, 7.3 et 7.5) et à la protection de la famille de l'une des victimes qui fut détenue dans un centre pénitencier loin de sa

communauté (art. 17.1). D'autre part, les peines accessoires imposées par les juges nationaux sont déclarées disproportionnées et incompatibles avec la liberté de pensée et d'expression des trois victimes ayant des fonctions de représentation du peuple Mapuche (art. 13.1) et les droits politiques des huit victimes (art. 23.1)³.

L'arrêt de la CIADH représente une évolution mitigée en ce qui concerne la protection au principe d'égalité et non-discrimination (art. 1.1 et 24), lequel doit être respecté dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (I). Malgré le constat d'une application discriminatoire de la « loi antiterroriste » à l'encontre des huit victimes, la CIADH n'ordonne pas des mesures nécessaires pour lutter contre une telle discrimination au Chili (II).

I. Lutte contre le terrorisme et discrimination ethnique : l'affirmation du principe d'égalité devant la loi comme mécanisme de protection

Dans son arrêt de 2014, la CIADH précise la portée du principe d'égalité et de non-discrimination dans la CADH en incluant la protection de l'appartenance ethnique (A). La CIADH constate ensuite la violation des articles 24 et 1.1 de la CADH à l'encontre des victimes du fait qu'elles ont été condamnées sur la base des préjugés ethniques discriminatoires (B).

A. La portée du principe d'égalité et de non-discrimination dans la CADH

Le principe d'égalité et de non-discrimination est doublement protégé dans la CADH : d'une part, l'article 1.1 consacre l'obligation de respecter les droits et libertés reconnus dans la CADH « sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale ». De l'autre, l'article 24 interdit, de manière autonome et beaucoup plus ample, toute discrimination d'origine légale⁴.

1) Il y a eu trois procès pénaux. Le 27 septembre 2003, Segundo Aniceto Norín Catrimán et Pascual Huentiqueo Pichún Paillalao ont été condamnés à 5 ans et un jour de prison. Ensuite, Víctor Manuel Ancalaf Llaupé a été condamné à cette même peine le 4 juin 2004. Enfin, le 22 août 2004, Juan Patricio Marileo Saravia, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán et l'activiste Patricia Roxana Troncoso Robles ont été condamnés à dix ans et un jour de prison.

2) L'article 9 de la Constitution chilienne de 1980 prévoit de lourdes peines accessoires afin d'exclure de la vie sociale pour une durée de 15 ans les personnes condamnées pour des délits de terrorisme notamment dans le domaine de la fonction publique, de l'enseignement, des médias, de la vie politique et associative.

3) V. Rinaldi K., « Cour IADH : Affaire Norín Catrimán et autres (dirigeants, membres et militante du Peuple autochtone Mapuche) c/ Chili : analyse depuis la perspective des droits différenciés des peuples autochtones », *Sentinelle*, bullet. n° 401, 7 sept. 2014 et Baleizao J., Hible J.-J. et Leonzi F., « La Cour interaméricaine des droits de l'Homme remet en cause l'application de la loi antiterroriste chilienne aux communautés autochtones », *La revue des droits de l'Homme*, 15 sept. 2014.

4) V. Uprimny R. et Sánchez L.-M., « Artículo 24. Igualdad ante la Ley », in Steiner C. et Uribe P. (éd), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2014, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., p. 579-605.

Dans sa jurisprudence, la CIADH n'a que très peu développé la relation entre ces deux articles⁵. En 2012, elle précise, dans son arrêt *Atala Riffo et filles*, que la liste de critères énoncés dans l'article 1.1 n'est pas exhaustive et procède à l'intégration de la catégorie de l'orientation sexuelle dans « toute autre condition sociale » interdite de discrimination⁶. Suivant cette même logique, dans son arrêt de 2014, la CIADH invoque l'article 29 de la CADH et la Convention de Vienne sur le droit des traités pour déclarer que « l'origine ethnique est un critère interdit de discrimination » (§202). D'après la CIADH, l'ethnie se réfère à des communautés de personnes qui partagent des origines historiques et traditionnelles ainsi que certaines caractéristiques de nature socio-culturelle comme par exemple la culture, la langue et les traditions religieuses. Les peuples indigènes rentrent dans cette catégorie (§204), y compris le peuple Mapuche au regard de la législation du Chili, loi n° 19.253 de 1993 (§205).

La CIADH constate que les condamnations pénales à l'encontre des huit victimes ont été basées sur des préjugés ethniques en raison de leur appartenance au peuple Mapuche.

B. L'incompatibilité avec la CADH des condamnations pénales basées sur des préjugés ethniques

Faute de preuves suffisantes, l'application sélective de la « loi antiterroriste » aux membres du peuple Mapuche en général n'est pas déclarée (§ 219). En revanche, la CIADH constate l'utilisation de stéréotypes et préjugés assimilant les actes des indigènes qui réclament leurs terres ancestrales, sous le label du « conflit Mapuche », à des actes de terrorisme, dans les arrêts des juges pénaux internes (§ 225 et s.)⁷. De ce fait la CIADH déclare que les arrêts ayant condamné les requérants sont contraires aux articles 1.1 et 24 de la CADH.

Il faut noter néanmoins que la CIADH, par quatre voix contre deux⁸, n'a pas voulu se prononcer sur la violation au droit à un juge impartial garanti par l'article 8.1 de la CADH (§ 229), alors même qu'un tel constat ne serait que la conséquence logique du raisonnement opéré par celle-ci. En effet, l'impartialité d'un juge est

mise en question si l'on démontre que celui-ci a statué sur la base de stéréotypes et de préjugés, comme l'ont si justement souligné les juges Ventura Robles et Ferrer Mac-Gregor dans leur vote dissident. Cet aspect ne constitue cependant pas la seule incohérence de cet arrêt.

II. Lutte contre la discrimination ethnique : l'absence de garanties pour assurer la non-répétition des violations

Contrairement à sa jurisprudence usuelle (A), la CIADH n'ordonne aucune mesure pour combattre la discrimination ethnique contre le peuple Mapuche au Chili (B).

A. La lutte contre la discrimination dans la jurisprudence de la CIADH

Les mesures ordonnées par la CIADH, suite à la déclaration de violation des droits consacrés par la CADH, sont dirigées, d'un côté, à réparer les victimes du cas d'espèce, et de l'autre, à résoudre des problèmes structurels des États concernés pour empêcher la répétition de ces violations. En ce sens, lorsque la CIADH constate une situation de discrimination, par exemple, contre les femmes (affaire *González et autres « Campo Algodonero » c/ Mexique*, arrêt du 16 novembre 2009) ou contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle (affaire *Atala Riffo et filles c/ Chili*, arrêt du 24 février 2012), elle ordonne en conséquence la mise en œuvre de programmes d'éducation aux droits de l'Homme adressés aux fonctionnaires publics et à la population en générale afin de lutter contre les stéréotypes et les comportements discriminatoires. Il s'agit en effet d'éviter la répétition des violations qui visent l'identité de ces personnes.

On ne peut que regretter l'absence de ce type de mesures dans cet arrêt.

B. L'inexplicable absence de mesures visant à combattre la discrimination ethnique au Chili

Dans son arrêt de 2014, la CIADH souligne la gravité du fait que les stéréotypes négatifs envers un groupe de personnes, en l'espèce les membres du peuple Mapuche, soient reflétés de manière implicite ou explicite dans les politiques ou pratiques des autorités, notamment dans leur raisonnement et leur langage (§ 224). L'existence de juges, considérés comme « impartiaux » et pourtant, capables de condamner à des lourdes peines certaines personnes en raison de leur appartenance ethnique est très grave. L'assimilation de la lutte Mapuche au terrorisme ne se limite pas simplement à ces décisions judiciaires. Celles-ci ne sont en réalité

5) La CIADH a traité cette relation dans deux opinions consultatives (OC-4/84 et OC-18/03) et quatre arrêts (*Yatama* de 2005, *Yean et Bosico* de 2005, *Aptiz Barbera et a.* de 2008 et *Atala Riffo* de 2012).

6) V. le commentaire de cet arrêt dans notre dernière chronique, LPA 17 mars 2015, p. 8.

7) V. Carvajal-del Mar Z., « La criminalisation du conflit Mapuche : l'application discriminatoire de la loi antiterroriste chilienne », *Archives de politique criminelle*, 2014, p. 219, n° 36.

8) Les juges Ventura Robles et Ferrer Mac-Gregor ont émis un vote dissident sur cette question.

que le reflet d'un problème de discrimination structurelle dont les autorités étatiques sont les premières responsables. Il est possible de poser la question des effets directs et indirects de cet amalgame dangereux, entre Mapuche et terroriste, sur la population. L'arrêt de la CIADH

aurait pu tirer les conséquences logiques de la déclaration de discrimination ethnique contre les Mapuche au Chili ; malheureusement, elle ne l'a pas fait.

Luis-Miguel Gutierrez

V. Cours supranationales et rapports entre les systèmes de protection

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme ^{112WO}

CJUE, 18 déc. 2014, n° 2/13 (avis)

NOTE

Le 18 décembre 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu un avis 2/13¹ très attendu et ayant déjà fait l'objet de nombreux commentaires². Saisie d'une demande d'avis³ sur la compatibilité du projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour de justice a rendu un avis négatif ayant eu pour effet d'enrayer pour la seconde fois la voie de l'adhésion. Dans son avis 2/94⁴, la Cour avait considéré que la Communauté européenne ne disposait pas de la compétence nécessaire pour adhérer à la Convention. Cet argument est devenu inopérant dès lors que le traité de Lisbonne, en introduisant un article 6, § 2, TUE⁵, a offert une base juridique sur laquelle fonder l'adhésion. Le processus de négociation a

dès lors été entamé et les travaux menés ont débouché le 5 avril 2013 sur un projet d'accord d'adhésion. Le texte soumis à la Cour de justice n'a pas obtenu son approbation alors même qu'il était autorisé de croire qu'elle accepterait le projet en l'accompagnant de réserves.

Procéder à une étude détaillée du contenu et des enjeux de cet avis semble impossible dans le cadre du volume imparti à la présente étude. Notre propos se limitera donc à une analyse de la tonalité d'ensemble du discours formulé par la Cour de justice. Si ce rejet catégorique se fonde sur la nécessaire préservation des caractéristiques essentielles de l'Union européenne et de son droit (I), il révèle par ailleurs la volonté de la Cour de justice de ne pas complexifier les rapports de systèmes (II).

I. Un avis résolument négatif ayant pour objet la mise en exergue de la spécificité de l'Union européenne et de son droit

Par cet avis défensif, la Cour de justice a montré son attachement à la préservation des caractéristiques essentielles de l'Union et de son droit.

A. Un refus catégorique interrogeant la future adhésion

En se focalisant sur les causes d'incompatibilité du projet d'accord⁶, la Cour de justice a adopté une attitude défensive alors même qu'elle avait été largement associée aux négociations. De manière assez surprenante, plutôt que d'accepter le projet en l'accompagnant de certaines réserves⁷, elle a estimé que ce dernier n'était pas compatible avec l'article 6, paragraphe 2, TUE ni avec le protocole n° 8 UE. À l'inverse, l'avocat général Juliane Kokott, dans sa prise de position⁸ rendue publique le jour du

1) CJUE, 18 déc. 2014, n° 2/13, EU : C : 2014 : 2454.

2) V. not. Labayle H. et Sudre F., « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme : pavana pour une adhésion défunte ? », RFDA 2015, p. 3 ; Jacqué J.-P., « CJUE-CEDH : 2-0 », RTD eur. 2014, p. 823 ; Picod F., « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau de Kirchberg », JCP G 2015, n° 6, p. 145 ; Sauron J.-L., « L'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne : la fin d'une idée anachronique ? », Gaz. Pal., 17 janv. 2015, n° 208n7, p. 4 ; Simon D., « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », Europe 2015, étude 2, p. 2 ; Gaudin H., « Si proches, si lointaines. L'Union européenne face à la convention européenne des droits de l'Homme », AJDA 2015, p. 1079.

3) La demande d'avis a été introduite le 4 juillet 2013 par la Commission européenne sur le fondement de l'article 218, § 11, TFUE.

4) CJCE, 28 mars 1996, n° 2/94, EU:C:1996:140.

5) « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités ». Le protocole n° 8 relatif à l'adhésion de l'Union à la Convention EDH a établi un certain nombre de conditions ayant pour objet la préservation des caractéristiques spécifiques de l'Union européenne et de son droit.

6) En ce sens v. Simon D., art. préc.

7) La Cour de justice, en adoptant une interprétation littérale de l'accord, s'est refusé à procéder à une interprétation sous réserve. Jacqué J.-P., art. préc., p. 825.

8) EU:C:2014:2475.

prononcé de l'avis, s'était placée dans une position d'ouverture et avait estimé que cet accord était, sous certaines réserves, compatible avec les traités.

S'il semble impossible de pouvoir affirmer que cet avis exprime un refus définitif à l'adhésion ; la Cour de justice, en adoptant une posture qui se place dans la lignée de l'arrêt *Kadi*⁹, a souhaité préserver cette union de droit d'un nouveau type que constitue l'Union européenne.

B. Une incompatibilité fondée sur la nécessaire préservation des caractéristiques essentielles de l'Union et de son droit

La Cour de justice a jugé utile de faire précéder l'analyse des éléments du fond de la demande de considérations préliminaires dont la lecture permet d'apprécier la tonalité d'ensemble de cet avis. Si l'identification des caractéristiques spécifiques de l'Union européenne et de son droit est chose courante, l'innovation du raisonnement tient ici dans le fait d'ériger le principe de confiance mutuelle en véritable principe constitutionnel¹⁰. La grille d'analyse mobilisée par la Cour de justice pour apprécier la compatibilité du projet d'adhésion avec les traités l'a conduite à considérer que « l'adhésion est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union » (point 194). S'il convient de déplorer le manque de confiance de la Cour de justice dans sa discipline interne ainsi que la méfiance exprimée à l'égard des juridictions suprêmes des États membres¹¹ ; on ne saurait lui reprocher de vouloir préserver ce qui a été façonné depuis plus d'un demi-siècle.

Mais au-delà de la volonté affichée de ne pas altérer la spécificité de l'ordre juridique de l'Union, cet avis dénote d'une volonté de ne pas complexifier les rapports de systèmes.

II. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH : une complexification des rapports de systèmes ?

La mise en exergue des défaillances que pourrait occasionner l'adhésion pour l'articulation des rapports de systèmes interroge dès lors la pertinence du maintien du dispositif *Bosphorus*.

A. Le rejet de l'institutionnalisation d'un système hiérarchique

La Cour de justice a identifié un certain nombre de carences susceptibles de porter atteinte à la coordination des rapports de systèmes¹². Mais au-delà de l'existence de défaillances il semblerait que l'adhésion, telle que programmée dans le projet d'accord, substitue à la logique de coordination qui prévalait jusqu'alors une logique hiérarchique. Celle-ci aurait en effet pour conséquence inéluctable de placer la Cour de justice dans une situation de subordination à l'égard de la CEDH¹³. Sa crainte d'être dépossédée de sa compétence exclusive pour statuer sur les droits fondamentaux dans l'Union l'a donc conduite à affirmer que l'intervention de la CEDH « ne doit pas avoir pour effet d'imposer à l'Union et à ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences internes, une interprétation déterminée des règles du droit de l'Union » (point 184). On pressent dès lors qu'une articulation conciliante des rapports de systèmes dans le cadre d'une adhésion de l'Union à la Convention EDH sera complexe.

Ce faisant il est possible de se demander si la démonstration développée par la Cour de justice n'exprime pas sa volonté de préserver le système *Bosphorus* dans la mesure où ce dernier constituerait l'instrument privilégié d'une articulation souple des rapports de systèmes.

B. Le système *Bosphorus*, instrument privilégié d'une coexistence harmonieuse des systèmes ?

À l'inverse de l'adhésion, le dispositif *Bosphorus*, mis en place par la CEDH dans son arrêt *Bosphorus Airways c/ Irlande* du 30 juin 2005¹⁴, s'avère être un système souple d'articulation des rapports de systèmes. Par ce dispositif, la CEDH admet que les normes issues de l'ordre juridique de l'Union peuvent offrir une protection équivalente aux normes dont elle est le gardien. Le fait qu'elle adopte une attitude conciliante, en pratiquant un contrôle restreint sur l'équivalence de la protection, permet dès lors d'éviter les contradictions et favorise la préservation de la spécificité de l'Union.

Si les mérites de l'adhésion ont été établis, les inconvénients qu'elle suscite interrogent sa pertinence. À l'heure actuelle les systèmes issus de l'Union européenne et de la CEDH coexistent harmonieusement dans la mesure où une relation de complémentarité a été éta-

9) CJCE, 3 sept. 2008, aff. jtes C-402/05P et C-415/05P, EU:C:2008:461.

10) V. not. Labayle H. et Sudre F., art. préc., p. 6.

11) En ce sens v. Jacqué J.-P., art. préc., p. 827.

12) En ce sens v. Picod F., art. préc.

13) En ce sens v. Labayle H. et Sudre F., art. préc., p. 16.

14) CEDH, 30 juin 2005, n° 45036/98, *Bosphorus c/ Irlande*.

blie et que la protection des droits fondamentaux fait d'ores et déjà l'objet d'une convergence normative et d'une homogénéité interprétative entre les deux cours¹⁵. Il semblerait dès lors que

15) V. Bertrand B., « Cohérence normative et désordres contentieux. À propos de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme », RDP 2012, n° 1, p. 181.

le seul maintien du dispositif *Bosphorus* soit suffisant à la condition que la Cour de justice soit le protecteur efficace des droits fondamentaux et qu'elle puisse poursuivre un dialogue harmonieux avec la CEDH.

Julie Teyssedre

La Cour européenne des droits de l'Homme et le système Dublin en matière d'asile ^{112W1}

CEDH, gde ch., 4 nov. 2014, Tarakhel c/ Suisse

NOTE

Les faits de l'arrêt *Tarakhel* constituaient le scénario idéal pour permettre aux juges de Strasbourg d'ajuster leur recette de l'articulation de la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH) et du droit de l'Union, dont le goût devait s'avérer amer pour l'État défendeur.

Les requérants, une famille de huit membres venus d'Iran, sont entrés irrégulièrement en Italie où ils furent placés en centre d'accueil après avoir fait l'objet d'une procédure d'identification. Après s'être rendus en Autriche sans autorisation et sans avoir pu obtenir l'asile, ils déposèrent en Suisse une nouvelle demande de protection. Celle-ci refusée, les autorités suisses ordonnèrent leur transfert en Italie en application du règlement *Dublin II*¹. Après le rejet de leurs recours auprès du tribunal administratif fédéral, les requérants saisirent la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Ils estimaient qu'en cas de renvoi vers l'Italie, ils seraient victimes d'un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3 lié à l'existence de « défaillances systémiques » dans le dispositif d'accueil des demandeurs d'asile dans ce pays et reprochaient aux autorités suisses de ne pas avoir examiné avec suffisamment d'attention leur situation en violation de l'article 13 de la Conv. EDH.

L'État défendeur, la Suisse, occupe une place particulière dans le système européen, partie à la Conv. EDH, non membre de l'Union. L'affaire illustre la multiplication des contentieux concernant la mise en œuvre du système

commun européen d'asile qui devient problématique pour des pays de première destination comme la Grèce, qui a déjà fait l'objet de condamnations², ou l'Italie, également acteur du cas d'espèce. La problématique du droit d'asile, reposant sur un équilibre entre intégration européenne, protection internationale des droits fondamentaux et souveraineté étatique, invitait la Cour à se prononcer sur un difficile problème de responsabilité, la Suisse étant tenue par des obligations à la fois parallèles et contradictoires.

En prononçant une condamnation conditionnelle de la Suisse pour violation de l'article 3, la Cour affirme la primauté du contrôle conventionnel (I) et en renforce les exigences (II).

I. La détermination stratégique de la responsabilité de la Suisse

Tout en rappelant le principe de la présomption de protection équivalente³, la Cour affirme la responsabilité de la Suisse (A) et renforce ses obligations positives pour la mise en œuvre d'une mesure de renvoi (B).

A. L'affirmation de la responsabilité de la Suisse

Si la Suisse n'est pas un État membre de l'Union, la Cour constate que par l'accord d'association du 26 octobre 2004, elle est partie au système européen commun d'asile soumis au règlement *Dublin II* (cons. 88). Ce règlement permet de déterminer un seul État responsable de l'examen d'une demande d'asile, qui doit être en principe celui dans lequel a pénétré de manière irrégulière un demandeur d'asile venant d'un État tiers. La Suisse devait donc procéder

1) Règl. Conseil, n° 343/2003, 18 févr. 2003, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers.

2) CEDH, G.C., 21 janv. 2011, n° 30696/09, M.S.S. c/ Belgique et Grèce ; CEDH, sect. 1, 5 avr. 2011, n° 8687/08, Rahimi c/ Grèce ; CEDH, 21 oct. 2014, n° 16643/09, Sharifi et a. c/ Italie et Grèce (cons. 338-340).

3) CEDH, 30 juin 2005, n° 45036/98, Bosphorus c/ Irlande, § 155-157.

au transfert des requérants vers leur premier État d'accueil, à savoir l'Italie.

La CJUE⁴ a rappelé les principes fondateurs de ce système : confiance mutuelle et présomption de respect par les États membres du droit de l'Union et des droits fondamentaux inscrits dans la Convention de Genève, le protocole de 1967 et la Convention européenne. À ce titre, la CEDH rappelle sa jurisprudence *Bosphorus*, selon laquelle un État est présumé « respecter les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à une organisation internationale », dès lors que celle-ci « accorde aux droits fondamentaux une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention ».

Mais un État demeure « entièrement responsable au regard de la Convention de tous les actes ne relevant pas strictement de ses obligations juridiques internationales, notamment lorsqu'il a exercé un pouvoir d'appréciation ». Or, l'article 3, § 2, du règlement *Dublin II* institue une clause de souveraineté par laquelle tout État membre peut examiner une demande d'asile même si celle-ci ne lui incombe pas. Cependant, s'il s'agit d'une simple faculté pour les États membres d'user de leur marge d'appréciation, l'arrêt *Tarakhel* transforme cette possibilité en obligation. L'État qui procède au transfert doit s'assurer que l'État responsable de la demande d'asile respecte les droits fondamentaux.

C'est ainsi en affirmant la souveraineté des États, corollaire de leur responsabilité, que la CEDH cherche à affirmer la spécificité du système conventionnel par rapport à celui de l'Union. Cette stratégie défensive semble anticiper l'avis 2/13 par lequel la CJUE se prononce défavorablement sur l'adhésion de l'Union à la Conv. EDH et revendique une compétence exclusive pour déterminer le partage de responsabilité entre l'Union et les États membres⁵. Si l'Union ne peut être assimilée à un État et voir sa responsabilité engagée devant la CEDH, ce sont les États membres ou associés aux politiques communes qui font l'objet de son contrôle.

B. Des obligations positives renforcées

La Cour conclut qu'il y aurait violation par la Suisse de l'article 3 si les requérants devaient être renvoyés en Italie sans que les autorités suisses aient au préalable obtenu des autorités italiennes des garanties individuelles concer-

nant une prise en charge des intéressés adaptée à l'âge des enfants et à la préservation de l'unité familiale (cons. 120). Le Gouvernement suisse a pourtant bien obtenu une garantie de prise en charge par l'Italie. Mais la Cour juge les informations obtenues insuffisamment « détaillées et fiables quant à la structure précise de destination, aux conditions matérielles d'hébergement et à la préservation de l'unité familiale » (cons. 121). Et de manière contradictoire, statuant sur le grief de l'article 13, la Cour relève que les requérants ont bien bénéficié d'un examen juridictionnel approfondi de leur situation. Elle procède ainsi à un renversement de la charge de la preuve. Ce n'est plus au requérant d'apporter la preuve de l'existence d'un risque de traitements contraires à l'article 3, mais à l'État d'accueil de s'assurer de ce respect par l'État de transfert⁶.

Sont également dénoncées des conditions d'accueil des demandeurs d'asile non conformes aux directives européennes. Or, si la Suisse a adhéré au règlement *Dublin*, elle n'est pas liée aux directives relatives aux normes minimales d'accueil⁷.

Par là, la Cour fonde l'effectivité de la Conv. EDH non pas sur la confiance entre États mais sur une vigilance et un contrôle interétatique. À travers la Suisse, à qui échoit de nouvelles obligations, c'est le système européen commun d'asile qui est visé.

II. L'appréciation intransigeante du respect de l'article 3

Si la Cour parsème ses considérants de jurisprudences classiques relatives à la violation par ricochet de l'article 3⁸, elle tient un raisonnement *in abstracto* (A) et prononce une condamnation sans relever de défaillances systémiques dans le dispositif d'asile italien (B).

A. Un contrôle *in abstracto*

Avant de rechercher si les requérants encouraient un risque concret et avéré de mauvais traitement en Italie, la Cour examine la situation générale du dispositif d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État.

Elle utilise un raisonnement contradictoire consistant à réaliser un parallèle avec l'arrêt

4) CJUE, G.C., 21 déc. 2011, N.S. c/ Secretary of State for the Home Department, CJUE C-411/10.

5) CJUE, ass. plén., 18 déc. 2014, avis 2/13.

6) V. *contra* : CEDH, 1^{re} sect., 6 juin 2013, n° 2283/12, Mohammed c/ Autriche.

7) Dir. « Accueil » Cons. UE, n° 2003/9/CE, 27 janv. 2003 – Dir. « Qualification » Cons. UE, n° 2004/83/, 29 avr. 2004 – Dir. « Procédure » Cons. UE, n° 2005/85/, 1^{er} déc. 2005. La Cour semble ici anticiper, en le citant (cons. 35), la mise en œuvre du règlement *Dublin III*, adopté en juin 2013 et repris par le Conseil fédéral suisse le 7 mars 2014, qui vise à renforcer les garanties des « dublinés ».

8) CEDH, 7 juill. 1989, n° 14038/88, Soering c/ Royaume-Uni – GC, 28 févr. 2008, n° 37201/06, Saadi c/ Italie.

M.S.S. pour en souligner les différences tout en parvenant au même résultat. À la différence de la Grèce, le système d'accueil italien ne peut constituer en soi « un obstacle à tout renvoi de demandeurs d'asile vers ce pays », mais la Cour, elle, retient l'existence de doutes sérieux en raison de « la disproportion flagrante » entre le nombre de demandes d'asile et le nombre de places disponibles dans les structures d'accueil, ce qui constitue une « hypothèse non dénuée de fondement » pour un risque de mauvais traitement (cons. 115 et 120)⁹.

Ce raisonnement *in abstracto* et hypothétique est renforcé par le fait que les requérants sont des victimes potentielles. En effet, à la différence du requérant de l'arrêt *M.S.S.* qui avait déjà subi le traitement dégradant en Grèce, les requérants de l'arrêt *Tarakhel* ont saisi la Cour avant leur transfert en Italie.

B. L'absence de défaillances systémiques

Cette volonté préventive se manifeste encore par le fait que la Cour ne relève pas l'existence de défaillances systémiques, dans le dispositif d'asile italien. Sont pris en considération de nombreux rapports émanant notamment du HCR, qui font état de mauvaises conditions d'accueil et d'intégration des demandeurs d'asile en Italie. Toutefois, et contrairement à l'affaire *M.S.S.*, ces rapports n'ont fait aucune recommandation pour interdire les renvois, et

9) V. *contra* : CEDH, 1^{er} sect., 6 juin 2013, n° 2283/12, Mohammed c/ Autriche.

soulignent au contraire les améliorations apportées par les autorités italiennes.

Cet arrêt apparaît alors comme une réponse faite à l'arrêt *N.S.* dans lequel la CJUE a apporté une limite restrictive en qualifiant les défaillances d'un dispositif d'asile permettant de déroger au mécanisme *Dublin* de « systémiques »¹⁰. En ce sens, l'avis 2/13 (pt 191) peut être lu comme une réaction à l'arrêt *Tarakhel*, puisque la dérogation au principe de confiance mutuelle est cette fois limitée à des « circonstances exceptionnelles ».

Le 5 février 2015, se ravisant de son audace et devant cette impasse, la Cour européenne déclare irrecevable le recours d'un requérant contre la décision de le transférer en Italie, en précisant que l'arrêt *Tarakhel* concernait des requérants particulièrement vulnérables, une famille avec enfants¹¹. Ce faisant, elle contribue à atténuer les conflits potentiels mettant en cause l'application du système d'asile en Europe. Mais ce contentieux n'est malheureusement pas prêt de s'éteindre et laisse augurer de nombreuses occasions de dialogue entre le juge européen et le juge de l'Union¹².

Julia Schmitz

10) V. égal. CJUE, G.C., 10 déc. 2013, n° C-394/12., Shamsi Abdulahi c/ Asylgerichtshof.

11) CEDH, 5 févr. 2015, n° 51428/10, AME c/ Pays-Bas.

12) V. les affaires en cours concernant la France, Brahim Gjutaj et a. c/ France, 7 oct. 2013, n° 63141/13 – BL et a. c/ France, 6 juill. 2014, n° 48104/14 – N.H. c/ France, 16 janv. 2014, n° 28820/13.

La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit international humanitaire ^{112W3}

CEDH, gde ch., 16 sept. 2014, Hassan c/ Royaume-Uni

NOTE

L'interdépendance normative de plus en plus soutenue dans l'ordre juridique international¹ a très tôt conduit le juge européen à mettre

en place une technique de gestion contentieuse des rapports de systèmes². S'il n'est pas inédit sur la question de l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'Homme dans un conflit armé³, l'arrêt *Hassan*⁴ précise la régulation par le juge de Strasbourg des rapports entre le droit international humanitaire (DIH) et le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH). L'intérêt de

1) Considérés comme le « (...) centre névralgique des relations entre des ensembles institutionnels et/ou normatifs distincts », les droits de l'Homme – partant le droit international des droits – constituent l'unité de mesure par excellence de cette interdépendance normative. V. Dubout E. et Touze S., « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, 2011, A. Pedone, p. 11-35, spéc. n° 13. V. égal. Turgis S., *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, thèse Paris, 2012, A. Pedone, Publications de l'Institut international des droits de l'Homme, n° 17, 642 p.

2) V. Platon S., « Le principe de protection équivalente – À propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports de systèmes », in Potvin-Solis L. (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, 2012, Bruxelles, Bruylant, p. 463-494.

3) V. CEDH, GC sect. 7 juill. 2011, n° 27021/08, Al-Jedda c/ Royaume-Uni – CEDH, n° 55721/07, Al-Skeini et a. c/ Royaume-Uni – CEDH, 2 mars 2010, Al-Saadoon et Mufdhi c/ Royaume-Uni – CEDH, 20 nov. 2014, n° 47708/08, Jaloud c/ Pays-Bas, etc.

4) CEDH, GC, 16 sept. 2014, n° 29750/09, Hassan c/ Royaume-Uni.

cet arrêt réside en ce sens tant dans la logique d'interprétation ayant conduit à la solution formulée par la Grande Chambre que sur les implications de celle-ci sur la cohérence interne du système européen de protection des droits de l'Homme.

Les faits⁵ de l'espèce s'étant déroulés dans la « phase d'hostilités actives du conflit »⁶, la Grande Chambre devait, comme l'y invitait l'État défendeur, se prononcer sur les interactions entre le DIH et la Conv. EDH à l'occasion de l'examen des mesures d'internements prises par les forces britanniques à l'encontre de Tarek Hassan – le frère du requérant – malgré l'absence de demande de dérogation au titre de l'article 15 CEDH.

Suivant une méthode désormais constante d'interprétation conciliante de la Convention en cas de risques de conflit entre plusieurs allégeances⁷, la Cour a retenu une application simultanée de ces deux corps de règles. Une solution qui semble être dictée par la prise en compte des difficultés inhérentes aux opérations militaires extérieures. Ainsi, loin d'avoir capitulé devant le DIH⁸, la Grande Chambre a fait preuve dans l'arrêt *Hassan* d'un pragmatisme interprétatif certain (I) dont les conséquences sont *prima facie* regrettables du point de vue de l'effectivité des droits garantis par la Convention (II).

I. Le pragmatisme opportun de la Grande Chambre dans l'arrêt *Hassan*

Si les faits de l'espèce datent de 2003, l'arrêt *Hassan* livre des enseignements très actuels aux États déjà engagés ou appelés à l'être dans des opérations militaires extérieures. Le postulat de la prise en compte de cette réalité militaro-politique peut offrir une grille de lecture opportune de la solution formulée par la Cour tendant à garantir la conciliation du DIH et de la Conv. EDH dans les conflits armés. C'était également l'occasion de confirmer et préciser les contours de l'applicabilité extraterritoriale de la Conv. EDH.

A. La reconnaissance prévisible de l'applicabilité extraterritoriale de la Convention

Les faits s'étant déroulés en dehors du territoire d'application par principe⁹ de la Convention, la Cour se devait d'abord de vérifier si en l'espèce son application extraterritoriale pouvait être exceptionnellement¹⁰ envisagée. En appliquant les principes de l'arrêt *Al-Skeini*¹¹, la Cour juge que le frère du requérant était sous le contrôle et l'autorité des soldats britanniques à compter de sa capture jusqu'à sa libération¹². Pour ainsi établir la juridiction du Royaume-Uni, la Cour a dû préciser les contours de sa doctrine de l'application extraterritoriale de la Conv. EDH.

D'abord, contrairement à la thèse d'une application cumulative des critères de la juridiction extraterritoriale défendue par le Royaume-Uni¹³, la Cour précise que ces critères sont alternatifs et qu'en l'espèce, le contrôle physique des soldats britanniques sur le frère du requérant, constituait un motif suffisant d'établissement de la juridiction du Royaume-Uni.

Ensuite, en écartant l'argumentation du Royaume-Uni selon laquelle la juridiction extraterritoriale ne devrait pas jouer pendant la phase d'hostilités actives du conflit, la Cour apporte une lumière bienvenue sur l'application temporelle de la Convention en pareille circonstance. En emboîtant le pas à la CIJ¹⁴, le juge européen estime que le DIH ne doit pas tenir en échec l'application de la Conv. EDH quel que soit le moment du conflit.

B. Une solution de conciliation du DIH et de la Conv. EDH

En invoquant le contexte et « les réalités pratiques de la conduite d'hostilités actives dans un conflit armé international »¹⁵, le Royaume-Uni, qui n'a pourtant effectué aucune demande de dérogation au titre de l'article 15, demandait à la Cour d'écarter ses obligations découlant de l'article 5 ou, *a minima*, de les interpréter à la lumière du DIH. Alors que cette condition formelle n'est pas remplie, la Cour accède à

5) Arrêt commenté, § 8-24.

6) Arrêt commenté, § 71.

7) V. par ex. CEDH, GC, 12 sept. 2012, *Nada c/ France*, § 170.

8) Hervieu N., « La jurisprudence européenne sur les opérations militaires à l'épreuve du feu » : La Revue des droits de l'Homme, [en ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 20 oct. 2014, § 31 et s. [<http://revdh.revues.org/890>]. L'auteur voit dans l'interprétation conciliante de la Cour une logique de capitulation du droit de la CEDH devant le DIH. Pour un autre commentaire critique v. Frumer P., « Quand droits de l'Homme et droit international humanitaire s'emmêlent – Un regard critique sur l'arrêt *Hassan c/ Royaume-Uni* », RTDH 2015/102, p. 481-507.

9) V. entre plusieurs autres arrêts CEDH, 8 juill. 2004, *Iliascu et a. c/ Moldova et Russie*, § 312 – Cour EDH, GC, 12 déc. 2001, n° 52207/99, *Bankovic et a. c/ Belgique et a.*, § 61 et 67. Dans le même sens, v. CIJ, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, CIJ Recueil 2004, § 109.

10) V. entre autres arrêts : CEDH, 26 juin 1992, *Droz et Janousek c/ France*, § 91 ; *Loizidou c/ Turquie*, § 62.

11) V. *Al-Skeini et a. c/ Royaume-Uni*, préc., § 130-142.

12) Arrêt commenté, § 80.

13) Arrêt commenté, § 70.

14) CIJ, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, préc., § 106.

15) Arrêt commenté, § 86.

cette demande en livrant une interprétation systémique¹⁶ de la Conv. EDH dont la vertu est de concilier les prescriptions de l'article 5 avec celles du DIH. Si les implications de cette interprétation conciliante peuvent être discutables sur l'effectivité de l'article 5¹⁷, la méthode de raisonnement de la Cour n'est pas en soi contestable, car répondant à une vision systémique des rapports entre le DIH et la Conv. EDH. À ce titre, le recours à l'article 31, § 3, de la Convention de Vienne exprime pleinement cette volonté d'intégration systémique. Étant une création du système international, l'interprétation de la Convention doit être fondée sur ce fait. De là, la Cour estime que si conformément à la jurisprudence de la CIJ¹⁸, les garanties énoncées par la Convention doivent continuer à s'appliquer même en cas de conflit armé international, celles-ci doivent autant que possible être interprétées à l'aune des règles du DIH. Et en l'espèce, l'absence de dérogation formelle au titre de l'article 15 ne peut empêcher d'interpréter et d'appliquer l'article 5 d'une manière harmonieuse avec le DIH d'autant plus qu'il existe en la matière une pratique¹⁹ des États membres lors de conflits armés internationaux consistant à s'abstenir de déroger aux obligations inhérentes à l'article 5.

II. Les implications importunes de l'interprétation conciliante : les limites du pragmatisme judiciaire

Les conséquences de l'interprétation conciliante sur la lettre des articles 5 et 15 portent à croire *a priori* que la Cour a cherché à « réconcilier l'irréconciliable »²⁰. Une objection qui n'est

sans doute pas décisive au regard du contexte et de la logique de l'interprétation de la Cour.

A. La réécriture prétorienne de l'article 5 de la Convention

L'arrestation des combattants lors d'un conflit armé international ne constituant pas un des motifs de détention limitativement autorisés par l'article 5, § 1, la Cour devait logiquement conclure à la violation de l'article 5 par le Royaume-Uni, faute pour ce dernier d'avoir exercé son droit de dérogation au titre de l'article 15. Mais en jugeant que même en l'absence d'une telle formalité, « les motifs de privation de liberté autorisés exposés aux alinéas a) à f) de l'article 5 doivent, dans la mesure du possible s'accorder avec la capture de prisonniers de guerre et la détention de civils représentant un risque pour la sécurité sur la base des 3^e et 4^e Conventions de Genève »²¹, la Cour aurait créé de manière prétorienne un nouveau motif non écrit de privation de liberté²². Cette réécriture prétorienne de la Convention – quoique non inédite sous la plume de la Cour²³ – peut légitimement offusquer étant donné qu'elle est ici menée dans une logique restrictive²⁴ du droit à la liberté qui, selon une jurisprudence constante²⁵, doit toujours faire l'objet d'une interprétation étroite. Mais cette critique doit être modérée en ce sens que le principe d'interprétation étroite ne saurait empêcher le réalisme du juge européen pour apprécier *in concreto* la conventionalité des situations de privation de liberté. Les propos de la Cour dans l'arrêt *Austin c/ Royaume-Uni* en sont une illustration. Sans nul doute par réalisme, la Cour y considère que le confinement d'une foule à l'intérieur d'un cordon de police au nom du maintien de l'ordre ne constitue pas une privation de liberté au sens de l'article 5²⁶. En outre, elle s'est montrée très réaliste, à plusieurs reprises²⁷, dans l'appréciation des obligations conventionnelles dans un contexte de conflit armé international d'autant plus qu'en l'espèce, si la Cour avait jugé qu'une privation de liberté

16) L'interprétation systémique sur la base du paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne exprime « l'objectif (...) selon lequel, quelle que soit leur matière les traités sont une création du système juridique international et leur application est fondée sur ce fait ». Une telle approche est favorable à l'interpénétration des deux corps de normes. V. Rapp. Commission du Droit International, La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, A/CN.4/L.682, 13 avr. 2006, p. 211. V. égal. de Koker C., « A different Perspective on Hassan v/ United Kingdom : A Reply to Frederic Bernard », in *Strasbourg Observers*, mis en ligne le 14 oct. 2014. Pour l'auteur, la Cour a adopté une « approche symbiotique » lui permettant d'intégrer les deux ensembles normatifs afin d'appliquer le droit international humanitaire sous le prisme du droit international des droits de l'Homme.

17) V. *infra* Partie II.

18) V. les arrêts de la CIJ cités par la Cour : CIJ, « Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », avis consultatif du 8 juill. 1996 – CIJ recueil, 1996, p. 240, § 25 ; « Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé », avis consultatif du 9 juillet 2004 – CIJ recueil, 2004, p. 178, § 106 ; « Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c/ Ouganda) », arrêt du 19 déc. 2005 – CIJ recueil 2005, p. 243, § 216.

19) Arrêt commenté, § 101.

20) Opinion en partie dissidente du juge Spano, à laquelle se rallient les juges Nicolaou, Bianku et Kalaydjieva, § 19.

21) Arrêt commenté, § 104.

22) Opinion dissidente du juge Spano, § 18.

23) V. Al-Saadoon et Mufdhi c/ Royaume-Uni, préc., § 120 ; Soering c/ Royaume-Uni, § 103.

24) Sur d'autres hypothèses d'interprétation restrictive dans la jurisprudence de la Cour EDH, v. Orakhelashvili A., « Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights », EJIL 2003, vol. 14, n° 3, p. 529-568.

25) V. entre autres plusieurs arrêts : CEDH, 8 juin 1976, Engel et a. c/ Pays-Bas – CEDH, GC, 19 févr. 2009, n° 3455/05, A. et a. c/ Royaume-Uni, § 171 – CEDH, 4^e sect., 29 nov. 2011, n° 51776/08, A. et a. c/ Bulgarie, § 64.

26) CEDH, GC, 15 mars 2012, n° 39692/09, Austin et a. c/ Royaume-Uni, § 57.

27) Jaloud c/ Pays-Bas, préc. § 226 ; Al-Skeini et a. c/ Royaume-Uni, préc., § 168.

imposée en vertu des pouvoirs conférés par le DIH était contraire à la Convention, les États se trouveraient privés d'un moyen incontournable dans la conduite des opérations militaires.

En revanche, consciente des limites du régime de privation de liberté des Conventions de Genève, la Cour s'est empressée d'en préciser les conditions de conventionalité : une telle privation de liberté doit être conforme aux règles du DIH et surtout poursuivre le même objectif que l'article 5 §1, à savoir la protection de l'individu contre l'arbitraire²⁸.

B. La neutralisation du mécanisme de dérogation de l'article 15

En jugeant qu'une privation de liberté en vertu des pouvoirs conférés par les Conventions de Genève était compatible avec la Conv. EDH, et ce en l'absence de dérogation formelle au titre de l'article 15, la Cour, de l'avis de plusieurs commentateurs, a neutralisé l'effectivité du principal instrument d'articulation entre le DIH et la Conv. EDH en cas de guerre. Il est surtout reproché à la Cour d'avoir assis son raisonnement pour les uns sur une « omission »²⁹ ou sur une « pseudo coutume conventionnelle »³⁰ pour les autres. S'il est tout à fait légitime de regretter les conséquences de l'interprétation conciliante sur l'effectivité et la cohérence des articles 5 et 15, les critiques d'ordre méthodologique du raisonnement de la Cour, notamment sur cette prétendue neutralisation de l'article 15, doivent être tempérées au moins à un double titre.

28) Arrêt commenté, § 104.

29) Freumer P., *op. cit.*, p. 491.

30) Gonzalez G., « Jouissance comptable d'une "conscience" (un peu) malmenée – À propos du rapport 2014 de la Cour européenne des droits de l'Homme », JCP G. 2015, spéc. n° 8.

D'abord, l'on ne saurait réduire le *substratum* de la pratique suivie par les États au sens de l'article 31 exclusivement à une action positive sans méconnaître la nature polymorphe de la pratique en droit international³¹. En dehors de toute logique coutumière, la pratique suivie par les États peut résider à la fois dans une conduite active, passive, *praeter legem* voire *contra legem*. Sans nécessairement chercher à objectiver ladite pratique, l'interprète peut s'en inspirer pour déterminer le sens à donner à une clause d'un traité. C'est sans doute dans cette logique que s'inscrit ici la démarche méthodologique de la Cour.

Ensuite, on ne peut raisonnablement pas soutenir que la Cour avait l'intention de neutraliser, en toutes circonstances, l'effectivité de la clause de dérogation. D'autant plus qu'elle achève sa démonstration en rappelant que « les dispositions de l'article 5 ne seront interprétées et appliquées à la lumière des règles pertinentes du DIH que si l'État défendeur le demande expressément »³² et seulement à l'occasion d'un conflit armé international³³.

Wenceslas Monzala

31) V. Boisson de Chazournes L., « Qu'est-ce que la pratique en droit international ? », in SFDI, *La pratique et le droit international*, 2004, A. Pedone, p. 13-47. Dans le même sens v., Goralczyk W., « Rapport général » in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées suisses du 20-24 juin 1983, 1985, Economica, p. 537-547.

32) Arrêt commenté, § 107.

33) La *Court of Appeal of England and Wales* a d'ores et déjà appliqué cette solution lorsqu'elle a refusé à l'occasion de l'affaire *Mohammed v/ Secretary of State* du 30 juill. 2015 d'étendre la portée de l'arrêt *Hassan* aux conflits armés non-internationaux. Pour une présentation de l'arrêt v. Souty V., « Quelques réflexions à propos de l'arrêt *Serdar Mohammed vs Secretary of State* [2015] EWCA Civ 843 », *Fondamentaux.org*, 21 août 2015, [<http://www.fondamentaux.org/?p=623>].