



Assemblée générale

Distr. générale
27 mars 2009

Original : français

Commission du droit international

Soixante-et-unième session

Genève, 4 mai-5 juin et 6 juillet-7 août 2009

Cinquième rapport sur l'expulsion des étrangers

Présenté par M. Maurice Kamto, Rapporteur spécial

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction	3
Première partie : Règles générales	7
III. Principes généraux	7
B. Droit à exercer dans le respect des règles fondamentales de droit international (suite de A/CN.581 – titre de la section modifié)	7
2. Limites tenant à l'exigence du respect des droits fondamentaux de la personne humaine	7
a) Prolégomènes	7
i) Protection des droits de tous les hommes	7
ii) Notion de « droits fondamentaux »	9
iii) Droits fondamentaux et « noyau intangible » ou « indérogeable » des droits de l'homme	14
a. Définition	14
b. Contenu	17
b) L'obligation générale de respecter les droits de l'homme	18
Projet d'article 8. Obligation générale de respecter les droits de l'homme de la personne en cours d'expulsion	20
c) Les droits spécialement protégés de la personne en cours d'expulsion	20
i) Le droit à la vie	21



Projet d'article 9. Obligation de protéger le droit à la vie de la personne en cours d'expulsion.	26
ii) Le droit à la dignité	26
Projet d'article 10. Obligation de respecter la dignité de la personne en cours d'expulsion	28
iii) L'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	28
a. Torture	31
b. Traitements cruels, inhumains ou dégradants	37
i. Situation générale	37
Projet d'article 11. Obligation de protéger la personne en cours d'expulsion contre la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants	43
ii. Cas particulier des enfants	43
Projet d'article 12. Cas spécifique de protection de l'enfant en cours d'expulsion	45
iv) Le respect de la vie privée et familiale de la personne en cours d'expulsion	46
Projet d'article 13. Obligation de respecter le droit à la vie privée et à la vie familiale.	52
v) La non-discrimination	52
Projet d'article 14. Obligation de non-discrimination.	56

Introduction

1. Dans son Quatrième Rapport¹, le Rapporteur spécial a examiné la question de l'expulsion en cas de double ou de multiple nationalité, puis de perte de la nationalité ou de dénationalisation. Bien que ses analyses sur ces questions aient suscité des discussions passionnées au sein de la Commission, la plupart de ses membres ont partagé la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle il n'était pas bien fondé pour la Commission d'élaborer des projets de règles spécifiques sur ces questions, même au titre du développement progressif du droit international², le sujet portant sur l'expulsion des étrangers et non sur le régime de la nationalité des personnes.

2. Il convient en outre de rappeler que le Groupe de travail constitué lors de la soixantième session de la Commission, en 2008, afin d'examiner les questions soulevées par l'expulsion des binationaux et plurinationaux et par la dénationalisation au regard de l'expulsion, est parvenu aux conclusions suivantes : a) que « le commentaire du projet d'articles devrait indiquer qu'aux fins du projet, le principe de non-expulsion des nationaux s'applique également aux per (b) que le commentaire devrait inclure « une précision selon laquelle les États ne devraient pas recourir à la dénationalisation pour se soustraire aux obligations qui leur incombent en vertu du principe de non-expulsion des nationaux ». Ces conclusions ont été approuvées par la Commission, qui a demandé au Comité de rédaction de les prendre en compte dans le cadre de ses travaux³.

3. Les représentants des États ont exprimé des positions variées sur le sujet en général, et sur les questions abordées dans le cadre du Quatrième rapport en particulier, lors de l'examen par la Sixième Commission, au cours de la soixante-troisième session de l'Assemblée générale des Nations Unies, du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixantième session. Mais au final, il ressort des débats que la plupart des délégations qui se sont exprimées sur ce sujet partagent le point de vue du Rapporteur spécial, selon lequel la Commission du droit international ne serait pas bien inspirée de s'engager dans l'élaboration de projets d'articles sur ces questions de double ou de multiple nationalité, de perte de nationalité et de dénationalisation en relation avec l'expulsion⁴.

4. En ce qui concerne les observations d'ordre général sur le sujet, sur son champ d'application, sur les définitions proposées par le Rapporteur spécial ainsi que sur le droit d'expulsion et ses limitations, quelques rares États ont exprimé, même à ce stade, des doutes sur le point de savoir si le sujet relatif à l'expulsion des étrangers se prêtait à la codification et au développement progressif⁵. D'autres ont déclaré

¹ A/CN.4/594.

² Ibid., par. 35.

³ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10* (A/63/10), par. 171.

⁴ Voir, notamment, les interventions des représentants du Canada (A/C.6/63/SR.20, par. 34), de la France (A/C.6/63/SR.19, par. 17), de la Grèce (A/C.6/63/SR.24, par. 5), de la République islamique d'Iran (A/C.6/63/SR.24, par. 39), d'Israël (A/C.6/63/SR.24, par. 77), de l'Italie (A/C.6/63/SR.19, par. 98), de la Nouvelle-Zélande (A/C.6/63/SR.22, par. 9), des Pays-Bas (A/C.6/63/SR.20, par. 16), du Qatar (A/C.6/63/SR.21, par. 57) et du Royaume-Uni (A/C.6/63/SR.21, par. 25).

⁵ Voir les interventions des représentants du Japon (A/C.6/63/SR.22, par. 18) et du Royaume-Uni

qu'il n'y avait apparemment aucun besoin de codification dans certains domaines tels que celui des travailleurs migrants⁶. D'autres États encore ont déclaré, à propos du champ du sujet, que les questions relatives à la non-admission, à l'extradition, et à d'autres formes de transferts de personnes devraient en être exclues⁷, ou encore qu'il devrait en être ainsi des expulsions en situation de conflit armé⁸, des questions relatives au statut des réfugiés, au non-refoulement et au mouvement des populations⁹. En ce qui concerne les définitions, certains États ont trouvé celle du terme « territoire » vague¹⁰, ou encore qu'il n'était pas nécessaire de définir séparément le terme « conduite »¹¹. Une autre délégation a proposé que la Commission précise que le terme « réfugié » devrait être défini conformément aux obligations de chaque État en la matière¹². Divers États ont insisté sur la nécessité d'établir un équilibre entre le droit souverain des États d'expulser les étrangers et les limitations imposées par le droit international, en particulier les règles relatives à la protection des droits de l'homme et au traitement des étrangers¹³; certains précisant, dans cet esprit, que le droit d'expulsion implique à l'inverse l'obligation pour les États de réadmettre leurs propres nationaux¹⁴. Par ailleurs, un État a observé que l'expulsion doit être fondée sur des motifs légitimes comme l'ordre public et la sécurité nationale tels que définis dans les législations nationales¹⁵, et un autre qu'un étranger illégal doit pouvoir être expulsé de ce seul chef¹⁶.

5. Comme on peut le constater, ces commentaires et observations des États portent sur des questions qui ont déjà fait l'objet d'intenses débats au sein de la Commission. Ces débats ont permis au Rapporteur spécial d'apporter les clarifications et les précisions nécessaires, et à la Commission de dégager une orientation générale du sujet, à charge pour elle de la réajuster au fur et à mesure de l'avancement dans le traitement du sujet. Par conséquent, le Rapporteur spécial n'y reviendra pas, ce d'autant plus que la plupart des préoccupations ont dûment été prises en compte dès le Deuxième rapport.

(A/C.6/63/SR.21, par. 25).

⁶ Voir l'intervention du représentant du Danemark au nom des pays nordiques (A/C.6/63/SR.20, par. 2).

⁷ Voir l'intervention du représentant des États-Unis d'Amérique (A/C.6/63/SR.21, par. 9).

⁸ Voir les interventions des représentants des États-Unis d'Amérique (A/C.6/63/SR.21, par. 9) et d'Israël (A/C.6/63/SR.24, par. 76).

⁹ Voir l'intervention du représentant d'Israël (A/C.6/63/SR.24, par. 76).

¹⁰ Voir les interventions des représentants des États-Unis d'Amérique (A/C.6/63/SR.21, par. 12) et d'Israël (A/C.6/63/SR.24, par. 76).

¹¹ Voir l'intervention du représentant d'Israël (A/C.6/63/SR.24, par. 76).

¹² Voir l'intervention du représentant des États-Unis d'Amérique (A/C.6/63/SR.21, par. 14). Curieusement, le même pays a suggéré que le projet d'articles 5 relatif aux réfugiés devrait suivre fidèlement le langage de la Convention du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés (art. 32 et 33) et tenir compte de la distinction entre les réfugiés légaux et les réfugiés illégaux (*ibid.*).

¹³ Voir les interventions des représentants du Danemark au nom des pays nordiques (A/C.6/63/SR.20, par. 3), du Japon (A/C.6/63/SR.22, par. 18), de la Nouvelle-Zélande (A/C.6/63/SR.22, par. 9), d'El Salvador (A/C.6/63/SR.23, par. 48) et de la République islamique d'Iran (A/C.6/63/SR.24, par. 73).

¹⁴ Voir l'intervention du représentant du Danemark au nom des pays nordiques (A/C.6/63/SR.20, par. 3).

¹⁵ Voir l'intervention du représentant de la République islamique d'Iran (A/C.6/63/SR.24, par. 37).

¹⁶ Voir l'intervention du représentant des États-Unis d'Amérique (A/C.6/63/SR.21, par. 10).

6. S'agissant plus particulièrement des remarques faites sur les questions de l'expulsion en cas de double ou de multiple nationalité, et de dénationalisation suivie de l'expulsion, objet de notre Quatrième rapport, diverses préoccupations ont été exprimées sur tel ou tel aspect des analyses du Rapporteur spécial. Un État a exprimé des doutes sur le bien-fondé d'introduire un projet d'article sur la non-expulsion des nationaux¹⁷. Cependant, plusieurs autres ont souligné que l'expulsion des nationaux est interdite en droit international¹⁸, le principe de non-expulsion des nationaux étant un droit de l'homme fondamental reconnu par le droit international coutumier¹⁹. Toutefois, alors que certains États estiment que ce principe a un caractère absolu²⁰, d'autres, en revanche, sont d'avis qu'il peut faire l'objet de certaines dérogations en des circonstances exceptionnelles²¹; mais toute exception à ce principe devrait, estime-t-on, être conçue de façon très étroite et rédigée avec soin²². Plusieurs États ont soutenu la position de la Commission selon laquelle le principe de non-expulsion des nationaux s'applique également aux personnes ayant légalement acquis plus d'une nationalité²³; l'un d'entre eux a suggéré que cela soit expressément reflété dans le projet d'article 4²⁴ et d'autres ont proposé que ce point soit clarifié dans le commentaire²⁵. Dans cet ordre d'idées, on a fait remarquer que le critère de la nationalité « effective » ou « dominante » ne pouvait justifier le fait qu'un État traite son national comme un étranger aux fins de l'expulsion²⁶. Cependant, un État a soutenu un point de vue contraire en déclarant que le principe de non-expulsion des nationaux ne s'applique habituellement pas à la double ou multiple nationalité et qu'il était nécessaire de clarifier la notion de nationalité « effective »²⁷.

7. À propos de la relation éventuelle entre la perte de la nationalité et la dénationalisation d'une part, et l'expulsion d'autre part, certains États ont insisté sur le droit de toute personne à la nationalité et sur son droit à ne pas être arbitrairement

¹⁷ Voir l'intervention du représentant du Royaume-Uni (A/C.6/63/SR.21, par. 25).

¹⁸ Voir notamment les interventions des représentants de la République tchèque (A/C.6/63/SR.19, par. 93), de la Hongrie (A/C.6/63/SR.20, par. 30), de la République islamique d'Iran (A/C.6/63/SR.24, par. 37) et d'Israël (A/C.6/63/SR.24, par. 76).

¹⁹ Voir l'intervention du représentant de la Hongrie (A/C.6/63/SR.20, par. 30).

²⁰ Voir les interventions des représentants de la République de Corée (A/C.6/63/SR.19, par. 65), de la République tchèque (A/C.6/63/SR.19, par. 93), du Portugal (A/C.6/63/SR.20, par. 26), de la République islamique d'Iran (intervention) et d'El Salvador (A/C.6/63/SR.23, par. 49).

²¹ Voir les interventions des représentants de la Roumanie (A/C.6/63/SR.21, par. 57) et du Qatar (A/C.6/63/SR.24, par. 77).

²² Voir l'intervention du représentant de la Grèce (A/C.6/63/SR.24, par. 4).

²³ Voir les interventions des représentants de la France (A/C.6/63/SR.19, par. 17), de la République tchèque (A/C.6/63/SR.19, par. 93), des Pays-Bas (A/C.6/63/SR.20, par. 13), du Portugal (A/C.6/63/SR.20, par. 26), de la Hongrie (A/C.6/63/SR.20, par. 30), des États-Unis d'Amérique (A/C.6/63/SR.21, par. 13), de la Pologne (A/C.6/63/SR.21, par. 33), de la Fédération de Russie (A/C.6/63/SR.21, par. 43), du Chili (A/C.6/63/SR.22, par. 17), de l'Inde (A/C.6/63/SR.23, par. 23), d'El Salvador (A/C.6/63/SR.23, par. 48 et 49), de la Grèce (A/C.6/63/SR.24, par. 4) et de la République islamique d'Iran (A/C.6/63/SR.24, par. 38).

²⁴ Voir l'intervention du représentant des Pays-Bas (A/C.6/63/SR.20, par. 16).

²⁵ Voir les interventions des représentants de la France (A/C.6/63/SR.19, par. 17) et du Chili (A/C.6/63/SR.22, par. 17).

²⁶ Voir les interventions des représentants de la République tchèque (A/C.6/63/SR.19, par. 93), des Pays-Bas (A/C.6/63/SR.20, par. 14), du Portugal (A/C.6/63/SR.20, par. 26), de la Grèce (A/C.6/63/SR.21, par. 4) et de la République islamique d'Iran (A/C.6/63/SR.24, par. 38).

²⁷ Voir l'intervention du représentant de Cuba (A/C.6/63/SR.24, par. 27).

privé de sa nationalité²⁸. Un État a déclaré que la dénationalisation est interdite en droit international²⁹, cependant que d'autres étaient d'avis que la dénationalisation peut être admise dans certaines circonstances³⁰, à condition, ont précisé quelques-uns, qu'elle ne conduise pas à l'apatridie³¹, qu'elle se fasse conformément à la législation nationale³², qu'elle soit non-discriminatoire³³ et étant entendu qu'il ne devrait pas y être procédé de manière arbitraire ou abusive³⁴. Sur cette question, un certain nombre d'États étaient d'accord avec la conclusion de la Commission du droit international selon laquelle les États ne devraient pas utiliser la dénationalisation comme un moyen pour contourner le principe de non-expulsion des nationaux³⁵ et il a été proposé d'inclure un projet d'article en ce sens³⁶.

8. Tout cela étant rappelé, il y a lieu de poursuivre maintenant l'étude des règles limitant le droit d'expulsion amorcée dans le Troisième rapport³⁷. Comme nous l'avons indiqué dans ledit rapport, le droit d'expulsion doit s'exercer dans le respect des *règles de droit international*³⁸ qui en fixent les limites. On a examiné dans le Troisième rapport les limites tenant aux personnes à expulser. Ainsi a-t-on pu dégager successivement les principes de non-expulsion de son national, de non-expulsion d'un réfugié, de non-expulsion d'un apatride, et de non-expulsion collective.

9. Le présent rapport poursuivra cet examen par l'étude, d'une part, des limites tenant à l'exigence du respect des droits fondamentaux de la personne humaine en cas d'expulsion et, d'autre part, de certaines pratiques proscrites par le droit international en matière d'expulsion.

²⁸ Voir les interventions des représentants du Portugal (A/C.6/63/SR.20, par. 26) et de la Roumanie (A/C.6/63/SR.21, par. 57).

²⁹ Voir l'intervention du représentant de la République islamique d'Iran (A/C.6/63/SR.24, par. 37).

³⁰ Voir les interventions des représentants des Pays-Bas (A/C.6/63/SR.20, par. 15) et d'Israël (A/C.6/63/SR.24, par. 76).

³¹ Voir les interventions des représentants des Pays-Bas (A/C.6/63/SR.20, par. 15), de la Grèce (discours) et de Cuba (A/C.6/63/SR.24, par. 27).

³² Voir l'intervention du représentant de la Grèce (discours).

³³ Ibid.

³⁴ Voir les interventions des représentants de la Grèce (discours) et d'Israël (A/C.6/63/SR.24, par. 76).

³⁵ Voir les interventions des représentants du Portugal (A/C.6/63/SR.20, par. 26), des États-Unis d'Amérique (A/C.6/63/SR.21, par. 13), de la Pologne (A/C.6/63/SR.21, par. 33), de la Fédération de Russie (A/C.6/63/SR.21, par. 43), du Chili (A/C.6/63/SR.22, par. 11), de l'Inde (A/C.6/63/SR.23, par. 23) et d'El Salvador (A/C.6/63/SR.23, par. 48).

³⁶ Voir l'intervention du représentant de l'Italie (A/C.6/63/SR.19, par. 98).

³⁷ A/CN.4/581.

³⁸ Dans ses précédents rapports, le Rapporteur spécial parlait des « règles fondamentales de droit international ». Au regard du bien-fondé des observations faites au sein même de la Commission et en dehors, il a décidé de supprimer l'épithète « fondamental » qui restreint l'étendue des règles de droit international concernées en plus du fait qu'il est de nature à susciter de la controverse sur celles des règles de droit international qui sont considérées comme fondamentales et celles qui ne le seraient pas.

Première partie Règles générales (*suite*)

III. Principes généraux

B. Droit à exercer dans le respect des règles de droit international (*suite de A/CN.581; titre de la section modifié*)

2. Limites tenant à l'exigence du respect des droits fondamentaux de la personne humaine

a) Prolégomènes

i) *Protection des droits de tous les hommes*

10. Un individu qui est sous le coup d'une expulsion, quelles qu'en soient les raisons, demeure une personne humaine qui, comme telle, doit continuer de jouir de tous ses droits fondamentaux. Cette personne est dotée des mêmes attributs et aspire aux mêmes libertés quels que soient sa race, son ethnie, son sexe, ses croyances ou sa nationalité; c'est ce qu'on a appelé « l'identité universelle de la personne humaine »³⁹. Une certaine centralité de l'homme dans l'éthique internationale a fait de la protection de ces droits fondamentaux une préoccupation majeure du droit international contemporain. Cette protection n'est plus, on le sait, abandonnée au bon vouloir des États au nom d'une doctrine du domaine réservé qui était bâtie sur une improbable souveraineté absolue de l'État. La protection d'une personne qu'un État a décidé d'expulser s'impose d'autant plus que ladite personne est fragilisée par sa condition d'étranger et par la perspective de son expulsion. Cette protection lui est garantie par le droit international et la législation de l'État expulsant, quels que soient son statut juridique et/ou les conditions dans lesquelles il a accédé au territoire de l'État en question : étranger en situation légale ou en situation illégale – les nationaux n'étant pas ici concernés en raison du principe de non-expulsion par un État de ses propres nationaux.

11. Cette égale protection de toutes les personnes humaines est la pierre angulaire de tous les systèmes de protection des droits de l'homme. Elle résulte aussi bien des textes fondamentaux de caractère universel que des instruments juridiques régionaux. Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948⁴⁰ proclame, au seuil même de son préambule, que « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ». Plus spécifiquement, l'article 2 de cette charte fondatrice dispose, en des termes qu'il convient de rappeler *in extenso*, que :

« 1. Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans discrimination aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion

³⁹ Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 7^e éd, Paris, Dalloz, 2004, p. 208.

⁴⁰ Les textes des instruments juridiques cités dans le présent rapport sont publiés dans *Droits de l'homme : Recueil d'instruments internationaux, volumes I et II (première partie). Instruments universels*, Nations Unies, New York et Genève, 2002.

politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

2. De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté. »

12. Dans le même esprit, les Hautes Parties contractantes de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950, ci-après « Convention européenne des droits de l'homme », reconnaissent, dans l'article 1^{er} introductif qui s'intitule significativement « Obligation de respecter les droits de l'homme », « à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre de [ladite] Convention ». Non seulement cette disposition rappelle l'obligation générale du respect des droits de l'homme, mais elle internalise cette obligation en garantissant la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention à toute personne relevant de sa juridiction⁴¹. Suivant la même inspiration, l'article 1^{er} de la Convention américaine des droits de l'homme de 1969 – dite « Pacte de San José, Costa Rica » –, intitulé « Obligation to respect rights », dispose en son paragraphe 1^{er} : « The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition ». Dans une rédaction différente éclatée entre les articles 1^{er} et 2, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples stipule que « [t]oute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance de toute autre situation »; et les États membres de l'OUA, qui sont automatiquement parties à la Charte, « reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer ». La protection des droits et libertés est très large, globale, et l'obligation des États est à la fois précise et étendue.

13. Il se dégage de ces instruments juridiques un principe d'indiscrimination parmi les bénéficiaires des droits et libertés énoncés, principe exprimé différemment selon qu'il s'agit des instruments universels ou des instruments régionaux. Dans les premiers, sont visées toutes les personnes humaines où qu'elles soient, d'où qu'elles viennent. Dans les seconds, la référence aux personnes « sous la juridiction » de l'État, en particulier dans la Convention européenne, semble limiter le nombre des bénéficiaires des droits et libertés stipulés dans la Convention, le principe d'universalité étant maintenu ici *ratione personae* et non pas *ratione loci* : toute personne sans distinction de statut juridique ni de condition bénéficie des droits et libertés définis dans les instruments juridiques régionaux en question.

14. Ainsi, la qualité de national ne confère pas plus de droits que celle d'étranger. De même le statut d'étranger ne crée pas une infériorité de condition relativement à

⁴¹ V. Juan-Antonio Carrillo-Salcedo, commentaire de l'article 1, dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, p. 135.

la protection exigée par les droits de l'homme. Bien plus, même l'illégalité du séjour d'un individu sur le territoire d'un État ne saurait constituer une cause de minoration de ses droits fondamentaux, fût-ce dans le cadre d'une procédure d'expulsion. La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé, dans l'arrêt *Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique*⁴², que la compétence souveraine des États de contrôler les frontières, l'accès au territoire, et le séjour des étrangers, doit s'effectuer dans le respect de leurs engagements internationaux, dont la Convention européenne des droits de l'homme (article 3, 5 et 8) et la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (articles 3, 10 et 37); autrement dit, dans le respect des droits fondamentaux des étrangers et, en particulier, de ceux des enfants. Selon la Cour, « le souci des États de déjouer les tentatives de contourner les restrictions à l'immigration ne doit pas priver les étrangers de la protection accordée par les conventions, pas plus qu'elle ne doit priver le mineur étranger, de surcroît non accompagné, de la protection liée à son état »⁴³.

15. La protection des droits des étrangers a préoccupé particulièrement l'Assemblée générale des Nations Unies dès les années 1970. Une Sous-commission fut créée afin d'étudier la question; elle acheva son travail en 1977⁴⁴. C'est sur la base des résultats de ses travaux que l'Assemblée générale a adopté par consensus, le 13 décembre 1985, la *Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité des pays dans lesquels ils vivent*⁴⁵. La Déclaration couvre tous les individus en question et prescrit le respect des droits fondamentaux des étrangers, en l'occurrence : le droit à la vie; le droit à la vie privée; l'égalité devant les cours et tribunaux; la liberté d'opinion et de religion; le respect de la langue, de la culture et de la tradition⁴⁶. De plus, la Déclaration interdit l'expulsion individuelle ou collective sur des bases discriminatoires⁴⁷ et prévoit les droits syndicaux ainsi que le droit à des conditions de travail sûres et saines, le droit à la protection médicale, à la sécurité sociale et à l'éducation⁴⁸. Toutefois, la Déclaration reste assez générale au regard de l'étendue des droits protégés. Ainsi convient-il de resserrer l'analyse pour essayer de dégager à travers les instruments internationaux des droits de l'homme et les pratiques judiciaires des organes universels et régionaux de contrôle, voire des juridictions nationales, les règles spécifiques des droits de l'homme dont le respect s'impose plus particulièrement en cas d'expulsion.

ii) Notion de « droits fondamentaux »

16. La question est de savoir si l'étranger en cours d'expulsion peut prétendre à la jouissance de tous les droits de la personne humaine ou si la spécificité de sa condition exige que ne soient garantis en cette occurrence que ses droits fondamentaux.

⁴² Cour européenne des droits de l'homme, Requête n° 13178/03, arrêt du 12 octobre 2006.

⁴³ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique*, par. 81.

⁴⁴ Par une étude de la Baroness Elles : voir Baroness Elles, *The Problem of the Applicability of Existing International Provisions for the Protection of Human Rights to Individuals Who Are Not Citizens of the Country in Which They Live* (E/CN.4/Sub.2/392).

⁴⁵ Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité des pays dans lesquels ils vivent, résolution 40/144 de l'Assemblée générale, du 13 décembre 1985.

⁴⁶ Ibid., art. 5.

⁴⁷ Ibid., art. 7.

17. Selon le Rapporteur spécial, il paraît irréaliste de prescrire qu'une personne en cours d'expulsion peut bénéficier de l'ensemble des droits de l'homme garantis par les instruments internationaux et par la législation nationale de l'État expulsant. Comment en effet lui assurer, par exemple, pendant la durée du processus d'expulsion, le droit à l'éducation, la liberté de réunion et d'association, la liberté d'entreprise, la liberté professionnelle et le droit de travailler, le droit de se marier et le droit de fonder une famille, etc... Il semble plus en résonance avec la réalité et la pratique des États de circonscrire les droits garantis durant l'expulsion aux droits *fondamentaux* de la personne humaine.

18. Bien que cette notion de droits fondamentaux relève du langage juridique, sa signification est singulièrement embrouillée par l'emploi d'autres notions tenues pour voisines ou équivalentes. Ainsi, note-t-on dans la littérature juridique l'utilisation indifférenciée des notions de droits de l'homme, de libertés publiques, de libertés fondamentales, de droits et libertés fondamentaux, de principes fondamentaux, sans qu'il soit sûr qu'elles renvoient à une même réalité juridique⁴⁹.

19. La notion de droits fondamentaux correspond à plusieurs conceptions en droit interne. D'abord, certains droits seraient fondamentaux en raison de leur place dans la hiérarchie des normes. Seraient considérés comme tels des droits et libertés constitutionnellement protégés⁵⁰. On a même exposé que les droits fondamentaux seraient « par essence » constitutionnels⁵¹, ce qui les démarque de la catégorie plus large des libertés publiques. Ensuite, les droits fondamentaux seraient ceux exprimés ou garantis par les normes supérieures d'un ordre juridique donné ou qui sont essentiels à l'existence et au contenu d'autres droits de cet ordre⁵².

20. L'une et l'autre conception prennent dans l'ordre juridique les éléments de définition des droits fondamentaux, s'exposant de la sorte aux contingences de la construction juridique, à l'arbitraire du législateur. Or, la question de la contingence des droits fondamentaux est au cœur d'une importante controverse. Selon certains auteurs, ces droits seraient supérieurs à l'ordre juridique parce qu'exprimant des valeurs qui dépassent celui-ci⁵³. Cette position rappelle l'idée du droit naturel, sans cesse enterrée et toujours ressuscitée⁵⁴. À cette conception s'opposent ceux qui pensent que « l'existence de règles supra-constitutionnelles en droit interne est une impossibilité "quasi-ontologique", ... une impossibilité absolue »⁵⁵, notamment

⁴⁸ Ibid., art. 8.

⁴⁹ Voir Jean-Marie Tchakoua, *Dignité et droits fondamentaux des salariés. Réflexion à partir des droits camerounais et français*, Thèse, Droit, Université de Yaoundé II, 1999, p. 5.

⁵⁰ Voir Louis Favoreu, « Rapport introductif », colloque sur La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe, (19-21 février 1981), *Revue internationale de droit constitutionnel*, 1981, p. 671.

⁵¹ Voir Bruno Genevois, « Norme de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux », *Revue française de droit administratif*, 1990, p. 317.

⁵² Laurent Marcoux, « Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne », *Revue internationale de droit constitutionnel*, 1984, p. 691.

⁵³ Voir notamment Jean-Pierre Laborde, « Conclusion » des 4^{ème} Journées franco-espagnoles de droit comparé du travail (12-14 mai 1994) sur le thème « Les principes et droits fondamentaux en matière sociale en Espagne et en France », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1994, n° 2, p. 119 et 120.

⁵⁴ Voir P. Kayser, « Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire », *Revue de la Recherche Juridique*, 1998-2, p. 287.

⁵⁵ Voir Bertrand Mathieu, « La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités », *Les Petites Affiches*, 1995, n° 29, p. 12.

parce que cette existence priverait le peuple de sa souveraineté (législative). Le Conseil constitutionnel français partage cette analyse⁵⁶, même si une analyse serrée de sa terminologie⁵⁷ suggère que sans peut-être en être toujours conscient, le Conseil, reprenant la terminologie de la Constitution, se borne à « constater » des règles (pré-)existantes plus qu'il ne fait valoir des règles créées pour les autorités investies du pouvoir normatif. On comprend dès lors que le Tribunal constitutionnel allemand affirme pour sa part que la substance des droits fondamentaux est hors d'atteinte du pouvoir constituant, fût-il originaire⁵⁸. Cette position peut être rapprochée d'un arrêt de la Cour constitutionnelle italienne qui a affirmé expressément que :

« La Constitution italienne comprend quelques principes suprêmes qui ne peuvent être renversés ou modifiés dans leur contenu essentiel même par une loi de révision constitutionnelle ou par d'autres lois constitutionnelles »⁵⁹.

21. Ce débat, du reste classique, entre les tenants du positivisme juridique et les défenseurs du droit naturel n'est pas, loin s'en faut, étranger au droit international des droits l'homme. Il n'y a cependant pas été aussi âpre, l'idée qu'il existe une catégorie de droits de l'homme intangible s'étant finalement imposée, comme on le verra, en dépit de certaines réticences.

22. L'approche fondée sur la notion de droits fondamentaux ne va pas sans difficultés, la question étant de savoir ce qu'il faut entendre par « droits fondamentaux ». La terminologie est bien établie en doctrine qui l'a promue sans toutefois que l'on puisse y trouver une définition précise de la notion⁶⁰. De même, on relève çà et là l'épithète « fondamental » dans les intitulés de certains

⁵⁶ Voir, par exemple, Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Recueil*, p. 94.

⁵⁷ La Constitution française de 1958, comme celle de plusieurs autres pays, utilise les verbes « reconnaître » et « proclamer » lorsqu'elle en vient à l'énonciation des droits fondamentaux. Or, ces deux verbes n'expriment nullement l'idée de création (normative); car selon les dictionnaires usuels de la langue française (*Petit Robert*, *Larousse*), « proclamer » signifie « publier ou reconnaître officiellement par un acte », et « reconnaître » veut dire « admettre comme vrai ou réel », « constater, découvrir ».

⁵⁸ Voir Décision du 23 avril 1991.

⁵⁹ Arrêt cité par Louis Favoreux et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 9^e éd., Paris, Dalloz, p. 826.

⁶⁰ Le moteur de recherche « Google » indique quelques milliers de références sur « droits fondamentaux ». Voir, à titre purement indicatif, la revue électronique *Droits fondamentaux* (www.droits-fondamentaux.org), Numéro 1 parue en juillet-décembre 2001. Dans l'éditorial de ce premier numéro signé par le professeur Emmanuel Decaux, une seule fois est utilisée l'expression : « Aujourd'hui comme hier, les droits fondamentaux restent un défi ». Mais aucune explication sur le sens de cette notion ni sur son choix : « Les droits universels et indivisibles proclamés en 1945 par la Charte des Nations Unies (...) ne doivent pas rester un vœux pieux » : seule cette phrase suggère vaguement ce que l'on pourrait en penser; Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet et Christophe Albige, *Libertés et droits fondamentaux*, 14^e éd. Paris, Dalloz, 2008; Jean-Marie Pontier, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 3^e éd., Paris, Hachette Supérieur, 2007; Mireille Delmas-Marty et Claude Lucas de Leyssac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 2^e éd., Paris, Seuil, 2002; Gérard Couturier, Mireille Delmas-Marty et Claude Lucas de Leyssac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 1996; Jacques Fialaire et Eric Mondielli, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Ellipses, 2005; voir aussi, notamment, Jean-Yves Carlier « Et Geneva sera..... La définition du réfugié : Bilan et perspectives » dans *La convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : Bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, qui parle de « [la] contextualisation des droits fondamentaux » (p. 79).

instruments internationaux. Ainsi de la Convention européenne précitée, de « Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », et ses onze Protocoles; de la « Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus »⁶¹; ou des « Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus »⁶².

23. La notion de « droits fondamentaux » de la personne humaine rappelle vaguement la théorie des « droits fondamentaux des États » qui apparaît au XVIII^e siècle dans la pensée juridique d'Emmerich de Vattel⁶³. La notion de droits fondamentaux des États, qui provient en effet directement de la théorie des droits et devoirs parfaits des États de Vattel, sera systématisée au XIX^e par des auteurs tels que le diplomate latino-américain Carlos Calvo⁶⁴, l'universitaire français Antoine Pillet⁶⁵ ou le juge anglais Robert Philimore⁶⁶. Cette théorie repose sur l'idée selon laquelle les États sont, du simple fait de leur existence, titulaires de droits innés, permanents et fondamentaux, dans leurs rapports avec les autres. Ces droits, qui sont alors à la base du droit des gens et de l'ensemble des relations internationales, en temps de paix comme en temps de guerre, doivent impérativement être respectés par tous les États; corrélativement ce sont ceux dont la violation justifiera le recours à la force. Le contenu de ces droits fondamentaux des États varie d'un auteur à l'autre, mais on retrouve le plus souvent ce qu'on appelle à cette époque le « droit de conservation », le droit au respect de la souveraineté, au commerce et à l'égalité. La doctrine originaire considérait que ces droits fondamentaux des États étaient issus du droit naturel. Aussi cette théorie sera-t-elle abandonnée sous l'influence profonde et durable du positivisme sur la pensée juridique internationale⁶⁷.

24. On ne peut transposer mécaniquement cette théorie dans le domaine des droits de l'homme. Mais on voit bien que dans l'un et l'autre cas prévaut l'idée qu'il y aurait un ensemble de droits essentiels à l'existence même de l'État comme à celui de l'individu. Au demeurant, c'est la Charte des Nations Unies elle-même qui introduit formellement la notion de « droits fondamentaux » de la personne humaine en proclamant d'entrée de jeu, « à nouveau [la] foi » des « Peuples des Nations Unies » « dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits de l'homme et des femmes (...) »⁶⁸. On trouve également cette expression dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et dans le Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux et culturels (PIDESC) dont les articles 5, par. 2 respectifs disposent qu'«[i]l ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux *droits fondamentaux* de l'homme reconnue ou en vigueur dans tout État Partie au présent Pacte (...) »⁶⁹. La Charte des Nations Unies indique par ailleurs que l'un des buts

⁶¹ Adoptée par l'Assemblée générale par sa résolution 53/144 du 9 décembre 1998.

⁶² Adoptés et proclamés par l'Assemblée générale par sa résolution 45/111 du 14 décembre 1990.

⁶³ V. E. de Vattel, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758.

⁶⁴ Voir Carlos Calvo, *Droit international théorique et pratique*, 1870.

⁶⁵ Voir Antoine Pillet, « Recherche sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux... », *Revue Générale de Droit International Public*, 1898.

⁶⁶ Voir Robert Philimore, *Commentaries in International Law*, 1854-1861.

⁶⁷ Pour une synthèse récente de cette théorie, voir Denis Alland (dir.) *Droit international public*, Paris, PUF (coll. Droit fondamental), 2000, p. 78 et 79.

⁶⁸ Préambule de la Charte.

⁶⁹ Italiques ajoutées.

des Nations Unies est de réaliser la « coopération internationale » entre autres « en encourageant le respect des droits de l'homme et des *libertés fondamentales* pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion »⁷⁰. Cette expression, « droits de l'homme et libertés fondamentales », est reprise à l'article 55, alinéa c), de la Charte⁷¹.

25. Le vocabulaire est, comme on peut le constater, quelque peu variable : tantôt il est question des « droits fondamentaux », tantôt de « droits de l'homme et des libertés fondamentales » (« human rights and fundamental freedoms »); l'épithète « fondamentales », en s'accordant avec « libertés », montrant que les droits ne sont pas ici concernés. On relèvera que l'expression « droits fondamentaux » n'est reprise ni dans l'article 1, par. 3, ni dans l'article 55, alinéa c) de la Charte. En dehors de faire ce constat, les commentateurs du préambule de la Charte n'en font pas le moindre commentaire, ni n'en tirent aucune conclusion⁷². On ne peut pourtant dire que les deux expressions soient des synonymes. Ce glissement de « droits fondamentaux de l'homme » à « droits de l'homme et libertés fondamentales » traduit-il une volonté des rédacteurs de la Charte de restreindre le champ de normes fondamentales concernées uniquement à celles concernant les libertés?

26. Rien ne permet de tirer une telle conclusion. À la vérité, aucun instrument international ne propose un contenu à la notion de « droits fondamentaux » ou même à celle de « libertés fondamentales » qui figure, comme on l'a vu, dans l'intitulé de plusieurs conventions internationales. On aurait pu espérer une clarification de la Commission ou de la Cour européenne des droits de l'homme, au moins en ce qui concerne les « libertés fondamentales » dont il est question dans la Convention de 1950. Certes, la Commission et la Cour se sont référées explicitement ou implicitement au cinquième alinéa du préambule de cette Convention comme reflétant une caractéristique essentielle de celle-ci, qui tend à établir « un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers »⁷³. Bien qu'elle s'intitule expressément « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »⁷⁴, l'instrument adopté le 7 décembre 2000 au Sommet de Nice par le Parlement européen, le Conseil et la Commission de l'Union européenne, n'est d'aucun secours sur cette question de la définition de la notion des droits fondamentaux : rien ni dans le préambule ni dans le dispositif ne suggère la moindre signification. On pourrait aussi bien en conclure que ce sont tous les droits édictés dans les cinquante-quatre articles de la Charte qui sont les droits

⁷⁰ Article 1, par. 3, de la Charte. Italiques ajoutées.

⁷¹ Sans prétendre à l'exhaustivité, on mentionne également le point 15 de la Déclaration et Programme d'action de Vienne adoptés par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme à Vienne, le 25 juin 1993.

⁷² Voir le commentaire de J.-P. Cot et A. Pellet, dans J.-P. Cot, A. Pellet et M. Forteau (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3^e éd., I, Paris, Economica, 2005, p. 290.

⁷³ *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique (fond)*, arrêt du 23 juillet 1968, Série A n° 6, par. 5; voir aussi l'arrêt *Soering* du 7 juillet 1989, Série A n° 161, par. 87; et Théo Van Boven, « Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentales » Commentaire du préambule, dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (note 41 ci-dessus), p. 130.

⁷⁴ Voir doc. 2000/C 364/01, *Journal officiel des Communautés européennes* du 18 décembre 2000.

fondamentaux au sens de ce texte. L'intitulé de l'instrument y autorise. Mais est-ce bien l'intention de ses auteurs?

27. L'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans l'affaire *Golder* a adopté un raisonnement qui pourrait aider dans la détermination du contenu de la notion des droits fondamentaux. Dans cette affaire, la CEDH n'a pas écarté l'observation du Gouvernement britannique selon laquelle les auteurs de la Convention européenne des droits de l'homme avaient adopté un « processus sélectif : la Convention ne chercherait pas à protéger les droits de l'homme en général, mais uniquement “certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle” »⁷⁵. On peut en tirer le raisonnement suivant : de même que chaque instrument international des droits de l'homme cible un aspect particulier des droits de l'homme (droits de l'enfant, droit de la femme, droits des travailleurs migrants, esclavage etc.) ou uniquement certains droits et libertés, on peut convenir aisément que tous les droits de l'homme ne peuvent pas être exercés en même temps tout le temps. L'éventail des droits fondamentaux peut varier en fonction de la condition des personnes, de la situation dans laquelle elles se trouvent; la variation devant cependant se faire autour d'un « noyau dur » tenu pour intangible. Rarement les juristes abordent-ils de front cette question.

iii) *Droits fondamentaux et « noyau intangible » ou « indérogeable » des droits de l'homme*

a. Définition

28. On est dépourvu d'une définition juridique de la notion de droits fondamentaux de l'homme. Elle semble se confondre dans certaines de ses utilisations doctrinales avec la notion des droits de l'homme tout court⁷⁶, et renvoie alors à l'ensemble des droits et libertés reconnus aux individus par les constitutions nationales et les conventions internationales, et protégés par les instances nationales et internationales compétentes. Dans le cadre du présent rapport ainsi que des rapports subséquents, l'expression « droits fondamentaux » sera entendue comme synonyme de « noyau dur » des droits de l'homme.

29. Selon la doctrine académique, une certaine hiérarchisation des droits de l'homme permet une meilleure garantie d'un noyau d'entre eux, qui paraît fondamental aux yeux de la communauté internationale. Cette notion de « noyau dur » est employée aussi bien en droit international des droits de l'homme qu'en droit international humanitaire pour désigner « un ensemble de droits qui ne sauraient souffrir d'aucune dérogation. Leur liste varie selon les conventions, mais elles s'accordent sur un petit nombre qui représente un minimum visant à protéger l'intégrité et la sûreté de la personne. On les qualifie également de droits intangibles, et on parle alors de noyau intangible (...) »⁷⁷. Dans le même sens, un

⁷⁵ Arrêt du 21 février 1975, Série A n° 18, par. 34.

⁷⁶ Quand on parle, par exemple, de la revue électronique *Droits fondamentaux* ou du réseau de chercheurs « Droits fondamentaux » on ne vise rien de moins que l'ensemble des droits de l'homme sans exception. Il en est ainsi des nombreux ouvrages consacrés aux « libertés et droits fondamentaux » dont on a cité quelques-uns à la note 60 ci-dessus.

⁷⁷ Alain Le Guyader, « La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'homme », dans Denis Maugenest et Paul-Gérard Pougoué (dir.), *Les droits de l'homme en Afrique centrale*, Paris, Karthala, 1995, p. 249. Le philosophe se démarque cependant de cette acceptation qu'il qualifie de « juridique étroite » et enrichit la discussion sur cette notion de réflexions

autre auteur écrit : « certaines règles se sont vues conférer une force particulière et une reconnaissance coutumière. Elles forment le « noyau dur » des droits de l'homme. Celui-ci comprend (...) les Droits dits intangibles, auxquels aucune dérogation n'est en effet autorisée, même en cas de guerre »⁷⁸. Un autre conclut encore : « En tout cas, il est un noyau dur au sein des droits de l'homme qui garantissent le respect de la dignité et de l'intégrité physique de la personne humaine, et qui est exigible en tout lieu de la part de n'importe quel pouvoir. Il s'agit en réalité de la garantie des valeurs qui fondent la civilisation de l'universel, ce que le Statut de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998) appelle « l'héritage de toutes les cultures, une délicate mosaïque qui risque à tout moment d'être détruite »⁷⁹.

30. L'idée d'un noyau dur de droits indérogeables n'est cependant pas à l'abri de la critique. L'objection classique qui lui est faite est qu'elle reviendrait à établir une hiérarchie entre les droits de l'homme, contrevenant de la sorte au principe d'indivisibilité desdits droits. Mais on estime aussi qu'elle a un « caractère subjectif, évolutif, sinon contingent, qui va précisément à l'encontre de l'universalité »⁸⁰, ou encore qu'elle entérine un état de fait interétatique et par suite « ne ferait qu'exprimer un préjugé positiviste »⁸¹.

31. La critique paraît plus idéologique que juridique et technique. Elle est fondée sur les principes d'universalité et d'indivisibilité des droits de l'homme qui véhiculent l'idée improbable que tous les droits sont d'égale importance et ont une égalité de statut juridique. Comme on l'a observé avec justesse, l'idée d'un noyau dur constitue « une réponse à la prolifération individualiste des droits qui peut mettre en danger l'idée de droits de l'Homme »⁸².

32. Contrairement à ce que cette idée pourrait suggérer de prime abord, elle permet de faire face au relativisme culturel justificateur des dérogations voire des atteintes aux normes universelles et contestataires de l'universalisme en matière des droits de l'homme. En effet, l'universel apparaît sous ce rapport comme un noyau dur⁸³. Le problème crucial ici est celui de la détermination d'un critère opérationnel d'identification, permettant de définir le contenu du noyau dur. Sur cette question, le professeur Frédéric Sudre a apporté d'utiles clarifications. Selon cet auteur, « qui dit noyau dur implique nécessairement une "enveloppe molle" et conduit à tracer une ligne de partage entre des droits fondamentaux et d'autres qui le sont moins, entre des droits prioritaires et d'autres qui seraient secondaires, entre des droits de premier rang et d'autres de second rang. En bref, faire l'hypothèse d'un "noyau dur"

philosophiques. Il va sans dire que c'est l'acception juridique que retiendra le Rapporteur spécial.

⁷⁸ Gérard Cohen-Jonathan, « Les droits de l'homme, une valeur internationalisée », *Droits fondamentaux*, n° 1 juillet-décembre 2001, p. 159, revue électronique publiée à l'adresse www.droits-fondamentaux.org.

⁷⁹ Mohamed Bennouna, Communication au Colloque organisé à la Sorbonne par la Commission Nationale (française) Consultative des Droits de l'Homme à l'occasion du 50^e anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme : *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-1988. Avenir d'un idéal commun*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 245.

⁸⁰ P.-M. Dupuy, *Droit international public* (note 39 ci-dessus), p. 225.

⁸¹ A. Le Guyader, « La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'homme » (note 77 ci-dessus), p. 254.

⁸² Ibid., p. 255.

⁸³ Ibid., p. 266.

pose immanquablement la question, en droit, de la hiérarchie des droits de l'Homme. »⁸⁴

33. Une telle approche est jugée épouvantable, en tout cas blasphématoire par une large partie de la doctrine parce qu'elle irait directement à l'encontre des principes fondateurs de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits de l'Homme⁸⁵.

34. L'idée qu'il peut y avoir un noyau dur des droits de l'Homme n'est pourtant pas infondée d'un strict point de vue juridique. Au-delà du discours philosophique ou d'une approche idéologique et essentiellement morale de la question, il faut bien voir en effet que « le droit des droits de l'Homme ne protège pas tous les droits de la même manière. » Si l'on ne confond pas *lex ferenda* et *lex lata* comme c'est souvent le cas dans certains discours militants sur les droits de l'Homme, on peut à la fois constater que le droit des droits de l'Homme « ne dote pas tous les droits proclamés d'un même régime juridique, et s'accorder sur le principe d'une application cumulative et complémentaire des droits proclamés »⁸⁶.

35. En considérant acquise l'utilité à la fois juridique et pratique du noyau dur, quel(s) critère(s) d'identification retenir?

36. La notion de *jus cogens* ne peut être un critère satisfaisant⁸⁷. D'une part, en dépit de sa consécration tant conventionnelle que jurisprudentielle, elle continue d'être controversée du fait de l'indétermination de son contenu. D'autre part, en matière des droits de l'homme, elle fait l'objet de conceptions opposées : une conception large qui considère que les droits de l'homme en général font partie du *jus cogens*, comme le suggère les projets de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et sur un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité; et une conception restrictive qui estime que seuls quelques droits de l'Homme en font partie. M. Sudre relève que l'examen des conventions internationales protectrices des droits de l'Homme montre à la seule exception de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, un « dédoublement du régime juridique des droits de l'Homme » : certains droits que cet auteur a nommé « *droits conditionnels* »⁸⁸ « peuvent faire l'objet de restrictions et/ou de dérogation et sont donc susceptibles d'application imparfaite et/ou de non application temporaire; au contraire, d'autres droits, – les *droits intangibles* – ne sont pas passibles de ces limitations, ce sont des droits absolus applicables à toute personne, en tout temps et en tout lieu »⁸⁹.

37. Le critère opérationnel d'identification du noyau dur des droits de l'Homme est donc l'*intangibilité* des droits concernés. On ne peut nier que cette notion de « noyau dur » ou « intangible » introduit une certaine hiérarchisation dans les droits de l'homme. Mais il s'agit assurément d'une hiérarchisation de fait découlant de

⁸⁴ Frédéric Sudre, « Quel noyau intangible des droits de l'homme? », dans D. Maugenest et P.-G. Pougoué (dir.), *Les droits de l'homme en Afrique centrale*, Paris, Karthala, 1995, p. 271.

⁸⁵ Voir, par exemple, P. Meyer-Bisch, « Le problème des limitations du noyau intangible des droits de l'Homme », dans P. Meyer-Bisch (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'Homme*, Fribourg, Editions universitaires, 1991, p. 101.

⁸⁶ F. Sudre (note 84 ci-dessus), p. 271.

⁸⁷ Ibid., p. 272; du même, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 2^e éd. Paris, PUF, 1995, n° 42-44.

⁸⁸ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 2^e éd., Paris, PUF, 1995, n° 120.

⁸⁹ F. Sudre, « Quel noyau intangible des droits de l'Homme? » (note 84 ci-dessus), p. 272.

l'analyse des instruments juridiques internationaux plutôt que d'une règle formelle : on constate en effet qu'un noyau dur de droits intangibles bénéficiant d'une protection absolue se dégage des principaux traités de protection des droits de l'homme tels que la Convention européenne des droits de l'homme (art. 15), la Convention américaine (art. 27, par. 2), le PIDCP (art. 4, par. 2) – seule la Charte africaine faisant exception.

38. Derrière cette idée de « noyau dur » de droits de l'Homme, c'est bien les droits dits universels qui sont sous-jacents : « la question du “noyau dur” postule l'existence d'un fonds commun irréductible des droits de l'Homme sur lequel partout l'accord se ferait, en admettant implicitement une diversité de conceptions en matière de droits de l'Homme (...) »⁹⁰. Et du point de vue de la mise en œuvre des droits de l'Homme, l'idée d'un noyau dur tire la conséquence pragmatique de ce que la liste sans cesse évolutive des droits de l'homme est ignorée par beaucoup d'États ou regardée comme une simple pétition de principe et qu'il convient dès lors « d'assurer la garantie du minimum indispensable, sorte de standard en dessous duquel on ne saurait parler de droits de l'Homme »⁹¹.

b. Contenu

39. Il s'agit d'isoler, dans le corpus des droits de l'homme, les droits qui sont constitutifs du noyau dur. L'identification du contenu dudit noyau dur n'est pas rigoureusement la même d'un auteur à l'autre.

40. De manière générale, on considère que ces droits fondamentaux formant le « noyau dur » des droits de l'homme sont constitués du droit à la vie, de l'interdiction de la torture, des peines et traitements inhumains, de l'esclavage et de la servitude. Certains y ajoutent les principes de l'égalité et de non-rétroactivité de la loi. Mais ce contenu est susceptible de varier dans le temps et même dans l'espace. On note à cet égard que le Protocole N° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) adopté le 22 novembre 1984, ajoute à la liste des droits intangibles contenue dans la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 un nouveau droit : le principe *non bis in idem* (art. 4). Dans le même ordre d'idées, on a relevé que la liste des droits formant le « noyau dur » n'est pas la même d'un continent à l'autre. Alors que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ne contient pas de droits indérogeables, le nombre de tels droits est de cinq en Europe, onze en Amérique, et sept au plan universel⁹².

41. Le professeur Cohen-Jonathan propose une liste encore plus étendue. Selon lui, la comparaison de l'article 4, par. 2, du PIDCP et l'article 15, par. 2, de la Convention européenne des droits de l'homme permet de relever que constituent des droits dits intangibles, le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements ou peines inhumains ou dégradants et l'interdiction de l'esclavage – ce qui correspond à peu près à la teneur de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève⁹³. Mais il ajoute que selon la jurisprudence internationale, il faut y adjoindre l'interdiction du déni de justice flagrant et la détention arbitraire. Bien plus, l'auteur estime qu'il faut également inclure dans cette liste l'interdiction de la

⁹⁰ Ibid., p. 267.

⁹¹ Ibid.

⁹² F. Sudre, « Quel noyau intangible des droits de l'homme? » (note 84 ci-dessus), p. 274.

⁹³ Voir G. Cohen-Jonathan, « Les droits de l'homme, une valeur internationalisée » (note 78 ci-dessus), p. 159.

discrimination raciale et à l'égard des femmes, déjà visée spécifiquement à l'article 55 c) de la Charte des Nations Unies, sans oublier la liberté de pensée, de conscience et de religion considérée comme un droit également intangible par l'article 4 du PIDCP⁹⁴.

42. Dans ces conditions, se pose la question de l'universalité du « noyau dur ». À l'analyse, on constate qu'un certain nombre de ces droits constituent un fonds commun irréductible à toutes les listes recensant les droits du « noyau dur ». Ce « noyau dur des noyaux durs », selon une expression de F. Sudre, comprend quatre droits : le droit à la vie, le droit de ne pas subir de torture et des traitements inhumains et dégradants, le droit de ne pas être placé en esclavage et en servitude, le droit à la non-rétroactivité de la loi pénale⁹⁵.

43. On peut y ajouter, en tant que droits fondamentaux liés à la condition spécifique d'une personne sous le coup de l'expulsion : le principe de non-discrimination; le droit au respect de l'intégrité physique de la personne à expulser, le droit au respect de la vie familiale, ainsi que le droit d'une personne de ne pas être expulsée vers un pays où sa vie est en danger.

44. La protection offerte par le respect de ces droits doit permettre la réalisation du droit matriciel en matière des droits de l'homme qu'est le droit à la dignité.

b) L'obligation générale de respecter les droits de l'homme

45. On s'accorde de nos jours sur l'existence d'une obligation internationale générale de respecter les droits de l'homme⁹⁶. Il s'agit d'une obligation *erga omnes*, selon les termes de l'arrêt de la C.I.J. dans son célèbre dictum en l'affaire de la *Barcelona Traction*. La Cour déclare en effet :

« Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*.

Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général (*Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23*); d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel »⁹⁷.

⁹⁴ Ibid., p. 160.

⁹⁵ Ibid.; P. Meyer-Bisch (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme* (note 85 ci-dessus); P.-M. Dupuy, *Droit international public* (note 39 ci-dessus), p. 226.

⁹⁶ Voir J.-F. Flauss dans D. Alland (dir.), *Droit international public* (note 67 ci-dessus), p. 577 à 593; G. Cohen-Jonathan, « Les droits de l'homme, une valeur internationalisée » (note 78 ci-dessus), p. 160 et 161.

⁹⁷ Arrêt du 5 février 1970, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 23.

46. Dans le même esprit, la Cour a relevé, dans son arrêt du 27 juin 1986 en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, que « l'inexistence d'un engagement (en matière de respect des droits de l'homme) ne signifierait pas qu'un État puisse violer impunément les droits de l'homme »⁹⁸.

47. Reprenant la formule employée par la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, l'Institut de droit international, dans sa résolution du 13 septembre 1989⁹⁹, déclare à propos de cette obligation internationale générale de respect des droits de l'homme qu'« [e]lle incombe à tout État vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble et tout État a un intérêt juridique à la protection des droits de l'homme ».

48. Les projets d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, tels qu'ils avaient été adoptés par la Commission en première lecture en 1996, consacraient très clairement cette idée d'obligations *erga omnes* s'agissant des normes en matière de « protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales », ainsi que la possibilité de l'action publique que cette idée induit. En effet, le projet d'article 40¹⁰⁰ qualifiait d'« État lésé » « (...) e) si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un traité multilatéral ou d'une règle de droit international coutumier, tout autre État partie au traité multilatéral ou lié par la règle du droit international coutumier, lorsqu'il est établi : (...) iii) que le droit a été créé ou est reconnu pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Dans la version finale du projet d'articles, adopté par la Commission en deuxième lecture en 2001, et dont l'Assemblée générale des Nations Unies a « pris note » dans sa résolution 56/83 du 12 décembre 2001, la solution semble rester fondamentalement la même, bien que l'expression « État lésé » ne soit plus utilisée par rapport à de tels cas de figure, et en dépit du fait que le texte du projet d'articles ne contienne plus, dans le présent contexte, une référence explicite aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. En effet, aux termes de l'article 48, par. 1, dans sa version de 2001, « un État autre qu'un État lésé » est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, conformément au paragraphe 2 dudit article, si : « a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe; ou b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble ». Et à ce propos, il convient de souligner que, s'agissant de la lettre a), le commentaire de cet article mentionne, à titre d'exemple, le cas « d'un système régional de protection des droits de l'homme »¹⁰¹; alors que, s'agissant de la lettre b), le commentaire se réfère notamment au passage de l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire de la *Barcelona Traction*, citant comme exemples d'obligations *erga omnes* « [les] principes et [les] règles concernant les

⁹⁸ C.I.J. Recueil 1986, par. 267.

⁹⁹ Session de Saint-Jacques-de-Compostelle; voir, sur cet aspect des travaux de l'Institut, G. Cohen-Jonathan, « La responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme », dans *La responsabilité dans le système international*, Colloque de la Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 1991, p. 120.

¹⁰⁰ Voir rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai-26 juillet 1996), document A/51/10 dans *Annuaire de la Commission du droit international* 1996, vol. II (deuxième partie), p. 66 et 67.

¹⁰¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), p. 345, point 7 du commentaire.

droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale »¹⁰².

49. L'on peut inférer des dispositions qui précèdent que la violation par un État de ses obligations relatives à la protection des droits de l'homme est susceptible d'engager la responsabilité de cet État vis-à-vis de tous les autres États parties au traité en question, lorsqu'il s'agit d'une obligation conventionnelle, ou à l'égard de tous les États lorsque l'obligation violée relève du droit international général et que son respect est dû à la communauté internationale dans son ensemble.

50. Cette obligation internationale générale de respecter les droits de l'homme s'impose encore plus s'agissant des personnes dont la situation juridique crée une fragilité de condition, comme c'est le cas des étrangers sous le coup de l'expulsion. C'est pourquoi, fort des éléments de la jurisprudence internationale rappelés ci-dessus, de la convergence doctrinale en la matière qu'appuient largement les travaux d'instances de codification faisant autorité, il y a lieu de proposer le projet d'article suivant :

Projet d'article 8

Obligation générale de respecter les droits de l'homme de la personne en cours d'expulsion

Toute personne expulsée ou en cours d'expulsion a droit au respect de ses droits fondamentaux ainsi que de tous autres droits dont sa condition spécifique impose la réalisation.

c) Les droits spécialement protégés de la personne en cours d'expulsion

51. En tant qu'être humain, l'étranger présent sur le territoire d'un État bénéficie de la protection de ses droits de l'homme. Dans sa condition d'étranger en cours d'expulsion, il bénéficie, en plus de cette protection générale, d'une protection spécifique de certains de ces droits. Comme l'Institut de droit international le proposait déjà à la fin du XIX^e siècle dans l'article 17 de sa résolution de Genève du 9 septembre 1892 sur les « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers » : « L'expulsion, n'étant pas une peine, doit être exécutée avec tous les ménagements possibles, en tenant compte de la situation particulière de la personne »¹⁰³.

52. La protection spéciale des droits en question de la personne sous le coup de l'expulsion lui est offerte par les droits du « noyau dur », ces droits intangibles de l'expulsé résultant des instruments juridiques internationaux et confortés par la jurisprudence internationale. Ce sont :

- Le droit à la vie;
- Le droit à la dignité;
- Le droit à l'intégrité de la personne;
- La non-discrimination;

¹⁰² Ibid., p. 346, point 9 du commentaire.

¹⁰³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1894, 2^e partie, p. 222.

- Le droit de ne pas être soumis à la torture et à des peines ou traitements inhumains ou dégradants;
- Le droit à la vie familiale.

i) *Le droit à la vie*

53. Le droit à la vie qui, selon le paragraphe 1^{er} de l'article 6 du PIDCP « est inhérent à la personne humaine », est proclamé, certes sous des formules variables, par les principaux instruments internationaux des droits de l'homme tant de caractère universel¹⁰⁴ que de caractère régional¹⁰⁵.

54. En quoi ce droit consiste-t-il? La Déclaration universelle de 1948 n'en donne aucune idée, se contentant d'affirmer laconiquement en son article 3 que : « Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne ». La Déclaration américaine de 1948 se contente de reproduire *in extenso* cette formule en son article 1^{er}.

55. C'est avec la Convention européenne des droits de l'homme que le droit à la vie est proclamé avec un régime détaillé qui renseigne sur son contenu. L'article 2 de cette Convention dispose :

« 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

- a) Pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale;
- b) Pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue;
- c) Pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. »

56. Comme on peut le constater, cette conception du droit à la vie n'emporte pas exclusion de la peine de mort comme possible sanction de certaines infractions criminelles prononcées par un tribunal en vertu de la loi. Cette approche est suivie par le PIDCP à travers la formule de la troisième phrase de l'article 6, par. 1, selon laquelle : « Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie ». Ce qui signifie, suivant une formule non négative, qu'une personne peut être privée de sa vie, à condition que ce ne soit pas de manière arbitraire. La formule précitée du PIDCP est reprise à

¹⁰⁴ Voir notamment l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹⁰⁵ Voir l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950; l'article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne; l'article 3 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969; l'article 1^{er} de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948; et l'article 4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981.

la lettre dans les articles 4 respectifs de la Convention américaine de 1969 et de la Charte africaine de 1981.

57. C'est le Deuxième Protocole facultatif de 1989 se rapportant au PIDCP, visant à abolir la peine de mort, qui modifie radicalement la portée de la règle déclarant le droit à la vie en stipulant en son article 1^{er} :

« 1. Aucune personne relevant de la juridiction d'un État Partie au présent Protocole ne sera exécutée.

2. Chaque État Partie prendra toutes les mesures voulues pour abolir la peine de mort dans le ressort de sa juridiction ».

Dans le même sens, l'article 1^{er} du Protocole n° 6 du 28 avril 1983 à la Convention européenne des droits de l'homme dispose : « La peine mort est abolie; nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté ». La structure de l'article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne montre bien que la prohibition de la peine de mort et de l'exécution se conçoit comme le corollaire du droit à la vie. Ainsi, après le rappel au paragraphe 1^{er} de cet article que « [t]oute personne a droit à la vie », la Charte dispose au paragraphe 2 dudit article que « [n]ul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté. » Le droit à la vie emporte donc, d'après cette Charte européenne, prohibition de la peine capitale et de l'exécution.

58. Toutefois, une telle prohibition se heurte encore à la législation contraire de plusieurs pays hors de l'Europe et ne constitue nullement une norme coutumière universelle en dépit du moratoire sur l'application de la peine de mort voté par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 62/149 du 18 décembre 2007¹⁰⁶. Certes, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies avait, au cours des dix dernières années précédant la résolution en question, adopté à toutes ses assises des résolutions engageant « les États qui maintiennent encore la peine de mort à l'abolir définitivement et, en attendant, à instituer un moratoire sur les exécutions »¹⁰⁷. Mais il s'agit simplement dans ce cas, comme dans celui de la résolution de l'Assemblée générale elle-même, de recommandations sans aucune force contraignante et ne traduisant pas une *opinio juris communis* en la matière, la résolution 62/149 n'ayant pas été adoptée à l'unanimité.

59. Sur le plan de la jurisprudence, la question de l'expulsion, de l'extradition ou du refoulement d'une personne vers un État où il risque une atteinte à son droit à la vie a été examinée tant au niveau universel qu'au niveau régional.

¹⁰⁶ Voir la résolution 62/149 du 18 décembre 2007, dans laquelle l'Assemblée « [d]emande à tous les États qui maintiennent encore la peine de mort », entre autres : « c) De limiter progressivement l'application de la peine de mort et de réduire le nombre d'infractions qui emportent cette peine; d) D'instituer un moratoire sur les exécutions en vue de l'abolition de la peine de mort » (par. 2). En outre, l'Assemblée « [e]ngage les États qui ont aboli la peine de mort à ne pas l'introduire de nouveau » (par. 3).

¹⁰⁷ La dernière résolution de ladite Commission avant l'adoption de la résolution de l'Assemblée générale du 18 décembre 2007 fut celle du 20 avril 2005 (résolution 2005/59).

60. Au niveau universel, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a considéré la question dans une affaire bien connue, *Ng c. Canada* (1993)¹⁰⁸ qui, bien que portant sur un problème d'extradition et non pas d'expulsion, peut cependant éclairer le point en discussion. M Ng était un détenu qui avait commis des assassinats en série. Dépouillé de tout scrupule, il était tenu pour particulièrement dangereux. Les États-Unis avaient demandé au Canada l'[extradition] de l'intéressé en raison des meurtres qu'il avait commis sur leur sol. Le problème était donc celui de l'extradition vers un État où le requérant était exposé à la peine de mort. Sachant que le PIDCP permet la peine de mort (en tout cas ne la prohibe pas), le Canada a extradé Ng aux États-Unis. Bien que n'ayant pas violé l'article 6 du Pacte, le Canada fut cependant condamné comme ayant violé ses obligations en vertu de l'article 7 du fait qu'en l'espèce, l'exécution pourrait se faire par gaz asphyxiant de nature à provoquer des souffrances et une agonie prolongée et n'entraînant pas une mort aussi rapide que possible. C'est donc ce risque de traitement cruel qui était condamné en l'espèce.

61. Toutefois, en 2003, le Comité des droits de l'homme a renversé sa jurisprudence à ce sujet dans l'affaire *R. Judge c. Canada*. Était en cause un homme qui avait été condamné à mort aux États-Unis pour assassinat, puis s'était évadé au Canada. Il s'opposa à son extradition vers les États-Unis en invoquant le risque qu'il y courrait d'être exécuté. Le Comité revint sur sa jurisprudence antérieure en procédant à une nouvelle interprétation de l'article 6, par. 1, du Pacte qui l'amène, au bout d'un long argumentaire, à conclure :

« Pour toutes ces raisons le Comité considère que le Canada, en tant qu'État partie qui a aboli la peine capitale, indépendamment du fait qu'il n'a pas encore ratifié le deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte, visant à abolir la peine de mort, a commis une violation du droit à la vie garanti, au paragraphe 1 de l'article 6 en expulsant l'auteur vers les États-Unis alors qu'il est sous le coup d'une condamnation à mort, sans demander l'assurance qu'il ne serait pas exécuté. Le Comité reconnaît que le Canada n'a pas prononcé lui-même la peine capitale mais estime qu'en renvoyant l'auteur vers un pays où il est condamné à mort, il a établi le lien essentiel de la chaîne de causalité qui rendrait possible l'exécution de l'auteur »¹⁰⁹.

62. Il résulte de cette décision que :

- i) Un État qui abolit la peine de mort ne peut pas extraditer ou expulser ou, de façon générale, livrer une personne condamnée à la peine de mort dans un État dans lequel cette peine existe, sans obtenir au préalable la garantie que ladite peine ne lui sera pas appliquée ou qu'elle ne sera pas exécutée;
- ii) Les États qui n'ont pas encore aboli la peine de mort et continuent de la pratiquer en vertu des dispositions de l'article 6, par. 2, du PIDCP ne sont pas soumis à cette obligation qui ne vaut que pour les États abolitionnistes.

¹⁰⁸ Communication n° 469/1991, A/49/40, annexe IX, sect. C; commentaire dans *Revue universelle des droits de l'homme*, 1994, p. 150. Voir aussi *Kindler c. Canada* (1993), communication n° 470/1991, A/48/40, annexe XII, sect. U, et *Revue universelle des droits de l'homme*, 1994, p. 165; *Cox c. Canada* (1995), communication n° 539/1993, A/50/40, annexe X, sect. M, et *Revue universelle des droits de l'homme*, 1995, p. 13.

¹⁰⁹ Communication n° 829/1998, décidée le 5 août 2003, A/58/40, annexe VI, sect. G, par. 10.6.

63. En ce qui concerne la jurisprudence des juridictions régionales des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme a été confrontée à cette question pour la première fois dans la fameuse affaire *Soering c. Royaume-Uni*¹¹⁰ : le requérant, qui avait commis un assassinat, s'opposait à son extradition vers les États-Unis où il risquait la peine de mort. Il argua de ce que son extradition violerait l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment eu égard aux conditions auxquelles il serait confronté en raison d'une longue attente dans le couloir de la mort, avant d'être exécuté. Le problème n'était donc pas le risque d'exécution qu'il courrait en cas d'extradition – la peine de mort n'étant pas en soi interdite par la Convention –, mais les circonstances qui entourent l'exécution d'une sentence de mort aux États-Unis. Ce glissement amena la Cour à se prononcer sur la question de savoir s'il y aurait eu un risque réel de torture ou de traitements inhumains ou dégradants, et donc violation de l'article 3, en cas d'extradition du requérant. Ce n'est donc pas tant la peine de mort qui fournit la base de décision de la Cour que les conditions dans lesquelles cette peine pourrait être appliquée.

64. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a été saisie, au cours de la période récente, de diverses requêtes dans lesquelles des États membres de l'Organisation des États américains ont été mis en cause, soit sur le chef de violation de dispositions de la Convention américaine des droits de l'homme (« Pacte de San José »), soit sur celui de la violation de dispositions de la Déclaration des droits et devoirs de l'homme de 1948. Ainsi, dans l'affaire *Hugo Armendáriz c. États-Unis*¹¹¹, le requérant a argué de ce que son expulsion des États-Unis vers le Mexique s'est faite en violation de diverses dispositions de cette Déclaration, dont l'article 1^{er} qui consacre le droit à la vie. Dans l'affaire *Marino Lopez et al. (Operation Genesis) c. Colombie*¹¹², les requérants ont également invoqué, entre autres, la violation de l'article 4, par. 1, de la Convention américaine consacrant le même droit. La Commission a déclaré la recevabilité de ces requêtes sans cependant les examiner sur le fond.

65. En revanche, la Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est prononcée sur l'obligation de protéger les vies et l'intégrité des personnes concernées par l'expulsion dans l'affaire des *Haitiens et Dominicains d'origine haïtienne en République dominicaine*. Dans son ordonnance du 2 février 2006 rendue dans cette affaire, la Cour, vu : son ordonnance du 18 août 2000 demandant à la République dominicaine d'adopter toutes mesures nécessaires « to protect the lives and personal integrity » de Benito Tide-Méndez, Antoinio Sension, Andrea Alezy, Janty Fils-Aime, and William Medina-Ferreras, mais aussi du Père Pedro Ruqoy et M^{lle} Solange Pierre; son ordonnance du 12 novembre 2000 ratifiant la décision du 14 septembre 2000 par laquelle le Président de la Cour a demandé au même pays de prendre « the necessary measures to protect life and personal integrity » de Rafaelito Pérez Charles et Berson Gelin; et l'ordonnance de la Cour du 26 mai 2001 rappelant les deux précédentes¹¹³, décide :

¹¹⁰ Requête n° 14038/88, arrêt du 7 juillet 1989.

¹¹¹ Report n° 57/06, Petition 526-03, Admissibility, July 20, 2006, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights* 563, OEA/Ser.L/V/II.127 doc. 4, par. 2.

¹¹² Report n° 86/06, Petition 499-04, Admissibility, October 21, 2006, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights* 273, OEA/Ser.L/V/II.127 doc. 4, par. 2.

¹¹³ Ordonnance du 2 février 2006, par. 1, 2 et 3.

« 1. To ratify the order of the President of the Inter-American Court of Human Rights of October 5, 2005, wherein the State was instructed to extend and implement whatever measures are necessary to protect the life and personal integrity of Ms. Solain Pie or Solain Pierre or Solange Pierre's four children.

2. To reiterate what was expressed in the Orders of the Inter-American Court of Human Rights of August 18, 2000, November 12, 2000 and May 26, 2001, in the sense that the State must maintain whatever measures it may have adopted and immediately provide for those that prove necessary to effectively protect the life and personal integrity of Messrs. Benito Tide-Méndez, Antonio Sension, Janty Fils-Aime, William Median-Ferreras, Rafaelito Pérez-Charles, Berson Gelim, Father Pedro Ruquoy and Mss. Andrea Alezy and Solain Pie or Solain Pierre or Solange Pierre.

3. To call upon the State to create due conditions for Solain Pie or Solain Pierre or Solange Pierre and her four children to return to their home in the Dominican Republic and, as soon as this happens, to adopt whatever measures are necessary to protect their lives and personal integrity.

[...] »¹¹⁴

66. Il se dégage des analyses qui précèdent les conclusions suivantes :

a) Premièrement, le droit à la vie de toute personne humaine est un droit inhérent, consacré formellement en droit international des droits de l'homme. Comme tel, il s'applique aux personnes en situation de fragilité comme les étrangers sous le coup de l'extradition, de l'expulsion ou du refoulement. À cet égard, il peut s'entendre aussi comme une obligation pour l'État expulsant de protéger la vie des personnes en question, tant dans le pays d'accueil qu'au regard de la situation dans l'État de destination. Tel est l'esprit de l'article 22, par. 8, de la Convention américaine des droits de l'homme qui impose d'importantes restrictions à l'expulsion et transforme le droit à la vie de l'étranger en obligation de l'État expulsant d'assurer la protection de ce droit. Cet article dispose : « In no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status or political opinions ».

L'article 33, par. 1, de la Convention sur le statut des réfugiés contient la même disposition.

b) Deuxièmement, le droit à la vie n'implique pas nécessairement l'interdiction de la peine de mort et des exécutions. Certes, il semble qu'au regard du droit conventionnel et jurisprudentiel régional de l'Europe, il faille répondre par l'affirmative à la question de savoir si toute extradition (ou expulsion) vers un État où la personne en cause risque la peine de mort est en soi interdite. Mais il n'y a pas lieu de généraliser la règle, car l'on n'est pas en présence d'une norme coutumière.

c) Troisièmement, un État qui a aboli la peine de mort ne peut pas extraditer ou expulser une personne condamnée à mort vers un pays sans s'entourer de garanties préalables relativement à l'inapplication de la peine capitale sur cette

¹¹⁴ Ibid., partie décision.

personne; cette obligation ne valant toutefois que pour les États ayant aboli la peine capitale.

67. Il y a lieu de proposer le projet d'article suivant :

Projet d'article 9

Obligation de protéger le droit à la vie de la personne en cours d'expulsion

1. L'État expulsant protège le droit à la vie de la personne en cours d'expulsion.

2. Un État qui a aboli la peine de mort ne peut expulser une personne condamnée à mort vers un État où cette personne risque l'exécution, sans obtenir au préalable la garantie que la peine capitale ne sera pas exécutée.

ii) Le droit à la dignité

68. La notion de dignité humaine a suscité un réel intérêt dans la littérature juridique récente¹¹⁵. En droit interne en particulier, la doctrine est apparue divisée sur la question de sa juridicisation : certains auteurs ont conclu au danger, voire à l'impossibilité d'en faire une notion juridique¹¹⁶; d'autres au contraire ont estimé que la dignité avait accédé au statut juridique et qu'il constitue le support d'un droit nouveau¹¹⁷. Il n'est pourtant pas douteux que la dignité soit une notion de droit positif dans plusieurs ordres juridiques nationaux¹¹⁸.

¹¹⁵ Voir notamment Bertrand Mathieu, « La dignité de la personne humaine, quel droit? quel titulaire? », *Dalloz, chronique*, 1996, p. 282 et s.; Saint-James, « Réflexions sur la dignité humaine en tant que concept juridique du droit français », *Dalloz, chronique*, 1997, p. 61 et s.; B. Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Dalloz, chronique*, 1997, p. 185 et s.; L. Richer, « Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique? » *Actualité juridique du droit administratif*, 1988, n° spécial, p. 1 et s.; Champeil-Desplats, « La notion de « droit fondamental » et le droit constitutionnel français », *Dalloz, chronique*, 1995, p. 323 et s.; M.-L. Pavia, « Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *Les Petites Affiches*, 1994, n° 54, p. 6 et s.; Laurent Marcoux, « Le concept de droits fondamentaux dans le droit des Communautés européennes », dans *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1992; ainsi que J.-M. Tchakoua, Thèse (note 49 ci-dessus), p. 11 et s.

¹¹⁶ Voir notamment J.-P. Theron, « Propos sur une jurisprudence contestable », dans *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 295 et s.; Anne-Marie Le Pourhiet, « Le Conseil constitutionnel et l'éthique bio-médicale », dans *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 213 et s.; Claire Neirinck, « La dignité humaine ou le mauvais usage d'une notion philosophique », dans P. Pedrot (Dir.), *Ethique, droit et dignité de la personne*, Paris, Economica, 1999.

¹¹⁷ Voir notamment B. Edelman, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau » et B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine, quel droit? quel titulaire? » (note 115 ci-dessus).

¹¹⁸ Les références à la dignité sont de plus en plus nombreuses aussi bien dans les textes que dans les décisions de justice. En ce qui concerne les textes, on mentionnera, par exemple pour la France, le Code pénal dont le chapitre V, titre III est intitulé : « Des atteintes à la dignité », le Code de déontologie des médecins, la loi sur la bio-éthique insérée dans le Code civil; pour le Cameroun, le préambule de la Constitution qui internalise les instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels le pays est partie (voir, à cet égard, l'article 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples). S'agissant des décisions des tribunaux, on citera notamment les décisions du Conseil constitutionnel français du 27 juillet 1994 et du 25

69. Au niveau international, on note une concomitance dans l'apparition et l'évolution de la notion de dignité humaine et celle des droits fondamentaux. La dignité apparaît dans cette évolution à la fois comme justification et principe matriciel servant de creuset à d'autres droits. Socle ethico-philosophique des droits fondamentaux, le principe du respect de la dignité humaine constitue le fondement de tous les autres droits de la personne humaine. C'est la Charte des Nations Unies qui, la première, fait référence à ces deux notions dès le deuxième paragraphe de son préambule en affirmant la résolution des « Peuples des Nations Unies » « à proclamer à nouveau [leur] foi dans les droits fondamentaux, la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes (...) ». Dans le sillage de la Charte, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 énonce, au tout premier paragraphe de son préambule : « *Considérant* que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ».

70. On peut dire qu'en dépit de la puissance de son énonciation, la référence à la dignité humaine restait jusque-là au niveau du préambule, sans qu'il soit besoin ici d'entrer dans le débat sur la valeur du préambule d'un texte juridique¹¹⁹. La notion reçoit une formule plus ferme dans la partie substantielle de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 dont l'article 5 dispose : « Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. (...) » Plus récemment, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée en 2000 s'ouvre sur cette notion. L'article 1^{er} intitulé « Dignité humaine » énonce : « La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée ».

71. La jurisprudence internationale a conforté la positivité de la notion de dignité humaine en droit international des droits de l'homme et a, de surcroît, fourni des éléments de son contenu. La décision rendue par la Chambre de première instance du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie dans *l'affaire Furundzija* est particulièrement intéressante à cet égard. La chambre

« estime que la pénétration buccale forcée par l'organe sexuel masculin constitue *une atteinte à la dignité humaine particulièrement humiliante et dégradante*. L'aspect essentiel des règles du droit international humanitaire ainsi que du droit relatif aux droits humains réside dans la protection de la dignité de la personne, qu'elle soit de sexe masculin ou féminin. Le principe général du respect de la dignité humaine est à la base du droit international humanitaire et des droits de l'homme et en est, en fait, la raison d'être : il est désormais si important qu'il imprègne le droit international dans son ensemble.

janvier 1995 (*Recueil*, 1994 et 1995), celle du Conseil d'État français du 25 octobre 1995 (*Recueil*, 1995) et celle de la Cour d'appel de Paris du 28 mai 1996 (*Dalloz, Jurisprudence*, 1996, p. 617 et s., note, B. Edelman). Sur le processus d'apparition de la dignité comme un nouveau droit et le trouble qu'il a jeté dans la doctrine française, voir J.-M. Tchakoua, Thèse (note 49 ci-dessus), p. 12 à 26.

¹¹⁹ Sur cette question, voir notamment J.P.-Cot et A. Pellet, commentaire du Préambule dans Jean-Pierre Cot, Alain Pellet et Mathias Forteau, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3^e éd. Paris, Economica, 2005, p. 287 à 312; Théo Van Boven, « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Préambule », dans L.E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (note 41 ci-dessus), p. 125 à 134.

Ce principe a pour but de protéger l'être humain de toute atteinte à sa dignité personnelle, que celle-ci découle de violences corporelles, d'humiliations ou de coups portés à l'honneur, au respect de soi ou au bien-être mental d'une personne. Qu'une violence sexuelle aussi grave que la pénétration orale forcée soit qualifiée de viol est dans le droit fil de ce principe.»¹²⁰

72. Valeur cardinale dans l'axiologie humaine, la dignité est sans prix; elle véhicule un idéal d'absolutisme que traduit fidèlement la notion d'intangibilité qualificatoire des droits fondamentaux ou du « noyau dur » des droits de l'homme. C'est donc, en dehors du droit à la vie qui est un droit primordial, un droit fondement dont est titulaire tout être humain. Ce droit revêt une importance particulière pour les personnes en cours d'expulsion en raison des risques d'abus auxquels sont exposés les étrangers, en particulier ceux qui sont en situation illégale dans l'État expulsant. C'est pourquoi il y a lieu de reformuler ici ce droit en des termes spécifiques correspondant à la condition propre de l'étranger en cours d'expulsion. Le projet d'article ci-dessous s'inspire de l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dont il reprend *in extenso* la première phrase dans le paragraphe 1^{er} et dont la seconde phrase est reprise sous forme d'un paragraphe 2 complété pour renforcer la protection de la personne expulsée ou en voie de l'être.

Projet d'article 10

Obligation de respecter la dignité de la personne en cours d'expulsion

1. La dignité humaine est inviolable.

2. La dignité d'une personne en cours d'expulsion doit être respectée et protégée en toute circonstance, que cette personne soit en situation légale ou illégale dans l'État expulsant.

iii) *L'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*

73. Cette interdiction fait l'objet d'une large consécration conventionnelle. Ainsi, l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose : « Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Cette disposition est reprise à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme¹²¹, à l'article 5, par. 2, première phrase de la Convention américaine des droits de l'homme et à l'article 7, première phrase du PIDCP. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants reprend cette disposition au paragraphe 4 de son préambule d'après lequel les États parties déclarent tenir compte de l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils précités. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples consacre la même règle, mais dans une formulation où elle est associée à d'autres catégories d'atteintes prohibées à la dignité humaine. En effet, elle dispose à son article 5, deuxième phrase, que « [t]outes formes d'exploitation et d'exploitation de l'homme, notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou

¹²⁰ Tribunal penal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Furundzija* (affaire n° IT-95-17/1), Chambre de première instance, Jugement, 10 décembre 1998, par. 183.

¹²¹ « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

morale, et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdits »¹²².

74. L'énoncé général ne permet pas de déterminer précisément le contenu de la règle. La jurisprudence internationale est d'un important secours à cet égard. La Cour européenne des droits de l'homme en particulier a développé à ce sujet une jurisprudence riche et bien établie¹²³. Selon cette jurisprudence constante et uniforme, l'article 3 de la Convention européenne implique l'obligation de ne pas expulser une personne vers un pays où elle risque la torture ou des traitements inhumains ou dégradants¹²⁴.

75. Il découle de cette interprétation extensive et téléologique des obligations à la charge des États parties à cette Convention que l'article 3 ne se borne pas à interdire aux États contractants d'infliger la torture ou tout autre traitement inhumain ou dégradant, mais qu'il leur impose aussi l'obligation corrélative de ne pas placer un individu relevant de leur juridiction dans une situation où il pourrait être victime d'une telle violation, fût-elle commise par un État tiers¹²⁵. Selon la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Kirkwood c. Royaume-Uni*, cette interprétation « [...] repose sur le libellé très large de l'article 3 de la Convention et sur l'obligation faite par cet article combiné à l'article 1^{er} aux Parties Contractantes de la Convention de protéger "toute personne relevant de leur juridiction" contre le risque réel d'un tel traitement compte tenu de son caractère irréversible »¹²⁶.

¹²² Dans le même esprit, la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent dispose en son article 6 qu'« [a]ucun étranger ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (...) ».

¹²³ Signalons que la Commission interaméricaine des droits de l'homme a déclaré la recevabilité de plusieurs requêtes dans lesquelles des États membres de l'Organisation des États américains étaient mis en cause pour mauvais traitement (violation de l'article 5 du Pacte de San José), sans cependant examiner ces affaires au fond : voir les affaires *Sebastian Echaniz Alcorta et Juan Victor Galarza Mendiola c. Venezuela*, Report N° 37/06, Petition 562-03, March 15, 2006, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights* 607, OEA/Ser.L/V/II.127 doc. 4, par. 2; *Jesús Tranquilino Vélez Loor c. Panama*, Report N° 95/06, Petition 92-04, October 23, 2006, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights* 500, OEA/Ser.L/V/II.127 doc. 4, par. 1; *Hugo Armendariz c. États-Unis et Marino Lopez et al.c. Colombie* (notes 109 et 111 ci-dessus).

¹²⁴ Cour européenne des droits de l'homme, *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, Série A, 1996-V, n° 22, p. 1853, par. 73 et 74.

¹²⁵ Voir Vincent Chetail, « Les droits des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme : Bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitement inhumains ou dégradants », *Revue belge de droit international*, 2004/1, p. 161.

¹²⁶ Commission européenne des droits de l'homme, requête n° 10479/83, *Kirkwood c. Royaume-Uni*, décision du 12 mars 1984, *Décisions et rapports* 37, p. 215 et 216. Et pour des observations sur les motifs de l'interprétation en question, voir V. Chetail (note 125 ci-dessus), p. 161 et 162.

76. Le raisonnement de la Cour a été systématisé en doctrine à travers la théorie de la « protection par ricochet »¹²⁷, qui permet de se prévaloir de « droits dérivés de la Convention, non garantis comme tels par celle-ci mais bénéficiant de sa protection indirecte par attraction d'un autre droit garanti »¹²⁸. L'interdiction de ne pas renvoyer un étranger à ses tortionnaires ou vers un pays où il risque la torture ou des traitements inhumains ou dégradants est une obligation implicite qui découle de la nature même du droit protégé.

77. La Cour européenne a trouvé dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*¹²⁹, l'occasion de préciser son raisonnement. Sa démarche semble s'articuler autour de trois lignes directives, à savoir :

- i) L'indifférence de la responsabilité internationale de l'État tiers, car il ne s'agit pas d'une application extraterritoriale de l'article 3 visant à s'assurer qu'un État tiers respecte les dispositions d'un traité auquel il n'est pas nécessairement partie;
- ii) La prévalence de la Convention européenne sur les autres engagements conventionnels des États parties;
- iii) L'obligation implicite contenue dans l'article 3 de s'opposer à l'extradition ou à l'expulsion d'une personne exposée aux risques de torture ou de traitements inhumains ou dégradants.

78. Quelque vingt ans après, les controverses sur le raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire *Soering* ne semblent pas épuisées¹³⁰. Il n'est cependant pas douteux que même en s'en tenant strictement au registre conventionnel, il découle de l'article 3 de la Convention européenne une norme de caractère absolu dans la mesure où l'article 15, par. 2, de ladite Convention dispose que les Parties contractantes ne sauraient déroger à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, et ce même en temps de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation. C'est du reste le motif le plus couramment invoqué par la doctrine pour justifier l'applicabilité de l'article 3 aux mesures d'expulsion (au sens général entendu ici) des étrangers. Sous l'angle de la responsabilité

¹²⁷ Frédéric Sudre, « La notion de "peines et traitements inhumains ou dégradants" dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue générale de droit international public*, 1984, p. 866 à 868; voir aussi Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, p. 84 et 304.

¹²⁸ F. Sudre, « Extradition et peine de mort : arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989 », *Revue générale de droit international public*, 1990, p. 108.

¹²⁹ Cour européenne des droits de l'homme, *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, *Décisions et rapports*, p. 33, par. 86.

¹³⁰ Outre les références déjà citées, voir également C. Van Den Wyngaert, « Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box? », *International and Comparative Law Quarterly*, 1990, p. 757 à 779; C. Warbrick, « Coherence and the European Court of Human Rights: the Adjudicative Background to the *Soering Case* », *Michigan Journal of International Law*, 1990, p. 1073 à 1096; S. Breitenmoser et G.E. Wilms, "Human Rights v. Extradition: The *Soering Case*", *ibid.*, p. 845 à 886; B.I. Richard, "The *Soering Case*", *American Journal of International Law*, 1991, p. 128 à 149; H.G. Vander Wilt, "Après *Soering*: the Relationship between Extradition and Human Rights in the Legal Practice of Germany, the Netherlands and the United States", *Northwestern Interdisciplinary Law Review*, 1995, p. 53 à 80; S. Zohlke et J.-C. Pastille, "Extradition and the European Convention – *Soering Revisited*", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1999, p. 749 à 784; voir aussi V. Chetail (note 125 ci-dessus), p. 165.

internationale, l'État de renvoi se rendrait complice des agissements de l'État de destination à raison de ce que, par l'expulsion, il lui aurait permis de commettre le fait illicite.

79. Il convient à présent d'examiner de façon plus approfondie les différents actes ou faits-concepts dont la norme prescrit l'interdiction. Précisons d'abord qu'alors que l'article 3 de la Convention européenne interdit, comme on l'a vu, la « torture » et les « peines ou traitements inhumains ou dégradants », le PIDCP ajoute un terme au second volet des comportements prescrits, en parlant de « peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants »; cette formule de l'article 7 du Pacte a été reprise par la Convention américaine (art 5, par. 2) et la Charte africaine (art. 5). C'est donc elle qui sera retenue aux fins du présent rapport.

a. Torture

80. La torture est considérée comme l'acte le plus grave dans la hiérarchie des atteintes à l'intégrité physique de la personne humaine¹³¹.

81. Aux termes de l'article 1, par. 1^{er}, de la Convention des Nations Unies contre la torture de 1984,

« le terme « torture » désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ».

82. Comme la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie l'a relevé dans l'affaire *Furundzija*¹³², cette définition juridique de torture repose sur quatre éléments essentiels :

- i) Un élément matériel ou physique : le fait d'infliger, par un acte ou une omission, une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales;
- ii) Un élément psychologique : l'acte ou l'omission doit être intentionnel;
- iii) Une finalité : la torture doit avoir pour but d'obtenir des renseignements ou des aveux, ou de punir, d'intimider, d'humilier ou de contraindre la victime ou une tierce personne ou encore de les discriminer pour quelque raison que ce soit;
- iv) Un élément instrument ou de moyen : au moins l'une des personnes associées à la séance de torture doit être un responsable officiel ou, en tout cas,

¹³¹ V. Robert Kolb, « La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitement inhumains ou dégradants », *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 15, n° 7-10, 15 décembre 2003, p. 225.

¹³² *Furundzija* (note 120 ci-dessus), par. 162.

agir non pas à titre privé mais, par exemple, en tant qu'organe de fait d'un État ou de toute autre entité investie d'un pouvoir.

83. Au regard de ces éléments, il n'est pas douteux qu'une personne expulsée ou en cours d'expulsion puisse être victime des actes de torture, que ce soit dans l'État expulsant ou dans l'État de destination. Au demeurant, le Comité contre la torture établi par la Convention contre la torture de 1984 et qui n'a commencé à fonctionner qu'en 1991 a reçu plusieurs centaines de communications individuelles concernant en quasi-totalité des cas d'expulsion ou d'extradition d'un individu vers un État où il risque d'être soumis à la torture ou à des mauvais traitements¹³³. Les solutions adoptées par le Comité dans ces affaires sont sensiblement identiques et plutôt répétitives¹³⁴. Il suffira donc de s'appuyer sur quelques cas à titre illustratif¹³⁵.

84. Dans l'affaire *Mutombo c. Suisse* (1994), le requérant a adhéré clandestinement dans son pays à un parti politique, l'Union pour la démocratie et le progrès social au Zaïre. Il a été arrêté, peu de temps après, en 1989, enfermé dans une cellule de 1m², et pendant 4 jours. Il a reçu des décharges électriques, a été battu à coups de crosse et frappé sur les testicules jusqu'à ce qu'il perde connaissance. Pendant son incarcération, il n'a reçu aucun traitement médical pour une blessure à la tête causée par les tortures subies. Libéré en 1990, il s'est enfui en Suisse. En dépit des certificats médicaux attestant des séquelles correspondant aux mauvais traitements (en l'occurrence des actes de torture) allégués, un arrêté d'expulsion est émis à son encontre par la Suisse.

85. Contre cette décision d'expulsion fut invoquée la violation de l'article 3 de la Convention contre la torture qui dispose :

« 1. Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.

2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives. »

86. Le Comité, après avoir indiqué qu'il devait déterminer s'il y avait des motifs sérieux de croire que M. Mutombo risquait d'être soumis à la torture, déclara :

« Le but de cet exercice est toutefois de déterminer si l'intéressé risquerait personnellement d'être soumis à la torture dans le pays dans lequel il serait renvoyé. Il s'ensuit que l'existence, dans un pays, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives ne

¹³³ Voir R. Kolb (note 131 ci-dessus), p. 261 et 266.

¹³⁴ Sur l'activité de ce Comité, voir notamment C. Ingelse, *The United Nations Committee Against Torture. An Assessment*, The Hague/London/Boston, 2001; L. Holmström (ed.), *Conclusions and Recommendations of the United Nations Committee Against Torture: Eleventh to Twenty-Second Session (1993-1999)*, The Hague/London/Boston, 2000; voir aussi: A. Dormenval, "United Nations Committee Against Torture: Practice and Perspectives", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 8, 1990, p. 26 et s.; M. Nowak, "The Implementation Functions of the United Nations Committee Against Torture", dans *Mélange F. Ermacora, N. P. Engel*, Strasbourg/Kehl, 1988, p. 493 et s.

¹³⁵ R. Kolb en donne une synthèse dans son étude précitée (note 131 ci-dessus; voir spécialement p. 268 à 273) dont les présents développements s'inspirent.

constitue pas un motif suffisant en soi pour affirmer qu'une personne risquerait d'être soumise à la torture à son retour dans ce pays : il doit exister des motifs supplémentaires de penser que l'intéressé serait personnellement en danger. De même l'absence d'un ensemble de violations systématiques et flagrantes des droits de l'homme ne signifie pas qu'une personne ne peut pas être considérée comme risquant d'être soumise à la torture dans sa situation particulière »¹³⁶.

87. Selon le Comité, il n'était pas douteux qu'en l'espèce, il existait des motifs sérieux de croire que le requérant risquait d'être soumis à la torture dans son pays d'origine. Nombreux étaient les éléments qui militaient en ce sens : ses origines ethniques, son affiliation politique, l'histoire de sa détention, sa désertion de l'armée afin de fuir le pays, ses arguments qui pouvaient être considérés comme diffamatoires pour le Zaïre dans sa demande d'asile, le tout ajouté à une situation de violations systématiques des droits de l'homme dans ce pays¹³⁷.

88. Les mêmes critères ont été appliqués dans l'affaire *Alan c. Suisse* (1996). Le requérant était un sympathisant d'une organisation Kurde de tendance marxiste-léniniste, illégale. Il fut arrêté en 1983 en Turquie et affirma avoir été brutalement torturé pendant 36 jours par voie d'électrochocs. Après avoir été arrêté à nouveau à plusieurs reprises entre 1988 et 1989, il s'enfuit en Suisse. En dépit d'un rapport médical qui confirmait que des cicatrices sur son corps pouvaient avoir été causées par les tortures décrites, la Suisse décida de l'expulser¹³⁸. Le Comité déclara :

« Dans le cas en question, le Comité estime que les origines de l'auteur, son affiliation politique présumée, ses antécédents judiciaires – détention et exil intérieur – sont autant d'éléments dont il faut tenir compte pour se déterminer s'il risque d'être soumis à la torture à son retour. L'État partie fait état des incohérences et de contradictions dans le récit de l'auteur, mais le Comité considère qu'on peut rarement attendre des victimes de la torture une exactitude sans faille, que les éventuelles incohérences dans la présentation des faits par l'auteur ne sont pas graves en l'espèce et ne mettent pas en cause, de manière générale, la véracité des allégations de l'auteur »¹³⁹.

89. Puis, rappelant un certain nombre de mauvais traitements invoqués par M. Alan, le Comité affirme que, dans ces circonstances, il « considère que l'auteur a démontré de façon convaincante qu'il risquait d'être torturé s'il retournait en Turquie »¹⁴⁰. Il « conclut que l'expulsion ou le retour de l'auteur en Turquie dans les circonstances actuelles constituerait une violation de l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants »¹⁴¹.

90. Dans l'affaire *Aemi c. Suisse* (1997) le Comité s'inscrit dans une tendance jurisprudentielle qui sera confortée ensuite par des juridictions internationales. Il affirme le caractère de *jus cogens* de la norme énoncée dans l'article 3. En effet, le Comité

¹³⁶ *Mutombo c. Suisse*, A/49/44, annexe V, sect. B, communication n° 13/1993, par. 9.3.

¹³⁷ Ibid., par. 9.4.

¹³⁸ Communication n° 21/1995, A/51/44, annexe V, sect. A, par. 11.2 à 11.6.

¹³⁹ Ibid., par. 11.3.

¹⁴⁰ Ibid., par. 11.4.

¹⁴¹ Ibid., par. 11.6.

« [r]appelle que la protection qu'accorde l'article 3 de la Convention est absolue. Chaque fois qu'il y a des motifs sérieux de croire qu'un individu risque d'être soumis à la torture s'il est expulsé vers un autre État, l'État partie est tenu de ne pas renvoyer l'intéressé dans cet État. La nature des activités auxquelles l'intéressé s'est livré n'est pas une considération pertinente dans la prise d'une décision conformément à l'article 3 de la Convention »¹⁴².

91. Cette jurisprudence non équivoque des organes de contrôle non juridictionnels est bien établie, riche qu'elle est de décisions foisonnantes des instances juridictionnelles élayant une position constante¹⁴³.

92. On commencera par la *jurisprudence du TPIY*. Ce Tribunal s'est exprimé sur la question de la torture pour la première fois dans l'affaire *Delalic (Celebici)* (1998). Si, s'agissant de la définition, la Chambre de Première Instance du Tribunal s'en remet à celle de la Convention contre la torture de 1984¹⁴⁴, sa décision retient particulièrement l'attention en ce qu'elle affirme que la prohibition de la torture est de nature coutumière et s'applique aussi bien en temps de paix qu'en périodes de conflit armé, interne ou international¹⁴⁵. Elle le confirmera quelques mois plus tard dans l'affaire *Furundzija*¹⁴⁶ après avoir rappelé clairement la doctrine qui gouverne cette règle :

« Tout d'abord, compte tenu de l'importance que la communauté internationale attache à la protection des individus contre la torture, l'interdiction de cette pratique est particulièrement rigoureuse et large. Les États sont tenus non seulement d'interdire et de sanctionner le recours à la torture mais encore de la prévenir. Il ne suffit pas d'intervenir après coup, quand il a été porté irrémédiablement atteinte à l'intégrité physique et morale d'êtres humains. Les États sont tenus de prendre toutes les mesures qui peuvent prévenir le recours à la torture. Comme l'a fait observer avec beaucoup d'autorité la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Soering*, le droit international vise à interdire non seulement les transgressions

¹⁴² *Aemi c. Suisse*, communication n° 34/1995, A/52/44, annexe VI, sect. B.2, par. 9.8.

¹⁴³ *A.D. c. Pays-Bas*, communication 96/1997; *A.L.N. c. Suisse*, communication 90/1997; *C.R. Nunez Chipana c. Venezuela*, communication 110/1998; *E.A.C. c. Suisse* Com. 28/1995; *G.T. c. Suisse*, communication 137/1999; *H.A.D. c. Suisse*, communication 126/1999; *H.D. c. Suisse*, communication 112/1998; *I.A.O. c. Suède*, communication 65/1997; *J.A. Arana c. France*, communication 63/1997; *J.U.A. c. Suisse (1)*, communication 100/1997; *K.M. c. Suisse*, communication 107/1998; *K.N.C. c. Suisse*, communication 94/1997; *K.T. c. Suisse*, communication 118/1998; *M.B.B. c. Suède (2)*, communication 104/1998; *N.P. c. Australie*, communication 106/1998; *P.Q.L. c. Canada*, communication 57/1996; *S.C. c. Danemark*, communication 143/1999; *S.M.R. et M.M.R. c. Suède*, communication 103/1998; *T.P.S. c. Canada*, communication 99/1997; *V.X.N. et H.N. c. Suède*, communications 130 et 131/1999; *X. c. Pays-Bas*, communication 36/1995; *X. c. Suisse*, communication 27/1995; *X. c. Suisse*, communication 38/1995; *X., Y. et Z. c. Suède*, communication 61/1996.

¹⁴⁴ La Chambre du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a fait un revirement de sa jurisprudence relative à la définition de la torture dans l'affaire *Kunarac et al.* (2001) : « Vu les instruments internationaux et la jurisprudence analysés jusqu'ici, la Chambre de première instance estime que la définition de la torture donnée dans la Convention sur la torture ne peut être retenue en droit international coutumier, lequel est contraignant quel que soit le contexte (...). Par conséquent, la Chambre de première instance estime que la définition de la torture figurant à l'article premier de la Convention sur la torture peut uniquement lui servir de fil conducteur » (*Kunarac, Kovac and Vukovic* (2001), par. 482; voir aussi par. 496.

¹⁴⁵ *Delalic (Celebici)*, arrêt du 16 novembre 1998, par. 446 et 454.

¹⁴⁶ *Furundzija*, (note 120 ci-dessus), par. 155.

effectives mais aussi les transgressions potentielles (ainsi que tout traitement inhumain et dégradant potentiel). Il en résulte que les règles internationales non seulement interdisent la torture mais condamnent également (i) le fait de ne pas prendre les mesures nécessaires au niveau national pour que l'interdiction ne reste pas lettre morte, et (ii) le fait que demeurent en vigueur ou que soient adoptées des lois qui sont contraires à l'interdiction. »¹⁴⁷

93. Cette décision de la Chambre de première instance a été confirmée par la Chambre d'appel qui « trouve inconcevable que l'on puisse même soutenir qu'une fois prouvés, les actes incriminés au paragraphe 25 de l'Acte d'accusation modifié – à savoir le fait de froter un couteau contre les cuisses et le ventre d'une femme tout en la menaçant d'introduire ce couteau dans son vagin – n'étaient pas suffisamment graves pour constituer des actes de torture »¹⁴⁸.

94. La conséquence juridique de la règle de l'interdiction de la torture est spéciale au regard du droit de la responsabilité de l'État. Le Tribunal relève :

« Normalement, le maintien en vigueur ou l'adoption de lois internes contraires aux règles internationales n'engage la responsabilité de l'État en cause et, partant, n'ouvre un droit à la cessation et à la réparation (au sens large) que lorsque lesdites lois sont appliquées dans les faits. En revanche, s'agissant de la torture, le simple fait de maintenir en vigueur ou d'adopter une loi contraire à l'interdiction internationale de la torture engage la responsabilité internationale de l'État. L'abolition de la torture a une telle valeur qu'il est vital d'interdire toute loi nationale qui autorise ou tolère cette pratique ou, en tout cas, pourrait avoir cet effet. »¹⁴⁹

95. Par ailleurs, dans le sillage de l'affaire Delalic la Chambre de première instance affirme :

« 151. De surcroît, l'interdiction de la torture impose aux États des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire des obligations vis-à-vis de tous les autres membres de la communauté internationale dont chacun a un droit corrélatif. En outre, la violation de ces obligations porte simultanément atteinte au droit corrélatif de tous les membres de la communauté internationale et autorise chacun d'entre eux à exiger que l'État en cause remplisse son obligation ou, à tout le moins, cesse d'y contrevenir ou ne récidive pas.

152. Lorsqu'elles existent, les instances internationales chargées de contrôler en toute impartialité l'application des dispositions des traités sur la torture ont la primauté et la préséance sur les différents États lorsqu'il s'agit d'établir si un État donné a pris ou non toutes les mesures nécessaires pour prévenir ou sanctionner le recours à la torture et, sinon, de le rappeler à ses obligations internationales. Ces instances permettent de veiller au respect du droit international en toute neutralité et impartialité.

153. Alors que la nature *erga omnes* dont il vient d'être question ressortit au domaine de la coercition internationale (au sens large), l'autre trait majeur du principe interdisant la torture touche à la hiérarchie des règles dans l'ordre normatif international. En raison de l'importance des valeurs qu'il

¹⁴⁷ Ibid., par. 148.

¹⁴⁸ *Furundzija (appel, 2000)*, arrêt de la Chambre d'appel du 21 juillet 2000, par. 114.

¹⁴⁹ *Furundzija* (note 120 ci-dessus), par. 150.

protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier "ordinaire". La conséquence la plus manifeste en est que les États ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative.

154. Clairement, la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la Communauté internationale. En outre, cette interdiction doit avoir un effet de dissuasion en ce sens qu'elle rappelle à tous les membres de la communauté internationale et aux individus sur lesquels ils ont autorité qu'il s'agit là d'une valeur absolue que nul ne peut transgresser. »¹⁵⁰

96. Cette position selon laquelle l'interdiction de la torture est une norme impérative a été suivie par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Aldsani c. Royaume-Uni*. La Cour relève que « selon plusieurs décisions de justice, la torture (sic) a désormais valeur de norme impérative, c'est-à-dire de *jus cogens* »; elle déclare « sur la foi des précédents jurisprudentiels que l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international (...) »¹⁵¹.

97. Bien avant cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme avait eu l'occasion de se prononcer sur l'interdiction de l'expulsion d'un demandeur d'asile pour risque de torture dans l'affaire *Cruz Varas et autres c. Suède* (1991). L'affaire portait sur l'expulsion de ressortissants chiliens vers leur pays d'origine, à l'époque où le général Pinochet était encore au pouvoir dans ce pays. Transposant littéralement les énoncés de l'arrêt *Soering* à la présente espèce, la Cour a admis que la décision d'expulser un requérant demandant l'asile pouvait engager la responsabilité de l'État expulsant au titre de la Convention de 1984 lorsqu'il y a des « motifs sérieux et avérés » de croire que l'intéressé courra, dans le pays de destination, « un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »¹⁵². En l'espèce, la Cour a considéré que l'expulsion du requérant vers son pays d'origine ne lui avait pas fait courir un risque réel de subir de tels traitements et que, dès lors, il n'y avait pas eu, de la part de la Suède, de manquement aux exigences de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

98. La Cour a eu à confirmer cette jurisprudence dans l'affaire *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* (1991). Était en cause la décision du Royaume-Uni de refouler cinq demandeurs d'asile sri-lankais vers leur pays. La Cour a rappelé que l'article 3 de la Convention précitée interdit de refouler un réfugié qui risquerait réellement de subir de mauvais traitements dans son pays, tout en considérant cependant qu'en l'espèce, les personnes refoulées ne courraient pas un tel risque. Appliquant ici un « standard national » plutôt qu'un « standard minimum » international, la Cour a estimé qu'il n'était pas établi que « la situation personnelle des intéressés fût pire que celle de la généralité des membres de la Communauté tamoulé ou des autres jeunes Tamouls de sexe masculin qui regagnaient leur pays ». Certes, en raison de l'instabilité de la

¹⁵⁰ Ibid., par. 151 à 153.

¹⁵¹ *Al-Aldsani c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 novembre 2001, par. 60.

¹⁵² Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 20 mars 1991, Série A n° 201; arrêt publié dans la *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, n° 209, par. 69 et s.

conjoncture, « ils se trouvaient dans un certain risque de détention ou de mauvais traitements, qui s'était apparemment déjà réalisé pour certains d'entre eux par le passé »; mais leur expulsion ne constituait pas une infraction à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵³.

99. On a pu résumer cette jurisprudence de la manière suivante :

« Primo : il doit y avoir des motifs sérieux et avérés de croire que la mesure d'expulsion fait courir à l'intéressé un risque réel de traitements contraires à l'article 3. Secondo : l'optique est subjective, ce qui compte étant que l'intéressé coure personnellement ce risque. Tertio : la situation objective dans l'État tiers a valeur d'indice, la pratique généralisée de mauvais traitements rendant plus vraisemblable également le risque pour l'intéressé. Vice-versa si la situation de l'intéressé ne paraît pas se distinguer de celle de l'ensemble de la communauté dont il relève, sur le sol de l'État vers lequel l'expulsion doit avoir lieu, il y a là un argument contre un risque subjectif suffisant. »¹⁵⁴

100. Il se dégage de cette jurisprudence internationale, dont l'affaire *Furundzija* constitue l'illustration la plus poussée, trois constatations majeures¹⁵⁵. D'abord, la prohibition de la torture couvre aussi bien les violations actuelles que les violations potentielles de l'intégrité physique et morale (ou mentale) de la personne humaine; l'État a par conséquent non seulement une obligation d'intervenir après-coup pour y remédier, mais aussi le devoir de prévention par une action diligente, y compris à travers l'abolition sans délai des lois contraires à la règle de la prohibition¹⁵⁶. Ensuite, l'interdiction de la torture impose des obligations *erga omnes*; tous États possédant un droit et un intérêt pour agir en vertu de cette règle¹⁵⁷. Enfin, l'interdiction de la torture est une norme de *jus cogens*, norme impérative, absolue et non dérogeable en aucune circonstance. Dans l'ordre public international dont elle constitue une des normes de structuration, elle occupe un rang élevé eu égard aux valeurs suprêmes qu'elle protège¹⁵⁸.

b. Traitements cruels, inhumains ou dégradants

i. Situation générale

101. Comme on l'a déjà indiqué, l'interdiction des « peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » (formule de la Déclaration universelle des droits de l'homme) est consacrée avec quelques nuances de vocabulaire dans la formulation par les principaux instruments internationaux de protection des droits de l'homme.

102. Les instruments juridiques en question ne définissent pas les différentes catégories constitutives de cette partie de la norme prohibitive d'atteintes aux droits

¹⁵³ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 30 octobre 1991, Série A n° 215, par. 104 et s., en particulier par. 111; voir arrêt publié dans la *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, p. 537.

¹⁵⁴ R. Kolb (note 131 ci-dessus), p. 270. L'auteur rappelle que ce critère de « non-discrimination » a été critiqué par la doctrine; voir notamment F. Sudre, dans L.E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (note 41 ci-dessus), p. 174, note 16.

¹⁵⁵ Voir R. Kolb (note 131 ci-dessus), p. 273.

¹⁵⁶ *Furundzija* (note 120 ci-dessus), par. 148 à 150.

¹⁵⁷ Ibid., par. 151 à 153.

¹⁵⁸ Ibid., par. 153 à 157.

de la personne, et limitative du droit d'expulsion de l'État. La jurisprudence internationale y a suppléé, notamment à travers la direction du TPIY dans l'affaire *Delalic (Celebici)* déjà citée. La Chambre de première instance y définit le « traitement inhumain » comme suit :

« [L]es traitements inhumains impliquent des actes ou des omissions qui causent de graves souffrances physiques ou morales ou portent gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale ou à la dignité humaine. (...) En résumé, la Chambre de première instance considère qu'un traitement inhumain est un acte ou une omission intentionnel, c'est-à-dire un acte qui, jugé objectivement, apparaît délibéré et non accidentel, et qui cause de graves souffrances mentales ou physiques ou constitue une atteinte grave à la dignité humaine. »¹⁵⁹

103. La différence fondamentale avec la définition de la torture, c'est d'une part que le traitement inhumain (dégradant ou cruel) n'est pas pratiqué nécessairement aux fins d'obtenir des renseignements ou des aveux; d'autre part, qu'un tel traitement ne doit pas être nécessairement ou exclusivement le fait d'agents de l'État ou de personnes agissant sous le couvert de ce dernier.

104. Quant au « traitement cruel », la Chambre en donne, dans la même affaire, la définition suivante :

« [L]e traitement cruel constitue un acte ou une omission intentionnel, c'est-à-dire un acte qui, objectivement, est délibéré et non accidentel, qui cause de grandes souffrances ou douleurs physiques ou mentales ou qui constitue une atteinte grave à la dignité humaine. À ce titre, il a la même signification et donc la même fonction résiduelle aux fins de l'article 3 du Statut, que le traitement inhumain en tant qu'infraction grave aux Conventions de Genève. Dès lors, le crime de torture aux termes de l'article 3 commun aux Conventions de Genève est également inclus dans la notion de traitement cruel. Tout traitement qui ne remplit pas les conditions posées quant au but pour être qualifié de torture en vertu de l'article 3 commun, est un traitement cruel. »¹⁶⁰

105. À la lumière de ces deux définitions, il apparaît que la notion de « traitement cruel » est plus englobante et inclut aussi bien le traitement inhumain que certains aspects du crime de torture qu'elle ne recouvre cependant pas totalement. Tous ces actes ou traitements constituent cependant des atteintes à la dignité humaine. À la suite de l'arrêt *Delalic*, le TPIY a repris la référence à l'atteinte grave de la dignité humaine comme conséquence du traitement inhumain dans l'affaire *Aleksovski* (1999)¹⁶¹.

106. La liste des actes qualifiés de traitements cruels, inhumains ou dégradants est longue et variée et il serait fastidieux de recenser ici ceux qui se dégagent de la jurisprudence. Mieux vaut en dégager les critères de qualification. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle, dans une jurisprudence constante, que

« pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par

¹⁵⁹ *Delalic* (1998), par. 442 et 543; voir aussi *Blaskic* (2000), par. 154.

¹⁶⁰ *Ibid.*, par. 518.

¹⁶¹ *Aleksovski* (1999), par. 56; voir aussi *Blaskic* (2000), par. 681.

essence; elle dépend de l'ensemble des données de la cause et notamment de la nature et du contexte du traitement ainsi que de ses modalités d'exécution, de sa durée, de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, de l'âge et de l'état de santé de la victime. »¹⁶²

107. C'est dans l'affaire *Soering* que la Cour européenne des droits de l'homme a inauguré sa jurisprudence relative à la prohibition de l'extradition, et par extension, l'expulsion, pour risque de traitement cruel, inhumain ou dégradant. La question centrale dont la Cour a eu à connaître était de savoir si l'extradition d'un individu par un État partie à la Convention européenne vers un État tiers peut engager la responsabilité de l'État partie, au titre de l'article 3 de la Convention, à raison des mauvais traitements que la personne extradée est susceptible de subir dans le pays de destination. À cette question la Cour a répondu, dans son arrêt du 7 juillet 1989, que la Convention ne consacre pas en soi un droit de ne pas être extradé; néanmoins

« quand une décision porte atteinte, par ses conséquences, à l'exercice d'un droit garanti par la Convention, elle peut, s'il ne s'agit pas de répercussion trop lointaines, faire jouer les obligations d'un État contractant au titre de la disposition correspondante. »¹⁶³

108. Comme on l'a déjà indiqué au paragraphe 76 du présent rapport, la doctrine qualifie ce mécanisme de « protection par ricochet »¹⁶⁴, dont le principe trouverait son origine dans l'article 1^{er} de la Convention et dans l'engagement général des Hautes parties contractantes à reconnaître les droits définis par la Convention à « toute personne relevant de leur juridiction »¹⁶⁵.

109. On pourrait soutenir, comme l'a fait le Gouvernement défendeur dans l'affaire *Soering*, que l'État qui procède à l'expulsion ou à l'extradition ne pourrait être tenu pour responsable de la violation de la Convention, cette violation ne pouvant être opposable qu'à l'État destinataire où le mauvais traitement serait infligé. Tel n'était pas le point de vue de la Commission européenne des droits de l'homme qui, dans son Rapport, a reconnu que l'expulsion ou l'extradition peut, dans certains cas, engager la responsabilité de l'État partie à la Convention qui y procède si, par exemple, cette personne serait à coup sûr soumise à la torture ou à un traitement inhumain, ou en serait gravement menacée. La responsabilité de l'État partie, insistait le Rapport de la Commission, « se fonderait sur le fait que la personne expulsée ou extradée se trouverait exposée dans un autre pays à un traitement inhumain ou dégradant »¹⁶⁶. Ce disant, la Commission était fidèle à sa jurisprudence antérieure qu'elle a du reste rappelée dans son Rapport¹⁶⁷.

¹⁶² Cour européenne des droits de l'homme, *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, Série A, n° 25, p. 65, par. 162; voir également, dans le contexte de l'extradition et de l'expulsion, *Soering c. Royaume-Uni*, (note 129 ci-dessus), p. 39, par. 100; *Cruz Varas et autres c. Suède* (note 152 ci-dessus), p. 31, par. 83.

¹⁶³ *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, Série A n° 161, par. 85.

¹⁶⁴ G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme* (note 127 ci-dessus), p. 84 et 304; voir aussi F. Sudre, « Extradition et peine de mort : arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989 », *Revue générale de droit international public*, 1990, p.108.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 109.

¹⁶⁶ Affaire *Soering c. Royaume-Uni*, Requête n° 14038/88, rapport de la Commission du 19 janvier 1989, par. 96.

¹⁶⁷ Voir Décision du 3 mai 1983 dans l'affaire *Altum c. République fédérale d'Allemagne*, requête

110. La jurisprudence *Soering* a été confirmée postérieurement dans d'autres arrêts de la Cour¹⁶⁸ dont l'une des plus récentes est l'arrêt rendu le 26 juillet 2005 dans l'affaire *N. c. Finlande* concernant l'expulsion d'un ex-membre des forces spéciales de Mobutu, ancien chef d'État du Zaïre devenu République démocratique du Congo. La Cour a considéré que l'intéressé ayant participé « à diverses opérations visant à identifier les dissidents considérés comme une menace » pour Mobutu, « il y a des raisons de penser que le requérant se trouverait peut-être dans une situation pire que la plupart des autres anciens partisans de Mobutu »; de plus, en raison d'un éventuel « désir de vengeance » chez les proches des dissidents victimes de ses activités, il existe « des motifs sérieux et avérés de croire que le requérant courrait un risque réel de subir des traitements interdits par l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme (interdiction des traitements inhumains) s'il était expulsé ». La Cour a donc enjoint à la Finlande de ne pas expulser l'intéressé¹⁶⁹.

111. L'obligation ainsi affirmée repose sur les fondements axiologiques de la Convention. Comme l'a écrit un ancien Juge de la Cour européenne des droits de l'homme : « La prohibition absolue de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants dans la Convention européenne des droits de l'homme consacre des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. En conséquence, un État partie se conduirait de manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention s'il remettait consciemment un fugitif pour odieux que puisse être le crime reproché – à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture [ou de mauvais traitement] menace l'intéressé »¹⁷⁰. Cette opinion épouse la conclusion à laquelle la Cour est parvenue dans l'affaire *Soering*, en décidant que malgré l'absence de mention expresse dans le texte de l'article 3 de la Convention,

« l'obligation implicite de ne pas extraditer s'étend au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'État de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par ledit article »¹⁷¹.

112. La règle vaut pour l'expulsion¹⁷² et ceci, que l'expulsion ou l'extradition décidée soit exécutée ou pas. Comme l'a relevé un auteur : « à la suite de la Commission, la Cour en a décidé ainsi dans sa décision *Soering* du 7 juillet 1989 (§90). Après les arrêts *Soering* (décision d'extradition non réalisée vers les États-Unis), *Cruz-Varas* du 20 mars 1991 (expulsion réalisée vers le Chili; An°201, §70) et *Vilvarajah* du 30 octobre 1991 (refoulement de Tamouls vers le Sri-Lanka; An°215, §§ 102-103) la solution du droit européen est parfaitement nette : dès lors

n° 10308/83, *Décisions et rapports*, vol. 36, p. 209 à 235; décision du 12 mars 1984 dans l'affaire *Kirkwood c. Royaume-Uni*, requête n° 10479/83, *Décisions et rapports*, vol. 37, p. 156 à 191.

¹⁶⁸ Voir, par exemple, l'affaire *D. c. Royaume-Uni* dans laquelle la Cour a trouvé qu'il y avait un risque de traitement inhumain pour le requérant (et donc violation de l'article 3 de la Convention) si celui-ci était expulsé à Saint-Kitts malgré son état de santé critique et le manque d'équipements médicaux appropriés dans l'île.

¹⁶⁹ Source Agence France-Presse, 27 juillet 2005. Voir Cour européenne des droits de l'homme, *N. v. Finland*, Application No. 38885/02, Judgment of 26 July 2005 (en anglais seulement).

¹⁷⁰ Juan Antonio Carrillo-Salcedo, commentaire de l'article 1, dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme* (note 41 ci-dessus), p. 140.

¹⁷¹ *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, Série A n° 161, par. 88.

¹⁷² Voir F. Sudre, commentaire de l'article 3, dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (note 41 ci-dessus), p. 163.

qu'ils ont fait l'objet d'une décision les expulsions, extraditions ou refoulements, qu'ils soient effectifs ou virtuels, sont susceptibles de constituer des traitements inhumains ou dégradants »¹⁷³.

113. Il n'en est donc pas ainsi lorsqu'aucun acte de reconduite à la frontière n'a été pris, comme cela ressort du reste de l'affaire *Vijayanathan et Pusparajah c. France*¹⁷⁴. En effet, même lorsque les organes de contrôle de la Convention européenne développent une jurisprudence de la « violation imminente » en matière d'expulsion, ils la limitent au cas des mesures d'éloignement forcé d'étrangers déjà décidées mais non encore exécutées¹⁷⁵.

114. Quid du cas où un individu est expulsé vers un État où il risque de la violence non du fait d'organes de l'État, mais du fait de personnes agissant à titre privé?

115. La Cour européenne des droits de l'homme a été confrontée à un pareil cas dans l'affaire *H.L.R. c. France* (1997). Le requérant, en cours d'expulsion vers la Colombie, arguait du risque de subir dans ce pays des actes de torture ou des actes inhumains de la part de groupes privés, en l'occurrence les trafiquants de drogue qui l'avaient recruté en tant que passeur. Depuis l'affaire *Soering*, la portée de l'article 3 de la Convention européenne a été élargie aux actes des autorités étatiques pouvant mener à la torture dans l'État tiers par les autorités de cet État. Dans l'affaire *H.L.R. c. France*, la Cour la prolonge pour couvrir les risques non étatiques en supposant que l'État tiers n'était pas en mesure de protéger l'intéressé : elle considère qu'il y a violation de l'article 3 de la Convention de 1950 si un État expose un individu à un danger réel de traitement inhumain commis par des personnes agissant à titre privé. La Cour écrit :

« En raison du caractère absolu du droit garanti, la Cour n'exclut pas que l'article 3 trouve aussi à s'appliquer lorsque le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique. Encore faut-il démontrer que le risque existe réellement et que les autorités de l'État de destination ne sont pas en mesure d'y obvier par une protection appropriée »¹⁷⁶.

116. La jurisprudence européenne sur la prohibition de l'expulsion d'une personne vers un État où elle risque des mauvais traitements est suivie par les organes de contrôle des instruments universels des droits de l'homme. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a statué dans ce sens, comme on l'a vu, dans l'affaire *Mutombo c. Suisse* (1994) où la Cour a considéré qu'il y avait « des motifs sérieux de croire que M. Mutombo serait en danger d'être soumis à la torture »¹⁷⁷. S'agissant du risque de mauvais traitements en général, incluant donc la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, le Comité a eu à se prononcer à ce sujet dans l'affaire *Alzery c. Suède*¹⁷⁸.

¹⁷³ Ibid., p. 173.

¹⁷⁴ Voir Requête n° 17550/90 et 17825/91, rapport de la Commission, 5 septembre 1991, et arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, 27 août 1992, Série A n° 241-B.

¹⁷⁵ Voir Ronny Abraham, commentaire de l'article 25 de la Convention européenne, dans L.-E. Pettiti et al. (note 41 ci-dessus), p. 588.

¹⁷⁶ *Recueil*, 1997 – III, n° 36, par. 40; *Revue universelle des droits de l'homme*, 1997, p. 60.

¹⁷⁷ Décision du 27 avril 1994, communication n° 13/1993, par. 9.3.

¹⁷⁸ Décision du 25 octobre 2006, communication n° 1416/2005; *Revue universelle des droits de l'homme*, 2006, vol. 27, n° 9-12, p. 391 et s.

117. Le requérant, un chimiste et physicien enseignant à l'Université du Caire, avait été actif dans une organisation islamiste d'opposition. Il avait réussi, grâce à un faux visa, à entrer en Arabie Saoudite où il vécut avant de partir pour la Syrie. Il fut contraint de quitter ce pays dès lors que celui-ci avait extradé un certain nombre d'Égyptiens vers leur pays d'origine. Grâce à un faux passeport danois, il put entrer en Suède où il demanda immédiatement l'asile et reconnut avoir utilisé un faux passeport pour entrer dans ce pays. À l'appui de sa demande d'asile, il fit valoir qu'il avait été agressé et torturé en Égypte, qu'il avait le sentiment d'être surveillé et que sa maison avait été fouillée; qu'après son départ d'Égypte, il avait été recherché au domicile de ses parents; qu'il craignait d'être traduit devant un tribunal militaire s'il retournait en Égypte, et qu'il avait peur d'être arrêté et torturé¹⁷⁹.

118. La première question de fond à laquelle le Comité devait répondre était de savoir si l'expulsion du requérant de la Suède vers l'Égypte exposait l'intéressé à un risque réel de torture ou à d'autres mauvais traitements dans l'État de destination, constituant de ce fait une violation de l'article 7 du PIDCP :

« 11.4 The Committee notes that, in the present case, the State party itself have conceded that there was a risk of ill-treatment that – without more – would have prevented the human rights obligations (see supra, at par. 3.6). The State party in fact relied on the diplomatic assurances alone for its belief that risk of proscribed ill-treatment was sufficiently reduced to avoid breaching the prohibition on refoulement.

11.5 The Committee notes that the assurances procured contained no mechanism for monitoring, of their enforcement. Nor were any arrangements made outside the text of the assurances themselves which would have provided for effective implementation. The visits by the State party's ambassador and staff commenced five weeks after the return, neglecting altogether a period of maximum exposure to risk of harm. The mechanics of the visits that did take place, moreover, failed to conform to key aspects of international good practice by not insisting on private access to the detainee and inclusion of appropriate medical and forensic expertise, even after substantial allegations of ill-treatment emerged. In light of these factors, the State party has not shown that the diplomatic assurances procured were in fact sufficient in the present case to eliminate the risk of ill-treatment to a level consistent with the requirements of article 7 of the Covenant. The author's expulsion thus amounted to a violation of article 7 of the Covenant.»¹⁸⁰

119. Il semble bien au Rapporteur Spécial que c'est l'essentiel de ce développement jurisprudentiel, en particulier celui de la Cour européenne des droits de l'homme, que l'Europe a voulu refléter dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à travers son article 19 intitulé : « Protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition », qui dispose en son paragraphe 2 :

« Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

¹⁷⁹ Ibid., par. 3.2.

¹⁸⁰ Ibid., p. 406 et 407, par. 11.4 et 11.5.

120. Au regard des analyses qui précèdent relativement à l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants et à l'obligation conséquente pour les États de protéger toutes les personnes, y compris les étrangers résidents ou en cours d'expulsion contre ces mauvais traitements, il y a lieu de proposer le projet d'article suivant :

Projet d'article 11

**Obligation de protéger la personne en cours d'expulsion
contre la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants**

1. Un État ne peut soumettre sur son territoire une personne en cours d'expulsion à la torture ni à des traitements cruels, inhumains ou dégradants.

2. Un État ne peut expulser une personne vers un pays où il existe un risque sérieux qu'elle soit soumise à la torture ou à des traitements cruels, inhumains ou dégradants.

3. Les dispositions du paragraphe 2 du présent article s'appliquent également lorsque le risque encouru émane de personnes ou groupes de personnes agissant à titre privé.

ii. Cas particulier des enfants

121. Un dernier aspect de la protection de l'étranger en cours d'expulsion contre les risques de mauvais traitements concerne la protection des enfants. La Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, fixe le cadre général de la protection desdits droits d'une manière qui englobe les risques de mauvais traitements sus-évoqués. Il dispose :

« 1. Les États Parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille. »

L'article 3, par. 1, énonce, comme en complément à l'article 2 précité, une norme qui résume la philosophie finaliste devant sous-tendre la mise en œuvre de toutes obligations des États au titre de la Convention :

« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Et l'article 37 précise :

« Les États Parties veillent à ce que :

a) Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans;

b) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible;

c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on n'estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par des visites, sauf circonstances exceptionnelles;

d) Les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière. »

122. Sur le plan de la jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme donne une portée étendue à la protection offerte par l'article 3 de la Convention européenne : d'une part, cette protection revêt, comme l'a rappelé la Chambre du Conseil du Tribunal correctionnel de Bruxelles dans l'affaire *Cajamarca Arizaga et sa fille Loja Cajamara c. Belgique*, « un caractère absolu, qui ne ménage aucune exception, même tenant à l'attitude éventuellement critiquable de l'étranger qui l'invoque »; d'autre part, elle s'étend à toute personne humaine, qu'elle soit un adulte ou un enfant. Dans cette affaire *Cajamarca Arizaga Ana et sa fille Loja Cajamara Angelica*, les requérantes arguaient, sur le plan des faits, que cette dernière, âgée de onze ans, a subi un traumatisme important en raison de son arrestation et de son enfermement. Elles ont invoqué « des atteintes graves » à la Convention européenne des droits de l'homme et à la Convention internationale sur les droits de l'enfant. En effet, les requérantes ont été amenées à l'aéroport et détenues au centre INAD. M^{me} Cajamarca a déclaré avoir été menottée et séparée de sa fille, ce qui a aggravé le traumatisme psychologique de cette dernière. Son conseil et un médecin se sont vu catégoriquement refuser l'accès aux requérantes par la police de Zaventem en dépit de l'autorisation de l'Office des étrangers.

123. Du point de vue juridique, les requérantes soutenaient que les maltraitances subies sont constitutives de traitements inhumains et dégradants voire de torture, particulièrement eu égard au jeune âge et à l'extrême vulnérabilité d'Angelica; que le droit à l'intégrité physique est un droit fondamental dont la violation doit cesser immédiatement, un droit d'ordre public que le juge peut donc soulever d'office pour en assurer la protection sans qu'une partie ait eu à l'invoquer elle-même.

124. À cet égard, dans l'arrêt *Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique* sur lequel s'est appuyé le Tribunal belge précité, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Belgique pour traitement inhumain et dégradant, pour avoir détenu au centre n° 127, pendant deux mois, un enfant de cinq ans. La Cour a

considéré également que la détention d'un enfant dans les mêmes conditions que celles des adultes, dans un centre fermé, initialement conçu pour des adultes, et donc non adapté aux besoins de son âge, est constitutive d'un traitement inhumain et dégradant, contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a souligné l'extrême vulnérabilité des enfants et relevé qu'il appartient à l'État belge de les protéger et de les prendre en charge par des mesures adéquates au titre de ses obligations positives découlant de l'article 3 précité¹⁸¹. Elle a précisé que cette vulnérabilité des enfants « doit primer sur leur situation administrative »¹⁸². La Cour argumente :

« eu égard à la prohibition absolue de l'article 3 de la Convention, il convient de garder à l'esprit que cet élément [la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant] est déterminant, et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal »¹⁸³.

125. La Chambre de Conseil du Tribunal correctionnel de Bruxelles en dégage l'énoncé suivant : « Les enfants doivent être considérés, traités et protégés comme tels, quelle que soit la qualité de leur séjour »¹⁸⁴. C'est la quintessence de la jurisprudence de la Cour européenne sur ce point, laquelle jurisprudence enrichit la portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, en même temps qu'elle explicite indirectement les dispositions de l'article 37 précité de la Convention relative aux droits de l'enfant.

126. Rien ne permet cependant de dire qu'un tel énoncé exprime, à date, une règle de droit coutumier. Il y a lieu de dire qu'un tel énoncé reflète une tendance lourde en la matière. Au demeurant, on peut penser que la philosophie protectrice qui sous-tend la Convention relative aux droits de l'enfant et qui se décline dans les instruments régionaux à l'instar de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, adoptée en 1990, pourrait difficilement trouver une opposition manifeste.

127. À la faveur de ces considérations, il y a lieu d'envisager une norme spécifique de protection pour les enfants contre le risque de torture et de traitements cruels, inhumains ou dégradants, cette norme de protection s'imposant indépendamment de la qualité de leur séjour.

Projet d'article 12

Cas spécifique de protection de l'enfant en cours d'expulsion

1. L'enfant en cours d'expulsion doit être considéré, traité et protégé comme tel, quelle que soit la qualité de son séjour.

2. Constitue, spécialement pour l'enfant, des traitements cruels, inhumains et dégradants, le fait d'être détenu dans les mêmes conditions qu'un adulte ou de faire l'objet d'une longue période de détention.

¹⁸¹ La Cour a balayé du revers de la main les prétentions de la Belgique accusant la famille de l'enfant d'être à l'origine et donc responsable du préjudice invoqué. Cette jurisprudence de la Cour a été suivie par la Chambre de Conseil du Tribunal correctionnel de Bruxelles dans sa décision du 4 juillet 2007 en l'affaire *Cajamarca Arizaga et sa fille Loja Cajamarca c. Belgique*.

¹⁸² Formule de la Chambre de Conseil du Tribunal correctionnel de Bruxelles.

¹⁸³ Cour européenne des droits de l'homme, *Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique*, arrêt du 12 octobre 2006, par. 55.

¹⁸⁴ Voir note 181 ci-dessus.

3. Aux fins du présent article, l'enfant s'entend au sens de l'article 1^{er} de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

iv) Le respect de la vie privée et familiale de la personne en cours d'expulsion

128. Une autre restriction au droit d'expulsion de l'État est l'obligation de respecter le droit à la vie privée et familiale des individus, y compris des étrangers qui encourent l'expulsion. Ce droit est consacré tant par les instruments universels que par les conventions régionales de protection des droits de l'homme. Au niveau universel, si la Déclaration de 1948 est muette sur la question, le PIDCP dispose en son article 17 :

« 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille (...),

2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

129. Dans le même sens, aux termes de l'article 5, par. 1, b) de la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel ils vivent, les étrangers jouissent du droit « à la protection contre toute ingérence arbitraire ou illégale dans leur vie privée et familiale, leur domicile ou leur correspondance »

130. Au niveau régional, la Convention européenne des droits de l'homme dispose en son article 8, par. 1, que « [t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...) ». La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reprend *in extenso* cette disposition dans son article 7. Et alors que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, par ailleurs si attachée à la protection de la famille (voir art. 18) ne contient pas ce droit, la Convention américaine le consacre en son article 11, par. 2, dans les mêmes termes que l'article 17 précité du PIDCP. Selon l'alinéa c) de la Section III du Protocole à la Convention européenne d'établissement¹⁸⁵, les États contractants, lorsqu'ils se prononcent sur l'expulsion, doivent en particulier tenir dûment compte des liens familiaux et de la durée du séjour sur leur territoire des personnes concernées.

131. La jurisprudence internationale a apporté des précisions tant sur le contenu du droit à la vie privée et familiale que sur les limites à ce droit. Dans l'affaire *Canepa c. Canada*, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a indiqué un critère d'appréciation de l'atteinte à la vie familiale. Il déclare :

« The separation of a person from his family by means of his expulsion could be regarded as an arbitrary interference with the family and a violation of article 17 if in the circumstances of the case the separation of the author from his family and its effects on him were disproportionate to the objectives of removal »¹⁸⁶.

132. Il se dégage ainsi, par déduction ou raisonnement *a contrario*, un critère de proportionnalité des intérêts de l'État expulsant – qui sont, en matière d'expulsion,

¹⁸⁵ Convention européenne d'établissement et Protocole, Paris, 13 décembre 1955, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 529, n° 7660, p. 141.

¹⁸⁶ Opinion rendue le 3 avril 1997, communication n° 558/1993, *International Human Rights Reports*, vol. 5 (1998), p. 76, par. 11.4.

l'ordre public et la sécurité – et des intérêts de la famille, en l'occurrence la nécessité de préserver la vie familiale de la personne qui encourt une expulsion. C'est bien ce qui ressort plus clairement de la position adoptée dans une affaire précédente, *Stewart c. Canada*, où le Comité a considéré que :

« (...) the interference with Mr. Stewart's family relation that will be the inevitable outcome of his deportation cannot be regarded as either unlawful or arbitrary when the deportation order was made under law in furtherance of a legitimate state interest and due consideration was given in the deportation proceedings to the deportee's family connections »¹⁸⁷.

133. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dans laquelle l'exigence du respect de la vie familiale tient une place dont l'importance s'est accrue, va dans le même sens. Alors que, dans l'affaire *Abdulaziz et a.*, la Cour avait considéré, en 1985, que,

« (...) this is an area in which the contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention with due regard to the needs and resources of the community and of individuals »¹⁸⁸,

elle a décidé quelque dix ans plus tard, en 1996, dans l'affaire *C. c. Belgique*, que la question essentielle était

« (...) whether the deportation in issue struck a fair balance between the relevant interests, namely the applicant's right to respect for his private and family life, on the one hand, and the prevention of disorder or crime, on the other »¹⁸⁹.

134. L'intérêt de l'État expulsant relativement à la préservation de l'ordre public et de la sécurité semble ainsi constituer l'aune à laquelle la jurisprudence apprécie s'il y a eu atteinte ou non à la vie privée ou familiale. Suivant ce critère, la Cour a considéré dans les affaires *Moustaquin*¹⁹⁰, *Beldjoudi*¹⁹¹ et *Nasri*¹⁹² qu'indépendamment du crime pour lequel l'individu était mis en accusation, l'expulsion était illégale en ce qu'elle portait atteinte à la vie privée et familiale. Elle avait déjà statué dans le même sens en l'affaire *Berrehad*. Dans cette affaire, la question était de savoir si la décision de rapatrier un père au Maroc, malgré son droit de visite à sa fille de quatorze ans dont la garde avait été confiée à son ex-femme hollandaise, constituait une violation de son droit au respect de la vie familiale. Considérant les difficultés pour le requérant de se rendre du Maroc aux Pays-Bas pour exercer son droit de visite, la Cour en conclut que la mesure

¹⁸⁷ Opinion adoptée le 1^{er} novembre 1996, communication n° 538/1993, *International Human Rights Reports*, vol. 4 (1997), p. 429, par. 12.3 à 12.5.

¹⁸⁸ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 28 mai 1985, Série A n° 94, p. 33 et 34, par. 67.

¹⁸⁹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 7 août 1996, *Décisions et rapports*, 1996 – III, p. 924, par. 32.

¹⁹⁰ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 18 février 1991, Série A n° 193, p. 18 à 20, par. 41 à 46.

¹⁹¹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 26 mars 1992, Série A n° 234, p. 26 à 28, par. 71 à 80.

¹⁹² Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 13 juillet 1995, Série A n° 320 B, p. 23 à 26, par. 34 à 46.

d'expulsion empêchait, en pratique, l'exercice de ce droit et qu'il y avait donc violation de l'article 8 de la Convention européenne¹⁹³.

135. En revanche, dans les affaires *Boughanemi*¹⁹⁴, *C. c. Belgique*¹⁹⁵, *Bouchelkia*¹⁹⁶ et *Boujlifa*, la Cour, en faisant le test de proportionnalité entre intérêts de la famille et intérêts de l'État expulsant en matière de l'ordre public et de la sécurité, semble avoir donné un poids décisif aux crimes commis par les requérants dans l'appréciation de la décision d'expulsion. Dans l'affaire *Boujlifa* qui est particulièrement instructive sur la tendance forte de la jurisprudence de la Cour, le requérant était un Marocain vivant et éduqué en France depuis l'âge de 5 ans, de même qu'y vivaient ses parents ainsi ses huit frères et sœurs. Il avait été condamné pour vol et vol à main armée et les autorités françaises avaient décidé de l'expulser vers le Maroc. En dépit de sa longue résidence en France et du fait que s'y trouvait toute sa famille, la Cour européenne des droits de l'homme considéra que : « the requirements of public order outweighed the personal considerations which prompted the application »¹⁹⁷. Autrement dit, toute atteinte au respect de la vie privée et familiale d'un individu, et en l'occurrence d'une personne en cours d'expulsion, doit être proportionnée aux objectifs poursuivis par l'État expulsant¹⁹⁸.

136. La Cour est allée bien plus loin dans l'affaire *Boughamini* en ne considérant pas l'expulsion du requérant comme contraire à l'article 8 de la Convention européenne, motif pris de ce que M. Boughamini avait conservé sa nationalité tunisienne et n'avait apparemment jamais cherché à devenir français; qu'il aurait maintenu des liens avec la Tunisie au-delà du simple fait de sa nationalité, comme le faisait valoir le Gouvernement de l'État expulsant; que devant la Commission européenne des droits de l'homme il n'avait pas fait valoir qu'il ne savait pas parler l'arabe ou qu'il avait coupé tout lien avec son pays de naissance, ou qu'il n'y était pas retourné¹⁹⁹.

¹⁹³ *Berrehab c. Pays-Bas*, arrêt du 21 juin 1988, Série A n° 138, p. 16, par. 29; et les remarques de Carlo Russo, ancien Juge à la Cour européenne des droits de l'homme, dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (note 41 ci-dessus), p. 318.

¹⁹⁴ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 24 avril 1996, *Reports of Judgements and Decisions* (1996-II), p. 610.

¹⁹⁵ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 7 août 1996 précité, p. 924 et 925, par. 35.

¹⁹⁶ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 29 janvier 1997, *Reports of Judgements and Decisions* (1997-I), p. 63, par. 41.

¹⁹⁷ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 octobre 1997, *Reports of Judgements and Decisions* (1997-VI), p. 2265, par. 44.

¹⁹⁸ Un Juge du Tribunal de première instance de Bruxelles, désigné pour remplacer le Président, s'est montré rigoureusement fidèle à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à ce sujet, en soulignant dans son ordonnance du 30 juillet 2007 en l'affaire *Cajamarca Arizaga et sa fille* : « Que toute atteinte en droit au respect de la vie privée et familiale d'un individu doit, notamment, être nécessaire dans une société démocratique, à savoir, être proportionnée aux objectifs poursuivis, conformément à l'article 8 de la CEDH. » (R.R. n° 07/5726/B Req. Cajamarca Arizaga Ana.)

¹⁹⁹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 24 avril 1996 (note 194 ci-dessus), p. 610, par. 44. Voir aussi la décision du Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans l'affaire *Ngoc Si Truong c. Canada*, communication n° 743/1997 : Canada 05/05/2003, CCPR/C/77/D/743 1977 (Jurisprudence); et l'affaire *Benjamin Ngambi et Marie-Louise Nebol c. France* (Comité des droits de l'homme : communication n° 1179/2003 : France 16/07/2004), où l'on ne pouvait parler d'atteinte à la vie familiale, pour défaut de famille en l'occurrence, le requérant ayant fait valoir un faux acte de mariage : le regroupement familial demandé ne pouvait donc avoir lieu.

137. Faut-il en conclure qu'afin de se protéger contre l'expulsion un étranger doit rompre toute attache, tous les liens sociaux et culturels avec son pays? C'est une analyse de l'évolution de la jurisprudence de la Cour – dont quelques jalons principaux viennent d'être rappelés – qui peut permettre de dégager des éléments de réponse à cette question.

138. Jusqu'à l'arrêt *Ezzouhdi* (2001) sur lequel on reviendra, de nombreux commentaires distinguaient deux périodes dans la jurisprudence de la Cour relativement à cette matière. Une première période a été inaugurée par l'arrêt *Moustaquim c. Belgique*²⁰⁰, qui fut le premier à considérer l'expulsion d'un étranger comme une violation de l'article 8. Il fut suivi par les arrêts *Beldjoudi*²⁰¹ c. *France* et *Nasri*²⁰² allant dans le même sens. La Cour fut alors considérée comme particulièrement bienveillante en ce qui concerne les immigrés de deuxième génération lesquels bénéficiaient ainsi de sa protection contre l'expulsion.

139. Une seconde période de cette évolution jurisprudentielle aurait débuté en 1996 avec l'arrêt *Boughanemi* précité qui exclut toute violation de l'article 8 pour cause d'expulsion. Il sera suivi des arrêts ou décisions sur la recevabilité dans les affaires *Chorfi c. Belgique*²⁰³, *Boulchekia*²⁰⁴, *El Bouja*²⁰⁵, *Boujlifa*²⁰⁶, *Dalia*²⁰⁷, *Benrachid*²⁰⁸, *Baghli*²⁰⁹, *Farah c. Suède*²¹⁰, *A. c. Norvège*²¹¹, tous allant dans le même sens. On en a déduit un durcissement de la Cour. Or, c'est oublier que dans le cours de cette tendance jurisprudentielle, la Cour avait retenu dans l'arrêt *Mehemi c. France* du 26 septembre 1997 une violation de l'article 8 sur une requête présentée par un étranger né en France, marié et père de trois enfants, condamné à six ans de prison et une interdiction définitive du territoire pour trafic de haschisch. Sans doute la Cour a-t-elle fait en l'espèce une distinction entre le cannabis et le haschisch, d'une part, et l'héroïne, d'autre part, substance qui était en cause dans les affaires *El Bouja*, *Dalia*, *Baghli*, *Farah* et *A. c. Norvège* précitées.

140. L'arrêt rendu le 13 février 2001 dans l'affaire *Ezzouhdi c. France*²¹² a permis à la Cour de compléter sa jurisprudence sur cette question de l'expulsion en rapport avec le respect du droit à la vie privée et familiale tout en montrant la cohérence d'une jurisprudence que l'on croyait faite de rupture alors qu'elle est simplement toute en nuance²¹³. M. Ezzouhdi est un marocain, né en 1970, qui vit en France depuis l'âge de cinq ans. Il y a effectué sa scolarité jusqu'à l'âge de 16 ans avant de

²⁰⁰ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 18 février 1991 (note 190 ci-dessus).

²⁰¹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 26 février 1992 (note 191 ci-dessus).

²⁰² Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 juin 1995 (note 192 ci-dessus).

²⁰³ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 7 août 1996.

²⁰⁴ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 29 janvier 1997.

²⁰⁵ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 26 septembre 1997.

²⁰⁶ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 octobre 1997.

²⁰⁷ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 19 février 1998.

²⁰⁸ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 8 décembre 1998.

²⁰⁹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 30 novembre 1999.

²¹⁰ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 24 août 1999.

²¹¹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 mars 2000.

²¹² Cour européenne des droits de l'homme, requête n° 471 160/99, arrêt du 13 février 2001.

²¹³ Sur cet arrêt, voir notamment les observations de Brigitte Jarreau, « L'éloignement des étrangers : interdiction définitive du territoire français (arrêt Ezzouhdi et Abdouni des 13 et 27 février 2001) », Centre de recherches et d'études sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire, Actes de la huitième Session d'information, www.credho.org/cedh/session08/session08-06-01.htm, consulté le 16 mars 2009.

quitter le collège. Son père est décédé en 1995, mais sa mère ainsi que ses deux sœurs vivent en France. Entre 1993 et 1997 il a fait l'objet de trois condamnations pénales dont l'une pour détention, acquisition et usage de stupéfiants, plus précisément de cannabis. En 1997, il a été condamné par le Tribunal correctionnel de Bourg-en-Bresse à 18 mois de prison et à une interdiction définitive du territoire français pour acquisition et consommation d'héroïne, de cocaïne et de haschich. La Cour d'appel confirme l'interdiction du territoire et aggrave la peine privative de liberté qu'elle porte à deux ans. M. Ezzouhdi fait un pourvoi en cassation, mais celui-ci ne prospère pas. Il saisit alors la Cour européenne des droits de l'homme au motif de la violation de l'article 8 de la Convention européenne par la France.

141. Dans son arrêt du 13 février 2001, la Cour s'est prononcée successivement par rapport aux deux paragraphes de l'article 8.

142. En ce qui concerne le paragraphe 1, la question était de savoir si le requérant peut se prévaloir en France d'une vie privée et familiale à laquelle il aurait été portée atteinte par la mesure d'interdiction. La Cour y répond positivement en rappelant la date d'arrivée en France de M. Ezzouhdi, l'âge qu'il avait alors, le fait qu'il y a été scolarisé et qu'il y travaille. En réalité, à ce stade, la seule question posée par le Gouvernement français était de savoir si un célibataire sans enfant avait une vie familiale au sens de l'article 8, par. 1. Autrement dit, cette requête portait-elle sur l'existence d'une atteinte à la vie privée et familiale du requérant ou seulement d'une atteinte à sa vie privée? La Cour a considéré que ses liens familiaux avec sa mère et ses frères et sœurs, qui résident en France, suffisent à caractériser une vie familiale. Rappelons que selon le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, le terme « famille » au sens du PIDCP

« must be understood broadly as to include all those comprising as family as understood in the society concerned. The protection of such family is not necessarily obviated, in any particular case, by the absence of formal marriage bonds, especially where there is a local practice of customary or common law marriage. Nor is the right to protection of family life necessarily displaced by geographical separation, infidelity, or the absence of conjugal relations. However, there must first be a family bond to protect. »²¹⁴

Et il n'est pas douteux qu'en l'espèce un tel bien familial existait indiscutablement entre l'intéressé et sa mère ainsi que ses frères et sœurs.

143. Un autre argument en faveur du requérant retenu par la Cour est l'absence de lien autre que celui de la nationalité entre M. Ezzouhdi et son pays natal : il n'a vécu au Maroc que dans sa prime jeunesse, prétend ne pas parler arabe, et le Gouvernement français n'a pas apporté la preuve de liens autres avec ce pays.

144. La Cour se livre ensuite à un contrôle de proportionnalité consistant à vérifier si la mesure d'expulsion a respecté un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir, d'une part, le droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale et, d'autre part, la protection de l'ordre public, la prévention des infractions pénales et la protection de la santé. Selon la Cour, un élément essentiel pour l'évaluation de cette proportionnalité est la gravité des infractions commises par le requérant. En l'espèce, elle minimise la portée des infractions reprochées à M. Ezzouhdi, relevant

²¹⁴ Affaire *Benjamin Ngambi and Marie-Louise Nébol c. France*, communication n° 1179/2003 : France 16/07/2004, CCPR/C/81/D/1179/2003 (Jurisprudence).

que celui-ci a été condamné pour des faits d'usage et de consommation de drogues et non pour leur cession à titre onéreux. Pour elle, ces faits ne constituent pas une menace grave à l'ordre public, malgré le constat de l'état de récidive. La Cour en conclut qu'il n'y a pas proportionnalité entre les infractions commises par le requérant et l'atteinte à sa vie privée et familiale du fait de la mesure d'expulsion, trouvant en ultime considération que « le caractère définitif de l'interdiction apparaîtrait comme particulièrement rigoureux. »

145. L'arrêt *Ezzouhdi* renouait ainsi, quelque trois ans plus tard à travers l'arrêt *Mehemi* précité, le fil de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme retenant la violation de l'article 8 de la Convention européenne à propos d'une mesure d'expulsion. Pour autant il n'est pas sûr que cet arrêt marque vraiment une évolution, et encore moins une rupture de la jurisprudence de la Cour en faveur des requérants. Il s'agirait dans le fond « d'une décision cohérente avec les précédentes, en sens contraire certes, mais uniquement parce que les faits de l'espèce l'exigeaient »²¹⁵. Ce que la Cour exige dans tous les cas – et sans faire de différence entre famille « légitime » et famille « naturelle » –, c'est que, quelle que soit l'étendue des liens, la « vie familiale » en résultant soit préexistante et effective, et caractérisée par des relations réelles et suffisamment étroites parmi ses membres²¹⁶ : ces relations peuvent prendre la forme de vie en commun, de dépendance financière (par exemple dans le cas des enfants mineurs²¹⁷), d'un droit de visite exercé régulièrement²¹⁸, ou encore de relations continues entre un père et ses enfants illégitimes²¹⁹.

146. S'agissant du paragraphe 2 de l'article 8, la doctrine²²⁰ et certains juges de la Cour dans leurs opinions dissidentes s'interrogeaient sur la place du droit au respect de la vie privée par rapport à celle du droit à la vie familiale. C'est dans l'arrêt rendu le 21 octobre 1997 dans l'affaire *Boujlifa* déjà citée que la Cour s'est penchée spécifiquement sur le droit à la vie privée bien qu'il en sortît si peu pour le requérant. La question demeure donc : y a-t-il une fusion de la vie privée et de la vie familiale? celle-ci n'est-elle qu'une composante de celle-là? L'arrêt *Ezzouhdi* a confirmé sur ce point la formulation de l'arrêt *Baghli* précité, sans véritablement trancher la question. Pourtant, il est indéniable que la vie privée et la vie familiale ne coïncident pas toujours, un célibataire par exemple pouvant avoir une vie privée distincte de sa vie familiale, laquelle existe malgré le célibat, comme l'a montré l'affaire *Ezzouhdi*. Aussi conviendrait-il qu'un point équivalent soit donné à ces deux composantes des droits prévus à l'article 8, par. 1, dans le contrôle de proportionnalité en matière d'expulsion.

²¹⁵ B. Jarreau, (note 213 ci-dessus), p. 3.

²¹⁶ Voir Carlo Russo, commentaire de l'article 8, par. 1, dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, (note 41 ci-dessus), p. 316.

²¹⁷ Requête n° 2991/66, *Alam e Klan c. Royaume-Uni*, *Annuaire* n° 2 (1968), p. 789; requête n° 8244/78, *Singh Uppal c. Royaume-Uni*, *Décisions et rapports* 17, p. 149, et *Décisions et rapports* 20, p. 29.

²¹⁸ *Berrehab c. Pays-Bas*, décision du 8 mars 1985, rapport du 7 octobre 1986, arrêt du 21 juin 1988, Série A n° 138.

²¹⁹ Requête n° 3110/67 c. *République fédérale d'Allemagne*, *Décisions et rapports* 27, p. 77 à 91; requête n° 8924/80 c. *Suisse*, *Décisions et rapports* 24; requête n° 7289/76 c. *Suisse*, *Décisions et rapports* 9, p. 57.

²²⁰ Voir, par exemple, C. Van Muyler, « Le droit au respect de la vie privée des étrangers », *Revue française de droit administratif*, juillet-août 2001, p. 797.

147. Comme on peut le voir, il ne semble pas que l'on puisse considérer, en l'état actuel du droit international des droits de l'homme, l'exigence du respect de la vie privée et de la vie familiale en matière d'expulsion comme une règle du droit coutumier. Induite par le droit à la vie privée et familiale consacré, comme on l'a vu, par quelques-uns des principaux instruments du droit international des droits de l'homme, elle apparaît à la lumière de la jurisprudence, certes embryonnaire, du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et de celle plus étoffée de la Cour européenne des droits de l'homme, comme une obligation généralisable et extensible à l'expulsion. Sur cette base, et au regard des développements qui précèdent, il y a lieu de proposer le projet d'article suivant :

Projet d'article 13

Obligation de respecter le droit à la vie privée et à la vie familiale

1. L'État expulsant respecte le droit à la vie privée et à la vie familiale de la personne en cours d'expulsion.

2. Il ne peut déroger au droit prévu à l'alinéa 1^{er} du présent article que dans les cas prévus par la loi et en observant un juste équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de la personne en cause.

v) La non-discrimination

148. À la différence des règles exposées précédemment, la non-discrimination « *n'a pas son origine dans le noyau primaire des droits de l'homme* »²²¹. Présent dans divers domaines du droit international, ce « principe » diffère dans ses éléments constitutifs et ses modes d'application suivant qu'il s'applique aux rapports entre États, à ceux des États avec les personnes privées, ou à ceux de celles-ci entre elles. Les rapports entre États et personnes privées correspondent à la situation qui prévaut en cas d'expulsion. Dans ce type de rapport, le principe de non-discrimination est apparu d'abord dans les traités de paix sous la forme de normes destinées à la protection des minorités et des populations et territoires sous mandat. À ce sujet, la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) précisait, dans son avis consultatif concernant les *Colons d'origine allemande en Pologne*, qu'« il faut qu'il y ait égalité de fait et non seulement égalité formelle en droit, en ce sens que les termes de la loi évitent d'établir un traitement différentiel »²²². Elle clarifiera encore sa position dans l'arrêt rendu en l'affaire des *Écoles minoritaires en Albanie* en ajoutant que « l'égalité en droit exclut toute discrimination; l'égalité en fait peut, en revanche, rendre nécessaires des traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes »²²³.

149. Dans le domaine des droits de l'homme et des libertés publiques, la règle de non-discrimination apparaît comme un corollaire du principe général de l'égalité en droit entre les personnes²²⁴, sachant cependant que les deux notions seraient

²²¹ Emmanuel Roucouas, « *Facteurs privés et droit international public* » *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, vol. 299, p. 159.

²²² Cour permanente de justice internationale, Série B n° 6, avis consultatif du 10 septembre 1923, p. 24.

²²³ Cour permanente de justice internationale, Série A/B, arrêt du 6 avril 1935, p. 19.

²²⁴ Voir Ph. Veglérís, « Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme », *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, vol. I, Bruxelles, 1972, p. 427 et s.; W. Mekean, *The Meaning of Discrimination Under International*

distinctes²²⁵. La règle de la non-discrimination est ainsi consacrée, sous des formulations variables, dans divers instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Ainsi, l'article 7 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme dispose : « Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination ». L'article 2, par. 1, du PIDC stipule pour sa part que les États Parties au Pacte « s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. » L'article 2, par. 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant est de la même inspiration, cependant que le paragraphe 2 du même article stipule que les États Parties « prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille ». S'agissant de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes²²⁶, elle dispose en son article 2 que les États Parties « condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes » et s'engagent à prendre toutes sortes de mesures pour interdire, éliminer ou sanctionner une telle discrimination. Elle définit en son article 1^{er} l'expression « discrimination à l'égard des femmes » comme « toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine ». Les autres instruments juridiques internationaux tendant à protéger des catégories de populations données de la discrimination sont conçus dans le même esprit : ils visent à prémunir des actes ou comportements qui ont soit pour but, soit pour résultat la discrimination. Il en est ainsi de la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction²²⁷, et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale²²⁸;

150. La règle de non-discrimination figure également dans les principaux instruments régionaux de protection des droits de l'homme. Ainsi de la Convention

Law, Oxford, 1983; E. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law*, La Haye, 1973; ainsi que E. Roucouas (note 221 ci-dessus), p. 160 et 161.

²²⁵ Voir D. Mc Rae, « The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* 1996, vol. 260 p. 166; T. Opshal, *Law and Equality. Selected Articles on Human Rights*, Oslo, 1996, p. 171 et s.

²²⁶ Adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979; entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

²²⁷ Proclamée par l'Assemblée générale le 25 novembre 1981 (résolution 39/55), article 2.

²²⁸ Adoptée par l'Assemblée générale le 21 décembre 1965 (résolution 2106 (XX)), entrée en vigueur le 4 janvier 1969, art. 2. Sur cette Convention et la règle de la non-discrimination, voir notamment E. Decaux (dir.), *Le droit face au racisme*, Paris, Pedone, 1999, et S. Fredman (dir.), *Discrimination and Human Rights. The Case of Racism*, 2001.

européenne dont l'article 14 consacre l'idée sans employer le mot; le Protocole n° 12 additionnel à la Convention européenne, ouvert à la signature le 11 novembre 2000, élargit le champ d'application de cet article 14. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans une formulation différente de celles de la Convention européenne et du Protocole n° 12 qui consacrent le droit à la jouissance des droits et libertés énumérés, sans discrimination, met d'emblée l'accent sur l'idée de prohibition de la discrimination. Aux termes de son article 21, par. 1 : « Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. » On relèvera que s'agissant de l'orientation sexuelle, l'état du droit dans les pays occidentaux est loin de refléter la situation générale²²⁹. Enfin, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adopte sur la non-discrimination une approche originale dont le référentiel paraît plus axiologique que juridique. L'article 28 de cette Charte dispose en effet que « [c]haque individu a le devoir de respecter et de considérer ses semblables sans discrimination aucune, et d'entretenir avec eux des relations qui permettent de promouvoir, de sauvegarder et de renforcer le respect et la tolérance réciproque. » Cette disposition est la seule, de toutes celles recensées précédemment, qui indique clairement et de manière positive le comportement à adopter pour assurer la non-discrimination. En cela elle est intéressante en matière des droits à préserver en matière d'expulsion des étrangers.

151. La question est de savoir comment peut s'appliquer la règle de non-discrimination en matière d'expulsion, dès lorsqu'est admis le principe de la non-expulsion des nationaux. On ne peut écarter que l'expulsion d'un étranger puisse se faire pour cause de discrimination avec les nationaux. C'est pour cette raison que l'article 7 de la Déclaration sur les droits des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent interdit « [l]'expulsion individuelle ou collective des étrangers se trouvant [légalement sur le territoire d'un État] pour les motifs de race, de couleur, de religion, de culture, d'ascendance ou d'origine nationale ou ethnique ». Mais il paraît assez évident que la non-discrimination doit être également envisagée dans ce cas entre les étrangers encourant l'expulsion. L'idée est donc qu'en matière d'expulsion, il ne doit pas y avoir de discrimination non seulement entre les étrangers et les nationaux, mais également entre les différentes catégories d'étrangers, discrimination fondée notamment sur la race, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation (PIDCP, art. 2, par. 1), la Convention européenne y ajoutant, comme l'a vu, « l'appartenance à une minorité nationale » (art. 14; et art. 1, par. 1 du Protocole n° 12).

152. Ainsi dans l'affaire dite des *Femmes mauritaniennes*, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a considéré illégale l'expulsion motif pris de ce que la législation introduisait une discrimination fondée sur le sexe en protégeant contre

²²⁹ On note une abondante jurisprudence européenne et des juridictions nord-américaines, en particulier aux États-Unis (voir à ce sujet, Samuel M. Silvers, « The Exclusion and Expulsion of Homosexual Aliens », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 15 (1983-1984), p. 295 à 332). Parallèlement, on observe, d'une part, le maintien de la pénalisation de l'homosexualité dans de nombreux pays en Afrique, dans le monde arabe et en Asie, où cette pénalisation existe déjà, et même l'introduction de cette pénalisation dans certains pays où elle n'existait pas, à l'instar du Burundi qui a voté une loi en ce sens en mars 2009.

l'expulsion les femmes de nationalité mauritanienne, mais pas les maris de la même nationalité²³⁰. On peut penser que la non-discrimination entre étrangers en matière d'expulsion trouvera un fondement juridique pertinent dans les différents instruments internationaux cités précédemment, qui consacrent cette règle comme un des éléments de la protection offerte aux catégories spécifiques des personnes qu'elles visent.

153. La Cour européenne des droits de l'homme a suivi la position du Comité des droits de l'homme dans l'affaire des Femmes mauritaniennes précitée, dans son arrêt rendu le 28 mai 1985 en l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandi*²³¹. En effet, elle a constaté, à l'unanimité, que chacune des requérantes a subi une discrimination fondée sur le sexe contraire à l'article 14 de la Convention européenne : contrairement aux hommes immigrés installés au Royaume-Uni, les requérantes n'avaient pas le droit, dans la même situation, d'obtenir pour leurs conjoints non nationaux l'autorisation d'entrer ou de rester dans le pays à demeure. Après avoir relevé que « la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe », la Cour a estimé que « seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe »²³². Elle a souligné par ailleurs que l'article 14 cherche à « empêcher la discrimination dans la jouissance des droits garantis par la Convention là où il existe diverses manières de se conformer aux obligations découlant de celle-ci »²³³. En revanche, elle a estimé que, dans la présente espèce, le fait que les règles applicables frappaient « moins de blancs que d'autres gens » ne constituait pas un motif suffisant pour qu'on leur attribue un caractère raciste puisqu'il n'y avait aucune « clause qui distinguât entre des individus ou des groupes sur la base de leur race ou de leur origine ethnique »²³⁴.

154. Ainsi qu'il ressort des développements qui précèdent, il apparaît :

- Que la règle de non-discrimination est largement établie en droit écrit des droits de l'homme, et que c'est le propre même desdits droits d'être appliqués, sans discrimination, aux catégories de personnes concernées;
- Qu'elle est consacrée, en matière d'expulsion, par la jurisprudence des organes de contrôle de l'application des instruments relatifs aux droits de l'homme, bien que cette jurisprudence repose encore sur un nombre d'affaires très limité;
- Que l'interdiction de la discrimination en matière de droits de l'homme en général, et d'expulsion en particulier, « n'a pas d'existence indépendante »²³⁵ en ce sens qu'elle n'a de signification que pour autant qu'elle se pratique dans un droit ou une liberté énoncé(e);

²³⁰ Position adoptée le 9 avril 1981, communication n° R 9/35, reproduite partiellement dans *2 Human Rights Law Journal* (1981) p. 139, par. 9. 2.

²³¹ Cour européenne des droits de l'homme, *Abdulaziz, Cabales et Balkandi c. Royaume Uni*, arrêt du 28 mai 1985, Série A n° 94; arrêt rappelé en ses passages pertinents par Marc Bossuyt, dans le commentaire de l'article 14 dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (note 41 ci-dessus), p. 482 et 483.

²³² Ibid., par. 78.

²³³ Ibid., par. 82.

²³⁴ Ibid., par. 85.

²³⁵ M. Bossuyt, dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (voir note 41 ci-dessus), p. 478.

- Que les instruments juridiques et la jurisprudence examinés n’entendent pas énumérer de façon exhaustive les différents éléments pouvant servir de fondement à la discrimination.

155. Ici aussi, la règle doit être formulée, non pas en termes de droits dont tous les bénéficiaires doivent avoir la jouissance sans discrimination, mais d’obligation faite à l’État de ne pas appliquer les droits en question de manière discriminatoire.

156. Au bénéfice de toutes ces analyses et observations, il y a lieu de proposer le projet d’article suivant :

Projet d’article 14

Obligation de non-discrimination

1. L’État exerce le droit d’expulsion à l’égard des personnes concernées sans discrimination aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d’opinion politique ou de toute autre opinion, d’origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

2. La non-discrimination s’applique également à la jouissance, par la personne en cours d’expulsion, des droits et libertés prévus tant par le droit international des droits de l’homme que par la législation de l’État expulsant.
