

Dossiers sur les droits de l'homme, n° 8 (révisé)

**LA SITUATION DES ÉTRANGERS  
AU REGARD DE LA CONVENTION  
EUROPÉENNE  
DES DROITS DE L'HOMME**

par Hélène Lambert

Maître de conférences en droit, Université d'Exeter,  
Royaume-Uni

Editions du Conseil de l'Europe

Edition anglaise :

*The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*

ISBN 92-871-4618-7

L'auteur adresse ses remerciements à Andrew Drzemczewski des nombreuses contributions qu'il a faites dans son édition précédente et qui sont reprises dans cette deuxième édition, ainsi que Mike Addo et Theo Farrell pour leurs judicieuses observations.

Les opinions qui sont exprimées dans cet ouvrage sont celles de l'auteur et n'engagent pas la responsabilité du Conseil de l'Europe. L'ouvrage ne donne, des instruments juridiques qu'il mentionne, aucune interprétation officielle pouvant lier les gouvernements des Etats membres, les organes statutaires du Conseil de l'Europe ou tout organe institué en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Editions du Conseil de l'Europe  
F-67075 Strasbourg Cedex

ISBN 92-871-4617-9

Première édition, Andrew Drzemczewski, 1984.

Réimpression, 1993.

Deuxième édition, 2001.

© Conseil de l'Europe 2001

Imprimé dans les ateliers du Conseil de l'Europe

# Table des matières

Avant-propos.....	5
<b>1. Introduction .....</b>	<b>6</b>
A. Observations générales.....	7
La Convention européenne des Droits de l'Homme, instrument doté de caractéristiques propres.....	7
Le mécanisme de contrôle de l'application de la Convention de Strasbourg .....	10
B. Droits et obligations des États en ce qui concerne l'admission et l'expulsion des étrangers en droit international .....	11
C. Non-discrimination .....	14
<b>2. La portée des droits et des libertés des étrangers au regard de     la Convention.....</b>	<b>17</b>
A. Observations générales.....	17
B. L'extranéité et les dispositions spécifiques de la Convention .....	18
Restrictions imposées à l'activité politique des étrangers .....	18
Le pouvoir des États de placer des étrangers en détention.....	19
Liberté de circulation des étrangers se trouvant régulièrement sur le territoire d'un pays .....	23
Interdiction des expulsions collectives d'étrangers.....	24
Garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers .....	25
Protection des biens.....	26
C. L'extranéité et la jurisprudence de Strasbourg.....	29
Droits absolus.....	29
<i>Expulsion d'étrangers dans le cadre des articles 2 et 3 .....</i>	<i>30</i>
<i>Moyens de subsistance minimaux au sens des articles 2 et 3.....</i>	<i>37</i>
<i>Refus d'admission ayant un caractère discriminatoire au regard     de l'article 3 .....</i>	<i>38</i>
<i>Non-respect d'une exigence procédurale.....</i>	<i>39</i>
<i>Droit à un recours effectif.....</i>	<i>39</i>
Droits assortis de réserves .....	42
<i>Vie privée et familiale au sens de l'article 8.....</i>	<i>43</i>

<i>Liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté d'expression et liberté de réunion et d'association en vertu des articles 9 à 11</i> .....	49
<i>Le droit de se marier en vertu de l'article 12</i> .....	50
<i>Le droit à l'instruction</i> .....	51
<i>Le droit de quitter un pays en vertu de l'article 2.2 du Protocole n° 4</i> .....	52
<i>Droits limités</i> .....	52
<i>Droit à un procès équitable</i> .....	52
<b>Conclusion</b> .....	56
Notes.....	57

## Avant-propos

Le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme applicable aux étrangers s'est considérablement enrichi ces quinze dernières années. Le Conseil de l'Europe comprend actuellement 43 membres, y compris l'Arménie et l'Azerbaïdjan, les deux derniers pays à avoir adhéré à l'Organisation, le 25 janvier 2001, sans avoir encore ratifié la Convention. Les droits et libertés garantis par la Convention européenne des Droits de l'Homme<sup>1</sup> sont complétés par d'autres droits énoncés dans les Protocoles n<sup>os</sup> 1, 4, 6 et 7<sup>2</sup>. De manière plus significative, le Protocole n<sup>o</sup> 11 a réorganisé les institutions et les mécanismes de contrôle de Strasbourg<sup>3</sup>. Ces changements ont été jugés nécessaires pour permettre à ces institutions de faire face au nombre croissant d'affaires à traiter. En outre, le Protocole n<sup>o</sup> 12 est ouvert à la signature des États membres depuis le 4 novembre 2000. Quand il entrera en vigueur, à la suite de dix ratifications, ce protocole étendra la clause de non-discrimination énoncée dans l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme à « tous les droits reconnus par la loi ». C'est sur cette toile de fond que *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme* est réexaminée dans une deuxième édition de cette publication.

## 1. Introduction

A. Bayefsky a récemment fait observer que l'« [o]n considère souvent les non-citoyens, ou étrangers, comme se situant en dehors du champ d'application des droits qui vont de soi pour la plupart d'entre nous »<sup>4</sup>. Jusqu'à présent, le régime applicable aux étrangers relevait du droit de la responsabilité des États, en particulier le « traitement international minimum de l'étranger » découlant de la pratique des pays « civilisés » et consacré par le droit international coutumier, et le « traitement national » (selon lequel un État n'est tenu que d'accorder aux étrangers un statut égal à celui des nationaux, et non un statut spécial)<sup>5</sup>. Plus récemment, on en est venu à évaluer ce traitement au regard d'une nouvelle série de normes internationales plus exigeantes relevant du droit relatif aux droits de l'homme<sup>6</sup>. Cette nouvelle approche a deux conséquences importantes. En premier lieu, la théorie de l'égalité (de traitement) a débouché sur le principe de non-discrimination, qui impose des restrictions rigoureuses au pouvoir discrétionnaire des États à l'égard des étrangers<sup>7</sup>. En second lieu, *tous* les êtres humains sont devenus sujets du droit international contemporain dans la mesure où les instruments relatifs aux droits de l'homme garantissent aux individus des droits dont ils peuvent faire contrôler l'application par une instance internationale, sans se réclamer d'une nationalité particulière<sup>8</sup>. Les règles classiques du droit de la responsabilité des États n'en restent pas moins applicables au traitement des étrangers dans les pays qui ne sont pas parties aux instruments fondamentaux relatifs aux droits de l'homme ou ont formulé des réserves importantes à l'égard de ces instruments ou sur la question des recours.

La présente étude examine le statut juridique de l'étranger découlant de la Convention européenne des Droits de l'Homme (ci-après désignée la Convention). Elle est divisée en deux grands chapitres. Le chapitre 1 aborde le cadre général dans lequel s'inscrit la situation des étrangers en droit international. À la suite de considérations générales sur la Convention (1.A), le chapitre 1 étudie les droits et responsabilités des États à l'égard des

étrangers en droit international général en ce qui concerne l'admission et l'expulsion (1.B) et la non-discrimination (1.C). Le chapitre 2 s'intéresse plus particulièrement aux droits et libertés des étrangers au regard de la Convention. Après quelques observations générales (2.A), le chapitre 2 étudie la notion d'extranéité au regard de dispositions spécifiques de la Convention (2.B) ainsi que dans la jurisprudence de Strasbourg (2.C).

## A. Observations générales

### *La Convention européenne des Droits de l'Homme, instrument doté de caractéristiques propres*

À la différence des autres instruments de droit international, la Convention n'est pas concernée par les théories classiques de la « réciprocité » et de la « nationalité »<sup>9</sup>. La Cour européenne des Droits de l'Homme (ci-après dénommée la Cour) a rejeté la théorie de la réciprocité dans l'affaire *Irlande c/ Royaume-Uni*, en déclarant ce qui suit :

à la différence des traités internationaux de type classique, la Convention débordé le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une « garantie collective ».<sup>10</sup>

Tel était déjà l'avis de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c/ Espagne)* lorsqu'elle a déclaré ce qui suit :

33. ...une distinction essentielle doit être faite entre les obligations d'un État vis-à-vis de l'ensemble de la communauté internationale et celles contractées vis-à-vis d'un autre État dans le domaine de la protection diplomatique. La nature même de ces premières obligations fait qu'elles intéressent tous les États. L'importance des droits en jeu fait que tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à les protéger ; ce sont des obligations *erga omnes*.

34. En droit international contemporain, ces obligations résultent, par exemple, de la prohibition des actes d'agression et de génocide, ainsi que des principes et règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, parmi lesquels la protection contre l'esclavage et la discrimination raciale.<sup>11</sup>

Plus récemment, la Cour a dénommé la Convention « instrument constitutionnel de l'ordre public européen »<sup>12</sup>. La Convention ne reconnaît pas davantage la théorie de la « nationalité ». Comme R. Higgins l'a indiqué,

« [I]es droits de l'homme sont des droits que l'on a pour la simple raison que l'on est un être humain »<sup>13</sup>. Aux termes de l'article premier de la Convention, « toute personne » relevant de la juridiction d'une Partie contractante bénéficie des droits énoncés dans la Convention. En d'autres termes, et au moins en principe, tous les individus, y compris les étrangers, qu'ils soient ressortissants (par exemple immigrants ou réfugiés) ou non (par exemple, apatrides) d'un État étranger peuvent se prévaloir des droits et libertés garantis par la Convention. Il s'ensuit qu'une décision peut être adoptée au sujet d'une plainte relative à une violation de la Convention sans que la nationalité ou le lieu de résidence entre en ligne de compte. Il suffit que l'on ait prouvé une présence physique sur le territoire de la Partie contractante (présumée) auteur de la violation<sup>14</sup> et établi que cet État exerçait un certain contrôle sur l'individu en question et un droit de regard sur la protection sur son territoire des droits garantis par la Convention<sup>15</sup>. La Convention dispose également que la jouissance de ces droits et libertés doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation (article 14).

En ce qui concerne le refoulement, la Cour a également constaté l'application extraterritoriale des dispositions de la Convention, en particulier de son article 3, lorsqu'elle a considéré qu'une Partie contractante pouvait être tenue pour responsable du traitement réservé à une personne dans une Partie non contractante à la Convention<sup>16</sup>. Question controversée en droit international public, l'extraterritorialité n'en a pas moins été acceptée dans le cadre d'une disposition conventionnelle consacrant une règle du droit international coutumier<sup>17</sup>, et le principe du *non-refoulement* fait partie de ce corps de règles coutumières<sup>18</sup>.

La Convention consacre un grand nombre des droits et libertés prévus dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948). Toutefois, elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, remettant la plupart des droits économiques, sociaux et culturels à la protection de la Charte sociale européenne et/ou du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels<sup>19</sup>. Ainsi des dispositions concernant, par exemple, la propriété, la liberté de circulation ou le droit d'asile sont-elles absentes de la Convention. Un certain nombre de protocoles ont, depuis, étendu la portée de ces droits et libertés<sup>20</sup>. C'est ainsi que la protection de la proprié-



té, et le droit à l'instruction sont garantis par le Protocole n° 1 (articles 1 et 2), et que la liberté de circulation est protégée en vertu du Protocole n° 4 (article 2). Ce n'est pas le cas du droit d'asile, qui demeure hors du champ d'application de la Convention et de ses protocoles. Nombreux sont, au demeurant, les États parties à la Convention qui ne le sont pas aux protocoles.

En sus des droits et libertés, la Convention ménage des garanties visant à renforcer l'efficacité de ces droits et libertés. Ainsi, par exemple, l'article 13 prévoit le droit à un recours effectif et l'article 14 garantit la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention sans discrimination<sup>21</sup>. Des exceptions à la clause de non-discrimination sont prévues par la Convention sur la base des dispositions ci-après :

- l'article 57, aux termes duquel les États peuvent « formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention » ;
- l'article 15, autorisant les États à prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la Convention ; ces mesures ne peuvent être prises que « dans la stricte mesure où la situation l'exige » et ne peuvent déroger aux articles 2, 3, 4 (paragraphe 1) et 7 de la Convention, non plus qu'aux droits prévus dans le Protocole n° 6 ;
- l'article 16, en vertu duquel les États peuvent, dans le cadre des droits prévus aux articles 10, 11 et 14, imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers ;
- les droits assortis de réserves (par exemple du fait de l'exercice d'autres droits ou des besoins de la société, comme dans le cas des articles 8 à 11), ou les droits limités (c'est-à-dire les droits dont l'exercice est lié à des circonstances et modalités particulières, comme dans le cas des articles 5 et 6) en vertu desquels les États sont autorisés à imposer des restrictions à la jouissance de ces droits à la suite de l'application de principes établis par eux (en tenant compte, par exemple, des nécessités liées à une société démocratique, à l'intérêt de la société ou à une expulsion) ;
- enfin, les exceptions peuvent tenir à des considérations de nécessité et de proportionnalité, qui ont parfois conduit les organes de Strasbourg à autoriser une différence traitement<sup>22</sup>.

## ***Le mécanisme de contrôle de l'application de la Convention de Strasbourg***

Selon la Convention, il incombe au premier chef aux Parties contractantes de rendre effectif l'exercice des droits et libertés qu'elle garantit : en effet, « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme »<sup>23</sup>. Cela étant, les organes de Strasbourg ont joué un rôle déterminant en contrôlant le respect de ces droits. La Cour a, à maintes reprises, souligné « que la Convention est un instrument dynamique qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles et cette approche s'applique non seulement aux droits substantiels garantis par la Convention, mais aussi aux dispositions telles que les articles 25 et 46, qui régissent le fonctionnement du mécanisme de contrôle de l'application de la Convention »<sup>24</sup>. Récemment, la Cour a dit considérer « que le *niveau d'exigence croissant* en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques » (accentuation apportée par l'auteur)<sup>25</sup>. En outre, la Cour a élaboré le principe de la protection efficace reposant sur un développement constant des obligations positives des États s'agissant d'assurer l'exercice des droits et libertés garantis par la Convention. Ainsi, par exemple, la Cour a conclu que la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants qui découle de l'article 3 requiert des États deux types de comportement : s'abstenir d'infliger pareils traitements, mais aussi prendre immédiatement des mesures pour prévenir la commission de pareils actes et en poursuivre et sanctionner les auteurs, et permettre à la victime d'avoir un accès effectif à la procédure d'enquête<sup>26</sup>. Il s'ensuit qu'un État pourrait être jugé responsable d'une violation de la Convention en cas de violation d'un élément positif et/ou procédural d'un droit ou d'une liberté quelconque garantis par la Convention<sup>27</sup>.

Depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, le 1<sup>er</sup> novembre 1998, la nouvelle Cour est devenue une institution permanente (article 19) et sa juridiction est obligatoire pour les États contractants (article 32)<sup>28</sup>. Les particuliers ont à présent tous accès à la nouvelle Cour et « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit » (article 34). Toutefois, les affaires interétatiques (article 33) restent rares et sont motivées par des considérations de calcul

égoïste ou politique, en dépit du fait qu'« [à] la différence de l'approche classique de ce type d'affaires dans le cadre du droit international de la responsabilité des États en cas de préjudice à des étrangers, il n'est pas nécessaire pour un État requérant d'alléguer une violation des droits de ses propres ressortissants »<sup>29</sup>. Cet état de choses est tout à fait regrettable en ce qui concerne le traitement de tous les étrangers en Europe, en particulier lorsqu'il s'agit d'apatrides. Les arrêts de la Cour sont juridiquement obligatoires et leur exécution est surveillée par le Comité des Ministres<sup>30</sup>.

Le Conseil de l'Europe comprend actuellement 43 États membres, dont près de la moitié sont des Républiques nouvellement constituées à la suite de l'effondrement des régimes communistes. De ces 43 membres, 41 ont signé et ratifié la Convention. L'Arménie et l'Azerbaïdjan, les deux derniers pays à avoir adhéré à l'Organisation (le 25 janvier 2001), ont, à l'heure actuelle, seulement signé la Convention. P. Mahoney considère que le nouveau caractère des Parties contractantes représente un sérieux défi pour la Cour. En particulier, il relève une nette érosion du principe selon lequel la Cour ne serait habilitée qu'à contrôler l'exercice par les autorités nationales de la marge d'appréciation démocratique (c'est-à-dire le principe de subsidiarité). Il prévoit, en particulier, que, à l'avenir, la nouvelle Cour aura probablement de plus en plus souvent à connaître de cas de violations flagrantes et graves des droits de l'homme (comme ceux prévus aux articles 2 et 3) et moins souvent de cas concernant la marge d'appréciation (par exemple les droits visés aux articles 8 à 11)<sup>31</sup>.

## **B. Droits et obligations des États en ce qui concerne l'admission et l'expulsion des étrangers en droit international**

Selon un principe classique du droit international coutumier, les États ont toute latitude pour contrôler l'admission et l'établissement des étrangers sur leur territoire. L'absence de toute obligation d'admettre des étrangers en droit international classique est corroborée par la pratique suivie par la plupart des États et par les lois nationales sur l'immigration, et procède du principe de la souveraineté ou suprématie territoriale des États<sup>32</sup>. Toutefois, cette liberté s'est trouvée de plus en plus circonscrite en droit international contemporain, en particulier par les traités et principes du droit international général adoptés dans les domaines des droits de l'homme et de

l'intégration économique<sup>33</sup>. Ainsi, le Traité sur l'Union européenne reconnaît-il la liberté de circulation et le droit d'établissement (par exemple le droit de résider et de travailler, et le droit de voter et de se présenter aux élections locales et européennes) à tous les citoyens européens se trouvant sur le territoire des États membres de l'Union<sup>34</sup> et la liberté de circulation est-elle progressivement étendue aux ressortissants de pays tiers<sup>35</sup>. Les étrangers se voient aussi expressément reconnaître la liberté de circulation, y compris le droit d'émigrer et le droit de se déplacer librement sur le territoire de l'État considéré, en vertu de plusieurs instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme<sup>36</sup>. Cette liberté est garantie, par exemple, à l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et à l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Elle est aussi prévue à l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention<sup>37</sup>.

Toutefois, ces garanties expresses de la liberté de circulation n'ont jamais été étendues au « droit » d'immigrer dans un pays autre que le sien, et notamment au droit d'asile, qui reste régi pour l'essentiel par le droit interne. Les personnes appartenant à certaines catégories ne font pourtant l'objet d'aucun contrôle à l'entrée sur le territoire ou jouissent de privilèges lorsqu'elles demandent à être admises sur le territoire d'un État étranger. C'est le cas, par exemple, des diplomates et des consuls, en application du droit international coutumier ultérieurement codifié dans des traités, des missions spéciales, en application des « règles modernes du droit international » ultérieurement codifiées dans le droit des traités, des fonctionnaires internationaux, en application de traités, et, enfin, des membres d'équipage, en application de traités bilatéraux, puis multilatéraux<sup>38</sup>. En dehors du champ des obligations conventionnelles, les États ont choisi d'admettre des étrangers sur leur territoire pour des raisons humanitaires, encore que de façon discriminatoire (ainsi, par exemple, pendant la guerre de Bosnie, des pays européens ont obligé les personnes fuyant certaines zones de l'ex-Yougoslavie à demander un visa).

Parallèlement à leurs droits et obligations en ce qui concerne l'admission d'étrangers, les États se voient généralement reconnaître le pouvoir de renvoyer des étrangers dans le cadre de leur souveraineté territoriale<sup>39</sup>. À l'inverse, l'État dont l'étranger a la nationalité a l'obligation de l'accueillir à nouveau sur son territoire<sup>40</sup>. La raison en est que, en droit international, la nationalité entraîne deux effets : « un État peut protéger ses ressortissants

vis-à-vis d'autres États, et il a le devoir de les réadmettre sur son territoire si un autre État décide de les expulser »<sup>41</sup>.

Dans une série d'affaires, la Cour (permanente) de justice internationale a précisé la notion de pouvoir discrétionnaire des États d'admettre des étrangers et de les renvoyer en concluant que ce pouvoir est prévu par les règles de droit (à savoir les règles internationales relatives à la nationalité et aux droits de l'homme) et ne relève donc pas d'une attitude arbitraire<sup>42</sup>. En particulier, ce pouvoir doit être exercé compte tenu des exigences du droit, c'est-à-dire conformément aux règles fondamentales, telles que l'équité et la non-discrimination, et il ne doit pas entrer en conflit avec les autres droits fondamentaux de la personne, tels que le regroupement familial, le non-refoulement et l'interdiction de la torture ou des traitements dégradants. Il s'ensuit que les pratiques récentes consistant à s'opposer à l'admission de groupes entiers de réfugiés en Europe ou à leur refuser l'accès aux procédures d'asile complètes peuvent être jugées préoccupantes au regard du principe de non-discrimination<sup>43</sup>. Les États sont tenus d'interpréter « de bonne foi » la Convention relative au statut des réfugiés et nombre de ces pratiques peuvent même ne pas avoir de but légitime ni satisfaire au critère de proportionnalité<sup>44</sup>. En particulier, en vertu de l'article 4 du Protocole n° 4, les expulsions collectives d'étrangers sont interdites, et l'article premier du Protocole n° 7 garantit certains droits relatifs à la procédure. De plus, les affaires d'expulsion peuvent soulever indirectement une question au regard des articles 3 (interdiction de la torture), 5 (droit à la liberté et à la sûreté pendant la procédure d'expulsion), 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 13 (droit à un recours effectif), en particulier.

Ainsi, en l'absence d'obligations découlant du droit international ou d'un traité, un État a toute latitude pour admettre un étranger sur son territoire ou l'en expulser. Cela étant, comme G. Goodwin-Gill l'a montré, c'est rarement le cas<sup>45</sup>. Les traités relatifs aux droits de l'homme, et notamment les traités régissant spécifiquement les droits des réfugiés, ont considérablement réduit la marge d'appréciation des États. À cet égard, la Convention a joué un rôle essentiel à l'égard des gouvernements européens.

## C. Non-discrimination

En droit international classique, un État est tenu de respecter les droits fondamentaux de ses citoyens et d'accorder à toutes les personnes relevant de sa juridiction la même protection de leurs droits fondamentaux, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion<sup>46</sup>. Cette obligation des États est réaffirmée dans plusieurs autres instruments internationaux<sup>47</sup>. Il s'ensuit que, en droit international général, rien n'empêche un État de mieux traiter ses ressortissants que les étrangers à condition qu'il observe le « traitement international minimum de l'étranger ». De ce fait, le droit international classique n'empêche pas les États d'établir à cet égard entre les étrangers et les ressortissants une distinction fondée sur la nationalité. Une telle approche a été écartée, en règle générale, dans les traités relatifs aux droits de l'homme de caractère régional.

Elle a d'abord été écartée par les fondateurs du Conseil de l'Europe et les auteurs de la Convention. L'article 14 de la Convention dispose que la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention doit « être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »<sup>48</sup>. Le champ d'application de l'article 14 est limité à la façon dont les États garantissent les droits et libertés définis dans la Convention et ne couvre aucun autre droit, mais il ne requiert pas une violation effective d'une disposition de fond. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni* (une affaire concernant des épouses n'ayant pas la nationalité du pays considéré qui s'étaient vu accorder l'autorisation de demeurer indéfiniment au Royaume-Uni et qui cherchaient à obtenir le droit d'être rejointes dans ce pays par leurs époux respectifs, qui n'en avaient pas non plus la nationalité), la Cour a indiqué que les règles britanniques en matière d'immigration applicables à ce moment-là ne violaient pas en elles-mêmes l'article 8, mais que, vu que le droit recherché par les requérantes ne pouvait être exercé que par des hommes, il y avait eu violation de l'article 14<sup>49</sup>. Ainsi les dispositions de la Convention sont-elles principalement applicables sans distinction entre ressortissants et étrangers sur le territoire d'un État membre quel qu'il soit ; l'extranéité n'est pas d'ordinaire un critère légitime de différence de traitement<sup>50</sup>. Cependant, l'article 14 ne requiert pas une égalité ou une identité absolue de traitement dans toutes

les situations et des inégalités matérielles peuvent exceptionnellement appeler des inégalités juridiques sous la forme de mesures spéciales, mais uniquement sur la base d'une disposition expresse de la Convention autorisant un traitement différentiel de ce type (par exemple les articles 57, 15, 16, 8 à 11, 5 ou 6). Aux fins de la Convention, un traitement différentiel est discriminatoire s'il « n'a aucune justification objective et raisonnable », c'est-à-dire s'il ne cherche pas à atteindre « un but légitime », ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »<sup>51</sup>. Dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, par exemple, les requérantes ont pu prouver que la raison avancée par le Gouvernement britannique pour établir une distinction entre les hommes et les femmes, à savoir qu'ils avaient un impact différent sur le marché du travail, n'avait aucun fondement matériel<sup>52</sup>.

En résumé, la non-discrimination telle que l'envisage la Convention n'est pas garantie de façon inconditionnelle. Les Parties contractantes jouissent « d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si, et dans quelle mesure, des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique, mais la décision ultime sur ce point relève de la Cour »<sup>53</sup>. Si l'État ne fournit aucune justification de la différence de traitement, le requérant obtient généralement gain de cause<sup>54</sup>. Il en va de même lorsqu'il n'est pas possible d'instaurer un équilibre approprié entre les intérêts en jeu et que, de ce fait, les moyens employés sont disproportionnés au but légitime visé<sup>55</sup>. Cela dit, dans l'état actuel des choses, la protection que la Convention offre aux étrangers contre la discrimination est loin d'être parfaite. Il en est ainsi surtout parce que, s'agissant de l'immigration, de la résidence, de l'activité politique et de l'intégration des étrangers, les Parties contractantes conservent toute latitude pour limiter le champ d'application de la clause de non-discrimination. La Cour a été en mesure de restreindre la liberté des États dans ce domaine en appliquant avec libéralité le principe de proportionnalité et en interprétant de façon souple certaines dispositions de la Convention. Il est bien évident que le Protocole n° 12 offre une solution plus satisfaisante car il prévoit une application entièrement autonome du principe de non-discrimination « à tout droit prévu par la loi »<sup>56</sup>.

L'approche classique de la non-discrimination en droit international a également été rejetée par d'autres instances. La Cour internationale de justice a souscrit à la nouvelle approche dans l'affaire *Barcelona Traction*,

en faisant valoir que cette opinion était justifiée au regard des « principes et règles applicables aux droits fondamentaux de la personne humaine »<sup>57</sup>. L'article 24 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme reconnaît à « toutes les personnes » le droit à une protection égale de la loi « sans discrimination d'aucune sorte », et l'article 3 du Protocole additionnel (« de San Salvador ») traitant des droits économiques, sociaux et culturels est plus explicite en citant « l'origine nationale ... ou toute autre condition sociale » comme fondement juridique de la non-discrimination. En Afrique, l'article 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples mentionne expressément l'« origine nationale ... ou ... toute autre situation » comme fondements juridiques de la non-discrimination. Au sein de l'Union européenne, il est généralement interdit d'établir une distinction de traitement fondée sur la nationalité<sup>58</sup>. Cette interdiction générale ne s'applique pas encore pleinement aux ressortissants de pays tiers<sup>59</sup>. Il est incontestable que l'évolution enregistrée au sein des instances s'occupant des droits de l'homme a renforcé les normes de protection de *tous* les êtres humains, étrangers ou ressortissants. Aujourd'hui, les étrangers et les ressortissants jouissent de la protection non discriminatoire de leurs droits fondamentaux. Il s'ensuit que les restrictions imposées aux étrangers et non aux ressortissants doivent être expressément énoncées. Lorsqu'une telle différence de traitement est autorisée, elle doit viser un but légitime (en d'autres termes, elle doit avoir une justification objective et raisonnable) et un rapport raisonnable de proportionnalité doit exister entre les buts visés et les moyens employés<sup>60</sup>. Il en va de même s'agissant du traitement différentiel réservé à certaines catégories d'étrangers. À titre exceptionnel, il peut arriver que celui-ci soit non seulement autorisé, mais souhaitable et nécessaire dans le cadre de n'importe quel régime d'immigration (par exemple la distinction opérée entre demandeurs et demandeuses d'asile)<sup>61</sup>.

L'analyse précédente permet de tirer trois conclusions principales. En premier lieu, l'extranéité n'est pas un motif de discrimination au regard de la Convention. Ensuite, des restrictions peuvent être imposées à titre exceptionnel aux étrangers en application d'une disposition expresse de la Convention. A l'encontre de ce contexte, la Convention reconnaît des droits spécifiques aux étrangers. Enfin, le système de protection offert par la Convention complète celui qui est prévu par le droit national et/ou d'autres instruments internationaux et les étrangers ne peuvent s'en prévaloir que pour bénéficier d'un régime plus favorable au titre de la protection de leurs droits fondamentaux.



## **2. La portée des droits et des libertés des étrangers au regard de la Convention**

### **A. Observations générales**

En principe, l'extranéité ne constitue pas en soi un motif de discrimination entre étrangers et nationaux au regard de la Convention. Toutefois, ce principe souffre plusieurs exceptions dans la Convention, ce qui peut priver les étrangers de la possibilité d'exercer certains droits fondamentaux. C'est notamment le cas de l'article 5.1.f, de l'article 16, de l'article 1 du Protocole n° 1, des articles 2.1 et 4 du Protocole n° 4, et de l'article 1 du Protocole n° 7, qui énoncent tous des limitations directes à la clause de non-discrimination. En outre, on a constaté que les articles 8 à 11 limitaient indirectement cette clause en permettant aux États de prendre des mesures restrictives justifiées par la nécessité de concilier la protection de certains droits fondamentaux, d'une part, et la protection de la société démocratique, d'autre part. Cette dernière fonction est généralement reconnue au droit national et les États disposent d'un large pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le choix des restrictions à imposer. Qui plus est, la Cour a donné de l'article 6 de la Convention une interprétation qui exclut les procédures d'immigration. En revanche, la Convention contient certaines dispositions qui, de prime abord, ne concernent pas les étrangers, mais auxquelles on a donné une interprétation qui leur est spécifiquement bénéfique (c'est le cas, par exemple, de l'article 3 considéré à la lumière de l'article 13). R. B. Lillich en a déduit que « [l]a Convention européenne des Droits de l'Homme offre un exemple classique de la manière dont on peut, avec un peu d'imagination, extraire d'instruments juridiques n'ayant en apparence qu'un rapport minime ou nul avec le sujet des principes relatifs aux droits fondamentaux des étrangers »<sup>62</sup>.

## B. L'extranéité et les dispositions spécifiques de la Convention

À l'heure actuelle, la Convention contient au moins six dispositions en vertu desquelles les étrangers et les nationaux peuvent faire l'objet d'un traitement différentiel. Comme toutes les exceptions, elles doivent être interprétées de façon restrictive, c'est-à-dire qu'elles « ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues » (article 18 de la Convention), et mis à part l'exception prévue à l'article 16, elles ne peuvent être appliquées de manière discriminatoire, c'est-à-dire qu'elles doivent se plier aux exigences de la nécessité et de la proportionnalité.

### *Restrictions imposées à l'activité politique des étrangers*

L'article 16 de la Convention<sup>63</sup> fournit la seule exception explicite à la clause de non-discrimination exprimée à l'article 14 en autorisant les Parties contractantes à imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers dans l'optique de l'article 10 (liberté d'expression), de l'article 11 (liberté de réunion et d'association) et de l'article 14 (interdiction de discrimination). Les *travaux préparatoires* montrent que l'article 16 a été inséré dans la Convention pour que celle-ci se situe dans la ligne du droit international coutumier, selon lequel les États ont toute latitude pour limiter l'activité politique des étrangers<sup>64</sup>. Depuis lors, on a reproché à cette disposition d'entrer en conflit avec l'article premier de la Convention (à savoir, le droit pour toute personne de jouir des droits et libertés qui y sont reconnus) et de s'appliquer à des dispositions pouvant avoir une large portée telles que l'article 14<sup>65</sup>. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a même demandé sa suppression en 1977.

La portée de l'article 16 a été analysée par la Cour dans l'affaire *Piermont c/ France*<sup>66</sup>. La requérante, citoyenne allemande et membre du Parlement européen, avait été invitée dans les territoires d'outre-mer (TOM) que la France possède dans le Pacifique Sud par des groupes « verts » militant contre les essais nucléaires. En Polynésie française, elle avait participé à des manifestations contre le gouvernement et avait été expulsée du territoire avec interdiction de retour. Elle a affirmé que cette mesure violait la liberté d'expression que lui reconnaissait l'article 10. Le Gouvernement français a fait valoir que si elle n'était pas justifiée au regard d'autres dispositions (par exemple l'article 56), la mesure en question pouvait à tout le moins se

situer dans le champ d'application de l'article 16. La Cour a réfuté ce point de vue et a donné raison à la requérante en concluant que son « appartenance à un État membre de l'Union européenne et de surcroît sa qualité de parlementaire européen ne permettent pas de lui opposer l'article 16 de la Convention, d'autant plus que la population des TOM participe à l'élection des députés au Parlement européen »<sup>67</sup>. Des divergences importantes se sont manifestées au sujet des raisons pour lesquelles M<sup>me</sup> Piermont ne devait pas être considérée comme une étrangère aux fins de sa requête. La majorité des membres de la Cour ont refusé de se fonder sur la notion de citoyenneté de l'Union européenne car à l'époque les traités sur la Communauté ne reconnaissaient pas cette citoyenneté. De même, ils se sont refusés à fonder leur décision sur sa qualité de parlementaire européen. Au lieu de cela, ils ont conclu que, en application des traités sur la Communauté, la citoyenneté d'un *État membre* était suffisante pour qu'on ne puisse pas attribuer à la requérante la qualité d'étrangère. Ainsi, les ressortissants européens se trouvant sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne dont ils n'ont pas la citoyenneté ne sont-ils pas des « étrangers » aux fins de l'article 16. Cette interprétation doit être accueillie positivement car elle fournit à la Cour une occasion « de contrôler le recours au pouvoir octroyé par l'article 16 » qui, autrement, serait laissé à l'appréciation des Parties contractantes<sup>68</sup>.

### ***Le pouvoir des États de placer des étrangers en détention***

La deuxième exception est énoncée à l'article 5.1.f de la Convention, qui reconnaît aux États le pouvoir de détenir (des étrangers) afin de (les) empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire ou en vue de (les) expulser ou de les extraditer. La jurisprudence de la Cour montre qu'il est difficile pour des étrangers d'obtenir gain de cause après avoir demandé l'application de l'article 5 au sujet d'une expulsion ou d'un refus d'accorder un permis de séjour dans un État. L'article 5 porte sur la légalité de la « privation » de liberté<sup>69</sup>, non sur les restrictions ou limitations imposées à la liberté de circulation, dont traite l'article 2 du Protocole n° 4, ni sur la légalité des conditions de détention, qui relève de l'article 3 de la Convention et/ou de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

L'article 5.1 garantit à toute personne le droit à la liberté physique. Ce droit peut être limité pour six motifs expressément énumérés aux alinéas a à f du

paragraphe 1 de l'article 5. Il s'ensuit que, en vertu de la Convention, la détention est ordinairement présumée arbitraire à moins qu'elle ne relève de l'un des six motifs en question<sup>70</sup>. L'un de ces motifs présente un intérêt tout particulier dans le cadre de ce chapitre car il ne s'applique qu'aux étrangers : il s'agit de l'alinéa f<sup>71</sup>. Le pouvoir des États en matière de détention des étrangers n'est pas illimité ; en particulier, les États doivent se conformer à trois principes de base que la Cour a analysés dans le contexte de l'affaire *Amuur c/ France*, affaire d'immigration concernant quatre demandeurs d'asile somaliens appartenant à une même famille qui avaient été retenus dans la zone internationale de l'aéroport de Paris-Orly pendant vingt jours<sup>72</sup>. Ces principes sont résumés ci-après :

- La question de savoir si, en l'occurrence, la détention peut être assimilée à une privation ou à une limitation de liberté est affaire de degré ou d'intensité, non de nature ou de substance<sup>73</sup>. Pour déterminer ce degré, la Cour examine chaque situation concrète, à savoir le type, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure<sup>74</sup>. Ainsi, la Convention ne prévoit-elle pas de droit d'asile politique ni, plus généralement, de droit d'établissement<sup>75</sup>. Toutefois, le « maintien [en détention] ne doit pas priver le demandeur d'asile du droit d'accéder effectivement à la procédure de détermination du statut de réfugié ».<sup>76</sup>
- Une fois qu'elle ne doute pas d'avoir affaire à une privation de liberté, la Cour cherche à déterminer si la détention est régulière, c'est-à-dire si l'intéressé est détenu « selon les voies légales ». Selon l'interprétation de la Cour, la loi nationale autorisant la privation de liberté doit être « suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire »<sup>77</sup>. Elle doit également être d'une « qualité suffisante », c'est-à-dire qu'elle doit pouvoir se prêter à un contrôle juridictionnel, et contenir des dispositions prévoyant la durée maximale et l'accès à une assistance juridique, humanitaire et sociale<sup>78</sup>.
- La privation de liberté doit être « nécessaire dans une société démocratique » ; elle doit, en particulier, être conforme au but de la restriction<sup>79</sup>. Ce but consiste notamment à prévenir l'immigration illégale ou un risque réel de voir l'intéressé se soustraire à la justice. Il convient alors de faire la distinction entre les étrangers que l'on soupçonne d'avoir commis une infraction pénale et les au-

tres<sup>80</sup>. Dans l'affaire *Chahal c/ Royaume-Uni*, affaire concernant un séparatiste sikh qui devait être expulsé vers l'Inde pour des raisons de sécurité nationale, la Cour a établi une distinction entre l'exigence de « nécessité » au sens de l'article 5.1.f et celle visée par l'article 5.1.c, et a conclu que l'article 5.1.f n'exigeait pas qu'il y ait des motifs raisonnables de croire à la nécessité de la détention d'un étranger contre lequel une procédure d'expulsion était en cours ; il suffisait qu'« une procédure d'expulsion [soit] en cours »<sup>81</sup>. Ainsi, la détention serait-elle justifiée même si un arrêté d'expulsion n'avait pas encore été pris. Toutefois, elle ne le serait plus si la procédure d'expulsion ne devait pas respecter l'obligation de diligence raisonnable<sup>82</sup>. La Cour devait donc déterminer si la durée de cette procédure était trop longue et si elle présentait suffisamment de garanties contre l'arbitraire. Elle n'a pas jugé excessif le fait que la demande d'asile faite par M. Chahal ait été en cours d'instruction depuis près de quatre ans étant donné l'importance des intérêts en jeu, à savoir l'appréhension de la torture chez M. Chahal et la sécurité nationale du pays considéré<sup>83</sup>. Elle a également conclu que, dans la perspective de l'article 5.1, la procédure appliquée par le comité consultatif aux affaires de sécurité nationale britannique offrait des garanties suffisantes contre l'arbitraire<sup>84</sup>.

Les paragraphes 2 à 5 de l'article 5 énoncent un certain nombre de garanties dont doit bénéficier *toute personne* dont la détention est régulière<sup>85</sup>. Aux termes de l'article 5.2, toute personne arrêtée doit être « informée, dans le plus court délai » et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation, de façon à pouvoir demander, en application de l'article 5.4, un contrôle juridictionnel de son arrestation ou de sa détention<sup>86</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Zamir c/ Royaume-Uni*, la Commission a estimé qu'une aide judiciaire gratuite aurait dû être fournie à un immigrant clandestin détenu et en instance d'expulsion car il connaissait mal l'anglais et l'affaire était fort complexe<sup>87</sup>. L'article 5.3 contient des garanties importantes pour toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale et dont le cas relève de l'article 5.1.c<sup>88</sup>. L'article 5.4 garantit à toute personne détenue « régulièrement » au sens de l'article 5 le droit de demander à un « tribunal [de] statue[r] à bref délai » sur la légalité de sa détention. Cette disposition s'applique à « toute personne », quel que soit le motif de la détention (comme l'infraction pénale ou l'expulsion dans les affaires d'immigration

ou d'asile). L'exigence de célérité est particulièrement importante dans les affaires dans lesquelles la détention a été ordonnée par un organe administratif. L'accès au contrôle juridictionnel et la décision du tribunal saisi du recours doivent tous les deux être rapides. Ainsi, dans l'affaire *Zamir c/ Royaume-Uni*, la Commission a considéré qu'une demande d'aide judiciaire présentée au titre de l'article 5.4 devait être instruite « à bref délai », et le fait que l'instance judiciaire ait mis sept semaines pour examiner le recours a, pour cette raison, été jugé comme violant la disposition en question<sup>89</sup>. Des durées de 31 et de 46 jours d'examen d'un recours par un tribunal national ont été considérées comme contrevenant à l'article 5.4 dans des affaires de détention de personnes contre lesquelles une procédure d'expulsion était en cours au titre de l'article 5.1.f<sup>90</sup>. L'exigence de « légalité » de la détention au sens de l'article 5.4 a la même signification qu'au regard de l'article 5.1, à savoir que la personne détenue doit être en mesure de contester la conformité de sa détention aux dispositions du droit interne et de la Convention ainsi que son caractère arbitraire<sup>91</sup>. Toutefois, l'article 5.4 ne va pas jusqu'à exiger « que les tribunaux internes soient habilités à examiner si la décision d'expulsion initiale se justifie au regard de la législation interne ou de la Convention »<sup>92</sup>. Cela ne veut pas dire que les autorités nationales ne puissent pas faire l'objet d'un contrôle effectif de la part des tribunaux internes lorsque interviennent des éléments tenant à la sécurité nationale ou au terrorisme<sup>93</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Chahal c/ Royaume-Uni*, la Cour a-t-elle estimé que le comité consultatif ayant compétence pour examiner les affaires touchant la sécurité nationale ne pouvait pas être considéré comme un « tribunal » dans la mesure où il n'offrait aucune possibilité de représentation en justice, ne disposait d'aucun pouvoir de décision et que les avis qu'il communiquait au ministre de l'intérieur n'avaient pas force obligatoire et ne pouvaient être rendus publics<sup>94</sup>. Un État doit donc garantir un accès rapide à un tribunal dans tous les cas, que la détention se justifie au regard de l'article 5.1.a à f ou non, comme l'a confirmé la jurisprudence de la Cour selon laquelle les paragraphes 1 et 4 de l'article 5 sont des dispositions distinctes<sup>95</sup>. L'article 5.4 est une disposition plus spécifique et restrictive que l'article 13, qui consacre « le droit à l'octroi d'un recours effectif » ; aussi la Cour ne juge, ordinairement, pas nécessaire d'examiner un recours présenté en application de l'article 13 à la lumière de l'article 5<sup>96</sup>. La raison en est que les deux dispositions remplissent la même fonction, qui est de fournir un recours interne qui serait plus facilement et rapidement disponible en droit interne qu'au

niveau des institutions de Strasbourg. Enfin, l'article 5.5 donne droit à réparation aux personnes que les autorités nationales auraient détenues dans des conditions contraires aux dispositions de l'article<sup>97</sup>. Ce droit est distinct du droit pour la partie lésée de se voir accorder une satisfaction équitable au sens de l'article 41 en liaison avec une violation de l'article 5.

Pour récapituler, la détention aux fins de refuser d'admettre un étranger sur le territoire, de reconduire à la frontière un immigrant clandestin ou d'expulser un étranger est autorisée par la Convention pour permettre aux États d'exercer leur pouvoir en matière de contrôle de l'immigration. Cela étant, le contrôle judiciaire de la légalité de la détention doit être garanti à titre de protection contre le caractère arbitraire de la mesure, y compris de la disposition du droit interne sur laquelle elle s'appuie. Il s'ensuit qu'« une politique généralisée de détention appliquée à tous les demandeurs d'asile dès leur arrivée dans un pays serait incompatible avec la Convention »<sup>98</sup>. Ce serait également le cas d'une détention prolongée en attendant la prise d'une décision au sujet d'une demande d'asile, en l'absence d'une raison spécifique telle qu'une menace pour la sécurité nationale. De plus, « [C]onsidérés ensemble, l'article 5 et l'article 14 interdiraient la détention sélective de sous-groupes ethniques fondée uniquement sur la race, la religion ou l'origine nationale »<sup>99</sup>.

### ***Liberté de circulation des étrangers se trouvant régulièrement sur le territoire d'un pays***

La troisième exception est fournie par l'article 2.1 du Protocole n° 4 à la Convention, qui stipule que : « Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence », sous réserve des limitations ou restrictions applicables à « toute personne » prévues aux paragraphes 3 et 4 de l'article 2<sup>100</sup>. Il va de soi que l'article 2.1 du Protocole n° 4 ne concerne que la liberté de circulation des personnes *sur le territoire* des États parties au protocole (et non pas entre ces États). À l'exception des États suivants : Andorre, Arménie, Azerbaïdjan, Espagne, Grèce, Liechtenstein, Malte, Royaume-Uni, Suisse et Turquie, tous les États qui sont parties à la Convention sont également parties au Protocole n° 4<sup>101</sup>. L'article 2 du Protocole n° 4 ne mentionne pas expressément les étrangers, mais il a pour effet d'établir une distinction entre « quiconque [se trouve] régulièrement » sur le territoire d'un État, les personnes en question pouvant être aussi bien des ressortissants que des

étrangers, et « quiconque [se trouve] irrégulièrement » sur le territoire d'un État, cas qui ne peut s'appliquer qu'aux étrangers. Par voie de conséquence, les étrangers se trouvant régulièrement sur le territoire d'un État peuvent circuler librement sur le territoire de cet État et peuvent y choisir librement leur résidence, mais les étrangers se trouvant en situation irrégulière sur le territoire d'un État ne disposent pas de ce droit. La Commission considère que le terme « régulièrement » renvoie au droit interne de l'État en question et que les étrangers admis dans certaines conditions par les autorités de l'État se trouvent « régulièrement sur le territoire » aussi longtemps qu'ils respectent ces conditions<sup>102</sup>. Ainsi les personnes admises dans un pays et autorisées à y rester pendant une période limitée pour des motifs humanitaires ne peuvent-elles pas nécessairement conclure de leur situation temporaire qu'elles disposent d'un droit d'admission permanente<sup>103</sup>. Il a également été décidé que le champ d'application de l'article 2.1 du Protocole n° 4 ne s'étendrait pas à un étranger transitant par le territoire d'un État<sup>104</sup>.

### ***Interdiction des expulsions collectives d'étrangers***

La quatrième exception s'applique spécifiquement aux étrangers et est énoncée à l'article 4 du Protocole n° 4 : « Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites ». Motivé à l'origine par les expulsions massives de personnes provoquées par la seconde guerre mondiale, l'article 4 n'exige plus que les expulsions soient massives pour être collectives. Dans l'affaire *Becker c/ Danemark*, la Commission a défini l'expulsion collective comme « toute mesure de l'autorité compétente contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays »<sup>105</sup>. Ces mots ont été interprétés comme signifiant que « les actes de persécution, les violations des droits de l'homme, les traitements discriminatoires », etc. de la part des autorités de l'État ou de la part d'agents non étatiques contre lesquels l'État ne peut ou ne veut offrir une protection constituent des cas d'expulsion collective<sup>106</sup>. Toutefois, le rejet en des termes identiques de la demande d'asile présentée par un certain nombre d'étrangers venant du même pays n'est pas assimilable à une expulsion collective si leurs demandes ont fait l'objet d'une décision au cas par cas<sup>107</sup>. C'est reprendre la conclusion à laquelle la Commission est parvenue dans l'affaire *Becker c/ Danemark* : les étrangers ne peuvent être expulsés en tant que groupe qu'à la suite d'« un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des



étrangers qui forment le groupe »<sup>108</sup>. La garantie de procédure prévue par l'article 4 du Protocole n° 4 s'applique à l'ensemble des étrangers, qu'ils se trouvent régulièrement sur le territoire d'un État ou non, qu'ils résident régulièrement sur le territoire de cet État ou non et qu'ils soient membres d'un groupe ou non.

### ***Garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers***

La cinquième exception figure à l'article premier du Protocole n° 7, qui offre des « garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers »<sup>109</sup>. En vertu de cette disposition, un étranger « résidant régulièrement » dans un pays ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et il doit pouvoir faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion, faire examiner son cas et se faire représenter devant l'autorité compétente, sauf lorsque cette expulsion est nécessaire pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale. L'article premier du Protocole n° 7 présente des défauts importants<sup>110</sup>. Premièrement, il n'aborde pas les raisons pour lesquelles un étranger peut être expulsé. Deuxièmement, il ne s'applique qu'aux étrangers « résidant régulièrement » dans un État, excluant de ce fait de son champ d'application les étrangers se trouvant à la frontière et n'ayant pas passé l'immigration, les étrangers se trouvant sur le territoire d'un État sans avoir le statut de résident et les étrangers contre lesquels une procédure est en cours concernant leur autorisation de séjour. Ainsi, dans l'affaire *Voulfovitch et Oulianova c/ Suède*, la Commission a-t-elle considéré que les requérants, qui avaient été admis en Suède en utilisant un visa d'escale d'une journée mais qui restaient en Suède en attendant qu'il soit statué sur leur demande d'asile, ne « résida[ient pas] régulièrement » et ne pouvaient pas, de ce fait, se prévaloir de l'article premier du Protocole n° 7<sup>111</sup>. Troisièmement, les conditions de « résidence régulière » sont fixées par le droit interne. Quatrièmement, le cas est examiné par une « autorité compétente » qui n'a pas à être indépendante ni à être habilitée à prendre une décision<sup>112</sup>. Cinquièmement, les garanties procédurales peuvent être annulées « dans l'intérêt de l'ordre public » ou pour des motifs de « sécurité nationale ». Enfin, le Protocole n° 7 n'a pas encore été ratifié par tous les membres du Conseil de l'Europe. Au 1<sup>er</sup> mars 2001, quatorze États membres, parmi lesquels le Royaume-Uni, la Belgique et l'Allemagne, ne l'avaient pas encore ratifié. En somme, l'article premier du Protocole n° 7 permet aux étrangers de présenter au pouvoir exécutif

leurs arguments contre l'expulsion, mais ne leur offre que des garanties procédurales limitées en cas d'expulsion. Il est à regretter que la Cour n'ait rien fait pour combler cette lacune en donnant une interprétation plus souple de l'article 6.1<sup>113</sup>.

### ***Protection des biens***

La sixième et dernière exception est énoncée à l'article 1 du Protocole n° 1<sup>114</sup>. Aux termes du paragraphe 1 de cette disposition, « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens » et nul ne peut être privé de sa propriété « que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ». En outre, les Parties contractantes ont le droit de « réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou [d'] assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes » (paragraphe 2). La Cour a récemment déclaré, dans une décision de (non-) recevabilité, que le droit au respect des biens ne signifiait pas qu'un étranger qui possède des biens dans un autre pays que le sien ait le droit d'y *résider en permanence* afin d'utiliser ces biens ; les restrictions applicables au droit d'un étranger de résider dans un pays sont compatibles avec l'article premier du Protocole n° 1 pour autant qu'elles ne sont ni absolues ni permanentes<sup>115</sup>. On n'a donc pas résolu la question de savoir si l'article 1 du Protocole n° 1 garantit un droit d'admission dans un pays étranger (par l'octroi d'un visa, par exemple) aux étrangers qui y possèdent des biens. Si un tel droit devait exister, sa portée n'en serait pas moins limitée par l'article premier du Protocole n° 1 lui-même.

Les « principes généraux du droit international » dont il est question dans la seconde phrase du premier paragraphe sont ceux qui protègent les biens des *étrangers*, et des étrangers seulement, contre l'expropriation arbitraire et contre la nationalisation sans indemnité<sup>116</sup>. Cette interprétation a été confirmée dans l'affaire *James c/ Royaume-Uni*, affaire dans laquelle la Cour, s'appuyant sur les *travaux préparatoires*, a jugé que la protection du droit international général était réservée aux étrangers<sup>117</sup>. Ainsi, en principe, les étrangers peuvent-ils recevoir une indemnité plus généreuse que celle versée aux nationaux. Encore faudrait-il, dans la pratique – ce qui est improbable – que la Cour décide de recourir aux principes généraux du droit international, que ces principes prescrivent d'appliquer un régime spécifique aux biens des étrangers et que le régime en question diffère de

celui réservé aux nationaux au niveau national<sup>118</sup>. Comme le montre la jurisprudence, cette situation reste hautement improbable. Dans trois des rares cas dans lesquels elle a eu à se prononcer en ce qui concerne les biens d'étrangers (les requérants étaient des sociétés dans deux de ces cas), la Cour a tranché la question de la privation des biens et de la réglementation de leur usage à la lumière du principe de licéité (à savoir le droit interne) et/ou de celui de l'intérêt général de la société ou du paiement des impôts. Ainsi, dans l'affaire *Beyeler c/ Italie*, la Cour a estimé que la privation de biens était illicite en prenant motif de « l'élément d'incertitude présent dans la loi et [de] l'ample marge de manœuvre que cette dernière confère aux autorités »<sup>119</sup>. Elle a également conclu que cette atteinte au droit au respect des biens ne pouvait se justifier au nom de l'intérêt national et que, « [i]ndépendamment de la nationalité du requérant, pareil enrichissement n'[était] pas conforme à l'exigence du "juste équilibre" »<sup>120</sup>. Dans l'affaire *Gasus Dosier- et Fördertechnik GmbH c/ Pays-Bas*, la Cour a jugé que l'atteinte au droit au respect des biens découlait du fait que l'administration fiscale exerçait le pouvoir qui lui était conféré par la législation nationale de réglementer l'usage des biens et que, de ce fait, « la démarche la plus naturelle » consistait « à examiner les griefs de Gasus sur le terrain de l'expression "pour assurer le paiement des impôts" figurant dans la règle énoncée au second paragraphe de l'article premier »<sup>121</sup>. Ainsi la Cour s'est-elle appuyée sur le droit des États « de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires ... pour assurer le paiement des impôts » (c'est-à-dire le droit de la procédure fiscale) et a-t-elle considéré qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1. De même, dans l'affaire *AGOSI c/ Royaume-Uni*, elle s'est fondée sur le droit des États « de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général », à savoir la procédure réglementant l'usage des pièces d'or au Royaume-Uni<sup>122</sup>.

Dans toutes les affaires concernant l'article 1 du Protocole n° 1, la Cour examine, en premier lieu, si l'ingérence dans l'exercice du droit au respect des biens était licite (c'est-à-dire si les dispositions du droit interne étaient suffisamment accessibles, précises et prévisibles), en deuxième lieu, si elle vise à atteindre un but légitime et, en troisième lieu, si les moyens employés sont proportionnels au but légitime visé. Comme l'ont montré les affaires *AGOSI c/ Royaume-Uni* et *Gasus Dosier*, la Cour procède à un examen limité de l'« intérêt général » justifiant l'atteinte au droit visé (à savoir la procédure réglementant l'usage des pièces d'or au Royaume-Uni

et le droit de la procédure fiscale) et semble davantage disposée à examiner la question de la proportionnalité des moyens employés (« qu'ils jugent nécessaires »). À cet égard, elle considère qu'il importe de trouver un « juste équilibre » entre les exigences de l'intérêt de la société (ou intérêt général) et celles de l'intérêt de la personne concernée. Il ressort également de la jurisprudence de la Cour que celle-ci est rarement prête à donner une interprétation restrictive du membre de phrase « qu'ils jugent nécessaires », en particulier dans le cas où le propriétaire du bien considéré n'est pas un ressortissant de l'État en question. Il s'ensuit qu'une ample marge de discrétion est laissée aux États en ce qui concerne le choix des moyens employés et la faculté de justifier l'atteinte au droit visé par l'intérêt collectif. L'affaire *Beyeler c/ Italie* tranche avec cette approche. Cela tient sans doute aux faits et circonstances de l'espèce : le requérant était une personne physique, l'intérêt collectif lié à la culture universelle était en jeu, la législation nationale était imprécise et le gouvernement était intervenu tardivement et de manière incohérente. Ainsi, bien que l'article 1 du Protocole n° 1 renvoie aux « principes généraux du droit international » autorisant l'application d'un régime plus favorable aux étrangers, la Cour s'est-elle montrée peu disposée à statuer sur des affaires impliquant des étrangers en se fondant sur ces principes. Tout ce que l'on peut dire, en l'état actuel des choses, c'est que l'article 1 du Protocole n° 1 n'accorde aux étrangers qu'une protection limitée<sup>123</sup>.

On peut inférer de ce qui précède que la Convention énonce des restrictions spécifiques à l'admission et à l'expulsion. Ces restrictions sont des sanctions visant spécialement les étrangers. Elles sont donc discriminatoires à moins de pouvoir se justifier par des raisons objectives et plausibles. Nonobstant l'article 1 du Protocole n° 1, l'article 4 du Protocole n° 4, l'article 1 du Protocole n° 7 et l'article 5 de la Convention, le pouvoir des États en matière d'expulsion des étrangers est presque illimité. C'est donc dans d'autres dispositions de la Convention qu'il faut rechercher une protection des étrangers contre le refus d'admission et/ou l'expulsion. Cette protection est essentielle car seul le droit de vivre dans un pays donné permet aux étrangers de jouir de la plénitude de leurs droits fondamentaux. Les organes de Strasbourg sont parvenus à donner de plusieurs dispositions de la Convention une interprétation qui accorde aux étrangers une protection spéciale selon des modalités que n'avaient pas prévues les auteurs de la Convention ou les organes chargés de l'interpréter (c'est le cas, par exemple, des articles 8 et 3 considérés à la lumière de l'article 13).

## C. L'extranéité et la jurisprudence de Strasbourg

Les organes de Strasbourg ont interprété certaines dispositions de la Convention de façon à accorder une protection spéciale aux étrangers. Cette activité interprétative s'est déroulée dans le contexte de l'absence d'un droit de vivre dans un pays donné à l'exception du sien propre. Ce dernier point examine la portée de ces dispositions. On peut classer les droits prévus par la Convention en trois catégories : les droits absolus, les droits assortis de réserves et les droits limités<sup>124</sup>. Les droits absolus sont des droits jugés si fondamentaux que l'on ne peut jamais en limiter la portée. En d'autres termes, une fois qu'ils sont institués, aucune atteinte à ces droits n'est défendable. C'est le cas, en particulier, des droits énoncés aux articles 2 et 3, considérés comme des « droits absolus », mais aussi de ceux garantis par l'article 4.1, et l'article 7<sup>125</sup>. P. Mahoney a récemment qualifié une violation de ces droits de « bad-faith abuse of governmental power » (d'« abus de pouvoir gouvernemental commis de mauvaise foi »)<sup>126</sup>. La Convention assortit certains autres droits et libertés de réserves ou en limite la portée, ce qui donne aux États la possibilité de limiter le champ d'application de la clause de non-discrimination. Les droits assortis de réserves sont des droits qui sont tempérés par la mise en œuvre d'autres droits ou par les besoins de la société et s'agissant desquels les États contractants disposent d'une marge de discrétion considérable (c'est le cas, par exemple, des articles 8 à 11). Pour reprendre les termes utilisés par P. Mahoney, les violations de ces droits sont des « good-faith limitations on liberty which nevertheless go beyond what is "necessary in a democratic society" » (« restrictions apportées de bonne foi à la liberté mais allant au-delà de ce qui est "nécessaire dans une société démocratique" »)<sup>127</sup>. Les droits limités, eux, sont des droits qu'il est possible de limiter dans des circonstances bien définies et selon des modalités très précises (comme les articles 5 et 6) ; les États disposent en général d'une moindre marge de discrétion dans la mise en œuvre de ces droits.

### ***Droits absolus***

Les droits absolus garantis par la Convention sont le droit à la vie (article 2), l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (article 3), l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (article 4.1) et l'interdiction d'adopter des lois d'incrimination ou de pénalité à effet rétroactif (article 7). Les articles 4 et 7 n'ont pas fait l'objet d'une

jurisprudence étoffée<sup>128</sup> et rien ne donne à penser que les organes de Strasbourg considéreraient que la situation des étrangers au regard de ces droits soit différente en quoi que ce soit de celle des autres personnes physiques<sup>129</sup>. Mais l'article 3 et, dans une certaine mesure, l'article 2 font figure d'exceptions à cette règle. En particulier, la situation des étrangers au regard de la Convention en est venue à faire de plus en plus l'objet d'un examen attentif dans l'optique de l'article 3, dans les affaires d'expulsion, y compris les affaires de garde à vue.

### *Expulsion d'étrangers dans le cadre des articles 2 et 3*

Le droit à la vie et/ou l'interdiction de la torture peuvent se trouver au cœur d'affaires dans lesquelles une mesure d'expulsion frappant un étranger a pour conséquence directe de violer l'article 2 et/ou l'article 3 de la Convention<sup>130</sup>. Il peut y avoir violation dans quatre types de situations<sup>131</sup>.

1. Dans la situation la plus courante, un étranger fait l'objet d'un arrêté d'expulsion vers un pays où « a été établie l'existence de motifs sérieux de croire que cette personne courrait un risque réel de subir des traitements contraires à l'article 3 » ou d'être tuée à son retour dans des circonstances constituant une violation de l'article 2<sup>132</sup>. C'est le critère retenu dans l'affaire *Soering c/ Royaume-Uni*, qui concernait l'extradition vers un pays où le requérant encourait la peine de mort (dans l'État de Virginie)<sup>133</sup>. La Cour a jugé que la peine de mort ne violait pas en elle-même le droit à la vie et ne constituait pas non plus un mauvais traitement au sens de l'article 3<sup>134</sup>. Elle n'en a pas moins conclu qu'étant donné les circonstances particulières de l'affaire (la longueur de la période de détention préalable à l'exécution, les conditions régnant dans le quartier des condamnés à mort, l'âge et l'état mental du requérant, la possibilité d'extradition vers l'Allemagne), il existait des « motifs sérieux et avérés de croire » que Jens Soering courrait un « risque certain » de subir un traitement contraire à l'article 3 s'il était renvoyé vers l'État requérant<sup>135</sup>. La Cour a également précisé que dans les affaires de ce type, c'est la responsabilité de l'État d'envoi qui est engagée, jamais celle de l'État d'accueil<sup>136</sup>. Le critère utilisé dans l'affaire *Soering* a été étendu à des situations où un étranger fait l'objet d'un arrêté d'expulsion et où le traitement auquel il peut s'attendre dans le pays de destination semble devoir mettre ses jours véritablement en danger en lui faisant courir un risque différent de celui associé à la vie dans le quartier des condamnés à mort, comme l'absence

de soins médicaux ou un état d'extrême pauvreté. Dans tous ces cas, la Commission et la Cour ont toutes deux examiné la question au regard de l'article 2 en tant qu'elle comporte des aspects « indissociables du fond » de l'article 3, mais ont choisi de trancher ces affaires en s'autorisant de l'article 3<sup>137</sup>.

Les organes de Strasbourg ont interprété l'exigence de « motifs sérieux et avérés » comme voulant dire qu'il existe des raisons plausibles de croire que l'expulsion va avoir lieu, la question étant donc de savoir si l'expulsion est certaine et imminente et si le pays de destination infligera un tel traitement à la personne visée<sup>138</sup>. En particulier, la Cour estime que la simple éventualité de mauvais traitements n'est pas suffisante et que la personne concernée doit avoir été plus particulièrement ciblée dans un contexte de violence généralisée<sup>139</sup>. Elle considère également comme entrant en ligne de compte le risque d'être envoyé dans un (premier pays ou) pays tiers<sup>140</sup>. Lorsqu'elle examine l'élément du « risque certain », la Cour juge qu'un tel risque existe lorsque « les conséquences prévisibles » de la décision d'expulsion prise par la Partie contractante sont que le requérant subira un traitement contraire à l'article 3 dans le pays de destination final. En évaluant cette prévisibilité, la Cour exige un niveau de preuve important, en particulier dans les affaires touchant la sécurité nationale<sup>141</sup>. Dans les affaires concernant des victimes de tortures, elle a récemment estimé que les « incohérences et contradictions entre les dépositions des requérants et celles de leurs témoins ... n'affect[aient] pas en [elles-mêmes] la crédibilité des témoignages »<sup>142</sup>.

Une fois établie l'existence de « motifs sérieux » et d'un « risque certain », encore faut-il déterminer que les mauvais traitements atteignent un seuil de gravité minimal pour relever de l'article 3. La Cour a considéré que :

« [l']appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, et notamment de la nature et du contexte du traitement ou de la peine ainsi que de ses modalités d'exécution, de sa durée, de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime »<sup>143</sup>.

Pour la Cour, la distinction entre traitement dégradant et torture est essentiellement une affaire d'intensité de la souffrance infligée. Dans l'affaire *Irlande c/ Royaume-Uni*, la Cour a défini la torture comme « des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances »<sup>144</sup>. Jusqu'à présent, la Cour n'a constaté que quatre cas de torture<sup>145</sup>.

Dans l'arrêt de principe concernant *Selmouni c/ France*, affaire de mauvais traitements infligés à un étranger placé en garde à vue, la Cour a estimé que l'article premier de la Convention des Nations Unies contre la torture (1984) s'appliquait à l'appréciation du traitement subi, en particulier l'exigence selon laquelle « une douleur ou des souffrances aiguës » sont « intentionnellement infligées »<sup>146</sup>. Elle a ensuite estimé que « le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques », dont l'article 3 figure parmi les plus fondamentales<sup>147</sup>. La Cour n'a pas encore fait référence à la « torture » dans les affaires d'expulsion, s'appuyant en général sur la notion de traitements inhumains ou dégradants<sup>148</sup>. Pour que la peine ou le traitement soient considérés comme inhumains ou dégradants, la souffrance ou l'humiliation en question doit, en tout état de cause, aller au-delà de l'élément inévitable de la souffrance ou du traitement liés à une peine légitime<sup>149</sup>. Il s'ensuit que, dans les affaires d'expulsion, les organes de Strasbourg ont jugé que l'article 3 s'appliquait en raison de l'effet cumulé de mauvais traitements qui, pris isolément, n'atteindraient pas le seuil minimal de gravité exigé par l'article 3. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *D. c/ Royaume-Uni*, la Cour a-t-elle souligné les « circonstances exceptionnelles » et « des considérations humanitaires impérieuses qui sont en jeu » avant de conclure que l'expulsion vers un pays où l'absence de soins médicaux aurait pour effet de réduire encore davantage l'espérance de vie d'un requérant souffrant du sida constituait une violation de l'article 3<sup>150</sup>. Dans l'affaire *B.B. c/ France*, la Commission a indiqué dans son rapport que devoir faire face seule à une maladie telle que le sida à un stade avancé constituerait pour une personne un traitement dégradant<sup>151</sup>, mais a débouté un autre requérant dont la maladie n'avait pas encore atteint un stade avancé<sup>152</sup>. Dans l'affaire *Tanko c/ Finlande*, la Commission a admis que l'exécution d'un arrêté d'expulsion qui aboutirait à faire courir au requérant le risque de perdre la vue au motif que le pays de destination ne disposait pas des établissements de soins ou, éventuellement, des moyens opératoires dont il aurait besoin pourrait, en principe, constituer une violation de l'article 3<sup>153</sup>. Et dans l'affaire *Fadele c/ Royaume-Uni*, la Commission a considéré que l'extrême pauvreté et les mauvaises conditions de vie dans le pays de destination pourraient également soulever une question sur le terrain de l'article 3<sup>154</sup>.



2. La deuxième situation qui peut soulever un problème au regard de l'article 3 de la Convention est représentée par les cas où un étranger fait l'objet d'une expulsion en chaîne. La Commission a pris acte de bonne heure de cette situation : dans certains cas, l'expulsion en chaîne d'un étranger dépourvu de pièces d'identité ou de titre de voyage et dont l'État d'origine est inconnu ou refuse de le réadmettre sur son territoire peut soulever un problème sous l'angle de l'article 3<sup>155</sup>. On a depuis, au moins en Europe, édicté des règles concernant le risque d'expulsion en chaîne dans le cadre d'accords de réadmission, de la Convention de Schengen (voir désormais le protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne) et de la Convention de Dublin dans le cas des demandeurs d'asile, en vue de réduire le phénomène du « *refoulement en chaîne* »<sup>156</sup>. Mais les résultats laissent à désirer et l'expulsion en chaîne des étrangers continue de susciter des préoccupations au regard de l'article 3. C'est particulièrement le cas lorsque l'on considère que, dans le processus d'éloignement, l'étranger court le risque d'être envoyé dans un pays tiers « peu sûr ». La définition du « pays sûr » a été examinée par les ministres de l'Union européenne chargés des questions d'immigration dans la Résolution relative à une approche harmonisée des questions concernant les pays tiers d'accueil<sup>157</sup>. Il a été convenu que, pour être considéré comme sûr, un pays devait remplir toutes les conditions ci-après :

- la vie et la liberté de la personne de retour ne sont pas menacées dans le pays tiers sur la base des motifs dont il est question dans la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés,
- la personne ne doit se voir infliger aucune torture ni aucun traitement inhumain ou dégradant pour quelque raison que ce soit,
- la personne bénéficiait d'une protection dans le pays tiers ou a eu la possibilité de demander une protection,
- la personne jouit d'une protection effective dans le pays tiers contre le *refoulement*.

La Cour s'est prononcée sur cette question dans l'affaire *T.I. c/ Royaume-Uni*, lorsqu'elle a étendu l'obligation de non-expulsion au regard de l'article 3, considéré à la lumière de l'article premier, aux affaires de « renvoi indirect ... vers un pays intermédiaire qui est aussi une Partie contractante », rappelant par là même aux États membres de l'Union européenne leur obligation juridique d'assurer la protection des droits

garantis par la Convention quels que soient leurs engagements en droit communautaire<sup>158</sup>.

3. La troisième situation est celle dans laquelle se trouve un étranger qui fait l'objet d'un arrêté d'expulsion, mais dont l'état de santé ne lui permet pas de voyager ou qui subit des mauvais traitements pendant l'expulsion. Très tôt, la Commission a considéré que l'expulsion d'un étranger dont la vie est mise en danger pendant son transfert, par exemple dans le cas d'une grève de la faim, pourrait soulever un problème au regard de l'article 2 ou 3, ce même si la personne concernée s'est mise, de propos délibéré, dans la situation où elle court ledit danger<sup>159</sup>.

4. La quatrième situation concerne la modalité d'exécution de l'expulsion. L'article 3, en particulier, a été invoqué dans plusieurs affaires de mauvais traitements subis par un étranger placé en garde à vue préalablement à une expulsion ou « en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci »<sup>160</sup>. La Cour considère depuis longtemps que le fait d'infliger des souffrances physiques et mentales aiguës constitue un traitement inhumain et que tout comportement visant à susciter chez la victime un sentiment de peur, de désarroi et d'infériorité susceptible de l'humilier et de la dévaloriser et, éventuellement, de briser sa résistance physique ou morale constitue un traitement dégradant<sup>161</sup>. Ainsi, dans le contexte de la détention, la Commission a-t-elle considéré que le fait pour les forces turques de refuser aux personnes qu'elles détenaient la nourriture, l'eau et les soins médicaux était un traitement inhumain<sup>162</sup>. Et dans l'affaire *Herczegfalvy c/ Autriche*, elle a conclu qu'un traitement contraire à l'article 3 pouvait découler non seulement d'allégations spécifiques, mais aussi de l'effet cumulé des conditions de détention<sup>163</sup>. Dans l'affaire *Ribitsch c/ Autriche*, affaire de garde à vue, la Cour a estimé qu'il ne fallait recourir à la force qu'en cas de « nécessité absolue » ; à défaut, le traitement serait considéré comme attentatoire à la dignité de la personne humaine et violerait l'article 3<sup>164</sup>. Il s'ensuit que le recours inutile et disproportionné à la force – coups de poing et de pied, mais aussi application d'adhésif sur la bouche et sur le nez, voire administration de médicaments, etc. par les fonctionnaires de la police et de l'immigration pendant l'exécution d'un arrêté d'expulsion ou d'extradition – pourrait constituer

une violation de l'article 3. De plus, dans l'affaire *Hurtado c/ Suisse*, autre affaire de garde à vue, la Commission a jugé contraire à l'article 3 la situation d'un requérant qui avait dû porter des vêtements sales et qui n'avait reçu des soins médicaux que huit jours après son arrestation<sup>165</sup>. Et dans l'affaire *Price c/ Royaume-Uni*, la Cour a déclaré recevable la requête présentée par une personne handicapée incarcérée dont la cellule n'était pas adaptée à son handicap, c'est-à-dire qui était trop froide, dont le lit était placé trop haut et l'évier et la cuvette des cabinets inaccessibles<sup>166</sup>. Il convient donc de respecter également l'exigence d'un niveau minimal d'hygiène et de soins médicaux suffisants pendant l'exécution d'un arrêté d'expulsion ou d'extradition. En outre, la Cour a récemment considéré qu'« une plus grande fermeté [s'imposait] dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »<sup>167</sup>. Ainsi, s'agissant de violences physiques et psychologiques infligées à une personne pendant sa garde à vue, la Cour a décidé de se référer à la définition de la torture figurant à l'article premier de la Convention des Nations Unies contre la torture, c'est-à-dire une douleur ou des souffrances aiguës intentionnellement infligées à une personne. Elle a conclu que « les actes de violence physique et mentale commis sur la personne du requérant ... ont provoqué des douleurs et des souffrances "aiguës" et revêtent un caractère particulièrement grave et cruel. De tels agissements doivent être regardés comme des actes de torture au sens de l'article 3 de la Convention » (affaire *Selmouni*)<sup>168</sup>. Ainsi tout acte de violence commis pendant la garde à vue peut-il, aujourd'hui, être assimilé à la torture, même si, dans le passé, un tel traitement n'a pas toujours atteint ce seuil et était alors assimilable à un traitement inhumain ou dégradant<sup>169</sup>.

La protection contre les mauvais traitements pendant la garde à vue dans le cadre de l'article 3 de la Convention est complétée par la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (1987)<sup>170</sup>. Cet instrument crée un système de prévention dans le cadre duquel un comité d'experts indépendant est autorisé à se rendre dans les lieux publics de détention (commissariats de police, prisons, centres de détention, zones de transit des aéroports, etc.) et à rendre compte des conditions de détention et du traitement des détenus « en vue de renforcer ... leur protection contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants »<sup>171</sup>. Les deux systèmes de protection sont néanmoins distincts : une conclusion négative du Comité contre la

torture ne veut pas nécessairement dire que la Cour jugera qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention<sup>172</sup>.

Toutes les affaires d'expulsion relevant de l'article 3 (ou de l'article 2) comportent un élément essentiel d'urgence. Il peut y avoir lieu de prendre les mesures provisoires de protection prévues par le règlement intérieur de la nouvelle Cour (article 39)<sup>173</sup>. L'article en question est clairement conçu pour faire face aux situations d'urgence. Les mesures provisoires ne peuvent être accordées que par (un Comité de) la nouvelle Cour (et non plus par la Commission) dans les affaires dans lesquelles l'étranger peut prouver qu'un préjudice « irréparable » ou « irréversible » se produirait s'il était expulsé avant qu'il n'ait été statué sur son cas. Le caractère « irréparable » ou « irréversible » du préjudice est difficile à prouver car la Cour exige un certain degré de plausibilité (c'est-à-dire des preuves factuelles ou matérielles) permettant de conclure que le requérant risquerait de subir des mauvais traitements s'il était renvoyé dans son pays d'origine avant qu'elle n'ait statué sur son cas<sup>174</sup>. Les demandes de mesures provisoires ont un caractère suspensif dans toutes les affaires d'expulsion. Ces mesures ne sont généralement pas juridiquement contraignantes, mais l'autorité qui les adopte est habilitée à convaincre les États qu'elles sont à la fois nécessaires et souhaitables. À de rares exceptions près, les États concernés se conforment à ces mesures<sup>175</sup>.

Les affaires d'expulsion soulèvent également la question de la « satisfaction équitable à la partie lésée » prévue à l'article 41 de la Convention. La jurisprudence de la Cour montre que celle-ci accorde généralement cette satisfaction en indiquant dans son arrêt que l'État serait responsable d'une violation de l'article 3 s'il expulsait l'étranger et/ou que l'État concerné est responsable d'une application fautive des garanties procédurales associées à la notion d'obligation positive découlant de l'article 3. Les États se sont conformés de bien des façons différentes à ces arrêts. Le Royaume-Uni, par exemple, a généralement annulé l'arrêté d'expulsion et a autorisé l'étranger à rester dans le pays pour des raisons exceptionnelles en lui délivrant une autorisation exceptionnelle de séjour<sup>176</sup>. En Autriche, toutefois, les étrangers autorisés à rester dans le pays à la suite de l'annulation de l'arrêté d'expulsion les concernant en application de l'article 3 se sont vu refuser l'octroi d'un permis de séjour et le droit de travailler<sup>177</sup>. Il est à regretter que la Cour se soit, jusqu'à présent, montrée peu disposée à faire de la protection sociale minimale l'un des motifs pour lesquels elle peut accorder une

« satisfaction équitable » en vertu de l'article 41<sup>178</sup>. Heureusement, nombre d'affaires ne donnent pas lieu à un arrêt de la Cour et sont rayées du rôle car les gouvernements acceptent d'annuler l'arrêté d'expulsion et d'accorder un statut quelconque au requérant<sup>179</sup>.

### *Moyens de subsistance minimaux au sens des articles 2 et 3*

L'article 2 peut également être invoqué en ce qui concerne l'accessibilité des moyens de subsistance minimaux pour « toute personne », y compris les étrangers, dans le pays de résidence, mais ces affaires n'ont, jusqu'à présent, guère suscité l'enthousiasme des organes de Strasbourg. Ainsi, par exemple, la Cour a déclaré irrecevable un recours formé contre l'Italie par un ressortissant iraquien qui avait été grièvement blessé par une mine (alors qu'il effectuait une mission de déminage) fabriquée en Italie et vendue par ce pays à l'Irak<sup>180</sup>. Cette attitude prudente pourrait peut être changer à la suite de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Osman c/ Royaume-Uni*, qui n'était pas, il est vrai, une affaire d'immigration<sup>181</sup>. Dans cette affaire, le requérant a prétendu que le Royaume-Uni avait attenté à son droit à la vie parce que la police savait ou aurait dû savoir que le requérant et sa famille étaient menacés par un certain Paget-Lewis. M. Paget-Lewis avait tué par balle le mari de la première requérante et blessé le deuxième requérant. Interprétant le membre de phrase « La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement » (article 2.1), la Cour a considéré que l'article 2 impose à « l'État non seulement [de] s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière mais aussi [de] prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction »<sup>182</sup>. Elle a ensuite expliqué que, dans certaines circonstances, cela entraînerait pour les autorités « l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui »<sup>183</sup>. Et la Cour a conclu qu'il « suffit au requérant de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance »<sup>184</sup>. De la sorte, la Cour a admis que l'État pouvait avoir violé l'article 2 même sans avoir commis une faute lourde ou avoir volontairement négligé de s'acquitter de l'obligation qui lui incombait de protéger la vie. Selon ce principe, il n'est pas exclu qu'un État pourrait devenir responsable en vertu de l'article 2 de la Convention s'il privait un individu de son droit fonda-

mental à des moyens de subsistance. Cette interprétation extensive est déjà admise dans des pays comme l'Inde, où les tribunaux considèrent désormais que la disposition de la Constitution régissant la protection du droit à la vie englobe non seulement la liberté de ne pas être tué, mais aussi le droit à la nourriture, à la sécurité sociale, et même à l'approvisionnement en électricité.

Il est également possible de se prévaloir de l'article 3 pour apprécier la norme minimale de traitement des étrangers autorisés à demeurer sur le territoire d'un État membre du Conseil de l'Europe (par exemple au motif que l'expulsion serait contraire à l'article 3). Cela étant, la Cour a, jusqu'à présent, refusé d'étendre à ces cas le champ d'application de l'article 3 en matière de protection des étrangers<sup>185</sup>. Ainsi les États restent-ils libres, au regard de l'article 3, de refuser d'accorder un permis de séjour, le droit de travailler ou une protection sociale minimale aux étrangers autorisés à demeurer sur leur territoire. Toutefois, comme je l'ai déjà indiqué, les articles 3 et 5 exigent tous les deux que les étrangers placés en garde à vue bénéficient d'une norme minimale de traitement. De plus – on y reviendra plus loin –, d'autres dispositions de la Convention, en particulier les articles 6, 8, 13 et 14, prévoient certaines normes à respecter s'agissant du traitement des étrangers autorisés à demeurer sur le territoire d'un État membre en application de l'article 3.

### *Refus d'admission ayant un caractère discriminatoire au regard de l'article 3*

Dans certains cas, la discrimination peut être si grave qu'elle constitue en elle-même (et sans référence à l'article 14) un traitement dégradant contraire à l'article 3. Le principe en a été affirmé à l'occasion du refus d'admission de nationaux d'un État dans les affaires appelées *East African Asians*, dans lesquelles la Commission a considéré que la discrimination raciale « pouvait, dans certaines circonstances, représenter par elle-même un traitement dégradant au sens de l'article 3 »<sup>186</sup>. Le degré de gravité du traitement dans ce cas précis s'est trouvé résulter de l'effet cumulé de plusieurs facteurs, parmi lesquels le fait que les requérants ne pouvaient plus continuer de résider régulièrement en Afrique et que, étant ressortissants britanniques, ils n'avaient nulle part ailleurs où aller au cas où le Royaume-Uni leur refuserait l'admission. Cette opinion a été confirmée dans l'affaire *Abulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, encore que

la Cour ait introduit une nouvelle exigence, à savoir celle de prouver que la discrimination était intentionnelle, pour que celle-ci puisse représenter une violation de l'article 3<sup>187</sup>. La Commission a mis l'accent, dans les *East African Asians Cases*, sur les « circonstances spéciales » de l'affaire, mais Harris et al. rejettent l'idée que des « cas plus ordinaires de discrimination raciale ne constitueraient pas un traitement dégradant contrevenant à l'article 3 »<sup>188</sup>. Ils font également valoir que la discrimination fondée sur d'autres motifs que la race peut également être dégradante et contraire à l'article 3 en raison du fait que l'article 14 a prévu une protection spéciale contre pareille discrimination<sup>189</sup>. Selon une argumentation similaire, la Commission a estimé que l'article 3 (considéré à la lumière de l'article 14) était applicable au cas des tsiganes, dont la nationalité peut être incertaine et qui se voient, de ce fait, refuser la délivrance de pièces d'identité et sont forcés de quitter un territoire parce qu'ils ne peuvent produire aucun document personnel<sup>190</sup>.

#### *Non-respect d'une exigence procédurale*

La Cour a également considéré que le non-respect d'un élément procédural de l'article 3 pouvait, en soi, entraîner une violation de l'article 3<sup>191</sup>. Dans l'affaire *Selmouni c/ France*, par exemple, elle a commencé par confirmer sa jurisprudence selon laquelle l'article 3 crée pour les États à la fois une obligation négative et une obligation positive. Elle a ensuite indiqué que l'« obligation positive » impose à l'État qui est accusé de violer l'article 3 (ou tout autre article, comme l'article 2 ou l'article 5) d'ouvrir immédiatement une enquête officielle et efficace visant à identifier et à punir les auteurs de la violation et lui impose de permettre au requérant d'en suivre la progression<sup>192</sup>. Il s'ensuit que le non-respect d'une obligation procédurale propre à l'article 3 (ou à l'article 2) peut entraîner une violation de l'article 3 (ou 2) de la même façon que s'il s'agissait du non-respect de l'obligation de fond. Ainsi l'affaire *Selmouni c/ France* confirme-t-elle la possibilité d'une « double violation » d'une disposition de la Convention, en l'occurrence de l'article 3<sup>193</sup>. On voit que les garanties procédurales indissociables de l'article 3 (ou 2) ont pour effet de renforcer le droit à un recours effectif prévu à l'article 13 de la Convention.

#### *Droit à un recours effectif*

Vu que les procédures d'expulsion et d'extradition demeurent en dehors du champ d'application de l'article 6 de la Convention et que l'article premier

du Protocole n° 7 ne s'applique qu'aux étrangers résidant régulièrement sur le territoire d'un État contractant, il s'est avéré que l'article 13 est une disposition importante en ce qu'elle offre aux étrangers certaines garanties procédurales<sup>194</sup>. Il stipule que « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ». Ainsi l'article 13 impose-t-il aux États une obligation plus générale d'octroyer un recours effectif que l'article 6, et la Cour, lorsqu'elle doit choisir, décide souvent d'examiner la plainte sous l'angle de l'article 13<sup>195</sup>. La raison d'être de l'article 13 est d'assurer, au niveau national, un recours pour faire reconnaître la substance des droits et libertés garantis par la Convention, quelle que soit la forme prise par le recours dans l'ordre juridique interne<sup>196</sup>. Les étrangers n'ont pas droit à l'octroi d'un recours effectif contre toute décision en matière d'admission, d'établissement ou d'expulsion car la Convention ne garantit pas un tel droit (le droit d'être admis, de s'établir ou de ne pas être expulsé). Ainsi un étranger ne peut-il revendiquer un droit à l'octroi d'un recours effectif en droit interne contre une décision signifiant un refus d'admission ou d'établissement ou une décision en matière d'expulsion que s'il fait valoir que la décision en question viole un droit reconnu dans la Convention, tel que ceux prévus par les articles 2, 3 ou 8, et il doit présenter la revendication et l'allégation en même temps. L'article 13 n'exige pas qu'une violation par l'autorité nationale soit effectivement constatée avant qu'un recours ne devienne effectif. On voit que même si, à l'issue de la procédure, la Cour conclut à l'absence de violation de la Convention, l'État défendeur n'en a pas moins été obligé d'octroyer un recours effectif pour l'examen de la violation présumée<sup>197</sup>. Selon la Cour, l'article 13 ne requiert pas l'existence d'une voie de recours en droit interne au titre de toute requête qu'un particulier pourrait présenter en application de la Convention ; la requête doit être « défendable »<sup>198</sup>. La Cour considère les critères de « défendabilité » (article 13) et « manifestement mal fondée » (article 35.3) comme conceptuellement différents ; toutefois, elle applique le même seuil au regard de ces deux critères<sup>199</sup>. Il découle de cette interprétation qu'un étranger n'aurait droit à l'octroi d'un recours effectif contre une décision d'expulsion que si son allégation portant sur une violation présumée de la Convention est défendable, c'est-à-dire jugée manifestement fondée par une autorité nationale.

Selon la Cour, pour être effectif dans l'ordre juridique interne, un recours doit être conforme à trois critères<sup>200</sup>.



- Premièrement, il doit exister au plan institutionnel<sup>201</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Aydin c/ Turquie*, affaire concernant le viol présumé d'une détenue, les mauvais traitements qu'elle aurait subis et le fait que les autorités n'auraient pas procédé à une enquête effective sur la plainte selon laquelle elle avait été torturée de cette façon, la Cour a déclaré que « pour qu'une enquête sur une allégation de viol commis en garde à vue par un agent de l'État soit approfondie et effective, il faut aussi que la victime soit examinée, avec tous les égards nécessaires, par des médecins possédant des compétences particulières en ce domaine et dont l'indépendance ne soit pas limitée par des instructions données par les autorités de poursuite quant à la portée de l'examen qu'ils doivent pratiquer »<sup>202</sup>.
- Deuxièmement, pour être effectif, un recours doit être adéquat, c'est-à-dire qu'il doit être organisé de façon à permettre à l'instance nationale compétente de traiter de la substance de la plainte et d'accorder une réparation appropriée. Toutefois, les États ont toute latitude pour choisir la forme particulière que le recours doit prendre. La Cour n'en a pas moins fixé des lignes directrices dans le contexte spécifique de l'article 3. Dans l'affaire *Chahal c/ Royaume-Uni*, affaire concernant l'expulsion vers l'Inde de six Sikhs séparatistes pour des raisons de sécurité nationale, la Cour a estimé que « vu le caractère irréversible du dommage pouvant se produire si le risque de mauvais traitements se concrétisait et vu l'importance que la Cour attache à l'article 3, la notion de recours effectif au sens de l'article 13 exige d'examiner en toute indépendance l'argument qu'il existe des motifs sérieux de redouter un risque réel de traitements contraires à l'article 3. Cet examen ne doit pas tenir compte de ce que l'intéressé a pu faire pour justifier une expulsion ni de la menace à la sécurité nationale éventuellement perçue par l'État qui expulse »<sup>203</sup>. La Cour a estimé que ces garanties n'existaient pas dans l'affaire *Chahal*, et a conclu que « [a]u contraire, la méthode suivie par les tribunaux a été de se convaincre que le ministre [de l'intérieur] avait mis dans la balance le danger que M. Chahal représentait pour la sécurité nationale »<sup>204</sup>. Ainsi, dans le contexte de l'article 3, pour qu'un recours soit adéquat, il faut que l'instance nationale soit en mesure d'apprécier l'élément de risque essentiellement en ce qui concerne

les faits dont l'État avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance au moment de l'expulsion.

- Troisièmement, pour être effectif, un recours doit être accessible à l'intéressé. Dans le cadre d'un recours contre l'expulsion au sens de l'article 13 considéré à la lumière de l'article 3, cela signifie deux choses : le demandeur d'asile débouté doit avoir accès à la procédure d'appel, c'est-à-dire qu'il doit être en mesure de former ce recours en tant que partie<sup>205</sup>, et le recours doit avoir un caractère suspensif<sup>206</sup>.

En application du principe général de la bonne foi, ces principes représentent autant de garanties auxquelles les États membres doivent absolument se référer lorsqu'ils appliquent leurs propres règles de procédure, soit en les intégrant à la législation nationale, soit en les appliquant dans la pratique nationale.

En bref, en ce qui concerne la protection contre l'expulsion, la Cour refuse d'accorder la moindre attention à la « personne » ; la nationalité et le comportement du requérant n'entrent manifestement pas en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence d'une violation de l'article 2 ou de l'article 3 au regard de la Convention<sup>207</sup>. La Cour ne prend en considération que l'appréciation du traitement redouté par le requérant et applique les principes fixés il y a une dizaine d'années aux données de chaque cause. La Convention est devenue un important instrument de protection contre l'expulsion. Toutefois, la Cour n'est pas disposée à élargir la portée de la protection prévue à l'article 3 (ou 2) pour englober le droit à un statut juridique, y compris le droit à des moyens minimaux de subsistance. Il s'ensuit que l'intégration des étrangers dans les États membres du Conseil de l'Europe est toujours laissée, pour l'essentiel, à l'appréciation de ces États. Comme N. Blake l'a indiqué, non seulement il importe d'élaborer un statut juridique, mais la Convention a les moyens de le faire<sup>208</sup>.

### ***Droits assortis de réserves***

Les droits assortis de réserves sont des droits qui peuvent être limités par l'exercice d'autres droits ou par les besoins de la société. Les réserves dont les droits peuvent faire l'objet peuvent s'expliquer de la façon suivante<sup>209</sup> :

- toute restriction apportée à un droit doit être prévue par la loi ;

- la restriction doit se justifier par l'un des buts expressément reconnus dans la Convention ;
- il faut prouver que la restriction est « nécessaire dans une société démocratique », c'est-à-dire qu'elle répond à un besoin social impérieux, et il doit exister une relation raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi ;
- en outre, la restriction doit être conforme à la clause de non-discrimination.

Les droits assortis de réserves reconnus par la Convention les plus ordinaires sont le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8), la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9), la liberté d'expression (article 10) et la liberté de réunion et d'association (article 11). Parmi les autres droits assortis de réserves, citons le droit au mariage (article 12), le droit à l'instruction (article 2 du Protocole n° 1) et la liberté de circulation (article 2 du Protocole n° 4). L'article 8 est, parmi ces droits, celui qui présente manifestement le plus d'intérêt pour les étrangers.

### *Vie privée et familiale au sens de l'article 8*

L'article 8 de la Convention garantit à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale<sup>210</sup>. La Commission et la Cour ont initialement reconnu l'utilité et l'applicabilité de l'article 8 de la Convention dans le cas des étrangers demandant à être admis sur le territoire d'une Partie contractante afin de rejoindre leurs épouses respectives qui y résidaient déjà régulièrement<sup>211</sup>. Ce principe a été étendu au cas de mineurs demandant leur admission sur le territoire d'une Partie contractante afin d'y rejoindre leurs parents<sup>212</sup>. La Cour s'est fondée pour la première fois sur l'article 8 à propos d'une situation d'expulsion à l'occasion de l'affaire *Berrehab c/ Pays-Bas*<sup>213</sup>. Elle a fait de même dans plusieurs autres affaires, telles que l'affaire *Moustaquim c/ Belgique*<sup>214</sup>. Enfin, la Cour a même reconnu l'applicabilité de l'article 8 à des affaires concernant la France, c'est-à-dire l'expulsion permanente du territoire français<sup>215</sup>. Ainsi l'article 8 impose-t-il de réelles restrictions à la liberté d'action d'une Partie contractante en ce qui concerne l'éloignement ou le refus d'admission d'un étranger. Face à cette question délicate, la Cour a considéré que ces restrictions ne « comporta[ient pas] pour un État l'obligation générale de respecter le

choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire »<sup>216</sup>.

Les principes appliqués par la Cour dans l'appréciation de l'étendue des obligations découlant pour les États de l'article 8 ont été récapitulés dans l'affaire *Gül c/ Suisse* de la façon suivante :

La Cour rappelle que l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Il peut engendrer, de surcroît, des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale. La frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'État au titre de cette disposition ne se prête toutefois pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables. Dans les deux cas, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble ; de même, dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation.

Il s'agit en l'espèce d'un litige ayant trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration. Or l'étendue de l'obligation, pour un État, d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés dépend de la situation des intéressés et de l'intérêt général. D'après un principe de droit international bien établi, les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol.

De plus, en matière d'immigration, l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire. Afin d'établir l'ampleur des obligations de l'État, il convient d'examiner les différents éléments de la situation<sup>217</sup>.

Au-delà du cadre offert par ces principes, on ne dispose pas de critères spécifiques devant régir l'application de l'article 8<sup>218</sup>. La Cour procède au cas par cas et l'examen de la jurisprudence montre qu'elle le fait systématiquement. Dans chaque litige dont elle est saisie, elle commence par chercher à établir l'existence d'une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8.1, avant de se demander si cette ingérence peut se justifier comme étant « nécessaire dans une société démocratique » au sens de l'article 8.2, en tenant compte de l'ample marge d'appréciation dont jouissent les États pour ce qui est de se conformer à la Convention.

L'article 8 protège tant la vie privée que la vie familiale, mais pendant des années, l'approche de la Cour a consisté à statuer exclusivement sur la base de la vie familiale au sens de l'article 8.1, tout en se référant implicitement aux éléments de la vie privée lorsqu'elle examinait le critère de la

« nécess[ité] dans une société démocratique » au sens de l'article 8.2<sup>219</sup>. À cet égard, elle a accepté de donner une interprétation assez extensive de la notion de famille<sup>220</sup>. Elle a, jusqu'à présent, admis expressément l'existence d'une vie familiale entre les membres de la famille nucléaire, à savoir les époux, les parents et leurs enfants mineurs<sup>221</sup>. Elle semble également avoir implicitement déduit l'existence d'une vie familiale des liens entre parents proches dans le cadre du regroupement familial concernant un étranger<sup>222</sup>. Le litige *Chorfi c/ Belgique* constitue le premier exemple dans lequel la Cour a décidé d'examiner la pertinence de l'article 8.1 au regard de la vie privée et familiale. Elle a alors considéré qu'une « vie privée ... englobe le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel et commercial »<sup>223</sup>.

Il ne fait pas de doute pour la Cour que « l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics » ; en d'autres termes, l'État ne doit pas s'ingérer dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale ; il n'en dispose pas moins d'une ample marge d'appréciation<sup>224</sup>. Pour la Cour, le refus d'une Partie contractante d'admettre sur son territoire un individu cherchant à y rejoindre un membre de sa famille ou l'éloignement d'un individu du territoire d'une Partie contractante entraînant la désintégration de la vie familiale ne peut constituer une « ingérence » que si trois conditions sont réunies. Premièrement, il doit y avoir une vie familiale effective. Deuxièmement, l'État contre lequel la procédure a été engagée doit effectivement être l'auteur de la violation<sup>225</sup>. Troisièmement, il doit exister des obstacles contre la poursuite d'une vie familiale normale ailleurs, y compris dans le pays d'origine de l'étranger. L'approche retenue par la Cour au sujet de la question de savoir s'il est raisonnable d'attendre d'étrangers qu'ils développent une vie familiale normale ailleurs est particulièrement restrictive à l'égard des étrangers qui cherchent à être admis aux fins de fonder une famille, c'est-à-dire dans le cas où les membres de la famille n'ont jamais vécu ensemble ou ont vécu séparés pendant longtemps. La Cour s'en tient systématiquement au principe selon lequel l'article 8 ne peut s'interpréter comme comportant pour les États l'obligation de respecter le choix, par des immigrants, de leur résidence et de permettre le regroupement familial sur leur territoire. Elle entreprend ensuite, dès qu'il s'agit d'établir l'existence d'une ingérence, de mettre en balance le droit du requérant au respect de sa vie familiale et le droit de l'État de contrôler l'immigration. Il s'ensuit qu'elle n'a encore constaté l'existence d'aucune ingérence<sup>226</sup>. La Cour a

adopté une approche plus libérale à l'égard des étrangers se trouvant déjà sur le territoire d'un État membre. Elle considère habituellement que l'acte d'expulsion ou d'exclusion permanente d'un territoire constitue en soi une ingérence, pour autant que l'acte soit certain et immédiatement exécutoire<sup>227</sup>. Et à la différence des litiges ayant trait à l'admission, la Cour met habituellement en balance les droits de l'individu et l'intérêt de la société une fois constaté que l'État concerné n'a pas tenu compte du droit de l'individu au respect de sa vie privée et familiale, c'est-à-dire uniquement lorsqu'elle examine la question de savoir si l'ingérence est « nécessaire dans une société démocratique » au sens de l'article 8.2<sup>228</sup>.

Il est à regretter que la Cour n'ait pas expliqué de manière convaincante pourquoi elle opérerait une distinction entre les litiges ayant trait à l'admission et les litiges ayant trait à l'éloignement d'étrangers : pareille distinction semble en effet difficile à faire accepter dans la pratique. Le fait pour un État membre de refuser d'admettre un membre de la famille, en particulier un enfant, sur son territoire laisse à penser que l'État en question compte bien que la personne résidant régulièrement sur son territoire devra regagner son pays d'origine. Dans ces conditions, il semble extraordinaire que la Cour ait choisi de traiter ces litiges de façon différente<sup>229</sup>. Il s'ensuit que dans les litiges ayant trait à l'admission, l'ingérence ne sera établie que si l'individu prouve que l'État a abusé de sa marge d'appréciation. Cette preuve est difficile à apporter lorsque les membres de la famille ne vivent pas même ensemble et que l'individu demandant l'autorisation d'entrée a plus de liens avec le pays d'origine qu'avec celui dans lequel résident les autres membres de sa famille. La charge de la preuve est moindre dans les affaires d'expulsion. En effet, l'intéressé vit déjà avec sa famille dans le pays en question. L'ingérence n'est alors pas difficile à prouver. C'est seulement dans ces cas-là que la Cour examine attentivement tous les facteurs liant l'individu à l'État de résidence en les mettant en balance avec la « nécessité sociale pressante ».

En vertu de l'article 8.2, le droit au respect de la vie privée et familiale n'est pas illimité. L'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit peut bel et bien être justifiée si elle est « prévue par la loi » et est « nécessaire dans une société démocratique », c'est-à-dire est proportionnée au but légitime poursuivi<sup>230</sup>. L'exigence voulant que l'ingérence soit nécessaire dans une société démocratique conduit la Cour à mettre en balance les droits de l'individu et les intérêts de la société sans perdre de

vue l'ample marge d'appréciation laissée aux autorités nationales en matière d'immigration. Dans le cas des étrangers ayant formé un recours contre leur expulsion en arguant du fait que pareille mesure les séparerait de membres de leur famille résidant déjà dans le pays, la Cour demande à l'État de prouver que l'ingérence répond à une nécessité sociale pressante et, en particulier, est proportionnée au but légitime poursuivi<sup>231</sup>. Dans les premiers litiges dont elle a eu à connaître dans ce domaine, la Cour a considéré que, lorsque des infractions graves ont été commises par des étrangers pleinement intégrés ou par des étrangers résidant depuis des années dans le pays en question, « les autres circonstances de la cause – communes aux deux requérants ou propres à l'un d'eux – suffisent à compenser cette donnée d'un poids considérable »<sup>232</sup>. Et la Cour tient tout particulièrement compte d'éléments de la vie familiale, mais aussi de la vie privée, comme la longueur du séjour en question. Ainsi a-t-elle été souvent amenée à considérer que l'ingérence était disproportionnée dans des litiges impliquant des étrangers intégrés. Toutefois, cette approche a évolué à l'occasion de litiges récents. En particulier, la longueur du séjour dans l'État en question n'est plus considérée comme un élément suffisant pour prévenir l'expulsion<sup>233</sup>. D'autres facteurs doivent être présents, comme la solidité des liens familiaux et le fait d'être né dans le pays en question<sup>234</sup>, la gravité de l'infraction et la persistance du comportement contrevenant, l'âge du contrevenant et toute maladie ou trouble mental qu'il pourrait avoir<sup>235</sup>.

Ainsi la Cour continue-t-elle d'appliquer le principe établi dans les affaires historiques : pour autant que des liens familiaux solides existent, seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier l'expulsion d'un étranger intégré ; une infraction pénale commise dans le pays d'intégration est généralement considérée comme suffisante<sup>236</sup>. Lorsqu'elle met en balance les droits de l'individu et les intérêts de la société, la Cour semble préférer une appréciation subjective du degré de la séparation ressentie par le requérant à un critère spécifique quelconque<sup>237</sup>. Après avoir pris en considération les éléments allant dans le sens des droits des étrangers intégrés, tels que la durée du séjour, le niveau d'études et les liens sociaux et économiques, la Cour privilégie désormais d'autres éléments et en premier lieu les attaches familiales effectives et solides<sup>238</sup>. Par ailleurs, elle tient davantage compte de la gravité des infractions<sup>239</sup>. Il semble toutefois que, bien que l'article 8 protège « toute personne » contre l'ingérence d'une autorité publique, le statut officiel du requérant puisse constituer un élément indirect d'appréciation lorsque la Cour s'attache à déterminer s'il y a eu

violation de l'article 8. De fait, il découle de l'approche suivie par la Cour dans le cas des étrangers intégrés que les personnes auxquelles a été reconnu le statut de réfugié en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et les personnes qui se sont vu accorder un permis de séjour en vertu de l'article 3 de la Convention n'auraient aucun mal à convaincre la Cour que leur renvoi dans leur pays d'origine (par définition peu sûr) soit constituerait un grave obstacle au développement d'une vie familiale dans ce pays-là, soit serait disproportionné à la protection de l'intérêt de la société. Mais cela n'est, souvent, pas nécessaire. Une fois qu'elle a constaté une violation de l'article 3 de la Convention, la Cour ne juge pas utile d'enquêter sur une plainte au regard de l'article 8, et ces litiges ont, jusqu'ici, été tranchés en se fondant sur l'article 3<sup>240</sup>. La Cour n'a examiné une plainte déposée en vertu de l'article 8, en dehors du champ d'application de l'article 3, que dans deux affaires. Dans les deux cas, le requérant, qui bénéficiait d'une protection subsidiaire, demandait l'admission d'un jeune membre de sa famille. Dans les deux cas, le requérant a été débouté aux premiers stades de la procédure engagée en vertu de l'article 8.1, c'est-à-dire au motif qu'il n'y avait pas eu ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale<sup>241</sup>. La situation demeure donc incertaine dans les cas où le requérant est une personne déplacée ou le bénéficiaire d'un permis de séjour en application d'autres dispositions que l'article 3 de la Convention. Si la Cour devait jamais avoir à connaître d'un cas de ce genre au-delà du stade de l'ingérence, on pourrait dire que, vu la nature temporaire de la situation de ces personnes, elle accorderait vraisemblablement un poids plus important au contrôle du droit d'asile qu'au droit du requérant. En effet, il serait difficile d'établir l'existence d'attaches solides avec le pays de refuge. On voit que, quelque libérale que soit l'approche que la Cour en est venue à retenir à l'égard des étrangers intégrés dans les arrêts de principe, elle peut devenir tout sauf libérale dans la pratique lorsqu'elle s'applique aux personnes déplacées, aux demandeurs d'asile et autres personnes ayant besoin d'une protection. Néanmoins, les affaires récentes montrent que la Cour prête à présent davantage d'attention à la gravité des infractions et privilégie les éléments concernant la vie familiale. Cela étant, l'intérêt de l'État prévaudrait presque à coup sûr contre les droits du requérant dans les cas où des infractions graves ont été commises et où il n'existe guère d'attaches familiales dans le pays d'intégration. Dans ces situations, seuls les réfugiés et les personnes protégées en application de l'article 3 de la Convention seraient protégés



contre l'expulsion. Une personne ayant besoin d'une protection qui n'aurait pas commis d'infraction grave verrait très probablement la balance pencher en sa faveur.

*Liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté d'expression et liberté de réunion et d'association en vertu des articles 9 à 11*

Les articles 9 à 11 peuvent également soulever des questions particulières pour les étrangers dans les litiges ayant trait à l'expulsion, mais la jurisprudence est très mince à ce sujet. Comme dans le cas des autres droits et libertés garantis par la Convention, la Commission a confirmé que les articles 9 à 11 n'accordent pas aux étrangers un droit d'établissement dans un État membre du Conseil de l'Europe ; l'expulsion ne représente donc pas une ingérence dans l'exercice des libertés garanties par les articles 9 à 11<sup>242</sup>. Toutefois, le fait de refuser d'admettre un étranger ou de l'expulser peut violer ces articles s'il vise à restreindre l'exercice de leur droit à la liberté de pensée, de conscience, de religion, d'expression, de réunion et d'association. Le paragraphe 2 des articles 9 à 11 n'en reconnaît pas moins aux États le pouvoir d'imposer à l'exercice de ces libertés des restrictions qui, « prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». En outre, l'article 16 autorise les États à imposer des restrictions aux droits politiques des étrangers, nonobstant les libertés garanties par les articles 10 et 11<sup>243</sup>. De la sorte, « l'article 16 peut servir à justifier l'interdiction dans le pays d'accueil des manifestations politiques de travailleurs étrangers contre le gouvernement de leur pays d'origine au nom des bonnes relations avec les autres États »<sup>244</sup>. Toutefois, comme l'a montré l'affaire *Piermont c/ France*, la Cour est disposée à mettre en œuvre une interprétation étroite de la notion d'« étranger ». En particulier, elle a refusé d'appliquer l'article 16 à une ressortissante d'un État membre de la Communauté européenne (l'Allemagne) et membre du Parlement européen, en concluant que la mesure d'expulsion représentait une ingérence injustifiée en vertu des articles 56, 16 ou 10.2. Elle a donc conclu, au sujet de ladite mesure, que, « faute de nécessité dans une société démocratique, il y a[va]it eu violation de l'article 10 »<sup>245</sup>. De plus, l'article 9 conjugué avec l'article 16 peuvent également, au regard de l'article 14, faire l'objet de restrictions en ce qui concerne les étrangers<sup>246</sup>. Il s'ensuit que les articles 9 à

11 ne présentent qu'un intérêt limité pour les étrangers qui n'ont pas la nationalité d'un État membre de l'Union européenne. Comme l'a fait remarquer R. Cholewinski, « Les droits des non-nationaux à la liberté d'expression, de réunion et d'association ont été envisagés d'une façon plus positive dans la Convention sur la participation des étrangers à la vie publique au niveau local »<sup>247</sup>.

### *Le droit de se marier en vertu de l'article 12*

Le droit de se marier et de fonder une famille, prévu à l'article 12, est étroitement lié à la notion de vie familiale visée à l'article 8. À la différence de l'article 8, l'article 12 a été interprété de façon restrictive par les organes de Strasbourg et il s'est avéré que son application aux étrangers était limitée<sup>248</sup>. Bien que la Commission ait parfois considéré le droit de fonder une famille comme un « droit absolu », en ce sens que l'État n'est pas autorisé à porter atteinte au droit lui-même, l'exercice du droit de se marier est, en fait, subordonné aux lois nationales. Les États disposent donc d'une ample marge d'appréciation en ce qui concerne l'« exercice » du droit de se marier et de fonder une famille<sup>249</sup>. Ainsi, dans le cas d'un couple hollandais qui voulait adopter un enfant étranger, la Commission a-t-elle considéré que l'adoption relevait de l'article 12 et que, partant, les conditions imposées par les lois nationales à l'exercice du droit d'adopter pouvaient faire l'objet d'un contrôle de la part des organes de Strasbourg<sup>250</sup>. Cela dit, après avoir pris connaissance des conditions énoncées dans l'Instruction néerlandaise sur les étrangers, selon lesquelles seuls les enfants étrangers d'âge préscolaire pouvaient être placés dans une famille et la différence d'âge entre l'enfant étranger et chacun des parents potentiels ne devait pas dépasser quarante ans, la Commission a estimé que les autorités néerlandaises n'avaient pas violé le droit de fonder une famille au sens de l'article 12 eu égard à sa réglementation par la loi néerlandaise. De plus, on ne pouvait imputer aux autorités aucun traitement discriminatoire au sens de l'article 14 considéré à la lumière de l'article 12 étant donné que la différence de traitement (entre l'adoption d'un enfant étranger et un enfant hollandais) s'appuyait sur une base objective et visait un but légitime qui répondait aux intérêts des enfants étrangers placés dans des familles (à savoir que la scolarité de base de ces derniers devait leur être dispensée au même âge que les enfants hollandais afin de faciliter leur intégration).

### *Le droit à l'instruction*

Dans l'affaire *linguistique belge*, la Cour a estimé que l'article 2 du Protocole n° 1 ne faisait pas obligation aux États de créer un type quelconque d'enseignement, mais reconnaissait à toute personne relevant de la juridiction d'une Partie contractante le droit « de se servir ... des moyens d'instruction existant à un moment donné »<sup>251</sup>. Ce droit se rapporte à tous les degrés d'enseignement<sup>252</sup>. Ainsi les étrangers résidant régulièrement sur le territoire d'une Partie contractante peuvent-ils se prévaloir des moyens d'instruction existants. Ce droit n'est pas assorti « d'un droit des parents de voir l'enseignement dispensé dans une langue autre que celle du pays dont il s'agit »<sup>253</sup>. Toutefois, les parents ont le droit d'assurer l'éducation et l'enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques<sup>254</sup>. Il s'ensuit que les « membres de minorités religieuses ou philosophiques ont le droit de fonder leurs propres écoles »<sup>255</sup>. Considéré à la lumière de l'article 14 de la Convention, l'article 2 du Protocole n° 1 permet de penser que l'instruction doit être accessible aux nationaux comme aux étrangers, y compris à leurs enfants, à moins que n'existe une justification objective et raisonnable pour appliquer une différence de traitement<sup>256</sup>. Ce serait en particulier le cas lorsqu'il s'agit de faciliter l'intégration des enfants d'étrangers dans la société selon les dispositions du droit international<sup>257</sup>.

L'article 2 du Protocole n° 1 ne va pas jusqu'à garantir le droit d'admission ou d'établissement dans un pays en vue d'y recevoir une instruction. Dans l'affaire *15 étudiants étrangers c/ Royaume-Uni*, la Commission a jugé que « l'article 2, première phrase, ne confère pas à un étranger le droit de séjourner dans un pays déterminé. De plus, le "droit à l'instruction" d'un étranger est ... indépendant du droit qu'il peut avoir de demeurer dans le pays et le premier droit ne protège pas ni, à plus forte raison, ne recouvre le deuxième droit. Aussi bien, refuser l'autorisation de demeurer dans le pays ne saurait-il être considéré comme une atteinte au droit à l'instruction, mais simplement comme une mesure de contrôle de l'immigration, qui ne relève pas de l'article 2 »<sup>258</sup>. Toutefois, la Commission n'a pas exclu l'éventualité selon laquelle l'article 2 pourrait devoir être invoqué dans une affaire dans laquelle l'expulsion du requérant le priverait du droit à une instruction élémentaire dans son pays de destination<sup>259</sup>. L'article 2 ne peut pas non plus être interprété comme reconnaissant un droit d'admission sur le territoire d'une Partie contractante. À cet égard, la Commission a également rejeté

l'interprétation selon laquelle l'article 2 pourrait englober le droit d'admission en vue d'enseigner<sup>260</sup>.

### *Le droit de quitter un pays en vertu de l'article 2.2 du Protocole n° 4*

L'article 2 du Protocole n° 4 garantit le « droit de circuler librement ». La portée du paragraphe 1 de cette disposition a déjà été examinée dans le contexte des dérogations au principe de non-discrimination entre nationaux et étrangers<sup>261</sup>. Nous nous intéressons ici plus particulièrement au paragraphe 2 de l'article 2, qui dispose que « Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien ». Comme dans le cas des articles 8 à 11, les droits garantis au paragraphe 2 (mais aussi au paragraphe 1) de l'article 2 peuvent faire l'objet de restrictions qui, « prévues par la loi », sont « nécessaires dans une société démocratique » et imposées pour des motifs limités. De la même manière que les articles 8 à 11, ces restrictions sont subordonnées au principe de proportionnalité et à la doctrine de la « marge d'appréciation ». Ainsi est-il arrivé qu'un étranger régulièrement détenu sur le territoire d'une Partie contractante se soit vu refuser l'autorisation de quitter le pays, pendant le déroulement d'une procédure pénale engagée contre lui, pour des raisons d'« *ordre public* » ou « pour prévenir la commission d'une infraction »<sup>262</sup>. En outre, la Commission a exprimé l'avis que le droit de quitter le territoire d'un État ne crée pas pour cet État d'obligation de faciliter l'admission de l'intéressé dans un pays quel qu'il soit<sup>263</sup>.

### ***Droits limités***

Les droits limités sont des droits qui ne peuvent être limités que dans des situations et selon des modalités très précises. À la différence des droits assortis de réserves, les États reconnaissent ces droits à toute personne relevant de leur juridiction en disposant d'une marge d'appréciation moindre que dans le cas des droits assortis de réserves.

### *Droit à un procès équitable*

L'article 6 de la Convention garantit les droits procéduraux. En particulier, toute personne a droit « à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi » (paragraphe 1). Les dispositions de cet article, comme du reste toutes les autres dispositions du titre I de la Convention,

s'appliquent à « toute personne » relevant de la juridiction d'une Partie contractante, c'est-à-dire nationaux et étrangers. Il est néanmoins difficile pour les étrangers de se prévaloir avec succès de l'article 6.1 dans les litiges ayant trait à l'expulsion ou au refus d'accorder un permis de séjour dans un État car les dispositions de l'article 6 ne sont applicables qu'à certaines procédures<sup>264</sup>. En ce qui concerne les étrangers, ces procédures sont de deux types :

- L'article 6.1 peut s'appliquer aux litiges concernant un requérant en instance d'expulsion vers un pays tiers où il risque de subir un traitement contraire à cette disposition. L'effet extraterritorial de l'article 6 a été constaté dans l'affaire *Soering c/ Royaume-Uni* concernant l'extradition vers les États-Unis de M. Soering qui alléguait que l'absence d'aide judiciaire dans l'État de Virginie l'empêcherait d'exercer le droit de se faire représenter par un avocat que lui garantit l'article 6<sup>265</sup>. La Cour a déclaré qu'elle « n'exclu[ai]t pas qu'une décision d'extradition puisse exceptionnellement soulever un problème sur le terrain de ce texte au cas où le fugitif aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant, mais les faits de la cause ne révèlent pas un tel risque »<sup>266</sup>. Cette approche a été confirmée dans l'affaire *Drozdz et Janousek c/ France et Espagne*, affaire à l'issue de laquelle la Cour a indiqué que si les États parties à la Convention ne sont pas tenus de s'assurer que les garanties prévues à l'article 6 seront respectées dans le pays d'accueil, « [l]es États contractants doivent toutefois se garder d'apporter leur concours [dans le domaine judiciaire] s'il apparaît que la condamnation résulte d'un déni de justice flagrant »<sup>267</sup>. La Commission a récemment retenu le même critère de « déni de justice flagrant » dans une affaire de détention préalable à une expulsion, *M.A.R. c/ Royaume-Uni*<sup>268</sup>. Le requérant alléguait que son expulsion vers l'Iran constituerait une violation des articles 2, 3, 5 et 6. Il avait bénéficié du statut de réfugié au Royaume-Uni mais, à la suite de deux condamnations successives pour infraction à la législation contre les stupéfiants, avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion vers l'Iran. Le requérant a notamment fait valoir que ses condamnations pour infraction en matière de stupéfiants lui faisaient courir le risque d'être accusé, jugé et condamné à mort par le Tribunal révolutionnaire islamique selon une procédure arbitraire, c'est-à-dire de subir un « déni de justice

flagrant ». La Commission a déclaré sa requête recevable au titre de l'article 6 pour ce motif, à savoir le « déni de justice flagrant ».

- L'article 6.1 peut également s'appliquer aux procédures d'asile et d'expulsion, mais la Cour n'a pas encore fait sienne cette interprétation. En fait, pendant des années, la Commission a refusé d'admettre que l'article 6.1 pouvait s'appliquer à des litiges ayant trait à l'admission ou à l'établissement d'étrangers sur le territoire d'un État contractant ou à l'expulsion de ce territoire au motif que son champ d'application est limité « soit [aux] contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit [au] bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre [la personne en question] » et que les procédures d'immigration ne concernent ni les droits et obligations de caractère civil ni le bien-fondé d'une accusation en matière pénale<sup>269</sup>. Elle a toutefois infirmé la jurisprudence acquise dans la décision de recevabilité qu'elle a récemment rendue dans l'affaire *Maaouia c/ France*<sup>270</sup>. Cette affaire concernait un ressortissant tunisien condamné à six années de réclusion pour vol à main armée et attaque à main armée préméditée. Après sa libération, un arrêté d'expulsion fut pris contre lui. Ignorant qu'il faisait l'objet d'une mesure de ce genre, il avait refusé de quitter le territoire français et avait été condamné à un an de réclusion, à la suite de quoi il avait fait l'objet d'une mesure d'exclusion. Le requérant fit valoir que la longueur de la procédure d'annulation de la mesure d'exclusion n'était pas raisonnable et, partant, contraire à l'article 6.1 de la Convention. La Commission déclara sa requête recevable et, pour la première fois, décida de renvoyer une affaire de ce genre à la Cour. Dans un arrêt restrictif, la Cour a simplement confirmé la jurisprudence classique de la Commission selon laquelle l'article 6.1 ne s'applique pas à ce type de procédure<sup>271</sup>. En particulier, elle a estimé que la procédure d'annulation d'une mesure d'exclusion ne se rapportait pas à une décision concernant une contestation sur des droits civils. Elle s'est fondée sur l'existence de l'article premier du Protocole n° 7 qui concerne les garanties procédurales applicables à l'expulsion d'étrangers (protocole ratifié par la France) pour exclure toute garantie de ce genre de l'article 6.1<sup>272</sup>. De plus, elle a considéré que les mesures d'exclusion ne se rapportaient pas non plus à une décision concernant le bien-fondé d'une accusation en matière pénale,

comme le confirmaient les systèmes de droit pénal des États membres du Conseil de l'Europe<sup>273</sup>. Dans leur opinion dissidente, les juges Loucaides et Traja ont déploré que « tant la Cour que la Commission se soient montrées très réticentes à donner une interprétation libérale de la notion de "droits et obligations de caractère civil." » En l'absence de définition du mot « civil » dans la Convention, ils ont décidé de se référer à l'article 31.a de la Convention de Vienne sur le droit des traités comme instrument d'interprétation et ils ont estimé que, dans le *contexte* de l'article 6.1, le mot « civil » ne signifie rien d'autre que « non pénal ». Ils ont relevé que la Cour elle-même s'était montrée disposée à étendre la notion de « droits et obligations de caractère civil » à des questions se situant hors de la sphère du droit privé au sens strict (requêtes présentées aux fins de faire valoir un droit à prestations de sécurité sociale ou à l'aide sociale, à une pension de juge, etc.)<sup>274</sup>. Ainsi, vu *l'objet et le but* de la Convention, l'article 6.1 devrait-il pouvoir être interprété de la façon la plus large possible, ce que vient corroborer le principe de la *bonne foi*.

## Conclusion

En vertu de l'article premier de la Convention, *toute personne* relevant de la juridiction d'une Partie contractante jouit des droits et des libertés qui y sont énumérés. Il s'ensuit que, en principe, l'extranéité n'est pas un motif de discrimination au regard de la Convention. En réalité, toutefois, le clivage classique entre étrangers et nationaux demeure et les étrangers continuent de se trouver dans une situation vulnérable relativement à la Convention. C'est tout particulièrement le cas en ce qui concerne les droits politiques et le droit de séjour. Ainsi les étrangers se voient-ils refuser les droits politiques sans qu'il soit tenu compte de la durée de leur séjour dans le pays considéré et certains autres droits et libertés (vie familiale, liberté d'association, par exemple) peuvent être limités dans leur cas pour un certain nombre de raisons. Les garanties contre l'expulsion des étrangers ne sont que de procédure et peuvent être annulées, ce même s'ils résident régulièrement dans le pays. Ce clivage s'explique avant tout par l'absence d'une conception généreuse et progressiste de l'égalité. Les valeurs fondamentales de la justice demandent que l'on tienne compte de l'expérience des étrangers pour appliquer la Convention. La clause existante de non-discrimination ne prévoit pas expressément la « nationalité » comme motif : c'est une clause qui se prête à diverses interprétations. Cependant, son application est limitée aux droits et aux libertés garantis par la Convention. En dépit de cette analyse, le simple fait que les États acceptent la Convention limite leur souveraineté en ce qui concerne le traitement des étrangers. Les restrictions apportées à la souveraineté se manifestent également au niveau du mécanisme de contrôle de l'application de la Convention.



## Notes

1. Telle qu'elle a été modifiée par les Protocoles n<sup>os</sup> 3, 5, 8 et 11, qui sont entrés en vigueur, respectivement, le 21 septembre 1970, le 20 décembre 1971, le 1<sup>er</sup> janvier 1990 et le 1<sup>er</sup> novembre 1998.
2. Le Protocole n<sup>o</sup> 1 (adopté en 1952, en vigueur depuis 1954) ; le Protocole n<sup>o</sup> 4 reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention (adopté en 1963, en vigueur depuis 1968) ; le Protocole n<sup>o</sup> 6 concernant l'abolition de la peine de mort (adopté en 1983, en vigueur depuis 1985) ; et le Protocole n<sup>o</sup> 7 (adopté en 1984, en vigueur depuis 1988).
3. Le Protocole n<sup>o</sup> 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, restructurant le dispositif de contrôle créé par celle-ci (adopté en 1994, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> novembre 1998).
4. Traduction du texte original. A. Bayefsky, "Protecting the World's Exiles: The Human Rights of Non-Citizens", *Human Rights Quarterly* 22 (2000), p. 281. Voir également la question posée par C. Vincenzi, "Aliens rights: A contradiction in terms?", in C. Vincenzi, "Cooperation in aliens law: The implications for individual enforcement", in Schermers, H.G. et al (sous la direction de), *Free Movement of Persons – Legal Problems and Experiences* (1993), p. 227.
5. G. Goodwin-Gill, *International law and the movement of persons between states* (1978), p. 58-63.
6. I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (1998), p. 526-531. R. Cholewinski, *Migrant Workers in International Human Rights Law* (1997), p. 40-47.
7. G. Goodwin-Gill, *op. cit. supra* note 5, p. 75-87.
8. R. Higgins, "The European Convention on Human Rights", in *Human Rights in International Law* (Theodor Meron, sous la direction de, 1984), p. 495-549, spécialement p. 537.
9. Pour une conception classique du droit international, voir *Oppenheim's International Law*, Jennings & Watts (sous la direction de) (9<sup>e</sup> éd., 1996), paragraphes 620, 376, 379.
10. Série A n<sup>o</sup> 25 (1978), paragraphe 239.
11. Rapports CIJ [1970], 3.
12. *Loizidou c/ Turquie*, Série A n<sup>o</sup> 310 (1995), paragraphe 75. Voir également G. Cohen-Jonathan, « L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des Droits de l'Homme. Quelques observations », *Revue générale de droit international public* (1998), p. 123, et J. Andriantsimbazovina, « L'élaboration progressive d'un ordre public européen des droits de l'homme. Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme de 1988 à 1995 », *Cahiers de droit européen* 33 (1997), p. 670.

13. Traduction du texte original. R. Higgins, *Problems and Process, International Law and How We Use it* (1994), p. 96.
14. Dans *D. c/ Royaume-Uni* (arrêt du 2 mai 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-III n° 37, paragraphe 48), la Cour a expliqué que, même si le requérant n'avait jamais été admis au Royaume-Uni au sens technique du terme, il avait relevé de sa juridiction en ce sens qu'il avait été retenu à l'aéroport de Gatwick, et il suffisait à la Cour qu'« il y [ait] été physiquement présent ».
15. R. Wallace, *Companion to the European Convention on Human Rights – Vol. I* (1999), p. 4.
16. *Soering c/ Royaume-Uni*, arrêt du 26 juin 1989, Série A n° 161 (1989).
17. *Oppenheim's, op. cit. supra* note 9, paragraphe 626.
18. G. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2<sup>e</sup> éd. 1996), p. 167-170. Voir également les conclusions présentées par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés à la Cour européenne des Droits de l'Homme dans *T. I. c/ Royaume-Uni*, requête n° 43844/98, décision sur la recevabilité du 7 mars 2000, reproduites dans *International Journal of Refugee Law*, 12(2) 2000, p. 268, spécialement p. 270.
19. Harris, O'Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (1995), p. 3. À cet égard, l'article 53 (Sauvegarde des droits de l'homme reconnus) dispose ce qui suit : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie. »
20. Au 18 avril 2001, le Protocole n° 1 n'a pas encore été signé (ni, de ce fait, ratifié) par l'Andorre et n'a pas encore été ratifié par l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Géorgie et la Suisse. Le Protocole n° 4 (« reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention ») n'a pas encore été signé par l'Andorre, la Grèce, le Liechtenstein, Malte et la Suisse ; en outre, il n'a pas encore été ratifié par l'Arménie, l'Azerbaïdjan, l'Espagne, la Turquie et le Royaume-Uni. Le Protocole n° 6 (« concernant l'abolition de la peine de mort ») n'a pas encore été signé par la Turquie et n'a pas encore été ratifié par l'Arménie, l'Azerbaïdjan et la Russie. Enfin, le Protocole n° 7 n'a pas encore été signé par l'Andorre, la Belgique, le Liechtenstein, Malte et le Royaume-Uni ; en outre, il n'a pas encore été ratifié par l'Arménie, l'Azerbaïdjan, l'Allemagne, l'Irlande, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, l'Espagne et la Turquie. De plus, le Protocole n° 12 sur la non-discrimination entrera en vigueur après dix ratifications.
21. Voir également l'article 17 prohibant toute violation des droits et libertés garantis par la Convention. Ainsi, toute limitation d'un droit ou d'une liberté reconnue dans la Convention doit être strictement interprétée dans le cadre prévu par celle-ci.
22. S. Livingstone, "Article 14 and the Prevention of Discrimination in the ECHR", *European Human Rights Reports* (1) 1997, p. 33. Il se réfère à l'affaire *Lindsay*

- c/ Royaume-Uni*, dans laquelle la Commission a considéré qu'une certaine discrimination positive (dans le domaine de la politique fiscale) était justifiée lorsqu'il s'agissait d'inciter des femmes mariées à se présenter sur le marché du travail.
23. *Handyside c/ Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, Série A n° 24, paragraphe 48. Pour une déclaration plus récente de la Cour, voir, par exemple, *Aksoy c/ Turquie* (arrêt du 18 décembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI n° 26, p. 2260, paragraphe 51). On se reportera également aux articles 1 (obligation de respecter les droits de l'homme), 13 (droit à un recours effectif) et 35 (paragraphe 1) (épuisement des voies de recours internes), mais aussi aux articles 38 et 39 (règlement amiable).
  24. M. Shaw, *International Law* (4<sup>e</sup> éd., 1997), p. 258. *Tyrer c/ Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, Série A n° 26, paragraphe 31. La Cour a également insisté sur le rôle décisif de l'objet et du but de l'interprétation des dispositions de la Convention (voir, par exemple, *König c/ République fédérale d'Allemagne*, arrêt du 28 juin 1978, Série A n° 27, paragraphe 88). Pour une excellente évaluation (critique) de l'utilisation par la Cour des principes d'interprétation, voir O. de Schutter, « L'Interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme : un essai en démolition », *Revue de Droit international et de Sciences diplomatiques et politiques*, 70 (1992), p. 83-127.
  25. *Selmouni c/ France*, arrêt du 28 juillet 1999, HUDOC <http://www.echr.coe.int>, paragraphe 101.
  26. *Ibid.*, paragraphe 80. Dans cette conclusion, la Cour mettait à nouveau l'accent sur le fait que la protection effective devrait prendre le pas sur un formalisme excessif (paragraphe 77).
  27. G. Cohen-Jonathan, « Un arrêt de principe de la "nouvelle" Cour européenne des Droits de l'Homme : *Selmouni c/ France* (28 juillet 1999) », *Revue générale de droit international public* 2000-1, p. 181, p. 192.
  28. A. Drzemczewski, "A Major Overhaul of the European Human Rights Convention Control Mechanism: Protocol No.11", *Collected Course of the Academy of European Law – Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, 1995 Volume VI Livre 2 (1997), p. 121-210.
  29. Traduction du texte original. Steiner et Alston, *International Human Rights in Context* (2000), p. 804.
  30. Article 46 de la Convention.
  31. P. Mahoney, "Speculating on the Future of the Reformed European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal* 20 (2000), p. 1-4.
  32. Shearer, *Starke's International Law* (1994), p. 314. R. Plender, *International Migration Law* (1988), p. 1. L. Henkin, "An Agenda for the Next Century: The Myth and Mantra of State Sovereignty", *Virginia Journal of International Law* (1994), p. 115-120.
  33. R. Plender, *op. cit. supra* note 32, p. 1. *Oppenheim's, op. cit. supra* note 9, paragraphe 400.

34. Traité sur la Communauté européenne, modifié par le Traité d'Amsterdam 1997, articles 18,19, 39, 40, 43.
35. Traité sur la Communauté européenne, modifié par le Traité d'Amsterdam, Titre IV.
36. Voir d'une façon générale C. Beyani, *Human Rights Standards and the Movement of People Within States* (2000).
37. 1. Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.  
 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.  
 3. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.  
 4. Les droits reconnus au paragraphe 1 peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique.
38. G. Goodwin-Gill, *op. cit. supra* note 5, p. 147-159.
39. Ce pouvoir comporte le droit d'expulser, de reconduire à la frontière ou d'extrader les étrangers ; il ne peut être utilisé contre ses propres ressortissants (voir par exemple l'article 3 du Protocole n° 4 à la Convention). Voir d'une façon générale *Oppenheim's, op. cit. supra* note 9, p. 940-8. Voir également Délégation suisse auprès du Comité ad hoc d'experts sur les aspects juridiques de l'asile territorial, des réfugiés et des apatrides (CAHAR), « Obligations incombant aux États en vertu du droit international au titre de la réadmission de leurs ressortissants et des étrangers », Conseil de l'Europe, *CAHAR (96) 12*, (1996), p. 3-44.
40. Cette obligation fait souvent l'objet d'accords de réadmission bilatéraux ou multilatéraux. Dans le cas des réfugiés, il semble qu'elle prenne fin « jusqu'à ce que le réfugié rentre de son plein gré dans l'État en question » (traduction du texte original). A. Grahl-Madsen, "Protection of Refugees By Their Country of Origin", *Yale Journal of International Law* 11 (1986), p. 362-395.
41. Traduction du texte original. *Ibid.*, p. 376.
42. Voir, en particulier, l'affaire *Nationality Decrees* [(1923) CPJI Ser. B, n° 4] et l'affaire *Lotus* (CPJI Ser. A n° 10) dont il est question dans G. Goodwin-Gill, *op. cit. supra* note 5, p. 4.
43. Par exemple les visas exigés des réfugiés bosniaques pendant le conflit en Bosnie, les procédures accélérées appliquées au cas des ressortissants de « pays d'origine sûrs » ou des personnes ayant transité par un « pays tiers sûr », et les personnes se voyant accorder une protection temporaire, et non le statut de réfugié, parce qu'elles sont admises à l'occasion d'un afflux de réfugiés.
44. T. Einarsen, "Discrimination and Consequences for the Position of Aliens", *Nordic Journal of International Law* 64 (1995), p. 441-446.

45. G. Goodwin-Gill, *op. cit. supra* note 5, p. 57, p. 195-7.
46. Article 1 (paragraphe 3) et articles 55 et 56 de la Charte des Nations Unies.
47. Par exemple, article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) 1948, article 2 (paragraphe 1) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques concernant la peine de mort (PIDCP), article 2 (paragraphe 2) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC).
48. Dans l'affaire *Rasmussen c/ Danemark*, arrêt du 28 novembre 1984, Série A n° 87, la Cour a considéré qu'étant donné que la liste des fondements de la discrimination indiquée à l'article 14 n'était pas exhaustive, il n'était pas nécessaire de définir le critère du traitement différentiel accordé à un époux et à une épouse.
49. Affaire *Abdulaziz*, arrêt du 28 mai 1985, Série A n° 94, paragraphes 65, p. 71-72.
50. Cette observation est renforcée par le fait qu'une condition préalable à l'adhésion est que « Tout membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (article 3 du Statut du Conseil de l'Europe). Cette opinion est réaffirmée à l'article premier de la Convention européenne des Droits de l'Homme : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés » définis dans la Convention.
51. *Affaire linguistique belge (fond)*, Série A n° 6 (1968), 34 ; *Marcks c/ Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, Série A n° 31, paragraphe 33.
52. *Supra* note 49, paragraphes 74-80.
53. *Ibid.*, paragraphe 72.
54. Par exemple, *Darby c/ Suède*, arrêt du 23 octobre 1990, Série A n° 187, paragraphe 33, où le gouvernement n'a pas fait valoir que la distinction de traitement entre non-ressortissants résidents et non-résidents aux fins d'un impôt religieux visait un but légitime.
55. *Moustaquim c/ Belgique*, arrêt du 18 février 1991, Série A n° 193 (1991).
56. Ce protocole rapproche la Convention européenne des Droits de l'Homme du PIDCP ; en particulier, son article 26 garantit « un "droit autonome" à une garantie contre la discrimination "en droit ou en fait dans tout domaine réglementé et protégé par les autorités publiques" » Voir T. Einarsen, *op. cit. supra* note 44, p. 434; Steiner et Alston, *op. cit. supra*, note 29, p. 788 ; G. Moon, « The Draft Discrimination Protocol to the European Convention on Human Rights: A Progress Report », *European Human Rights Law Review* (1) 2000, p. 49-53.
57. 1970, paragraphe 34.
58. Article 12, Traité sur la Communauté européenne, modifié par le Traité d'Amsterdam.

59. Titre IV du Traité sur la Communauté européenne, modifié par le Traité d'Amsterdam. P. Craig & G. de Burca, *EU Law – Text, Cases and Materials* (2<sup>e</sup> éd. 1998), p. 364-368, 707-711.
60. Affaire *linguistique belge* et affaire *Marckx*, *op. cit. supra* note 51.
61. H. Lambert, "Seeking Asylum on Gender Grounds", *International Journal of Discrimination and the Law* 1 (2) 1995, p. 153-178.
62. Traduction du texte originel. R. B. Lillich, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law* (1984), p. 94.
63. L'article 16 est ainsi libellé : « Aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes Parties contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers ».
64. *Collected Edition of the "Travaux préparatoires" of the European Convention on Human Rights*, vol. III (1976), p. 266. Voir également la déclaration de la Commission dans l'affaire *Piermont c/ France*, Rapport de la Commission, Série A n° 314 (1995), paragraphe 58 : « les rédacteurs de la Convention, en introduisant cet article [article 16] dans la Convention, reflétaient une conception prédominante à l'époque en droit international, autorisant de façon générale et illimitée des restrictions aux activités politiques des étrangers ».
65. R. Wallace, *op. cit. supra*, note 15, p. 51. Harris et al., *op. cit. supra* note 19, p. 508.
66. Arrêt du 27 avril 1995, Série A n° 314 (1995).
67. *Ibid.*, paragraphe 64.
68. Harris et al., *op. cit. supra* note 19, p. 509. Dans une opinion commune partiellement dissidente, les juges Ryssdal, Matscher, Sir John Freeland et Jungwiert ont critiqué le fait que la décision n'ait pas été motivée et ont conclu que la Cour aurait dû faire entrer l'article 16, au moins partiellement, en ligne de compte dans la mesure où la requérante était manifestement une étrangère aux yeux du droit français et, partant, au sens de l'article 16. Ils ont toutefois ajouté que, bien que pertinent, l'article 16 n'accordait pas aux États un pouvoir discrétionnaire sans limites et qu'ils devaient, en particulier, respecter le principe de proportionnalité.
69. Par exemple la rétention dans la salle de transit d'un aéroport et un hôtel voisin (*Amuur c/ France*, arrêt du 25 juin 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-III n° 11, p. 826).
70. En dehors des restrictions prévues à l'article 5, paragraphe 1.a à f, les États peuvent déroger à leur obligation d'assurer l'exercice du droit à la liberté et à la sûreté « [e]n cas de guerre ou en cas d'autre danger public » (article 15). La Cour évalue de façon restrictive la nécessité de pareilles dérogations. Voir, par exemple, *Aksoy c/ Turquie* (*supra* note 23) : elle a considéré qu'une détention de quatorze jours (et sans contrôle judiciaire) était trop longue, même dans le cadre de l'état d'urgence. Malgré tout, elle n'a élevé aucune objection à la détention pendant une durée maximale de sept jours sans contrôle judiciaire de personnes soupçonnées de terrorisme dans *Brannigan et McBride c/ Royaume-Uni* (arrêt du 26 mai 1993, Série A

- n° 258-B). Voir également *Cakici c/ Turquie* (arrêt du 8 juillet 1999) : une détention non reconnue d'au moins trois semaines viole l'article 5 même dans le contexte de l'état d'urgence.
71. Les exceptions à l'article 5.1 ne s'excluent pas mutuellement (*Eriksen c/ Norvège*, arrêt du 27 mai 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-III n° 37, paragraphe 76). C'est ainsi qu'un étranger pourrait être détenu régulièrement après avoir été condamné par un tribunal compétent (article 5.1.a) alors qu'une procédure d'expulsion engagée contre lui est en cours (article 5.1.f).
  72. *Supra* note 69.
  73. *Ibid.*, paragraphe 42 (renvoi à *Guzzardi c/ Italie*, arrêt du 6 novembre 1980, Série A n° 39, paragraphe 92).
  74. *Ibid.*
  75. Rapport de la Commission dans l'affaire *Agee c/ Royaume-Uni*, requête n° 7729/76, Décisions et rapports 7, p. 165.
  76. *Amuur*, *supra* note 69, paragraphe 43.
  77. *Ibid.*, paragraphe 50.
  78. *Ibid.*, paragraphe 53.
  79. *Winterwerp c/ Pays-Bas*, arrêt du 24 octobre 1979, Série A n° 33, paragraphes 39 et 46.
  80. *Amuur*, *supra* note 69, paragraphe 43.
  81. Arrêt du 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V n° 22, paragraphe 112.
  82. Il doit également être mis fin à la détention aussitôt prise une décision excluant l'expulsion ou l'extradition, et une nouvelle période de détention doit être justifiée par un motif énoncé dans un autre des alinéas de l'article 5.1.a à e.
  83. *Supra* note 81, paragraphe 117.
  84. *Ibid.*, paragraphe 122. Toutefois, il s'est avéré que le comité consultatif ne fournissait pas une protection suffisante au titre de l'article 5.4 et de l'article 13 considéré à la lumière de l'article 3.
  85. Voir également la Recommandation n° R (94) 5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative aux lignes directrices devant inspirer la pratique des États membres du Conseil de l'Europe à l'égard des demandeurs d'asile dans les aéroports européens.
  86. La Cour a considéré qu'un délai maximal de sept heures, et non un délai de dix jours, satisfaisait à l'exigence de célérité dans l'affaire *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni*, arrêt du 30 août 1990, Série A n° 182, paragraphe 42, et dans l'affaire *Van Der Leer c/ Pays-Bas*, arrêt du 21 février 1990, Série A n° 170-A, paragraphe 31, respectivement.

87. Requête n° 9174/80, Décisions et rapports 40, p. 43.
88. Voir, d'une façon générale, Harris et al., *op. cit. supra* note 19, p. 128-160. Voir également C. Giakoumopoulos, « Detention of Asylum Seekers in the light of Article 5 of the European Convention on Human Rights », in *Detention of Asylum Seekers in Europe: Analysis and Perspectives* (sous la direction de J. Hughes & F. Liebaut, 1998), p. 161-182.
89. *Supra* note 87.
90. *Sanchez-Reisse c/ Suisse*, arrêt du 21 octobre 1986, Série A n° 107, paragraphe 57 : le droit d'introduire un recours devant un tribunal doit être un droit effectif, et *Hood c/ Royaume-Uni*, arrêt du 18 février 1999, paragraphe 69 : il doit aussi être un droit exécutoire.
91. *Chahal*, *supra* note 81, paragraphe 127.
92. *Ibid.*, paragraphe 128.
93. *Ibid.*, paragraphe 131.
94. *Ibid.*, paragraphes 132 et 130.
95. Par exemple dans *De Wilde, Ooms & Versyp c/ Belgique*, arrêt du 18 juin 1971, Série A n° 12, la Cour a jugé qu'il y avait eu violation de l'article 5.4 alors même que la détention au sens de l'article 5.1 était régulière.
96. Voir, toutefois, les circonstances exceptionnelles de l'affaire *Cakici c/ Turquie* (*supra* note 70), dans laquelle la Cour a conclu à une violation de l'article 5, en prenant motif de la détention non reconnue du frère du requérant, et à une violation de l'article 13, au motif que le requérant ne s'était pas vu octroyer un recours effectif au sujet de la disparition de son frère.
97. *Tsirlis et Kouloumpas c/ Grèce*, arrêt du 29 mai 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-III n° 38, p. 909.
98. N. Blake QC, exposé extrait du 2<sup>e</sup> Colloque sur la Convention européenne des Droits de l'Homme et la protection des réfugiés, des demandeurs d'asile et des personnes déplacées, Conseil de l'Europe, Strasbourg, mai 2000, paragraphes 3.6 et 3.7.
99. *Ibid.*
100. Les travaux préparatoires montrent que, dans la version anglaise du texte, le terme « lawfully » a été retenu de préférence à « legally » et que, dans la version française, « régulièrement » a été préféré à « légalement », pour tenir compte du vaste pouvoir discrétionnaire en vertu duquel les autorités administratives de la plupart des pays pouvaient contrôler l'admission et l'établissement des étrangers. Voir A. Drzemczewski, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 8 (1984), p. 10.
101. Au 18 avril 2001, certains États ont encore restreint l'application de l'article 2 du Protocole n° 4 en formulant certaines réserves.



102. *Paramanathan c/ République fédérale d'Allemagne*, requête n° 12068/86, Décisions et rapports 51, p. 237.
103. H. G. Schermers, "Human Rights and Free Movement of Persons: The Role of The European Commission and Court of Human Rights", in Schermers et al. (sous la direction de), *op. cit. supra* note 4, p. 238.
104. A. Drzemczewski, *op. cit. supra* note 100, p. 11. C'est également l'interprétation que la Commission a donnée de l'expression « résidant régulièrement » en ce qui concerne l'article premier du Protocole n° 7 (voir *infra*).
105. Requête n° 7011/75, Décisions et rapports 4, p. 215, p. 256.
106. J.-M. Henckaerts, "The current status and content of the prohibition of mass expulsion of aliens", *Human Rights Law Journal* (15) 1994, p. 301.
107. *A c/ Pays-Bas*, requête n° 14209/88, Décisions et rapports 59, p. 256.
108. *Becker, supra* note 105, p. 235.
109. Le Protocole n° 7 a été adopté dans l'intention de rapprocher la protection prévue par la Convention de la garantie analogue fournie à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.
110. R. Cholewinski, *op. cit. supra* note 6, p. 398-399. Harris et al., *op. cit. supra* note 19, p. 565-566.
111. Requête n° 19373/92, Décisions et rapports 74, p. 199, p. 209.
112. Voir le rapport explicatif concernant le Protocole n° 7.
113. Voir *infra*.
114. J'aurais pu analyser la portée de cette disposition en la considérant comme un droit assorti de réserves selon la définition donnée au chapitre 2, point C, où je propose une réflexion sur l'interprétation que les organes de Strasbourg ont donnée de certaines dispositions de la Convention. J'ai toutefois choisi de l'examiner ici parce que l'article premier, paragraphe 1, fait expressément référence aux « principes généraux du droit international » dont ne bénéficient que les étrangers.
115. *Ilic c/ Croatie*, requête n° 42389/98, décision du 19 septembre 2000 (HUDOC <http://www.echr.coe.int>).
116. *Oppenheim's, op. cit. supra* note 9, p. 910-27.
117. Arrêt du 21 février 1986, Série A n° 98, paragraphe 62. Voir également *Beaumont c/ France*, arrêt du 24 novembre 1994, Série A n° 296-B. Dans la première édition de ce Dossier sur les droits de l'homme n° 8 (*op. cit. supra* note 100, p. 12), A. Drzemczewski cite le passage suivant d'un rapport du Comité d'experts en date du 18 juillet 1951 :
- « La délégation suédoise a fait remarquer, et a demandé qu'il soit mentionné dans les présentes conclusions, que les principes généraux du droit international auxquels il est fait référence à l'article premier du Protocole ne s'appliquent qu'aux relations entre un État et des non-nationaux.

Il a été reconnu, à la demande des délégations allemande et belge, que les principes généraux du droit international, tels qu'ils sont actuellement entendus, comprennent l'obligation de verser aux non-nationaux une indemnité en cas d'expropriation ».

118. P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (1998), p. 636.
119. Arrêt du 5 janvier 2000 (HUDOC <http://www.echr.coe.int>), paragraphe 110.
120. *Ibid.*, paragraphes 120-121.
121. Arrêt du 23 février 1995, Série A n° 306-B, paragraphe 59.
122. Arrêt du 24 octobre 1986, Série A n° 108, paragraphe 51.
123. Y. Winisdoerffer, "Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol 1", *Human Rights Law Journal* (19) 1998, p. 18-20.
124. Contrairement à A. Drzemczewski, je ne considère pas les droits énoncés aux articles 5 et 6 comme des « droits minimaux », surtout parce que je ne me représente pas la Convention européenne des Droits de l'Homme comme garantissant une « hiérarchie » de droits. J'estime plutôt que chaque droit et liberté reconnu dans la Convention européenne des Droits de l'Homme constitue un « droit minimal » en ce sens que la Convention européenne des Droits de l'Homme fournit un seuil au-dessous duquel on ne doit laisser personne tomber au risque de violer la norme applicable. L'applicabilité de ces droits est une question distincte. Dans la pratique, certains droits sont considérés comme si fondamentaux qu'ils méritent une protection absolue, tandis que d'autres sont « defined in too general terms to be fully "self-executing" » (« définis en termes trop généraux pour être "immédiatement exécutoires" »). Voir H. Waldock, "The Effectiveness of the System Set Up by the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Journal* 1 (1980), 1, p. 9.
125. On a pu dire que la notion de « droits absolus » n'existe pas car chaque droit est limité dans une certaine mesure pour des raisons tenant au contexte (c'est le cas, par exemple, de l'article 3) ou en raison de limitations expresses (articles 8 à 11). Il s'agit là d'un argument intéressant au plan conceptuel (développé, par exemple, par M. Addo et N. Grief dans « Some Practical Issues Affecting the Notion of Absolute Right in Article 3 ECHR », *European Law Review* 23 (1998), p. 17-30, et dans « Is There a Policy Behind the Decisions and Judgments Relating to Article 3 of the European Convention on Human Rights », *European Law Review* 20 (1995), p. 178), mais la distinction entre droits absolus et droits assortis de réserves n'en demeure pas moins valide et utile comme cadre théorique. En outre, certaines des conclusions de M. Addo et de N. Grief doivent être réexaminées à la lumière des arrêts rendus récemment par la Cour au sujet de l'article 3, en particulier dans l'affaire *Selmouni c/ France* (voir G. Cohen-Jonathan, *op. cit. supra* note 27).
126. P. Mahoney, *op. cit. supra* note 31, p. 2.
127. *Ibid.*
128. R. Wallace, *op. cit. supra* note 15, p. 10-11 et 32-33.

129. Par exemple, *Jamil c/ France*, arrêt du 8 juin 1995, Série A n° 317-B, dans lequel la Cour a retenu une violation de l'article 7.1 dans le cas d'un ressortissant brésilien condamné en France à une peine de réclusion du chef de prévention de trafic de stupéfiants.
130. Le droit international établit une distinction entre l'expulsion et l'extradition. L'expulsion est une mesure administrative prise sous la forme d'un décret du pouvoir exécutif enjoignant à un étranger de quitter le territoire. L'extradition est la remise d'une personne accusée ou condamnée à l'État où elle est accusée d'avoir commis une infraction ou a été condamnée du chef de celle-ci par l'État sur le territoire duquel elle se trouve à un moment donné (*Oppenheim's, op. cit. supra* note 9, p. 940-962). Toutefois, aux fins de la présente étude, j'utiliserai le mot « expulsion » pour désigner toute mesure prise pour renvoyer un étranger hors du territoire sur lequel il se trouve : expulsion, extradition, reconduite à la frontière, *refoulement*.
131. Il ressort de la jurisprudence que les organes de Strasbourg se sont fondés essentiellement sur l'article 3 pour statuer sur des affaires de ce type. Mais voir, par exemple, *M.A.R. c/ Royaume-Uni* (requête n° 28038/95, décision sur la recevabilité du 16 janvier 1997) : la Commission a déclaré que la plainte selon laquelle l'expulsion du requérant vers l'Iran constituerait une violation de l'article 2 était recevable en raison du risque réel existant pour le requérant d'y être condamné à mort ; *Tatete c/ Suisse* (requête n° 41874/98, arrêt du 6 juillet 2000, accord amiable, HUDOC <http://www.echr.coe.int>) : une immigrante en situation irrégulière souffrant du sida et affirmant que son renvoi en République démocratique du Congo serait contraire à l'article 2 ; et *Körsal c/ Pays-Bas* (requête n° 31725/96, décision du 19 septembre 2000, HUDOC <http://www.echr.coe.int>) : la requête présentée au nom d'un ressortissant turc décédé à la suite des mauvais traitements reçus pendant son arrestation et sa garde à vue déclarée recevable par la Commission au regard à la fois de l'article 2 et de l'article 3.
132. *T.I. c/ Royaume-Uni, supra* note 18. Voir également, par exemple, *Soering c/ Royaume-Uni, supra* note 16, paragraphe 91, et *Chahal c/ Royaume-Uni, supra* note 81, paragraphe 80.
133. *Soering, supra* note 16, paragraphe 91.
134. *Ibid.*, paragraphe 103. Mais voir *M.A.R. c/ Royaume-Uni, supra*, note 131, affaire dans laquelle la Commission a déclaré recevable au regard de l'article 2 une requête au motif que son auteur risquait la peine de mort s'il était renvoyé en Iran. À noter également que pour les États parties au Protocole n° 6 (au moment où se déroulait l'affaire le Royaume-Uni n'était pas partie à ce protocole), il y aurait violation de ce protocole au cas où ils expulseraient une personne vers un pays dans lequel le risque de se voir infliger la mort serait pour elle certain et immédiat.
135. *Soering, supra* note 16, paragraphe 111.
136. *Ibid.*, paragraphe 91.
137. *D. c/ Royaume-Uni, supra* note 14, paragraphe 59. Voir également *Bahaddar c/ Pays-Bas*, rapport de la Commission (requête n° 25894/94, arrêt du 19 février

1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I n° 64), et *T.I. c/ Royaume-Uni*, *supra* note 18.

138. À noter également que les critères de recevabilité sont des plus rigoureux. Ainsi, par exemple, dans *Vijayanathan et Pusparajah c/ France*, arrêt du 27 août 1992 (Série A n° 241-B), la Cour n'a pas considéré que les requérants étaient « victimes » d'une violation dans la mesure où aucun arrêté d'expulsion n'avait encore été pris contre eux. Voir H. Lambert, "Protection Against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue", *International and Comparative Law Quarterly* 48 (1999), p. 515-544, spécialement p. 523-530. Cela étant, le formalisme semble, depuis quelque temps, perdre de son importance. En particulier, la Cour considère que les éléments ci-après constituent des exceptions au critère de recevabilité en vertu duquel toutes les voies de recours internes doivent être épuisées : l'existence de circonstances particulières ou spéciales (comme dans *Akdivar c/ Turquie*, arrêt du 16 septembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV n° 15, 1192 ; *Aksoy c/ Turquie*, *supra* note 23) et l'inefficacité de l'enquête sur l'allégation de violation de l'article 3 (*Yasa c/ Turquie*, arrêt du 2 septembre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VII n° 88, 2411 ; *Selmouni c/ France*, *supra* note 25). Voir G. Cohen-Jonathan, *supra* note 27, p. 196-199.
139. *Vilvarajah et coll. c/ Royaume-Uni*, arrêt du 30 octobre 1991, Série A n° 215, paragraphe 111.
140. *T.I. c/ Royaume-Uni*, *supra* note 18.
141. Voir, par exemple, *Chahal c/ Royaume-Uni*, *supra* note 81 (requérant obtenant gain de cause), *H.L.R. c/ France*, Recueil des arrêts et décisions 1997-III n° 36, 745 (requérant débouté) et *Cruz Varas c/ Suède*, arrêt du 20 mars 1991, A 201 (1991) (requérant débouté). Voir, d'une façon générale, H. Lambert, *op. cit. supra* note 138, p. 538-540.
142. *Selcuk et Asker c/ Turquie*, arrêt du 24 avril 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-II n° 71, paragraphes 56 et 26.
143. *Soering*, *supra* note 16, paragraphe 100.
144. *Supra* note 10, paragraphe 167.
145. *Aksoy*, *supra* note 23 ; *Aydin c/ Turquie*, arrêt du 25 septembre 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI n° 50, p. 1866 ; *Selmouni*, *supra*, note 25 ; et *Dikme c/ Turquie*, requête n° 20869/92, arrêt du 11 juillet 2000 (HUDOC <http://www.echr.coe.int>).
146. *Selmouni*, *supra* note 25, paragraphes 97-100.
147. *Ibid.*, paragraphe 101.
148. S'agissant de la protection contre les mauvais traitements en cas d'expulsion, il importe peu que l'article 3 soit applicable du fait d'un acte de torture ou de traitements inhumains ou dégradants, mis à part peut-être le fait que la Cour considérera avec davantage de sympathie un cas de torture ou de décès. Toutefois, en dehors des affaires d'expulsion, les différences entre la torture et les traitements inhumains

ou dégradants importent essentiellement, pour la Cour, dans l'optique des indemnisations, car le traitement a déjà été infligé.

149. *Tyrer*, *supra* note 24, paragraphes 29-30. Ainsi, dans *Jabari c/ Turquie*, la Cour a considéré que la lapidation pour adultère pratiquée en Iran constituait un traitement contraire à l'article 3 (requête n° 40035/98, arrêt du 11 juillet 2000, HUDOC <http://www.echr.coe.int>).
150. *Supra* note 14. Voir également, par exemple, *Ahmed c/ Autriche*, arrêt du 17 décembre 1996 (Recueil des arrêts et décisions 1996-VI n° 26, 2195), et *H.L.R. c/ France*, *supra* note 141. Il découle en outre de *D. c/ Royaume-Uni* (*supra*, note 14), mais aussi, par exemple, *H.L.R. c/ France* (*supra* note 141) que la Cour ne considère pas la source des mauvais traitements dans le pays d'accueil comme devant être prise en considération au moment de trancher une affaire au regard de l'article 3.
151. Recueil des arrêts et décisions 1998-VI n° 89, p. 2595, spécialement p. 2610.
152. *Karara c/ Royaume-Uni*, requête n° 40900/98, HUDOC <http://www.echr.coe.int>.
153. Requête n° 23634/94, décision sur la recevabilité en date du 19 mai 1994.
154. Requête n° 13078/87, Décisions et rapports 70, p. 159.
155. Par exemple *Giama c/ Belgique*, requête n° 7612/76, Décisions et rapports 21, p. 73 ; *Harabi c/ Pays-Bas*, requête n° 10798/84, Décisions et rapports 46, p. 112.
156. Comme l'a souligné le HCR dans ses conclusions écrites à la Cour dans *T.I. c/ Royaume-Uni* (*supra* note 18). Voir aussi la délégation suisse du CAHAR, « Obligations faites aux États par le droit international public dans le cadre de la réadmission de leurs propres ressortissants et de ceux d'autres États », CAHAR (96) 12, Conseil de l'Europe (1996), p. 1-44.
157. Londres, 30 novembre – 1<sup>er</sup> décembre 1992. Voir également, la proposition de la Commission (en cours de discussion) pour un projet de directive sur les critères minimaux des procédures d'octroi et de retrait du statut de réfugié, 20 septembre 2000, COM (2000) 578 final, Annexes I et II.
158. *Supra* note 18. Cette affaire a toutefois été déclarée irrecevable au vu des faits et circonstances de l'espèce.
159. Par exemple *Brückmann c/ République fédérale d'Allemagne*, requête n° 6242/73, Décisions et rapports 46, p. 202.
160. Article 5.1.c et f.
161. *Irlande c/ Royaume-Uni*, *supra* note 10.
162. *Chypre c/ Turquie*, requêtes n° 6780/74 et 6950/75, rapport de la Commission, 4 EHRR 482, p. 541.
163. Rapport de la Commission, Série A n° 244 (1992), paragraphe 254. Toutefois, la Cour a jugé que l'administration forcée de médicaments (et de nourriture) ne violait pas l'article 3 dans les cas de nécessité thérapeutique (arrêt du 24 septembre 1992). Les auteurs de la Convention européenne des Droits de l'Homme avaient

- pourtant considéré que « l'injection de médicaments était une torture ou, à tout le moins, un traitement inhumain ou dégradant ». Voir D. Anker, *Law of Asylum in the United States* (3<sup>e</sup> éd. 1999), p. 489.
164. Arrêt du 4 décembre 1995, Série A n° 336, paragraphe 38. Voir également *Hurtado c/ Suisse*, arrêt du 26 janvier 1994, Série A n° 280-A (1994) (règlement amiable), dans lequel la Commission a conclu que la force physique utilisée pendant une arrestation n'avait pas été disproportionnée aux circonstances.
165. *Hurtado c/ Suisse*, *supra* note 164. Voir également *Conka c/ Belgique*, requête n° 51564/99, HUDOC <http://www.echr.coe.int> (des numéros d'identification avaient été apposés à l'encre indélébile sur le bras de demandeurs d'asile).
166. Requête n° 33394/96, décision du 12 septembre 2000, HUDOC <http://www.echr.coe.int>.
167. *Selmouni c/ France*, *supra* note 25, paragraphe 101. Voir également M. O'Boyle, "Establishing the New European Court of Human Rights: Progress to Date", *Human Rights Law Review* 4 (3) 1999, p. 6-7.
168. *Selmouni*, *supra* note 25, paragraphe 105. Voir également *Dikme c/ Turquie*, *supra* note 145.
169. M. O'Boyle, *op. cit. supra* note 167, p. 3-8.
170. Cette Convention est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1989 une fois obtenues les sept ratifications nécessaires.
171. Voir l'article 1 du texte de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants et le rapport explicatif. Pour plus de détails sur les travaux du Comité, on se reportera aux rapports généraux sur ses activités. Voir également, par exemple, A. Cassese, "A New Approach to Human Rights: The European Convention for the Prevention of Torture", *American Journal of International Law* 83 (1989), p. 128-153; M. Evans et R. Morgan, "The European Convention for the Prevention of Torture: 1992-1997", *International and Comparative Law Quarterly* 46 (1997), p. 663-675.
172. *Aerts c/ Belgique*, arrêt du 30 juillet 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-V n° 83, p. 1939.
173. Cet article reprend l'ancien article 36 du règlement intérieur de la Commission européenne.
174. H. Lambert, *op. cit. supra* note 138, p. 530-532.
175. *Ibid.* On notera que les ordonnances prises en vertu de l'article 39 pourraient devenir juridiquement contraignantes à l'issue de la révision du règlement de la nouvelle Cour qui devrait avoir lieu en 2001.
176. Par exemple *Chahal*, *supra* note 81.
177. Par exemple *Ahmed*, *supra* note 150.
178. Voir, par exemple, l'opinion individuelle de M. Cabral Barreto jointe au rapport de la Commission européenne des Droits de l'Homme sur l'affaire *B.B. c/ France* (su-

- pra* note 149, p. 2616), critiquant l'approche de la Cour. À la différence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a souvent pris une ordonnance d'interdiction à l'égard d'un État auteur d'une violation. Voir G. Cohen-Jonathan, *op. cit. supra* note 27, p. 200, note 35.
179. Par exemple *Paez c/ Suède*, Recueil des arrêts et décisions 1997-VII n° 56, p. 2436; *B.B. c/ France*, *supra* note 151; *Abdurahim Incedursun c/ Pays-Bas*, requête n° 33124/96; *Tatete c/ Suisse*, *supra* note 131.
180. *Tugar c/ Italie*, requête n° 22869/93, décision concernant l'irrecevabilité en date du 8 octobre 1995.
181. Arrêt du 28 octobre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII n° 95, p. 3124.
182. *Ibid.*, paragraphe 115.
183. *Ibid.*
184. *Ibid.*, paragraphe 116.
185. On se reportera à mes commentaires concernant la « satisfaction équitable », *supra*.
186. Requêtes n°s 4715/70, 4783/71 et 4827/71, Décisions et rapports 13, p. 17, p. 24.
187. *Supra* note 49.
188. Texte original: "more ordinary cases of racial discrimination would not be degrading in breach of Article 3". Harris et al., *op. cit. supra* note 19, p. 82.
189. *Ibid.*, p. 83.
190. *Kalderas Gypsies c/ République fédérale d'Allemagne et Pays-Bas*, requêtes n°s 7823-7824/77, Décisions et rapports 11, p. 221.
191. Par exemple *Selmouni*, *supra* note 25. Voir G. Cohen-Jonathan, *supra* note 27, p. 181-203.
192. *Selmouni*, *supra* note 25, paragraphe 79. Voir également, antérieurement, *Kurt c/ Turquie*, arrêt du 25 mai 1998 (Recueil des arrêts et décisions 1998-III n° 74, p. 1152), *Chahal*, *supra* note 81, et *McCann c/ Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1995, Série A n° 324 (1996).
193. Depuis, voir également *Dikme c/ Turquie* (*supra* note 145) et *Jabari c/ Turquie* (*supra* note 149).
194. À noter également que dans d'autres contextes, comme la détention, l'article 5 prévoit pour les États des obligations procédurales plus rigoureuses pour ce qui est de garantir un recours. A. Drzemczewski et Ch. Giakoumopoulos, « Article 13 », in *La Convention européenne des Droits de l'Homme* (Decaux, Imbert, Pettiti (sous la direction de), 1995), p. 455-474.
195. Par exemple *Selcuk et Asker c/ Turquie*, *supra* note 142.
196. *Boyle et Rice*, arrêt du 27 avril 1988, Série A n° 131, 23, paragraphe 52 ; il y est fait référence, par exemple, dans *Soering* (*supra* note 16, paragraphe 120). La Cour

ne requiert pas l'intégration de la Convention européenne des Droits de l'Homme au droit interne. Toutefois, comme l'ont fait remarquer les juges De Meyer et Pettiti, « la Convention européenne des Droits de l'Homme a pour objet et pour but non pas de créer, mais de reconnaître des droits dont le respect et la protection s'imposent même à défaut de tout texte de droit positif. Il faut admettre que, partout en Europe, ces droits "lient le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire à titre de droit directement applicable" et à titre de "loi suprême du pays." » Opinion individuelle, *The Observer and Guardian Case*, arrêt du 26 novembre 1991, Série A n° 216 (1992).

197. *Klass c/ République fédérale d'Allemagne*, arrêt du 6 septembre 1978, Série A n° 28 (1978), paragraphe 64. Van Dijk & van Hoof, *supra* note 118, p. 698.
198. *Silver c/ Royaume-Uni*, arrêt du 25 mars 1983, Série A n° 61, paragraphe 113. *Boyle et Rice*, arrêt du 27 avril 1988, Série A n° 131, paragraphe 52
199. *Powell et Rayner c/ Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1990, Série A n° 172 (1990), paragraphe 33.
200. *Silver c/ Royaume-Uni*, *supra* note 198, paragraphe 113. Voir également Recommandation n° R (98) 13 du Comité des Ministres aux États membres sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile déboutés à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.
201. L'instance nationale n'a pas à être une instance judiciaire, mais, s'il ne s'agit pas d'une instance judiciaire, ses attributions et les garanties procédurales offertes doivent entrer en ligne de compte s'agissant d'apprécier le caractère effectif du recours formé devant elle. L'élément d'appréciation principal est, pour la Cour, la question de savoir si l'instance en question a la capacité de fournir dans la pratique un recours effectif. *Silver c/ Royaume-Uni*, *supra* note 198, paragraphe 113. Voir également *Leander c/ Suède*, arrêt du 26 mars 1987, Série A n° 116 (1987), paragraphes 29-30, et *Klass*, *supra* note 197, paragraphe 67.
202. *Supra* note 145, paragraphe 107.
203. *Supra* note 81, paragraphe 151.
204. *Ibid.*, paragraphe 153. Voir également, par exemple, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, arrêt du 29 septembre 1999 : l'examen judiciaire n'offre pas un recours effectif. Néanmoins, dans les affaires ne concernant pas la sécurité nationale, la Cour s'est montrée disposée à considérer l'examen judiciaire comme un recours adéquat au sens de l'article 13 dans les affaires impliquant le Royaume-Uni (par exemple *D. c/ Royaume-Uni*, *supra* note 14, paragraphe 70, faisant référence à *Soering c/ Royaume-Uni*, *supra* note 16, et à *Vilvarajah c/ Royaume-Uni*, *supra* note 139), mais pas dans le cas de la Turquie (par exemple *Jabari c/ Turquie*, *supra* note 149).
205. Rapport de la Commission sur *Plattform « Ärzte für das Leben » c/ Autriche*, arrêt du 21 juin 1988, Série A n° 139 (1988). Voir également la Recommandation n° R 98 (13) du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, exposé des motifs, paragraphe 16. À cet égard, le refus d'octroyer aux demandeurs d'asile le droit à une assistance judiciaire ou le droit aux moyens minimaux de subsistance pourrait



- contrevenir à l'article 13 considéré à la lumière de l'article 3 en empêchant les intéressés de former un recours. Voir l'arrêt de la Cour d'appel au Royaume-Uni, *R c/ Secretary of State for Social Security, ex parte Re B & Joint Council for the Welfare of Immigrants (JCWI)*, [1997] 1 WLR 275.
206. *Soering c/ Royaume-Uni*, *supra* note 16, paragraphe 123. Confirmé, par exemple, dans *Vilvarajah c/ Royaume-Uni*, *supra* note 139, et *D. c/ Royaume-Uni*, *supra* note 14.
207. Le comportement peut néanmoins entrer en ligne de compte au regard de l'article 13.
208. N. Blake, *op. cit. supra* note 98.
209. J. Cooper & T. de la Mare, « Bringing and Defending a Case Under the Human Rights Act 1998 », Bracton Law Lecture, University of Exeter, 26 octobre 2000.
210. Cette analyse de l'article 8 est plus amplement développée dans les deux publications suivantes : H. Lambert, "The European Convention on Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunification", Conseil de l'Europe, *CAHAR (99) 1*, et H. Lambert, "The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion", *International Journal of Refugee Law* 11 (3) 1999, 427-450. Voir également, Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (99) 23 sur le regroupement familial pour les réfugiés et les autres personnes ayant besoin de la protection internationale.
211. *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, *supra* note 49.
212. *Gül c/ Suisse*, arrêt du 19 février 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-I n° 3, p. 159. Voir également, par exemple, *Nsona c/ Pays-Bas*, arrêt du 28 novembre 1996 (Recueil des arrêts et décisions 1996-V n° 23, p. 1979) et *Ahmut c/ Pays-Bas*, arrêt du 28 novembre 1996 (Recueil des arrêts et décisions 1996-VI n° 24, p. 2017).
213. Arrêt du 21 juin 1988, Série A n° 138 (1988).
214. *Supra* note 55. Voir également *Beldjoudi c/ France*, arrêt du 26 mars 1992, Série A n° 234-A (1992) ; *Bouchelkia c/ France*, arrêt du 29 janvier 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-I n° 28, p. 47 ; et *Boujlifa c/ France*, arrêt du 21 octobre 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI, p. 2250.
215. *Mehemi c/ France*, arrêt du 26 septembre 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI n° 51, p. 1959, et *El Boujaïdi c/ France*, arrêt du 26 septembre 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI n° 51, p. 1980.
216. *Gül*, *supra* note 212, paragraphe 38 ; conclusion indiquée pour la première fois dans *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, *supra* note 49, paragraphe 68.
217. *Gül*, *supra* note 212, paragraphe 38.
218. Opinion concordante du juge Pettiti dans *Nasri c/ France*, arrêt du 13 juillet 1995, Série A n° 320 (1995).

219. Par exemple *Moustaquim c/ Belgique*, *supra* note 55, paragraphes 46-47, et *Beldjoudi c/ France*, *supra* note 214, paragraphes 79-80.
220. En matière de regroupement familial, la Cour a considéré que la vie familiale entre les parents et les enfants ne prenait pas fin à la suite du divorce d'un couple marié (par exemple *Berrehab c/ Pays-Bas*, *supra* note 213) et n'était pas non plus interrompue par le fait que les membres de la famille ne vivaient pas sous le même toit (par exemple *Moustaquim c/ Belgique*, *supra* note 55).
221. M. Enrich Mas, « La protection des enfants mineurs en Europe », Bulletin des droits de l'homme n° 4 (Institut luxembourgeois des droits de l'homme), 1995, p. 30-41.
222. *Nsona*, *supra* note 212. Ce raisonnement s'inscrit dans la suite logique des décisions rendues par la Cour dans des litiges concernant des nationaux, à l'occasion desquels elle a admis depuis longtemps l'existence d'une vie familiale entre parents proches. Voir *Marckx*, *supra* note 51.
223. *C. c/ Belgique*, arrêt du 7 août 1996, Rapport 1996-III, paragraphe 25, dans lequel la Cour a renvoyé à l'arrêt qu'elle avait rendu dans *Niemietz c/ Allemagne*, Série A n° 251-B (1992). Cet arrêt a été confirmé dans *Bouchelkia*, *supra* note 214, et *Mehemi*, *supra* note 215, par exemple.
224. *Gül*, *supra* note 212, paragraphe 38. Indiqué pour la première fois dans *Abdulaziz*, *supra* note 49, paragraphe 67.
225. Par exemple *Cruz Varas c/ Suède*, *supra* note 142. Voir également *Nsona*, *supra* note 212, litige dans lequel la Cour a conclu à l'absence d'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale parce que l'on ne pouvait pas reprocher à l'État l'acte fauleux commis par le requérant concernant l'identité de l'enfant de neuf ans.
226. Voir, par exemple, *Abdulaziz*, *supra* note 49, *Gül*, *supra* note 212, *Ahmut*, *supra* note 212, et *Nsona*, *supra* note 212. À noter, toutefois, que dans le cas de *Gül* et celui de *Ahmut*, la Commission a conclu à l'existence d'une ingérence.
227. *Vijayanathan et Pusparajah c/ France*, *supra* note 138.
228. Par exemple *Berrehab*, *supra* note 213, paragraphe 23, et *Moustaquim*, *supra* note 55, paragraphe 36.
229. Voir la référence faite par Storey à l'approche « ailleurs » et à l'approche « liens » dans H. Storey, « The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg », *International and Comparative Law Quarterly* 39 (1990) p. 329-330.
230. Pour être considérée comme « prévue par la loi », une mesure doit avoir une base juridique en droit interne, c'est-à-dire être certaine et dépourvue d'ambiguïté. Cette exigence n'a jamais été mise en cause devant la Cour dans des litiges impliquant des étrangers.
231. Par exemple *Abdulaziz*, *supra* note 49, paragraphe 67, et *Berrehab*, *supra* note 213, paragraphe 28-29. À noter que dans les litiges ayant trait à l'admission, la Cour fait généralement la part des choses au moment d'établir l'existence d'une

ingérence ; lorsque rien ne s'oppose à ce que le requérant développe une vie familiale normale dans un autre pays, elle compte généralement qu'il y retournera.

232. *Beldjoudi*, *supra* note 214, paragraphe 75.
233. *Nasri*, *supra* note 218 (une trentaine d'années en France), *Boughanemi*, arrêt du 24 avril 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-II n° 8, p. 593 (vingt ans en France), et *Chorfi*, *supra* note 223 (vingt-cinq ans en Belgique).
234. Comme démontré avec succès dans l'affaire *Beldjoudi*, *supra* note 214, et *Mehe-mi*, *supra* note 215, mais pas dans l'affaire *Boughanemi*, *supra* note 233, ni dans l'affaire *Chorfi*, *supra* note 223.
235. Voir *Moustaquim*, *supra* note 55 (147 infractions commises, mais alors que M. Moustaquim était mineur ; l'expulsion a donc été jugée disproportionnée) et comparer avec l'affaire *Chorfi*, *supra* note 223 (une infraction en matière de drogue a été jugée suffisamment grave pour justifier l'ingérence) et *Bouchelkia*, *supra* note 214 (un viol avec voies de fait et vol a été jugé suffisamment grave pour justifier l'ingérence).
236. *Moustaquim*, *supra* note 55, et *Berrehab*, *supra* note 213.
237. E. Corouge, « Expulsion des étrangers et article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Revue française de droit administratif* 13 (2) 1997, p. 320.
238. Voir, par exemple, *Bouchelkia*, *supra* note 214, *Mehemi*, *supra* note 215, et *Nasri supra*, note 218.
239. Voir, par exemple, *Boughanemi*, *supra* note 233, et *Chorfi*, *supra* note 223. A noter que le 23 février 2001, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie) a communiqué que de telles expulsions ne devraient être effectuées que dans les cas les plus exceptionnels parce que de telles mesures sont à la fois disproportionnées et discriminatoires (Doc. 8986, <http://stars.coe.int>).
240. Par exemple *Chahal*, *supra* note 81, et *D.*, *supra* note 14.
241. Par exemple *Gül*, *supra* note 212, et *Nsona*, *supra* note 212.
242. *Agee c/ Royaume-Uni*, *supra* note 75.
243. À noter également que « L'article 9 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ... garantit à toute personne le "droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion", mais ... sans prévoir l'assistance positive nécessaire pour promouvoir ce droit ou en faciliter l'exercice » (traduction du texte originel). R. Cholewinski, *op. cit. supra* note 6, p. 367.
244. Traduction du texte originel. *Ibid.*, p. 375.
245. *Piermont*, *supra* note 66, paragraphe 78.
246. Il en va de même du droit de vote et du droit de se présenter aux élections qui, conformément à l'article premier du Protocole n° 3 rapproché de l'article 16, peuvent, au regard de l'article 14, faire l'objet de restrictions en ce qui concerne les non-nationaux. Voir R. Cholewinski, *op. cit. supra* note 6, p. 377.

247. Traduction du texte originel. *Ibid.*, p. 376.
248. Ainsi, dans l'affaire *Abdulaziz*, supra note 49, la discussion du droit des requérants d'être admis au Royaume-Uni et de s'y établir en vue de rejoindre leurs épouses respectives établies dans ce pays ne s'est pas fondée sur l'article 12, mais sur les articles 8 et 14.
249. Voir Harris et al., *op. cit. supra* note 19, p. 440 (n.16) et p. 435-436, renvoyant à la décision de la Commission dans *X. c/ Royaume-Uni*, requête n° 6564/74, Décisions et rapports 2, p. 105.
250. *X c/ Pays-Bas*, requête n° 8896/80, Décisions et rapports 24, p. 176. Voir également *X et Y c/ Royaume-Uni*, requête n° 7229/75, Décisions et rapports 12, p. 32.
251. *Supra* note 51, p. 31.
252. *Ibid.*, p. 22.
253. *Ibid.*, p. 32. Van Dijk et van Hoof font valoir qu'en ce qui concerne l'enseignement primaire, au moins, l'article 2 devrait être interprété de façon à englober l'obligation pour les États « de créer, dans le cadre des établissements d'enseignement existants, des moyens supplémentaires en faveur des étrangers résidant dans le pays depuis très longtemps mais ne maîtrisant pas encore la langue dans laquelle l'enseignement est dispensé ; à défaut, le droit à l'instruction restera longtemps pour eux illusoire » (traduction du texte originel). Ils se demandent également dans quelle mesure les étrangers « sans permis de séjour peuvent retirer de cette disposition un droit à l'instruction ». Ils affirment, là encore, que, s'agissant au moins de l'enseignement primaire, les étrangers devraient se voir reconnaître « l'égalité d'accès aux établissements d'enseignement existants », surtout dans les cas où ils ont été autorisés à rester dans le pays pour des raisons humanitaires et pour une durée indéfinie. Van Dijk & van Hoof, *op. cit. supra* note 118, p. 654.
254. Cette garantie a pour but de préserver la possibilité d'une éducation pluraliste, qui est un aspect essentiel de la protection de la « société démocratique » imaginée par la Convention européenne des Droits de l'Homme. *Efstratiou c/ Grèce*, arrêt du 18 décembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI n° 27, p. 2347.
255. Traduction du texte originel. Harris et al., *op. cit. supra* note 19, p. 548.
256. Van Dijk & van Hoof, *op. cit. supra* note 118, p. 645.
257. Sous les auspices du Conseil de l'Europe, ces règles sont inscrites dans la Charte sociale européenne, la Convention européenne d'établissement et la Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant. Voir R. Cholewinski, *op. cit. supra* note 6, p. 359-361.
258. Requête n° 7671/76, Décisions et rapports 9, p. 185, spécialement p. 188.
259. *Ibid.* Voir également, plus récemment, *Fadele c/ Royaume-Uni* (*supra*, note 154), affaire déclarée recevable par la Commission. Le litige a donné lieu à un règlement amiable.
260. *Church of X c/ Royaume-Uni*, requête n° 3798/68.

261. *Supra*, chapitre 1, point B.
262. Par exemple *Schmidt c/ Autriche*, requête n° 10670/83.
263. Requête n° 6779/74 (non publiée).
264. En dehors du champ d'application de l'immigration, c'est-à-dire dans les instances civiles et pénales, rien dans la jurisprudence de Strasbourg ne donne à penser que l'article 6 s'appliquerait différemment aux nationaux et aux étrangers. Voir, par exemple, *Biba c/ Grèce* (requête n° 33170/96, arrêt du 26 septembre 2000, HUDOC <http://www.echr.coe.int>), instance pénale dans laquelle la Cour a constaté une violation de l'article 6.1 considéré à la lumière l'article 6.3.c. L'instance concernait un immigrant albanais en situation irrégulière qui avait été reconnu coupable d'homicide volontaire, vol avec agression et séjour irrégulier et qui avait été condamné à la réclusion à perpétuité au motif qu'il n'avait aucun moyen de subsistance. Or, il s'était vu refuser l'octroi d'une aide judiciaire pour se pourvoir en cassation.
265. *Supra* note 16.
266. *Ibid.*, paragraphe 113.
267. Arrêt du 26 juin 1992, Série A n° 240, paragraphe 110. Ce litige concernait un ressortissant espagnol et un ressortissant tchécoslovaque condamnés tous deux à quatorze ans de réclusion en France après avoir été reconnus coupables d'un vol à main armée.
268. *Supra* note 131.
269. Par exemple *Farmakopoulos c/ Grèce*, requête n° 11683/85, Décisions et rapports 64, p. 53 (l'article 6 ne s'applique pas aux procédures d'extradition), X, Y, Z, V et W. *c/ Royaume-Uni*, requête n° 3325/67 (admission) ; P. *c/ Royaume-Uni*, requête n° 13162/97 (asile) ; Agee *c/ Royaume-Uni*, *supra* note 75 (expulsion).
270. Requête n° 39652/98, décision du 22 mars 2000, HUDOC <http://www.echr.coe.int>.
271. Arrêt du 5 octobre 2000, HUDOC <http://www.echr.coe.int>.
272. *Ibid.*, paragraphes 37-38. Toutefois, comme l'ont fait observer les juges Loucaides et Traja dans leur opinion dissidente, « l'article 1 du Protocole n° 7 tendait à édifier, face à l'administration, une protection qui ne pouvait en aucun cas se substituer aux garanties judiciaires de l'article 6 ni même minimiser les effets négatifs qu'entraînerait l'absence de ces dernières. La protection dont il s'agit peut fort bien venir compléter les garanties judiciaires de l'article 6 ».
273. *Ibid.*, paragraphe 39.
274. Voir *Feldbrugge c/ Pays-Bas*, arrêt du 29 mai 1986, Série A n° 99, et *Lombardo c/ Italie*, arrêt du 26 novembre 1992, Série A n° 249-B.