



HAL
open science

Les interventions éclairées devant la cour européenne des droits de l'homme ou le rôle stratégique des amici curiae

Laurence Burgorgue-Larsen

► To cite this version:

Laurence Burgorgue-Larsen. Les interventions éclairées devant la cour européenne des droits de l'homme ou le rôle stratégique des amici curiae. La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, Dalloz, pp.67-81, 2011, 978-2-247-10748-3. hal-01583478

HAL Id: hal-01583478

<https://hal.science/hal-01583478v1>

Submitted on 7 Sep 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES INTERVENTIONS *ÉCLAIRÉES* DEVANT LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME OU LE RÔLE STRATÉGIQUE DES *AMICI CURIAE*

par Laurence BURGORGUE-LARSEN

*Professeur de droit public à l'École de droit de la Sorbonne,
Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne
(IREDIES), Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)*

« *Amicus curiae* : Notion de droit interne anglo-américain désignant la faculté attribuée à une personnalité ou à un organe non partie à une procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclaircir la Cour sur des questions de fait ou de droit¹. »

Cette définition issue de l'indispensable *Dictionnaire de droit international public* publié sous la direction de J. Salmon² démontre parfaitement que les « amis de la Cour » — une mosaïque d'experts en tout genre — ont pour fonction de présenter des *interventions* qui se veulent « éclairées » afin d'aider tout type de juridiction à rendre justice en connaissance de

1. C'est nous qui soulignons.

2. J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 62.

cause. S'il a été choisi de traiter d'un tel sujet afin de rendre hommage au président Costa, c'est qu'il a été un exposant *éclairé* alors qu'il assurait en 1988 à l'Université Paris X-Nanterre, un des plus beaux cours qui soit, le cours de libertés publiques. Il a su distiller à un amphithéâtre attentif car captivé — dont je faisais partie — le goût de l'étude de ce qui prend aujourd'hui le nom de libertés fondamentales³. Sans revenir sur des questions d'ordre méthodologique qui divisent toujours la communauté scientifique française — libertés publiques et/ou libertés fondamentales, telle est encore la question⁴ — ce dont il s'agit, au fond, c'est de l'être humain et de sa protection contre tout type d'abus et d'ingérences dans l'exercice de ses droits. Celui dont la carrière allait marquer le cours de la justice européenne — à la suite des illustres juges français René Cassin et Louis Edmond Pettiti⁵ — fut ainsi à l'origine de mon goût pour l'étude des multiples facettes du droit qui touche au plus intime de l'être humain. Les droits, protégés ou abîmés par les États et/ou les individus, une histoire qui n'en finit pas. Que les quelques lignes qui vont suivre soient le témoignage d'une reconnaissance indéfectible pour avoir suscité une passion à l'égard de ce droit d'un genre particulier qui a pour vocation de protéger, coûte que coûte, l'être humain.

* *
*

Désormais bien implantées dans l'univers conventionnel européen, les interventions des organisations non gouvernementales (ONG) en tant qu'*amici curiae* devant la Cour sont devenues « classiques » (I). Ce n'est pas le cas des interventions du commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe. Son irruption dans l'univers judiciaire strasbourgeois n'a été prévue que très tardivement par une audace bienvenue des auteurs du protocole n° 14. Balbutiantes, ses interventions sont, ce faisant, novatrices (II).

3. On ne peut ici éluder un élément « sociologique » rappelé par tous les manuels : il s'agit de la création en 1954 de l'enseignement de *Libertés publiques* qui fut rendu obligatoire dans le programme de licence en 1962. Ce n'est qu'au début des années 1990 que la référence au *Droit des libertés fondamentales* apparut (v. arrêtés des 13 févr. 1993 et 30 avr. 1994). L'expression trouvait une consécration pratique avec l'arrêté du 29 janv. 1998 qui en faisait une épreuve importante pour l'accès aux centres régionaux de formation professionnelle d'avocats.

4. Pour une présentation des *disputatio* actuelles en France et de l'importance des « Écoles » dans la diffusion des concepts, on se permet de renvoyer à L. Burgorgue-Larsen, « Les concepts de liberté publique et de droit fondamental », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Mission de recherche « Droit et justice », Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2010, p. 389-407.

5. Il est le deuxième Français à présider la Cour européenne après René Cassin. Le journal *Le Monde* du 10 mars 2009 consacrait à sa personne, sa carrière et ses fonctions une page entière dans la rubrique « Décryptages. Portrait ». En plus de témoigner de l'importance de son parcours, cet article met également en lumière le rôle stratégique de la Cour européenne dans la métamorphose des ordres juridiques nationaux, dont celui de la France.

Toutefois, le bouleversement de la physionomie du contentieux à Strasbourg va, à n'en pas douter, leur conférer un poids toujours plus capital et déterminant à l'avenir.

I. — LES INTERVENTIONS « CLASSIQUES » DES ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES

Que serait aujourd'hui le prétoire de Strasbourg sans les interventions éclairées des *amici curiae*? Une telle interrogation qui parviendrait à un observateur ou un acteur du procès interaméricain des droits de l'homme semblerait au mieux étrange au pire incongrue. En effet, si la montée en puissance des « amis de la Cour » — représentés essentiellement par une myriade d'organisations non gouvernementales — est un phénomène qui a mis du temps à s'implanter dans le système conventionnel européen, ce fut loin d'être le cas pour son « système-frère » qui fêtait ses 40 ans d'existence en novembre 2009⁶. Une rapide ballade comparatiste le montrera. Dans le « système de San José », les ONG⁷ ont un triple rôle⁸. Elles sont tout d'abord en mesure de présenter directement les « pétitions » devant la commission interaméricaine, comme l'article 44 de la Convention américaine⁹ le leur permet, et ce, sans avoir besoin de l'autorisation des victimes¹⁰. Proprement révolutionnaire, cette technique qui métamorphose la relation de l'individu à la justice internationale¹¹ n'existe pas dans le système européen. Les victimes ne peuvent pas déléguer à une institution tierce le pouvoir de présenter une requête en leur nom et à leur place; elles sont

6. C'est au Costa Rica à San José que la Convention américaine des droits de l'homme (dite également « pacte de San José ») était adoptée lors de la réunion de la conférence spécialisée sur les droits de l'homme tenue du 2 au 22 nov. 1969.

7. Elles sont nationales, comme le *Centre d'études juridiques et sociales* (CELS, organisme argentin), le *Centre nicaraguayen des droits de l'homme* (CENIDH) ou encore la *Commission colombienne de juristes* (CCJ); régionales, ainsi du célèbre *Centre pour la justice et le droit international* (CEJIL) qui est le collaborateur traditionnel des instances interaméricaines ou de la *Commission andine de juristes* (CAJ); elles sont également internationales à l'instar d'*Amnesty International*, de *Human Rights Watch* ou encore de *Rights International*.

8. M. Pinto, « NGOs and the Inter-American Court of Human Rights », in Tullio Treves et alii (dir.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, 2005, p. 47-56; pour une analyse basée sur une expérience pratique, v. C. MacDowell Santos, « El activismo legal transnacional y el Estado : reflexiones sobre los casos contra Brasil en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos », *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, 2007, n° 7, p. 29-59.

9. L'article 44 de la Convention se lit ainsi : « Toute personne ou tout groupe de personnes, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue dans un ou plusieurs États membres de l'Organisation peuvent soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un État partie. »

10. Comm. IDH, Résol. n° 59/81, *Rapport annuel de 1981-1982*.

11. Certains pensent même que cela octroie à la pétition interaméricaine la nature d'une véritable *actio popularis*.

encore moins « dépossédées » (en quelque sorte) de leur préjudice par une institution qui déciderait de s'emparer de leur « affaire » pour la présenter directement devant un mécanisme régional de garantie des droits. Le moment historique d'élaboration de la Convention américaine explique qu'un tel protagonisme — en tout point exorbitant du droit commun — ait été octroyé aux représentants de la « société civile¹² ». Sans lui, le système n'aurait tout simplement jamais pris son envol. Le rôle des ONG ne s'arrête pas toutefois à ce stade initial du déclenchement du « procès » inter-américain qui permet son démarrage; il se poursuit, en aval, dans le cours du procès lui-même et de son déroulement contradictoire. Les ONG peuvent en effet utiliser la technique de l'*amicus curiae* pour présenter des observations devant la Cour interaméricaine, soit dans le cadre de sa fonction contentieuse, soit dans le cadre de sa fonction consultative¹³. Ici, un certain classicisme reprend ses droits puisque le système de San José rejoint celui de Strasbourg (même si on sait que ce dernier est dépourvu d'une activité consultative conséquente)¹⁴. Historiquement toutefois, le système interaméricain ne soufflait mot de cette technique; elle se développa grâce à la bienveillance des organes du système qui interprétèrent largement l'ancien article 45 § 1 du règlement de la Cour¹⁵. Il fallut attendre la

12. Les manifestations de l'existence de la « force civile » dans le paysage politique et juridique international sont une donnée contemporaine impossible à ignorer de nos jours. Le professeur Philippe Sands a dégagé ce qu'il considère être les « éléments constitutifs d'une structure émergente de "gouvernance" internationale ». Ces trois aspects de la force participative des acteurs « non étatiques » vont du droit d'accès à l'information relative aux documents juridiques internationaux, passent par le droit de participer aux processus décisionnels et normatifs internationaux et finissent logiquement par le droit d'accès aux recours administratifs et judiciaires ainsi qu'à l'exécution des obligations internationales, v. « Vers une transformation du droit international? Institutionnaliser le doute », *Droit international 4, Cours et Travaux 1999/2000*, IHEI, Pedone, coll. dirigée par P.-M. Dupuy et C. Leben, 2000, p. 199.

13. Il suffit de se reporter aux avis n° 18 et 20 pour se rendre compte de l'importance du rôle joué par les observations présentées par les *amici curiae* dans le cadre de la fonction consultative de la Cour; Cour IDH 17 sept. 2003, *Statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux*, série A, n° 18, § 12, 13, 14, 18, 23-25, 27-31 et Cour IDH 29 sept. 2009, *Article 55 de la Convention américaine des droits de l'homme*, série A, n° 20, § 11.

14. D. Szymczak, « La fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », in A. Ondua, D. Szymczak (dir.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Pedone, 2009, p. 89-104.

15. Il disposait que la Cour « pourra entendre en qualité de témoin, d'expert ou à tout autre titre, toute personne dont le témoignage, la déclaration ou l'opinion est pertinente ». Ainsi *Amnesty International* et *Rights International* présentèrent des rapports en tant qu'*amici curiae* dans l'affaire *Benavides Cevallos* (Cour IDH 19 juin 1998, Fond et réparations, *Benavides Cevallos c. Équateur*, série C, n° 38, § 24 et § 31). Après la réforme réglementaire de 2009, cette disposition — devenue l'article 50 § 1 et intitulée « Citation des victimes présumées, des témoins et des experts » — n'a plus du tout le même objectif et encadre strictement toute audition. Il est en effet notifié que : « La Cour détermine l'opportunité où seront entendus, à charge des parties, les victimes présumées, les témoins et experts qu'elle juge nécessaire d'entendre. Au moment de citer les victimes présumées, le témoin et l'expert, la Cour indiquera l'objet de la déclaration, du témoignage ou de l'expertise. Le Tribunal peut désigner les experts et recevoir ceux qui sont proposés par les

réforme réglementaire de 2009 pour constater l'entrée officielle de la procédure d'*amicus curiae* au sein de la nouvelle mouture du règlement intérieur¹⁶. On en trouve une définition à l'article 2 § 3 : « le terme "*amicus curiae*" désigne la personne étrangère au litige et au procès qui soumet à la Cour des raisonnements autour des faits contenus dans la requête ou qui formule des considérations juridiques sur la matière du procès, par le biais d'un document ou d'une plaidoirie en audience¹⁷ ». La formule de « personne étrangère au litige et au procès » doit bien évidemment être entendue au sens large. Cette formule prenant acte de la pratique, il faut avoir à l'esprit qu'en plus des particuliers, ce sont surtout des personnes morales qui, aux côtés des ONG en tant que telles, ont et continuent d'utiliser sans faiblir cette technique. Le système interaméricain permet en effet le développement d'un « activisme transnational¹⁸ » des plus vigoureux. Ainsi, cabinets d'avocats engagés en matière de droits de l'homme et centres de recherches universitaires sont les premiers à s'en emparer. Depuis quelques années, on peut également constater la montée en puissance du rôle joué par les *ombudsmen* nationaux¹⁹. Non seulement ils manient à souhait la technique de l'*amicus curiae* pour présenter des argumentations qui peuvent parfaitement aller à l'encontre de la position défendue par l'État dont ils dépendent²⁰, mais ils peuvent également recouvrer les habits des représentants des victimes en les défendant à l'instance contre l'État qui les a institués²¹ ! On prend la mesure, ici, de façon magistrale de la troisième fonc-

parties à titre d'experts, dont les avis sont évalués par elle en tenant compte de la partie qui a proposé sa désignation. »

16. Art. 2 § 3 et 41 du règlement intérieur.

17. Ce texte en français est celui fourni par les services linguistiques de la Cour interaméricaine. Il est disponible sur son site interne [www.corteidh.org].

18. V. Abramovich, « From massive violations to structural patterns : new approaches and classic tensions in the inter-american human rights system », *Revista Sur / International Journal on Human Rights* 2009, n° 11.

19. Ils prennent des noms divers en fonction des pays. Il est question le plus souvent toutefois des « Défenseurs du peuple » (*Defensores del pueblo*).

20. Ainsi, dans l'importante affaire *Yatama* — Cour IDH 23 juin 2005, *Yatama c. Nicaragua*, série C, n° 127 — qui aborde la question des droits politiques des communautés indigènes, ce ne sont pas moins de quatre organismes qui présentèrent leur point de vue. Il s'est agi du *Wisconsin Coordinating Council on Nicaragua*, de l'Université de la Paix des Nations unies, de l'université d'Arizona et plus précisément son Programme des droits et politiques indigènes, et enfin du Département de la défense des droits de l'homme du Nicaragua. Ainsi, comme cette dernière institution le montre et malgré les protestations de l'État qui déclara son action déloyale, même un organe de l'État peut se porter *amicus curiae* y compris pour présenter une argumentation contraire aux intérêts de l'État dont il est une émanation.

21. Cet aspect était particulièrement valorisé par les juges D. García Sayán et S. García Ramírez dans leur opinion séparée commune sous l'affaire *Ticona Estrada* qui concernait la disparition forcée d'un jeune étudiant de vingt-cinq ans à l'époque de la dictature du Bolivien Luis García Meza. C'est ni plus ni moins le Défenseur du Peuple qui agit à l'instance comme le représentant des proches de la victime. Les juges en profitèrent pour mettre en exergue la montée en puissance d'« acteurs émergents » incarnés par l'institution de l'*Ombudsman* (point 3) qui s'est matérialisée *in casu* par l'implication procédurale du

tion assignée aux « tiers » (ONG, défenseurs des peuples, universités) : celle de la défense, comme telle, des présumées victimes²². D'une manière générale, la Cour interaméricaine considère que « les *amici curiae* sont d'une valeur cruciale pour le renforcement du système interaméricain des droits de l'homme grâce aux réflexions fournies par les membres de la société qui participent au débat et élargissent les éléments dont dispose la Cour aux fins de juger²³ ».

Contrairement au système interaméricain — qui doit ses débuts à la part active jouée par les ONG — le système européen n'a pas été marqué à sa naissance par l'irruption et l'importance judiciaires de la « société civile ». Si on analyse la question sous le prisme de l'intervention des seules ONG à l'instance — en laissant de côté celle des États dont on sait qu'il s'agit pour partie d'un vestige de la protection diplomatique²⁴ — c'est l'affaire *Tyrer*, en 1978²⁵, qui porta au grand jour leur volonté de participer au procès. Le *National Council for Civil Liberties* — qui avait représenté le demandeur devant la Commission européenne des droits de l'homme — demanda à pouvoir déposer un mémoire écrit et à présenter des observations orales : une chambre de la Cour refusa d'accéder à cette demande sans fournir d'explications. Il fallut attendre 1979 pour que l'essai d'intervention soit concluant dans l'affaire *Young, James et Webster*²⁶. Pour la première fois, la Cour acceptait les informations transmises par le *Trade Union Congress* (TUC), en utilisant d'ailleurs la même base juridique que celle qui

Défenseur du Peuple mis en place en 1997 en Bolivie afin de veiller à « la promotion, l'existence, la diffusion et la défense des droits de l'homme » (loi n° 1818 approuvée le 22 déc. 1997), v. Cour IDH 27 nov. 2008, Fond et réparations, *Ticona Estrada c. Bolivie*, série C, n° 191, points 2 et 3 de l'opinion séparée.

22. On retrouve les deux éléments majeurs de la participation de « tiers » au procès (comme *amici curiae* et comme *défenseur*) dans le domaine du droit international pénal, v. H. Ascencio, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP* 2001. 897-929,

23. Cour IDH 2 mai 2008, Fond et réparation, *Kimel c. Argentine*, § 16.

24. L'ancien article 48 de la Convention prévoyait que la Cour pouvait être saisie *inter alia* « par une Haute Partie contractante dont la victime [était] le ressortissant » (al. b). À l'époque, il ne s'agissait pas d'une tierce intervention, mais bel et bien d'un droit de saisir la Cour suite à un avis de la Commission européenne des droits de l'homme. Alexandre Sicilianos nous rappelle que « l'objectif de la disposition précitée était de permettre aux États intéressés de déférer devant la Cour les requêtes introduites initialement par leurs propres ressortissants et donc d'être directement impliqués dans les affaires en question. », v. « La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Pedone, 2005, p. 123. Le nouvel article 36 § 1 de la Convention reprend cet acquis avec quelques nuances : « Dans toute affaire devant une Chambre ou la Grande Chambre, une Haute Partie contractante dont un ressortissant est requérant a le droit de présenter des observations écrites et de prendre part aux audiences. »

25. CEDH 24 avr. 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*.

26. CEDH 13 août 1981, *Young, James and Webster c. Royaume-Uni*, § 8. Elle l'autorisa également à intervenir dans le cadre des plaidoiries orales, alors que le règlement intérieur de la Cour ne le permettait pas (article 37 § 2 RI).

fut mobilisée pour accueillir l'intervention du Royaume-Uni dans l'affaire *Winterwerp*²⁷. Cette très brève incursion dans l'histoire de l'intervention des organisations de la société civile dans le contentieux européen des droits de l'homme démontre que les temps sont loin où les ONG avaient du mal à voir leurs demandes d'intervention acceptées. Elles sont devenues des « acteurs » incontournables de la stratégie judiciaire internationale. Il faut dire qu'aujourd'hui l'organisation de la « tierce intervention » leur permet d'intervenir aisément à l'instance dans « l'intérêt d'une bonne administration de la justice » grâce au libellé des articles 36 § 2 de la Convention²⁸ et 44 § 3 du règlement intérieur²⁹ interprétés de façon particulièrement libérale par la Cour. Ainsi, alors qu'en principe, la procédure de tierce intervention n'est autorisée qu'après la décision sur la recevabilité, on recense des affaires où elle en a accepté la mobilisation avant même que la question de l'admissibilité soit réglée³⁰. De même, la notion de « personne intéressée » a été assez largement interprétée, tant sous l'angle de la notion de « personne » que sous l'angle de « l'intérêt »³¹. Aux côtés des individus ou des groupes d'individus, les véritables « stars » de l'intervention sont les ONG qui — il faut le signaler haut et fort — sont essentiellement issues de l'univers anglo-saxon, certaines d'entre elles en provenance même d'outre-Manche. Ainsi, *Cejil (Centro por la justicia y el derecho internacional)*, *Roma Human Rights Centre*, *Minority Rights Group International*, *European Network against Racism*, *Liberty*, *Interights*, *Amnesty International*, *Human Rights Watch*, *Lawyers for Human Rights*, *Aire Centre*, le Moniteur grec Helsinki (membre du *International Helsinki Federation for Human Rights*), le *Committee on the Administration of Justice*, *Inquest*, le *Joint Council for the Welfare of Immigrants*, etc. sont parmi les organisations les plus actives devant la Cour européenne. L'impact de leurs interventions

27. CEDH 24 oct. 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, § 7.

28. Ce qui relevait uniquement du niveau réglementaire avant l'entrée en vigueur du protocole n° 11, fait donc une entrée remarquée au sein des dispositions conventionnelles qui ont été négociées et acceptées par tous les États. L'article 36 § 2 de la Convention se lit ainsi : « Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président de la Cour peut inviter toute Haute Partie contractante qui n'est pas partie à l'instance ou toute autre personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences. » (c'est nous qui soulignons). Contrairement au § 1 de l'article 36 qui reconnaît un véritable droit d'intervention au profit des États, le § 2 ne fait qu'offrir une possibilité. En fait, ce sont les tiers qui demandent à intervenir. L'« invitation » du président de la Cour dont il est question est en fait une autorisation.

29. Version du 1^{er} juin 2010.

30. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (dir.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4^e éd., Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, p. 205. Les auteurs citent la décision du 7 mars 2000, *T.I. c. Royaume-Uni*.

31. En effet, la condition d'être une « personne intéressée » n'est pas analysée dans un sens restrictif. On se reportera à titre d'exemple aux observations de la Cour dans l'affaire *Karner c. Autriche*, 24 juill. 2003, § 6. D'une manière générale, v. K.-A. Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 300-345.

a été majeur dans certaines affaires au point de participer à infléchir voire à bouleverser la jurisprudence de la Cour³². Aux côtés de ces très puissantes ONG anglo-saxonnes, on recense bien quelques affaires où certains barreaux européens³³ ou encore des instituts de formation à la profession d'avocats — parmi lesquels l'Institut de formation aux droits de l'homme du barreau de Paris³⁴ — ou encore des ONG de culture continentale comme la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH), se sont décidés à franchir le Rubicon en intégrant dans leur culture cette stratégie interventionniste. Il faut bien reconnaître toutefois que ces incursions stratégiques demeurent encore très faibles. Le temps là aussi ne devrait-il pas être au changement afin qu'un savoir-faire de l'intervention judiciaire se développe parmi les universitaires et les grandes ONG francophones ?

De façon régulière désormais, la grande chambre accepte le jeu de cette technique qui enrichit sans contexte la procédure conventionnelle. Elle

32. L'affaire *D.H.* relative aux discriminations subies par la communauté Rom est emblématique de l'influence jouée par les ONG (*Interights* et *Human Rights* notamment). Sur la base de leurs observations, la Cour européenne a intégré dans sa jurisprudence la notion de discrimination indirecte importée de l'univers communautaire. Désavouant l'arrêt de chambre qui avait été rendu à six voix contre une (CEDH 7 févr. 2006, *D.H. c. République tchèque*), la grande chambre, par treize voix contre quatre, condamne la République tchèque pour violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du protocole n° 1 (CEDH, gr. ch., 13 nov. 2007, *D.H. c. République tchèque*).

33. P. Lambert, « La pratique de la tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme : l'expérience de l'intervention des barreaux », *RTDH* 2006. 331-336. L'auteur (avocat au barreau de Bruxelles) écrit que : « Tant aujourd'hui qu'hier, les barreaux se sont montrés réticents à introduire de telles requêtes en intervention. On peut penser que cette frilosité s'explique par les difficultés originaires à admettre même la présence de l'avocat du requérant au cours des débats » (p. 332). Avant l'entrée en vigueur du protocole n° 11, l'auteur recense trois interventions de barreaux ou de groupement d'avocats qui n'ont guère été couronnées de succès. Dans l'affaire *Goddi c. Italie* du 9 avr. 1984, la Cour refuse l'intervention de l'ordre des avocats et avoués de Rome pour une question de délai (§ 7). Dans l'affaire *Capuano c. Italie* du 25 juin 1987, la tierce intervention n'est accordée qu'à une association sur trois, l'ordre des avocats et avoués de Rome (§ 6). Enfin, dans l'affaire *Pham Hoang c. France* du 25 sept. 1992, c'est l'ordre des avocats au Conseil et à la Cour de cassation qui fut autorisé à déposer des observations écrites afin d'expliquer le système d'aide judiciaire en vigueur à l'époque en matière pénale devant la Cour.

34. Sur la base des résultats du moteur de recherche « Hudoc » (au 1^{er} oct. 2010), on constate que l'Institut de formation des droits de l'homme du barreau de Paris est intervenu dans seulement deux affaires. Elles étaient néanmoins très importantes. Les affaires *Bosphorus* (CEDH, gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, § 133) et *Sergueï Zolotoukhine* (CEDH, gr. ch., 10 févr. 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*). Dans cette dernière espèce, l'Institut a plaidé en faveur du revirement de jurisprudence. On retranscrit ici le § 60 de l'arrêt de la Cour qui en témoigne : « La partie intervenante critique la jurisprudence de la Cour en raison de son imprévisibilité et de l'insécurité juridique qu'elle engendre ; elle invite la Cour à adopter une approche plus cohérente. Le critère d'identification de l'«*idem*», fondé sur les «*mêmes faits*», serait non seulement une voie beaucoup plus sûre pour les individus que celui fondé sur l'identité juridique, mais serait de nature à renforcer la crédibilité de la jurisprudence de la Cour relative à un droit indérogeable qui ne devrait en rien relever de la marge nationale d'appréciation. » L'Institut de formation des droits de l'homme fut magistralement entendu, puisque la Cour opéra un revirement important.

permet tout d'abord d'éclairer la Cour sur la jurisprudence d'autres tribunaux internationaux et/ou nationaux en « banalisant » le recours au droit comparé³⁵. Il ne faut pas voir cette évolution comme un simple engouement « cosmétique » pour les droits venus de tous les ailleurs; en effet, en décloisonnant les références à de multiples sources extérieures, il s'agit de rendre effectif l'universalisme des droits³⁶. La technique de la tierce intervention peut ensuite et surtout jouer un rôle vital quand les tiers à l'instance alertent les juges sur la situation générale en matière de droits de l'homme affectant certains pays, qu'ils soient parties ou non à la Convention³⁷. Ce dernier point prendra à n'en pas douter de l'importance dans le cadre du nouveau contexte géopolitique vécu par le continent européen.

II. – LES INTERVENTIONS « NOVATRICES » DU COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME

Une des nouveautés du protocole n° 14 permet au commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe d'intervenir à l'instance. L'article 36 § 3³⁸ de la Convention se lit ainsi : « Dans toute affaire devant une Chambre ou la Grande Chambre, le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe peut présenter des observations écrites et prendre part aux audiences. » Cette nouveauté procédurale — précisée dans le champ réglementaire³⁹ — va s'avérer fondamentale, surtout quand on rappelle que les

35. Dans l'affaire *Timurtas* (CEDH 13 juin 2000, *Timurtas c. Turquie*), l'intervention de *CEJIL* qui présenta à la Cour européenne la jurisprudence de son homologue de San José sur les disparitions forcées a été déterminante pour jeter un éclairage de droit comparé sur la question et permettre à la Cour de Strasbourg d'opérer une modification substantielle dans l'approche de ce phénomène criminel.

36. Ce point de vue a été défendu *in* « De l'importance de la "communauté de vue dans les sociétés modernes". Libres propos sur la méthodologie interprétative de la Cour à partir de l'arrêt *Demir et Baykara* du 12 novembre 2008 », *Recueil des conférences d'actualité de l'Institut international des droits de l'homme* (à paraître aux éditions Bruylant).

37. On se reportera notamment à la prise en considération dans le corps de l'arrêt *Mamatkoulou et Askarov* des observations présentées par les ONG de défense des droits de l'homme. Elles influencèrent à n'en pas douter la grande chambre qui consacra le caractère contraignant des mesures provisoires indiquées sur la base de l'article 39 du règlement, v. CEDH, gr. ch., 4 févr. 2005, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, § 72.

38. La reconnaissance d'un tel droit a été effectuée par l'article 13 du protocole n° 14; v. également le rapport explicatif du protocole n° 14, § 86-89.

39. L'article 44 § 2 du règlement intérieur de la Cour (dans sa version du 1^{er} juin 2010) se lit ainsi : « Si le commissaire aux droits de l'homme souhaite exercer le droit que lui reconnaît l'article 36 § 3 de la Convention de présenter des observations écrites ou de prendre part à une audience, il doit en aviser le greffier par écrit au plus tard douze semaines après la communication de la requête à la Partie contractante défenderesse ou de la notification de celle-ci de tenir une audience. Le président de la chambre peut, à titre exceptionnel, fixer un autre délai. Pour le cas où le commissaire aux droits de l'homme ne pourrait pas participer lui-même à la procédure devant la Cour, il indiquera le nom du

attributions du commissaire s'inscrivent dans les domaines de la promotion des droits de l'homme et de la prévention de leurs violations⁴⁰. Dit autrement, son intervention se fera au nom de la « défense de l'intérêt général à ce que l'ordre public européen soit respecté⁴¹ ». Dans la période actuelle marquée par l'existence de conflits armés internes et/ou de troubles en tout genre assez préoccupants marqués par une recrudescence des phénomènes racistes et xénophobes⁴² — une préoccupation dont s'est fait l'écho le président Costa⁴³ — cette tâche va s'avérer fondamentale. On sait aujourd'hui que l'ouverture à l'Est au début des années 1990 a profondément métamorphosé la physionomie du contentieux conventionnel⁴⁴. Le climat politique n'est plus celui des années 1970-1980 où l'homogénéité politique, juridique et sociale était au rendez-vous. Il ne faut cesser de marteler qu'à l'heure actuelle⁴⁵ le plus grand nombre d'arrêts concerne un groupe réduit d'États : la Turquie⁴⁶, la Russie⁴⁷, la Roumanie⁴⁸ et la

ou des membres de son bureau qu'il aura désignés pour le représenter. Il pourra se faire assister par un conseil. »

40. Voir le mandat du commissaire tel qu'établi par la résolution du Comité des ministres, Résol. 99 (50) du 7 mai 1999. V., J. Schokkenbroek, « The Preventive Role of the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe », in L.-A. Sicilianos (dir.), *The Prevention of Human Rights violations*, The Hague-New York-London-Athens, M. Nijhoff/A/N/ Sakkoulas, 2001, p. 201-213; T. Hammarberg, J. Dalhuisen, « The Council of Europe Commissioner for Human Rights », in *International Human Rights monitoring mechanisms : essays in honour of Jakob Th. Möller*, Leiden, Nijhoff, 2009, p. 515-521.

41. L.-A. Sicilianos, « La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 150.

42. Bien avant que la France se retrouve au cœur d'une tempête politico-médiatique qui a mis à l'index sa politique migratoire à l'endroit des Roms (dans le cours de l'été 2010), les rapports d'activité du commissaire Hammarberg mettaient déjà de longue date en évidence les politiques discriminatoires à l'égard de cette communauté dans de nombreux pays européens et la nécessité d'y mettre un terme.

43. Discours du président J.-P. Costa lors de l'audience solennelle de la Cour européenne à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire, 30 janv. 2009, p. 5 (disponible sur le site de la Cour).

44. Cet élément n'est pas suffisamment étudié en France. La doctrine, à de rares exceptions près, analyse essentiellement l'impact de la jurisprudence européenne sur les différentes branches du droit interne. Cela s'explique par la formation des chroniqueurs, essentiellement « internistes ». Seuls quelques rares internationalistes sont plus sensibles à la métamorphose du contentieux strasbourgeois dans son ensemble.

45. Les statistiques mentionnées sont issues du *Rapport annuel 2009* de la Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, janv. 2010, 158 p. ainsi que du *Rapport annuel 2010*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, janv. 2011, 140 p.

46. Sur les 356 arrêts rendus contre la Turquie en 2009, 341 constataient au moins une violation. En 2010, sur 278 arrêts rendus contre ce pays, 228 constataient au moins une violation.

47. Sur les 219 arrêts rendus contre la Russie en 2009, 210 constataient au moins une violation. En 2010, sur 217 arrêts rendus contre ce pays, 204 constataient au moins une violation.

48. Sur les 168 arrêts rendus contre la Roumanie en 2009, 153 constataient au moins une violation. En 2010, sur 143 arrêts rendus contre ce pays, 135 constataient au moins une violation.

Pologne⁴⁹ et l'Ukraine⁵⁰. Pour les deux premiers pays cités, les violations constatées en 2009 et en 2010 concernent des droits considérés pour la plupart comme « intangibles ». En Russie, les atteintes au droit à la vie (56 en 2009 ; 34 en 2010), à la prohibition des traitements inhumains ou dégradants (84 en 2009 ; 102 en 2010), ou encore au droit à la liberté et à la sûreté (109 en 2009 ; 89 en 2010) sont les plus importantes en termes quantitatifs. S'agissant de la Turquie, les statistiques sont tout aussi éloquentes et mettent en exergue là encore un contentieux « difficile » marqué par les atteintes au droit à la vie (10 en 2009 ; 10 en 2010), à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (30 en 2009 ; 24 en 2010), au droit à la liberté et à la sûreté (88 en 2009 ; 90 en 2010). Dans un tel contexte, il existe désormais une jurisprudence nourrie sur le crime de disparition forcée⁵¹, qui n'est plus depuis le triste apanage du seul continent latino-américain⁵², au point d'ailleurs que la Cour européenne s'est inspirée de la jurisprudence de sa consœur de San José dans l'importante affaire *Silih c. Slovénie* afin d'opérer un revirement de jurisprudence concernant l'étendue de sa compétence *ratione temporis*⁵³. Si on ajoute à cela l'existence de conflits interétatiques — des plus anciens qui n'arrivent pas à trouver de solutions (Chypre/Turquie)⁵⁴ jusqu'aux plus récents qui déstabilisent les confins de l'Europe à l'Est (Géorgie/Russie)⁵⁵ — on prend la mesure du changement de paradigme politique.

49. Sur les 133 arrêts rendus contre la Pologne en 2009, 123 constataient au moins une violation. En 2010, sur les 107 arrêts rendus contre ce pays, 87 constataient au moins une violation.

50. Sur les 126 arrêts rendus contre l'Ukraine en 2006, 126 constataient au moins une violation. En 2010, sur 109 arrêts rendus contre ce pays, 107 constataient au moins une violation.

51. Il suffit d'égrener quelques noms d'affaires emblématiques en la matière : CEDH 25 mai 1998, *Kurt c. Turquie* ; CEDH 13 juin 2000, *Timurtas c. Turquie* ; CEDH 9 mai 2000, *Ertak c. Turquie* ; CEDH 8 nov. 2005, *Gongadze c. Ukraine*.

52. Sur le crime de disparition forcée dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, v. L. Burgorgue-Larsen, A. Ubeda de Torres, *Les Grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 327-362 (commentaire n° 13).

53. CEDH, gr. ch., 9 avr. 2009, *Silih c. Slovénie*. La Cour a autonomisé l'obligation procédurale d'enquêter sur des décès et disparitions illégales que recèle l'article 2 par rapport à l'obligation matérielle. Du coup, elle en a tiré des conséquences importantes sous l'angle de sa compétence *ratione temporis* en matière de crimes « continus » comme le sont les disparitions forcées. Elle confirmait sa nouvelle approche dans CEDH, gr. ch., 18 sept. 2009, *Varnava et autres c. Turquie*.

54. CEDH, gr. ch., 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*.

55. CEDH, V^e section, DR, 30 juin 2009, *Géorgie c. Russie* : la requête déposée par la Géorgie le 26 mars 2007 est déclarée recevable à la majorité. À signaler que ces deux États ont également un différend pendant devant la Cour internationale de justice (CIJ) dans l'affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (*Géorgie c. Fédération de Russie*). C'est le 12 août 2008 que la Géorgie déposait une requête introductive d'instance devant la CIJ en arguant de « violations graves des obligations fondamentales » découlant de ladite convention par les autorités russes.

Dans ce nouveau et préoccupant contexte, le rôle du commissaire aux droits de l'homme ne peut que prendre de l'importance. Ses rapports ont déjà été pris au sérieux par la Cour dans le cadre de l'établissement des faits et/ou dans la présentation du droit international pertinent, ce que le président Jean-Paul Costa relevait d'ailleurs dans son étude rédigée en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet. Prendre en compte les rapports d'institutions relevant de la « famille du Conseil de l'Europe » sert en effet de substitut à la capacité entamée de la Cour de mener des enquêtes sur place⁵⁶. Partant, les affaires où le travail du commissaire aux droits de l'homme fut pris en considération — assez souvent par la grande chambre et à chaque fois sur des sujets particulièrement sensibles — sont toujours plus nombreuses. Ainsi, l'affaire *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*⁵⁷ porte au grand jour le contentieux en Transnistrie, les importantes affaires *D.H. c. République tchèque*⁵⁸ et *Orsus et autres c. Croatie*⁵⁹ concernent les discriminations à l'égard des Roms; les affaires *Ogica c. Roumanie*⁶⁰ et *Aharon Schwarz*⁶¹ sont relatives aux conditions de détentions dans la prison de Bucarest-Jilava, l'affaire *Saadi c. Royaume-Uni*⁶² concerne le traitement des demandeurs

56. J.-P. Costa, « Les enquêtes sur place de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de J.-P. Puissochet*, Pedone, 2008, p. 47-57. Le président de la Cour européenne y met en évidence les « changements récents ». Et d'affirmer : « Essentiellement à cause de sa surcharge de travail, la Cour effectue peu d'enquêtes, moins que la Commission européenne des droits de l'homme dans les dernières années de l'activité de celle-ci. C'est assurément regrettable. Mais trois éléments me semblent nuancer ce constat. » Le dernier élément que J.-P. Costa mentionne concerne le fait que la Cour « peut s'appuyer, et elle ne s'en prive pas, sur les rapports résultant des missions faites par d'autres institutions ». En plus de mentionner les rapports du Comité de prévention de la torture (CPT), il mentionne ceux du commissaire aux droits de l'homme (spéc. p. 55).

57. CEDH, gr. ch., 8 juill. 2004, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, § 18 : mention des rapports du commissaire aux droits de l'homme; § 288 : mention de la visite du commissaire aux droits de l'homme en Transnistrie.

58. CEDH, gr. ch., 13 nov. 2007, *D.H. c. République tchèque*, § 77-80 : mention du rapport final d'Alvaro Gil-Robles sur la situation des Roms, Sinti et des voyageurs en Europe, 15 févr. 2006; reprise dans le corps de l'argumentation, § 200.

59. CEDH, gr. ch., 16 mars 2010, *Orsus et autres c. Croatie*, § 72-76 : mention du rapport du commissaire qui a visité la République de Croatie du 14 au 16 juin 2004 et mention du rapport final sur la situation en matière de droits de l'homme des Roms, Sintis et gens du voyage en Europe; § 180 : mention du rapport final précité.

60. CEDH 27 mai 2010, *Ogica c. Roumanie*, § 28 : mention d'une visite des « membres du Bureau du commissaire aux droits de l'homme » en 2004 et d'un rapport publié en 2006 sur la situation de la prison de Bucarest-Jilava.

61. CEDH 12 janv. 2010, *Aharon Schwarz c. Roumanie*, § 69-71 : mention d'une visite des « membres du Bureau du commissaire aux droits de l'homme » en 2004 et d'un rapport publié en 2006 sur la situation de la prison de Bucarest-Jilava; § 101, mention du rapport venant à l'appui des allégations du requérant.

62. CEDH, gr. ch., 29 janv. 2008, *Saadi c. Royaume-Uni*, § 38 : mention du rapport du commissaire aux droits de l'homme du 8 juin 2005 sur sa visite au Royaume-Uni (Comm. DH [2005]6).

d'asile, l'affaire *Kafkaris c. Chypre*⁶³ traite des peines d'emprisonnement à vie, l'affaire *A. c. Royaume-Uni*⁶⁴ concerne la lutte contre le terrorisme, l'affaire *Muminov c. Russie*⁶⁵ aborde la question des procédés d'expulsion, l'affaire *M. c. Allemagne*⁶⁶ se saisit de « l'internement de sûreté » ou encore l'affaire *Ramirez Sanchez* du placement à l'isolement⁶⁷. Que dire de la très dramatique affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*⁶⁸ relative au trafic d'êtres humains et plus spécialement des jeunes femmes⁶⁹ ?

Dans ce contexte, on recense aujourd'hui⁷⁰ trois documents⁷¹ présentés par les services du commissaire aux droits de l'homme comme étant des « tierces interventions » présentées sur la base de l'article 36 § 2, avec toutefois une nuance pour la dernière d'entre elles⁷². Elles ont toutes eu lieu dans

63. CEDH, gr. ch., 12 févr. 2008, *Kafkaris c. Chypre*, § 73.2 : mention du rapport du commissaire aux droits de l'homme du 12 févr. 2004 (Comm. DH [2004]2) sur la situation à Chypre et mention du rapport de suivi (Comm. DH [2006]12).

64. CEDH, gr. ch., 19 févr. 2009, *A. c. Royaume-Uni*, § 103-104 : mention d'un avis du commissaire comme d'un de ses rapports sur la situation de la législation anglaise en matière de lutte contre le terrorisme.

65. CEDH 11 déc. 2008, *Muminov c. Russie*, § 64 : mention d'une recommandation du commissaire en date du 19 sept. 2001 (Comm. DH [2001]19) sur le droit, pour un étranger, de pouvoir contester une mesure d'expulsion.

66. CEDH 17 déc. 2009, *M. c. Allemagne*, § 76 : mention de la visite du commissaire en Allemagne en 2006 et du rapport de suivi (Comm. DH [2007]14 du 11 juill. 2007) ; § 102, § 129, § 132 : la Cour s'appuie, dans la motivation de son arrêt, sur les conclusions du rapport.

67. CEDH, gr. ch., *Ramirez Sanchez c. France*, § 85 : reproduction d'extraits du rapport du commissaire sur sa visite effectuée en France du 5 au 21 sept. 2005.

68. CEDH 7 janv. 2010, *Rantsev c. Chypre et Russie*, § 91-100 : mention de la visite du commissaire en juin 2003 à Chypre et de son rapport du 12 févr. 2004 ; § 101 : mention du rapport du 12 déc. 2008 (Comm. DH [2008]36).

69. Cet arrêt est particulièrement important dans la mesure où la Cour, mettant en œuvre sa technique d'ouverture aux sources extérieures, décide de considérer que le « trafic d'êtres humains » relève *in se* du champ d'application de l'article 4 de la Convention européenne. Elle ne tente même pas de le relier à une des trois catégories mentionnées à l'article 4 (esclavage, servitude et travail forcé), v. J. Allain, « Rantsev v. Cyprus and Russia : The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery », *Human Rights Law Review* 2010, p. 546-557.

70. Au 1^{er} oct. 2010.

71. Pendant longtemps, il n'y avait pas, sur le site internet du Conseil de l'Europe consacré au commissaire aux droits de l'homme, de rubrique consacrée de façon spécifique aux « tierces interventions » du commissaire devant la Cour. La première demande de tierce intervention était présentée au titre des « avis » rendus par le commissaire. Or, les autres tierces interventions ne figuraient pas dans cette liste d'« avis » et n'étaient trouvées uniquement grâce au moteur de recherche interne du site en tapant, en anglais, l'occurrence « *third party intervention* ». Cette anomalie a été réparée ; on trouve désormais dans la rubrique « Documents » un onglet relatif aux « Interventions en qualité de tierce partie ».

72. Au moment où la Cour européenne « invitait » le commissaire à intervenir à l'instance en 2007, 2009 et 2010, le protocole n° 14 était à peine en gestation pour la première et n'était pas encore entré en vigueur pour la seconde (la deuxième « invitation » était en effet formulée le 9 nov. 2009). S'agissant de la troisième demande (formulée le 3 mai 2010), elle a fait l'objet d'une sorte de « double traitement ». Les observations écrites du 31 mai 2010 – *Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human*

le cadre du mandat du second commissaire, M. Thomas Hammarberg⁷³. La première tierce intervention présentée dans l'affaire *Mamasakhlisi c. Géorgie et Russie* est la moins formalisée ; elle se présente comme une série de questions posées au commissaire par la Cour, toutes relatives à la situation en République d'Abkhazie⁷⁴. La deuxième, clairement structurée celle-là, s'est manifestée dans un groupe de quatorze requêtes — *Ahmed Ali et autres* — relatives au transfert de demandeurs d'asile des Pays-Bas vers la Grèce en vertu du règlement (CE) connu sous le nom de « Dublin II »⁷⁵. La troisième s'inscrit au fond dans la lignée de la deuxième en réaffirmant et actualisant les observations soumises précédemment dans les requêtes en

Rights, Comm. DH(2010)22 – spécifient que la base juridique de l'intervention est l'article 36 § 2. Toutefois, le protocole n° 14 étant entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, cela permit au commissaire, au moment de présenter son exposé oral devant la Cour (en complément de ses observations écrites) d'intervenir au titre de l'art. 36 § 3 (v. le communiqué du greffier en date du 1^{er} sept. 2010).

73. Le premier commissaire, M. Alvaro Gil-Robles, a occupé cette fonction du 15 oct. 1999 au 31 mars 2006 tandis que M. Thomas Hammarberg, le commissaire actuel, a démarré ses activités le 1^{er} avr. 2006 et les poursuivra jusqu'en 2012.

74. Commissaire aux droits de l'homme/Commissioner for Human Rights, *Mamasakhlisi c. Géorgie et Russie*, req. n° 29999/04, *Tierce intervention du commissaire au droit de l'homme en vertu de l'article 36 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 16 août 2007, Comm. DH (2007)18 (français, version originale). Il est intéressant de relever une partie de la réponse du commissaire à la première question libellée ainsi « Dans quelle circonstance le premier requérant vous a-t-il été remis par les autorités abkhazes en février 2007 ? » Le commissaire commence par situer son intervention et mentionne qu'elle relevait d'une démarche pragmatique. Lisons plutôt ses propos liminaires : « Je me suis intéressé à l'impact sur la situation des droits de l'homme de conflits nés au début des années 90 sur le territoire de la Géorgie et non résolus à ce jour. Au-delà de la collecte d'information, il s'agissait pour le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe d'une démarche, constamment suivie dans ces cas analogues, visant à faire bénéficier les populations concernées de ces portions d'Europe, fût-ce de façon *ad hoc* et sur certaines questions seulement, de la protection des droits de l'homme résultant des standards du Conseil de l'Europe. Cette démarche était pragmatique. Elle incluait la recherche d'un dialogue avec une série de responsables politiques et administratifs qui se trouvaient concrètement en mesure de faire évoluer les situations. Elle ne reposait sur aucun présupposé concernant la légitimité ou la reconnaissance de ces interlocuteurs, matières qui ne sont pas de mon ressort. Naturellement, cette visite a été organisée et effectuée en pleine transparence avec les autorités géorgiennes. »

75. Commissaire aux droits de l'homme/Commissioner for Human Rights, *Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights under Article 36, paragraph 2, of the European Convention of Human Rights*, Strasbourg, 10 march 2010, Comm. DH (2010)9 (texte disponible uniquement en anglais). Aff. *Ahmed Ali c. les Pays-Bas et la Grèce*, req. n° 26494/09 ; aff. *Djelani sufi et Nassan Guduud c. les Pays-Bas et la Grèce*, req. n° 28631/09 ; aff. *Saied Ahmed c. les Pays-Bas et la Grèce*, req. n° 29936 ; aff. *Mohammed Jele c. les Pays-Bas et la Grèce*, req. n° 29940/09 ; aff. *Abwali c. les Pays-Bas et la Grèce*, req. n° 30416/09 ; aff. *Aweys Ahmed c. les Pays-Bas et la Grèce*, req. n° 31930/09 ; aff. *Mohamed Ilmi c. les Pays-Bas et la Grèce*, req. n° 32212/09 ; aff. *Yahia Isir c. les Pays-Bas et la Grèce*, req. n° 32256/09 ; aff. *Moosa Mahamoud c. les Pays-Bas et la Grèce*, req. n° 32729 ; aff. *Alem Abraha c. les Pays-Bas et la Grèce*, req. n° 32758/09 ; aff. *Ali Elmi c. les Pays-Bas et la Grèce*, req. n° 32212/09 ; aff. *Nuur Haji c. les Pays-Bas et la Grèce*, req. n° 34565/09 ; aff. *Abshir Samatar c. les Pays-Bas et la Grèce*, req. n° 36093/09 ; aff. *Malaaq Showri c. les Pays-Bas et la Grèce*, req. n° 37728.

série mais en étant dirigée, cette fois-ci, contre la Belgique et la Grèce⁷⁶. Elle vient de connaître son épilogue définitif dans l'arrêt de grande chambre du 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*⁷⁷.

De façon spécifique, ces deux dernières interventions démontrent à quel point le système mis en place par le droit de l'Union européenne pour traiter les demandes d'asile souffre de nombreuses et importantes lacunes, d'ailleurs maintes fois relevées en doctrine⁷⁸. Le très important arrêt du 21 janvier 2011 porte au grand jour judiciaire cette épineuse et dramatique situation. Nul doute qu'il sera pris très au sérieux par les États membres de l'Union (qui devront s'atteler à améliorer les conditions de détention sur leurs territoires des demandeurs d'asile), mais également par l'Union comme tel afin qu'elle mène à bien la refonte en cours de la réglementation « Dublin II ». De façon générale, ces interventions s'insèrent dans la dénonciation très vigoureuse, par le commissaire aux droits de l'homme, de la « criminalisation des migrations en Europe⁷⁹ » qui est une autre facette du drame quotidien vécu par les migrants et les réfugiés.

* *
*

Le protocole n° 14 a fini, non sans peine, par entrer en vigueur⁸⁰; nul doute désormais que le commissaire aux droits de l'homme mettra à profit sa faculté d'intervenir à l'instance *proprio motu*. La protection de l'« ordre public européen » sera, alors, plus que jamais à l'œuvre. La question lancinante est celle de savoir si les États prendront acte de l'importance de cette protection à une époque marquée par le déclin vertigineux de l'Occident

76. Affaire *M.S.S. c. la Belgique et la Grèce*, req. n° 30696/09. La demande d'intervention était formulée le 3 mai 2010 par la Cour européenne qui « invitait » le commissaire à intervenir. Le document présenté par le commissaire date du 31 mai 2010, *Third party intervention by the Council of Europe Commissioner for Human Rights*, Comm. DH(2010)22.

77. CEDH, gr. ch., 21 janv. 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*. L'arrêt — qui ne manquera pas d'être abondamment commenté — écarte (notamment) la théorie de la « protection équivalente » dont l'arrêt *Bosphorus* (CEDH, gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*) est l'emblème. Même si cette approche permet (encore une fois) de faire échapper l'Union à une sanction, elle permet dans le même temps de responsabiliser ses États membres. Une approche, au final, assez équilibrée en attendant le moment de l'adhésion de l'Union à la Convention qui devrait mettre un terme définitif à la théorie de la « présomption d'équivalence »...

78. A.-S. Millet-Devalle (dir.), *L'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés*, Pedone, 2010, 290 p.; C. Lantero, *Le droit des réfugiés. Entre droits de l'homme et gestion de l'immigration*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Mondialisation et Droit international », 2010, n° 16.

79. Commissaire aux droits de l'homme, *La criminalisation des migrations en Europe : quelles incidences pour les droits de l'homme?*, Strasbourg, 2010, documents thématiques, 57 p.

80. Il est entré en vigueur le 1^{er} juin 2010.