



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

LE NON-REFOULEMENT COMME PRINCIPE DU DROIT INTERNATIONAL ET LE RÔLE DES TRIBUNAUX DANS SA MISE EN ŒUVRE

Discours de Bruno Nascimbene

Ouverture de l'Année judiciaire – Séminaire – 27 janvier 2017

1. Introduction

Permettez-moi tout d'abord de remercier la Cour de m'avoir invité à ce prestigieux séminaire et de m'avoir fait l'honneur de me donner la parole à la séance de clôture, honneur que je partage avec M. le juge Ranzoni.

Le titre de la séance nous invite à réfléchir sur les enseignements et donc sur les conclusions que l'on peut tirer des rapports généraux ainsi que de ceux qui ont été présentés lors des deux ateliers.

Le temps me manque pour entrer dans le détail des pistes très intéressantes qui nous ont été proposées et qui mériteraient une appréciation plus large et approfondie que celle que nous permettent les limites de temps imparties pour notre séance.

Mes remarques vont donc porter principalement sur l'atelier (no 2) consacré à l'accueil des migrants, sans oublier toutefois quelques réflexions sur le thème général du non-refoulement (l'atelier no 1 était consacré à l'évaluation de la crédibilité des demandeurs d'asile : charge de la preuve et limites de l'examen par la CEDH). Si l'on se réfère tant aux demandeurs d'asile qu'aux migrants, le non refoulement peut être qualifié de sujet sensible, voire délicat, qui engage les juristes d'un point de vue tant théorique que pratique.

* * *

2. Remarques générales

Je me limiterai à quelques remarques générales, pour passer ensuite aux rapports présentés lors de l'atelier no 2.

2.1. Je constate tout d'abord qu'il a été mis en lumière une évolution importante du droit international. La protection des droits de l'homme fait partie intégrante du droit international : non seulement parce que les règles conventionnelles sont devenues un corpus normatif important du fait du grand nombre d'aspects différents concernés, mais aussi parce qu'une grande partie de ces droits essentiels (droit à la vie, à la sécurité de la personne dans ses diverses articulations) font

partie du droit coutumier. Le principe de non-refoulement même peut être reconnu comme un droit de l'homme que tous les États membres de la communauté internationale garantissent en tant que tel à la personne.

2.2. L'émergence et l'affirmation des droits de l'homme ont posé des limites importantes à la souveraineté étatique au fil du temps. Dans ce cadre évolutif, ce sont surtout la Déclaration universelle des droits de l'homme et, au niveau européen, la CEDH qui ont joué un rôle fondamental.

2.3. Les migrants, les réfugiés ont des droits qui relèvent des droits de l'homme (cela résulte d'une évolution récente de ces droits et il s'agit de l'une des particularités de la protection des droits individuels). Ce sont des personnes, considérées comme vulnérables, qui ont besoin d'une protection spéciale.

2.4. La migration n'est pas un crime : elle doit être réglementée ou encadrée tout en faisant l'objet d'une évaluation de ses aspects positifs. Les rapports éloquentes du Rapporteur spécial des Nations unies, M. Crépeau, et de M. le juge Bianku l'ont bien souligné.

L'affirmation de ces droits relève de la période la plus récente de l'histoire, et elle a reçu une attention souvent divergente de la part de la communauté internationale, des organisations internationales, des gouvernements nationaux et de l'opinion publique. Les tribunaux ont joué un rôle important et ont contribué à la formation d'une conscience et d'une sensibilité qui étaient inconnues dans le passé.

3. L'accueil des migrants

3.1. L'atelier sur l'accueil des migrants a mis l'accent sur la situation des migrants installés, et donc sur les droits de la catégorie des étrangers qui sont déjà entrés et qui séjournent dans un État (ou qu'y résident parce qu'ils sont nés dans cet État). Les rapports établis par M. Grabenwarter et Mme Linder ont examiné le problème des garanties substantielles et procédurales. Les deux rapports ont été très stimulants et constructifs, de même que le débat. Les autorités nationales, en vertu du droit de contrôle souverain qui leur appartient conformément à un principe de droit international bien établi (et bien connu dans la jurisprudence), maintiennent une marge d'appréciation qui souffre néanmoins aujourd'hui de nombreuses limitations.

3.2. En premier lieu, je veux souligner que la jurisprudence nationale (suédoise en particulier) et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, citées et exposées par les rapporteurs, se révèlent très utiles pour permettre une comparaison entre des systèmes différents. L'enrichissement mutuel entre les juges nationaux et entre ceux-ci et la Cour européenne des droits de l'homme est précieux.

Jurisprudence et pratique doivent tenir compte des engagements découlant des traités, bilatéraux ou multilatéraux, ainsi que du droit primaire et secondaire de l'Union européenne.

3.3. En deuxième lieu, il faut considérer la nature des attaches entre la personne et le territoire. Des attaches fortes et durables peuvent être décisives pour établir un niveau d'intégration qui assimile l'étranger résidant dans un État au ressortissant national. Le critère de la résidence, ou, mieux, de l'intégration ou des attaches sociales, est devenu important pour construire la notion de nationalité ou de citoyenneté de résidence. Je crois que ce concept doit bien être pris en compte dans tous les cas où l'on discute de discrimination sur la base de la nationalité ou de l'origine ethnique (affaire Biao c. Danemark) et de la différence de traitement qui pourrait être justifiée seulement si les mesures prévues, telle qu'une durée prolongée de la résidence, ou la possession de la nationalité, sont jugées proportionnées (dans l'affaire Biao, la durée de vingt huit ans d'ancienneté de nationalité et de résidence a été jugée disproportionnée, la justification des buts poursuivis ayant été estimée non acceptable).

Les discriminations indirectes découlant de normes ou de pratiques nationales sont très souvent sournoises : la législation, par exemple celle sur l'obtention de la nationalité par la naissance et par la naturalisation, peut sembler neutre, mais son application pourrait conduire à des discriminations contraires à l'article 14 de la CEDH.

3.4. Les droits substantiels, tels que le droit à la protection de la vie familiale (rapport de Mme Linder), les droits aux libertés d'expression et d'association, le droit de propriété (rapport de M. Grabenwarter, qui a aussi abordé le sujet des droits politiques et des limitations prévues par l'article 16 de la CEDH), ainsi que les garanties procédurales, doivent être effectifs.

L'effectivité (je partage tout à fait l'opinion de nos rapporteurs) est un leitmotiv en la matière.

L'intégration de l'étranger ne peut être réalisée de manière effective si le regroupement familial est empêché par des obstacles qui ne sont pas fondés sur des facteurs objectifs. La logique sous-jacente à l'article 8 ou aux articles 5 et 6 de la CEDH serait compromise. Le droit de l'Union européenne, tant la directive no 2004/38 que la directive no 2003/86 concernant le regroupement familial des ressortissants des pays tiers, ainsi que la Charte des droits fondamentaux (l'article 21 qui interdit toute discrimination, y compris celles fondées sur la race, l'origine ethnique ou l'appartenance à une minorité, l'article 7 concernant le respect de la vie privée et familiale, et l'article 47 relatif aux garanties juridictionnelles) constituent une confirmation des obligations de l'État d'assurer à chacun un droit lié à des conditions d'attaches fortes, auquel il ne peut être dérogé qu'en cas de raisons impérieuses. La logique « CEDH Charte » est la même.

3.5. Il faut donc toujours s'interroger sur la compatibilité des règles ou pratiques nationales avec l'interdiction des discriminations. La marge d'appréciation de l'État donne au gouvernement, selon le contexte économique et social, une latitude qui peut amener à estimer compatibles avec cette interdiction des différences de traitement entre l'étranger et le citoyen. Dans le domaine de l'assistance sociale, une prestation d'allocation familiale constitue un bénéfice au profit de la famille, protégée par l'article 8 de la CEDH (le rapport de Mme Linder a examiné de près, comme on l'a dit, les problèmes relatifs à l'article 8), et si, par exemple (voir l'arrêt Dhahbi c. Italie), l'étranger résidant et travaillant régulièrement versait des contributions à un système d'assurance publique, l'État ne pourrait justifier la différence de traitement que par des raisons budgétaires impérieuses (qui exigent la protection des intérêts nationaux et, donc, justifient que la mesure en question soit considérée comme étant proportionnée).

3.6. Le domaine des droits économiques et sociaux, dans lequel un consensus entre les États n'a pas pu se dégager (et cela non seulement dans le droit international, mais également dans le droit de l'Union européenne), crée de nombreuses difficultés en ce qui concerne la reconnaissance et la jouissance.

Je crois que la question la plus importante est de définir, en général, l'amplitude qui reste à l'État en matière économique et sociale, et la justification des limitations objectives et raisonnables. On l'a souligné pour ce qui concerne les allocations familiales, mais ce principe vaut également pour le droit à l'instruction, protégé par l'article 2 du Protocole no 1 (voir, par exemple, l'affaire Ponomaryovi c. Bulgarie, objet de l'examen, notamment, du rapport de M. Grabenwarter).

L'enseignement représente un service public parmi les plus importants dans un État. Si une instruction primaire, qui favorise l'intégration sociale et l'expérience de vivre ensemble, est obligatoire et gratuite, elle doit l'être pour tous, étrangers et ressortissants de l'État en question. Si l'instruction est secondaire ou de niveau supérieur, et n'est pas obligatoire ni gratuite, les différences de traitement peuvent être considérées comme légitimes et justifiées. Là encore, toutefois, il faudra examiner les circonstances concrètes, et donc prendre en compte le niveau d'intégration et les attaches avec le territoire d'accueil (notamment, entre autres, la durée du séjour, les liens familiaux, la connaissance de la langue, les liens associatifs et culturels établis).

4. Garanties procédurales et recours effectif

4.1. Un migrant installé devrait bénéficier de garanties procédurales renforcées. La longue durée du séjour, la naissance sur le territoire de l'État où l'immigré vit, étudie, travaille, a ses relations familiales et sociales, représentent des éléments d'assimilation de l'étranger au ressortissant national. Les critères de la jurisprudence Boultif qui justifient une expulsion restent valables pour la protection de la vie familiale visée à l'article 8 de la CEDH (il en va de même en ce qui concerne la vie privée d'une personne, son identité sociale, les liens entretenus avec ses semblables et le monde extérieur).

4.2. Une décision d'éloignement devrait donc être exceptionnelle, comme en témoignent, par ailleurs, les « principes directeurs sur le retour forcé » du Comité des Ministres (2005).

4.3. La question que l'on se pose le plus souvent, et qui représente un véritable problème pour le juge national, concerne les garanties dont l'immigré installé doit jouir, et notamment le droit d'un étranger ayant des griefs défendables, fondés sur la CEDH, de les exercer, non seulement en droit, mais aussi en pratique. Les moyens de recours, la possibilité de redressement doivent être effectifs, adéquats. On peut s'interroger, à juste titre, sur le sens réel de ces termes, que l'on retrouve dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans la directive no 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), ou bien dans la directive no 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier : quel est le sens de l'effectivité d'un recours selon de l'article 13 de la CEDH ?

4.4. Un recours de plein droit suspensif en cas d'expulsion serait souhaitable, mais, si une mise en balance d'intérêts s'impose, une garantie absolue n'est guère assurée. La jouissance d'un recours effectif, en ce que celui-ci permet d'obtenir un contrôle attentif et rigoureux par un juge national (sans exclure l'éventualité que ce contrôle soit effectué par une autorité administrative, en tous les cas indépendante et impartiale, garantissant un contrôle de même « qualité »), devrait être reconnue à la personne exposée à un risque réel d'atteinte à son droit à la vie (article 2, mais aussi article 4 du Protocole no 4). Dans les autres cas, c'est l'intérêt de l'État qui prévaut : éloignement, donc, de l'étranger. Une atteinte à la vie privée et familiale ne serait pas suffisante à garantir l'effet suspensif, mais il est impératif que des garanties procédurales effectives et adéquates soient assurées (article 13 combiné avec l'article 8 de la CEDH ; sur l'article 8, voir le rapport de Mme Linder ; sur les garanties procédurales, voir, en particulier, le rapport de M. Grabenwarter).

4.5. La Cour a d'ailleurs précisé qu'en application du Protocole no 7 (article 1) une expulsion est contraire aux droits de la personne même si la décision a été prise en conformité avec la loi nationale, quand cette loi ne répond pas aux exigences de la Convention : la Convention et ses Protocoles doivent « s'interpréter de façon à garantir des droits concrets et effectifs et non théoriques et illusoire » (Lupsa c. Roumanie, paragraphe 60). La Cour reconnaît de tels droits également en cas d'expulsions collectives, dans sa jurisprudence relative à l'article 4 du Protocole no 4, qui interdit ce genre d'expulsions. Chaque personne a le droit à « un examen raisonnable et objectif de [s]a situation particulière » individuelle.

La politique en matière d'immigration relève de la souveraineté des États, mais « les difficultés dans la gestion des flux migratoires ne peuvent justifier le recours, de la part des États, à des pratiques qui seraient incompatibles avec leurs obligations conventionnelles » (Géorgie c. Russie, paragraphe 177, et Hirsi Jamaa et autres c. Italie, paragraphe 179).

4.6. À l'occasion d'une conférence qu'il a donnée l'année passée (14 avril 2016) devant la Cour de cassation italienne, M. le juge De Gaetano (modérateur de notre atelier) a bien souligné ces principes, et, en se référant à l'arrêt Hirsi Jamaa, il a également mis en évidence une règle d'interprétation des normes conventionnelles qui est un critère fondamental à rappeler :

l'interprétation doit toujours « se faire au regard du principe de la bonne foi et de l'objet et du but du traité ainsi que de la règle de l'effet utile » (paragraphe 179).

4.7. Une remarque enfin sur le rôle des tribunaux. Ces derniers ont contribué, je le répète, à la formation d'une conscience et d'une sensibilité sur les thèmes de la migration, inconnus dans le passé. Cela mérite d'être reconnu dans le contexte actuel de grave crise migratoire en Europe et d'atteintes dangereuses aux droits de la personne.