

LES ÉTRANGERS ET LA *CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME* : UNE PROTECTION LIMITÉE ET CONTRASTÉE.

*Par Didier Rouget**

À l'origine, la *Convention européenne des droits de l'Homme* excluait pratiquement tout ce qui concernait le statut des étrangers, le droit d'asile et le statut du droit de séjour, mais admettait le droit souverain pour l'État d'expulser les étrangers.

Pour pallier cette absence de protection spécifique des droits des étrangers, les organes de la *Convention*, Commission et Cour européennes des droits de l'Homme, ont, en vertu de l'interprétation dynamique et évolutive de la *Convention*, progressivement construit une jurisprudence qui offre des garanties importantes contre les conséquences dommageables résultant notamment des mesures d'éloignement du territoire d'un État partie pouvant constituer des violations des articles 3 et 8 de la *Convention*.

Toutefois, cette protection reste limitée, car, traditionnellement, les organes de la *Convention* reconnaissent que les États puissent restreindre certains droits des étrangers en fonction des objectifs des politiques d'immigration qu'ils définissent, et notamment pour des motifs tenant au «bien-être économique» des pays ou à la protection de l'ordre public. Dans la définition de ces politiques et des mesures nécessaires à leur mise en œuvre, les États jouissent d'une large marge d'appréciation. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'Homme a toujours refusé de reconnaître le droit au regroupement des familles d'étrangers. Les garanties offertes aux étrangers sont souvent «virtuelles», la Cour ayant confirmé l'inapplicabilité de l'article 6 de la *Convention* aux mesures prises par les États relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers.

De plus, dans un contexte marqué par un durcissement généralisé des législations nationales en matière d'immigration, la jurisprudence européenne a connu, depuis 1996 et dans le sens d'une sévérité accrue, un net infléchissement notamment à l'égard des étrangers non communautaires faisant l'objet d'un refus de séjour ou en instance d'éloignement du territoire.

Un changement de perspectives est nécessaire. Le caractère universel des droits de la personne impose de considérer les droits et libertés fondamentales comme le socle d'une réelle protection de tous, et notamment des étrangers. Le respect de ces droits et libertés doit être la règle, les éventuelles restrictions portées à l'exercice de ces droits par une catégorie de personnes ne pouvant être qu'exceptionnelles. L'égalité entre nationaux et étrangers doit être le droit.

Dans cette optique, l'adoption du Protocole n° 12 additionnel à la *Convention européenne des droits de l'Homme* qui interdit de manière générale toute forme de discrimination marque une étape importante. Son application ouvre un champs nouveau pour combattre effectivement toute discrimination directe ou indirecte et condamner les législations, réglementations et pratiques discriminatoires.

* Maître de Conférences de Droit Public à l'Université de Paris VIII.

Originally, the *European Convention on Human Rights* excluded practically any references to the status of foreigners, political asylum or residential status, but allowed States a sovereign right to deport foreigners.

To compensate for this absence of a specific protection of the rights of foreigners, the bodies of the Convention, the Commission and the European Court of Human Rights, in virtue of the dynamic and evolving interpretation of the Convention, progressively built up legal precedents offering important guarantees against the harmful consequences resulting from the expulsion from a member State, which can now constitute violations of articles 3 and 8 of the Convention.

This protection, however, remains very limited. Traditionally, the bodies of the Convention have accepted that States can restrict certain rights of foreigners according to their local immigration policies, especially when the 'economic well-being' or public order of their country are concerned. Definition of policy and the means of implementation has essentially been left to the discretion of the member States. The European Court of Human Rights has always refused to recognize, for example, the right for foreign families to be reunited and many guarantees offered to foreigners are often only 'virtual' as the Court has confirmed the inapplicability of article 6 of the Convention with regard to the measures taken by States as to the entry, sojourn, and proximity of families.

Moreover, in a context of hard-nosed national legislation in matters of immigration, European case law has become, since 1996, more severe, especially with regard to those non-EC foreigners who have been refused residence or are in the process of being expelled.

A change in perspective, at this point, is essential. The universal character of human rights makes it necessary to consider the fundamental rights and freedoms as the cornerstone of a genuine protection for *all*, including foreigners. The respect of these rights and freedoms must be the rule and possible restrictions to their implementation only exceptional. Equality of treatment between nationals and foreigners must be by right.

In this perspective, the adoption of Protocol 12 to the European Convention on Human Rights which rules out any form of discrimination is an important step. Its application opens up new avenues to efficiently combat all direct or indirect discrimination and condemn any legislation, regulations or discriminatory practices.

« Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits », proclame solennellement l'article 1 de la *Déclaration Universelle des droits de l'Homme* du 10 décembre 1948¹. Les droits consacrés par la Déclaration sont universels. Selon ce principe fondateur, tous les humains seraient titulaires de la même manière des mêmes droits sans distinction aucune, notamment d'origine, de race ou de nationalité. Or, dans la société internationale et au plan interne, une distinction fondamentale est faite entre, d'une part, les nationaux des États et, d'autre part, les «Autres», les étrangers. Cette différence de traitement entre nationaux et non-nationaux influence fortement le droit international des droits de la personne.

I. L'absence de protection spécifique des étrangers par la *Convention*

À cet égard, dans sa structure même, la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* est l'illustration de cette conception prédominante en droit international. En effet, comme le soulignait le Juge Louis-Edmond Pettiti, la *Convention* «à l'origine, excluait pratiquement tout ce qui devait concerner le droit d'asile, le statut des étrangers, le statut d'immigration, le statut du droit de séjour, mais admettait le droit souverain pour l'État d'expulser les étrangers lorsqu'ils ont été condamnés»².

Seules deux dispositions de la *Convention* adoptée en 1950, concernent exclusivement les étrangers, les articles 5 (1) *f* et 16. L'article 5 (1) *f* permet, selon les voies légales, la privation de liberté d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire d'un État ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

En outre, lors des travaux préparatoires de la *Convention*, il fut envisagé d'introduire une disposition spécifique limitant de façon générale certains droits fondamentaux des étrangers, en prévoyant que «chaque État restera compétent pour établir les règles particulières régissant sur son territoire la jouissance et l'exercice des droits énumérés à l'article 2 (3, 6, 7, 8 et 9), par les non-ressortissants [...]».

Les restrictions envisagées visaient les garanties judiciaires, la liberté d'opinion et d'expression, la liberté de réunion, la liberté d'association et la liberté syndicale. Cette discrimination était ainsi motivée :

¹ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217(III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71 [ci-après DUDH].

² «La protection des étrangers par la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales», dans H. Fulchiron, *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.J., 1999 à la p. 30. La Convention ignore notamment le droit d'asile qui est consacré par l'article 14 § 1 de la DUDH : «Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays».

le projet d'article 7 c) «tient compte du fait que, selon une pratique universellement admise, l'exercice des droits fondamentaux par les étrangers (non-ressortissants) peut être soumis à certaines restrictions non applicables aux nationaux. Ces restrictions ne doivent cependant pas violer les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées»³.

Ce projet a servi de base à la rédaction de l'article 16 de la *Convention* qui permet aux États d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers⁴. La limitation par les États des droits des étrangers est donc conventionnellement possible, notamment en matière de liberté d'expression, de réunion ou d'association. De même, en la matière, la discrimination entre nationaux et étrangers n'est pas prohibée. Certes, la Commission européenne des droits de l'Homme⁵ a, dans l'affaire *Piermont c. France*, considérablement réduit la portée de l'article 16, en considérant que la lecture de cette disposition doit se faire de façon restrictive⁶. En effet,

les rédacteurs de la *Convention*, en introduisant cet article dans la *Convention*, reflétaient une conception prédominante à l'époque en droit international, autorisant de façon générale et illimitée des restrictions aux activités politiques des étrangers. La Commission rappelle toutefois que la *Convention* est un instrument vivant, qui doit être lu à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui et de l'évolution de la société moderne (Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A n° 31, page 19, paragraphe 41; arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A n° 32, page 11, paragraphe 26)⁷.

Dans la *Convention*, deux autres dispositions générales intéressent de manière indirecte les étrangers. D'une part, selon l'article 1 de la *Convention*, les États parties s'engagent à reconnaître la jouissance des droits et libertés consacrés par le traité à toute personne relevant de leur juridiction. L'obligation de respecter les droits

³ Recueil des Travaux préparatoires, Vol. III, 1976, pp. 239, 247 et 267 ; E. Decaux, «Commentaire de l'article 16» dans L.-E. Petitti, E. Decaux et P.-H. Imbert, dir., *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Commentaire article par article, Paris, Economica, 1995 aux pp. 505-507.

⁴ *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5, article 16 : «Aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes Parties contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers».

⁵ *La Commission européenne des droits de l'homme*, [ci-après la Commission].

⁶ À ce propos, L. Loucaides et M. Pellonpää, membres de la Commission, remarquaient : «But this article (16) since it provides a limitation or an exception to rights guaranteed by the Convention, is to be narrowly interpreted and should be subject to the principles of the Rule of Law and of proportionality that are inherent in the whole system of the Convention... Thus in the present world of intercommunication where free flow of information and ideas between States is extensively achieved through the mass media, a much more liberal approach than in the past should be adopted by Governments as regard exercising freedom of expression by aliens within their jurisdiction», *Piermont c. France*, (1994) Requête n° 15773/89 et 15774/89, rapport, Comm. Eur. D.H., non publié.

⁷ *Ibid.*, par. 58-59.

humains concerne donc toute personne soumise à l'autorité d'un État partie, sans condition de nationalité, résidente ou non sur le territoire de cet État, quelle que soit sa situation régulière ou irrégulière. D'autre part, en vertu de l'article 14 de la *Convention*, la jouissance des droits et libertés reconnus par la *Convention* doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur l'origine nationale.

Par la suite, deux dispositions spécifiques qui s'appliquent aux étrangers ont été introduites, en 1963, par l'article 4 du *Protocole 4* à la *Convention* qui interdit les expulsions collectives d'étrangers et, en 1984, par l'article 1^{er} du *Protocole 7* qui offre certaines garanties procédurales à l'étranger menacé d'expulsion⁸. Toutefois, ces garanties sont limitées car, d'une part, elles ne visent que les étrangers en situation régulière et résidant sur le territoire d'un État partie et ne s'appliquent donc pas aux étrangers en situation irrégulière ainsi qu'aux entrants ou aux étrangers en transit ou demandeurs d'un titre de séjour. D'autre part, ces garanties peuvent être supprimées lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale.

II. De remarquables avancées jurisprudentielles

Pour pallier cette absence de protection spécifique des droits des étrangers, les organes de la *Convention*, Commission et Cour européennes des droits de l'Homme, ont, en vertu de l'interprétation dynamique et évolutive de la *Convention*, progressivement construit une jurisprudence qui offre des garanties importantes contre les conséquences dommageables résultant notamment de l'exécution de mesures d'éloignement du territoire. Faisant jouer la «protection par ricochet», la Cour constate en effet, que lorsqu'une mesure d'éloignement «porte atteinte, par ses conséquences, à l'exercice d'un droit garanti par la *Convention*, elle peut, s'il ne s'agit pas de répercussions trop lointaines faire jouer les obligations d'un État contractant au titre de la disposition correspondante»⁹.

Cette protection s'impose donc aussi à titre préventif, alors que la mesure d'éloignement a été décidée, mais non exécutée. Il s'agit de prévenir une violation future d'un droit garanti par la *Convention*.

⁸ Article 4 du *Protocole 4* : «Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites». Article 1 par. 1 du *Protocole 7* : «Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État ne peut être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir : a) faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion, b) faire examiner son cas, et c) se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité».

⁹ *Soering c. Royaume-Uni* (1989), 161 Cour Eur. D.H. (Sér. A), au par. 85 [ci-après *Soering*] ; L.-A. Sicilianos, «L'expulsion des immigrés, à la recherche d'un cadre normatif international» dans *Nouvelles formes de discrimination*, Paris, Publications de la Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme n° 2, Pedone, 1995 aux pp. 83-109.

A. L'article 3 de la *Convention*

L'article 3 de la *Convention* interdit la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants¹⁰. Cette prohibition est absolue et ne souffre aucune exception, l'article 3 constituant «l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques». Une mesure d'éloignement forcé du territoire peut constituer une violation de l'article 3 de la *Convention*, lorsque l'exécution de cet acte a pour résultat direct d'exposer une personne à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Dans ce cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas éloigner la personne en question vers le pays où elle risque la torture ou d'autres formes de mauvais traitements graves¹¹.

La Cour a précisé la portée de cette protection. Elle concerne toute mesure qui emporte éloignement du territoire qu'il s'agisse d'une extradition, d'une expulsion, d'une interdiction du territoire ou d'un refoulement. Cette mesure peut simplement être décidée, mais non encore exécutée, l'étranger concerné ayant dans ce cas la qualité de victime virtuelle d'une violation de l'article 3.

L'article 3 sera applicable s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courra un risque réel de torture ou de mauvais traitements graves. L'origine du risque peut être de caractère directement étatique, parce que les forces de sécurité de l'État de destination pratiquent la torture¹² ou y font régner un climat de violence généralisée¹³ (enlèvements, exécutions extrajudiciaires, etc.) avec l'aval des autorités ou sans que celles-ci s'y opposent véritablement; parce que les conditions de détention auxquelles l'intéressé risque d'être soumis constituent un traitement inhumain ou dégradant¹⁴ ou lorsque la personne concernée risque d'être soumise à une peine inhumaine et dégradante dans le pays de destination¹⁵. Enfin, l'expulsion d'une personne dans un pays où il existe un régime d'esclavage officiellement reconnu ou lorsque le gouvernement n'y a pas pris les mesures nécessaires pour le combattre peut, dans certaines conditions, poser un problème au regard de l'article 3¹⁶.

¹⁰ *Supra* note 5 à l'article 3: «Nul ne peut être soumis ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants»; F. Sudre, «Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme» dans H. Fulchiron, *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.J., 1999 aux pp. 61-82.

¹¹ Cette interdiction a été formalisée par l'article 3 de la *Convention de Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984, qui stipule: «1. Aucun État 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».

¹² *Cruz Varas et autres c. Suède* (1991), 201 Cour Eur. D.H. (Sér. A).

¹³ *Vilvarajah c. Royaume-Uni* (1991), 215 Cour Eur. D.H. (Sér. A), [ci-après *Vilvarajah*]; *Chahal c. Royaume-Uni* (1996) 22 Cour Eur. D.H. (Sér. A), 1831.

¹⁴ À propos du syndrome du «couloir de la mort», *Soering*, *Supra* note 10.

¹⁵ L'expulsion vers l'Iran d'une femme qui entretenait une liaison avec un homme marié risquerait de la soumettre à la mort par lapidation et à la flagellation qui, selon la requérante, sont des peines prescrites par le droit iranien pour punir l'infraction d'adultère: *Jabari c. Turquie* (2000) Requête n° 40035/98 Cour Eur. D.H., *non publié*, déclarant la requête recevable.

¹⁶ *Ould Barar c. Suède* (1999) Requête n°42367/98 Cour Eur. D.H., *non publié*.

Il est remarquable de constater que les organes de la *Convention* ont refusé de restreindre le champ d'application de l'article 3 aux traitements inhumains ou dégradants d'origine strictement étatique, car une telle restriction «reviendrait à [...] atténuer le caractère absolu»¹⁷ de la prohibition de la torture et des autres formes de mauvais traitements.

Le risque peut aussi provenir de groupes organisés indépendants des autorités publiques qui font régner la terreur sur une partie significative du territoire du pays de destination, notamment parce qu'il existe une situation de guerre civile généralisée, de luttes claniques ou tribales¹⁸, sans que l'État de destination soit capable de prendre les mesures adéquates pour empêcher une violation de l'article 3. Cette menace sur la vie ou l'intégrité physique de l'intéressé peut être le fait de groupes mafieux et criminels¹⁹, alors que l'État ne peut assurer sa protection. Ce risque peut être dû à des comportements sociaux, culturels ou religieux visant des personnes appartenant à des minorités ou à des groupes faisant l'objet de persécutions ou de pratiques inhumaines et dégradantes, alors que la législation nationale n'interdit pas ces comportements ou que l'État ne protège pas les individus qui voudraient s'y soustraire²⁰. Enfin, une mesure d'éloignement emportant l'absence de soins convenables en cas de maladie grave peut, dans certaines circonstances, constituer un traitement contraire à l'article 3. Ce risque peut être dû au refus des autorités de l'État de destination de dispenser les soins adéquats à un malade ou à un blessé. Il peut aussi résulter de facteurs objectifs dus à la situation de pauvreté ou de sous-équipement sanitaire du pays, à la situation de solitude ou de misère où se trouverait l'intéressé malade ou handicapé²¹.

Deux conditions sont posées pour que l'article 3 de la *Convention* soit applicable :

- Les motifs de croire que la personne court un risque de mauvais traitements doivent être «sérieux et avérés». Pour évaluer ces motifs, les preuves apportées par le requérant peuvent être corroborées par les constatations de sources dignes de foi, qu'il s'agisse d'autres organes internationaux de protection des droits de la personne (Comité des droits de l'Homme ou Comité contre la torture des Nations Unies, Rapporteurs spéciaux des Nations Unies sur la torture ou sur les exécutions

¹⁷ *D. c. Royaume-Uni* (1997) Cour Eur. D.H. *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III.

¹⁸ *Ahmed c. Autriche* (1996) Cour Eur. D.H. *Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI.

¹⁹ *H.L.R. c. France* (1997) Cour Eur. D.H. *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III.

²⁰ M. Levinet, «L'article 3 de la CEDH et l'excision» (1996) 7 R.T.D.H. 695, note sous Tribunal administratif de Lyon, Mariama Condé, jugement du 12 juin 1996, conclusions Bourrachot ; E. Jaillardon, «L'éloignement forcé et les risques d'excision» (1997) 9 R.T.D.H. 337.

²¹ *Supra* note 18 ; *B.B. c. France* (1998) Cour Eur. D.H. *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI ; *Tatete c. Suisse* (2000) Requête n°41874/98 Cour Eur. D.H., *non publié*, constatant la conclusion d'un règlement à l'amiable par l'octroi d'une autorisation provisoire de séjour et d'une compensation financière à une personne malade du SIDA ; *Cardoso et Johansen c. Royaume-Uni* (2000) Requête n°47061/99 Cour Eur. D.H., *non publié*, [ci-après *Cardoso*]. Voir aussi *Tanko c. Finlande*, (1994) Comm. Eur. D.H., *DR 77-B* p. 133 ; *Nasri c. France, rapport du 10 mars 1994* (1994) Comm. Eur. D.H., Requête n° 19465/92, *non publié*. *A contrario*, voir *S.C.C. c. Suède* (2000) Requête n° 46553/99 Cour Eur. D.H., *non publié*, déclarant la requête irrecevable au motif que le requérant malade de SIDA pouvait obtenir le traitement nécessaire dans son pays d'origine, la Zambie.

extrajudiciaires, Comité européen pour la Prévention de la Torture, etc.) ou d'organisations non gouvernementales nationales ou internationales (Amnesty International, Association pour la prévention de la Torture, Human Rights Watch, etc.).

- Le risque doit être «personnel» : le risque ne peut seulement résulter de l'évaluation d'une situation générale régnant dans le pays de destination. Le requérant doit prouver l'existence d'un risque individuel²². À cet égard, selon chaque espèce, la situation personnelle du requérant est décisive. Plusieurs critères peuvent être pris en compte qui diffèrent selon chaque espèce et la nature du risque encouru : la véracité de ses allégations, les violences et menaces qu'il a déjà subies, son appartenance à un parti d'opposition réprimé, son degré de responsabilité et d'engagement dans ce groupe, la possession du statut de réfugié, les accusations dont il fait l'objet dans le pays de destination, les exactions contre ses proches qui vivent dans ce pays, la gravité de sa maladie ou de son handicap, son sexe, son absence de liens familiaux et sociaux dans le pays de destination, etc.

L'individu visé par une mesure d'éloignement qui risque de constituer une violation de l'article 3, a droit, en vertu de l'article 13 de la *Convention*, à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Pour que ce recours soit considéré comme effectif, les organes de la *Convention* exigent qu'il permette d'empêcher les violations alléguées ou d'en effacer les conséquences et qu'il ait un caractère suspensif. En effet, selon la Commission, lorsqu'un individu se plaint que son expulsion l'exposerait à un grave danger, les recours sans effet suspensif ne peuvent être considérés comme efficaces, selon les principes de droit international généralement reconnus²³. Dans ces conditions, l'inexistence de voies de recours internes adéquates conduit à écarter la règle de l'épuisement de ces voies de recours internes consacrée par l'article 35 de la *Convention*. L'obligation d'épuiser les voies de recours internes se limite à celle de faire un usage normal des recours vraisemblablement efficaces, suffisants et accessibles et le requérant en est dispensé, s'il apparaît que les recours internes sont inefficaces, ineffectifs ou inutiles.

²² La Cour estime par exemple que «les preuves fournies à la Cour quant aux antécédents des requérants et au contexte général à Sri Lanka n'établissent pas que la situation personnelle des intéressés fût pire que celle de la généralité des membres de la communauté tamoule ou des autres jeunes Tamouls de sexe masculin qui regagnaient leur pays» (*Vilvarajah*, *supra* note 14 au para. 111) ou parce que rien n'indique que la «situation personnelle de l'intéressé serait pire en cas de renvoi, que celle des autres colombiens» (*Supra* note 20 au par. 42).

²³ Conseil de l'Europe, *M. c. France* (1984), Comm. Eur. D.H., DR41 103; Conseil de l'Europe, *Y.H. c. République Fédérale D'Allemagne* (1986), Comm. Eur. D.H., DR51 258; Conseil de l'Europe, *El-Makhour c. République Fédérale D'Allemagne* (1989), Comm. Eur. D.H., DR60 284; Conseil de l'Europe, *Requête 19776/92, décision du 18 octobre 1993* (1993), Comm. Eur. D.H., *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III; *Conseil de l'Europe, H.L.R. c. France, rapport du 7 décembre 1995* (1995), *Comm. Eur. D.H., Recueil des arrêts et décisions* 1997-III; *Conseil de l'Europe, Urrutikoetxea c. France* (1996), Comm. Eur. D.H., DR87-A 151. Voir aussi *Bozano c. France* (1986) 111 Cour Eur. D.H. (Sér. A), 6.

B. Le respect de la vie familiale et privée

Une mesure d'éloignement d'un étranger est susceptible de constituer une violation de l'article 8 en raison des conséquences qu'elle emporte pour sa vie familiale et privée²⁴. De même, un refus d'entrée ou un refus de titre de séjour affecte le droit à la vie privée ou familiale de l'intéressé, de sa famille ou de ses proches. Pour la Cour, «il incombe aux États contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux»²⁵.

Mais, elle a aussi considéré que le pouvoir d'un État d'éloigner les étrangers ou de leur refuser l'entrée sur son territoire pour préserver l'ordre public et pour prévenir des infractions pénales n'était pas sans limite et que son exercice devait tenir compte du droit au respect de leur vie familiale et privée.

À cet effet, la Cour a donné une définition extensive des notions de «vie familiale»²⁶ et de «vie privée». La notion de famille s'étend en effet au-delà de la famille restreinte, parents et enfants mineurs. Cette vie familiale n'est pas liée au mariage, elle ne cesse pas avec le divorce. Un enfant né d'une union maritale s'y insère de plein droit, même en l'absence de cohabitation. Les liens avec les collatéraux font partie intégrante de la vie familiale.

La vie privée englobe le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel et commercial²⁷. La vie privée concerne donc les relations de l'intéressé avec son environnement, au niveau social, amical, culturel, sportif, professionnel ou commercial. L'union homosexuelle n'est pas considérée comme constitutive d'une vie familiale. Mais une décision éloignant un membre d'un couple homosexuel peut être considérée comme une atteinte au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8²⁸.

Pour établir si l'ingérence dans la vie familiale et privée est proportionnée au but poursuivi, la Cour prendra en compte plusieurs critères. D'une part, l'intensité des liens familiaux et sociaux créés dans le pays d'accueil peut être examinée en fonction de plusieurs paramètres : ancienneté du séjour, naissance dans le pays d'accueil, scolarisation, insertion professionnelle, connaissance de la langue, volonté et tentative

²⁴ *Supra* note 5, article 8: «1) Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2) Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique de pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui».

²⁵ *Beldjoudi c. France* (1992) 234-A Cour Eur. D.H. (Sér. A), 27 au para. 74.

²⁶ Voir V. Coussirat-Coustère, «La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme» dans *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, Paris, Colloque du LERADP, Université de Lille II, LGDJ, 1996 aux pp. 44-74.

²⁷ *Chorfi c. Belgique* (1996), Requête 21794/93 Comm Eur. D.H., non publiée au para. 25.

²⁸ *X. et Y c. Royaume-Uni* (1983), Comm. Eur. D.H., DR32 220 ; *Cardoso*, *supra* note 22.

d'acquérir la nationalité du pays d'accueil, mariage ou vie maritale avec un national, naissance d'enfants issus de cette union, adoption ou entretien des enfants du conjoint, présence et ancienneté du séjour dans le pays d'accueil des parents et de la fratrie avec lesquels l'intéressé entretient des relations (notamment, lorsque ceux-ci possèdent la nationalité du pays d'accueil), etc. Même lorsque la mesure d'éloignement a été exécutée, le lien familial peut continuer, soit parce que l'intéressé a conservé des relations fortes avec sa famille restée dans le pays d'accueil, soit parce qu'il y est revenu clandestinement²⁹. De même, l'incarcération de l'étranger dans le pays d'accueil ne rompt pas ce lien familial³⁰. Toutefois, le lien familial doit être réel et effectif³¹. La cohabitation, la durée de vie commune³², l'existence d'un rapport de dépendance financière³³, l'exercice effectif d'un droit de visite, la participation à l'éducation d'un enfant sont des indices pertinents pour établir cette réalité.

D'autre part, doivent être analysées les relations éventuellement conservées avec le pays de destination qui, le plus souvent, est le pays dont l'intéressé a la nationalité. Cet examen peut concerner la durée du séjour de l'étranger dans ce pays, l'âge auquel il a quitté ce pays, la réalisation de voyages réguliers dans cet État, les liens familiaux, affectifs, sociaux et culturels qu'il y a éventuellement conservés, la connaissance et l'usage de la langue locale³⁴.

Enfin, afin d'apprécier la proportionnalité de la mesure d'éloignement, la Cour en examine les motifs. Lorsque le refus d'entrée ou de séjour ou la mesure d'éloignement est motivé par des circonstances générales extérieures au comportement de l'intéressé, notamment par les impératifs de la politique d'immigration ou le «bien-être économique du pays», la Cour a estimé que la mesure constituait une ingérence disproportionnée dans sa vie familiale, s'agissant d'un étranger installé et travaillant normalement qui avait avec son enfant en bas âge des attaches effectives que l'expulsion menaçait de rompre³⁵.

La mesure d'éloignement peut être motivée par la «défense de l'ordre public» et «la prévention des infractions pénales», lorsque l'étranger a commis des actes délictueux. Dans ce cas, la Cour doit apprécier la gravité de la menace à l'ordre public que représente la présence de l'étranger dans le pays d'accueil, en fonction de la gravité et de la permanence des infractions qui lui sont reprochées. Lorsque l'étranger a tissé des relations très fortes dans le pays de résidence, notamment par sa naissance dans cet État et par l'ancienneté de son séjour, et en l'absence de lien avec le pays de destination, seul un besoin social impérieux peut justifier son éloignement du territoire. Cela vaut notamment pour les étrangers dits «de la deuxième génération» qui peuvent être considérés comme des «quasi-nationaux» et pour les étrangers

²⁹ *Mehemi c. France* (1997-VI) 51 Cour Eur. D.H. 1959.

³⁰ *Djeroud c. France*, (1990) Requête n° 13446/87 Comm. Eur. D.H., *rapport non publié* au para. 55.

³¹ *Moustaquim c. Belgique* (1991), 193 Cour Eur. D.H. (Sér. A), 17 au para. 35.

³² *Supra* note 26 aux paras. 75 et 78.

³³ *X. et Y c. Royaume-Uni* 15 décembre 1977 Comm. Eur. D.H.

³⁴ *Dalia c. France* (1998) Cour Eur. D.H. *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I

³⁵ *Berrehab c. Pays-Bas*, (1988), 138 Cour Eur. D.H. (Sér. A), 15 au para. 26.

«intégrés» vivant de longue date sur le territoire d'un État partie³⁶. Est aussi prise en compte la durée plus ou moins longue de la mesure d'éloignement contestée, notamment en cas d'interdiction définitive du territoire du pays d'accueil qui peut s'analyser en un véritable «bannissement» de l'étranger et qui constitue une «aggravation de la condamnation pénale» et s'oppose «au but de réhabilitation sociale des délinquants»³⁷, alors que «les lois pénales du pays d'accueil devraient normalement suffire à punir les actes délictueux commis par un étranger intégré, de la même façon qu'elles sont réputées suffisantes pour les punir dans le cas d'un national»³⁸.

Alors même que l'éloignement était motivé par la commission d'un acte criminel abominable, la Cour a pu aussi constater qu'il existe un «cumul de circonstances particulières»³⁹, dû notamment au mauvais état de santé ou au handicap grave de l'intéressé, à l'absence totale de liens sociaux et familiaux dans le pays de destination et à l'état de dénuement ou de solitude dans lequel se trouverait l'intéressé s'il était éloigné du territoire.

C. Le droit à la liberté et à la sûreté

Selon l'article 5 (1) de la *Convention*,

toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

[...] f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

L'application de cet article a permis à la Cour de contrôler la légalité et la régularité des privations de liberté frappant de façon spécifique les étrangers, accompagnant les mesures d'éloignement de ceux-ci ou les refus d'entrée sur le territoire. Ce contrôle concerne notamment la rétention ou l'internement administratif de candidats à l'immigration ou à l'asile et d'étrangers en attente d'éloignement dans des centres de rétention ou des zones d'attente, longtemps considérés comme des zones de «non-droit» et abusivement qualifiés de zones internationales afin d'échapper à tout contrôle juridictionnel. Dans l'arrêt *Amuur c. France*, la Cour a donc accepté de contrôler le maintien dans la zone internationale d'un aéroport d'étrangers pour les empêcher d'entrer sur le territoire d'un État partie⁴⁰. Pour répondre aux exigences de l'article 5, une telle privation de liberté doit être prévue par la loi et

³⁶ Jean-Yves Carlier, « Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés ? », RTDH 1993, Vol. 4 n° 15, pp. 4449-466.

³⁷ *Boujlifa c. France* (1997), Cour Eur.D.H. *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI.

³⁸ *El Boujaïdi c. France* (1997), Cour Eur.D.H. *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI au par.4.

³⁹ *Nasri c. France* (1995), 320B Cour Eur.D.H. (Sér.A) 11 au par. 46.

⁴⁰ *Amuur c. France* (1996), Cour Eur. D.H. *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III.

régulière ; elle ne doit pas être d'une durée excessive et doit faire l'objet dans un bref délai d'un contrôle juridictionnel ; la personne concernée doit bénéficier des garanties prévues par l'article 5, et notamment être informée dans le plus court délai des motifs de son arrestation dans une langue qu'elle comprend⁴¹.

De plus, l'article 5 (1) *f*) fait une distinction entre les mesures d'expulsion et d'extradition. À cet égard, est condamné l'État qui avait utilisé la procédure d'expulsion pour contourner le refus de la juridiction nationale de consentir à une extradition⁴². La privation de liberté résultant du transport de l'expulsé à la frontière n'est pas régulière au sens de l'article 5 (1) *f*), ni compatible avec le droit à la sûreté. Il s'agit en réalité d'une extradition déguisée et non d'une détention nécessaire dans le cadre normal d'une procédure d'expulsion.

III. Une jurisprudence sensible aux pressions étatiques

Traditionnellement, les organes de la *Convention* reconnaissent, «selon un principe du droit international bien établi», que les États puissent restreindre certains droits des étrangers en fonction des objectifs des politiques d'immigration qu'ils définissent, et notamment pour des motifs tenant au «bien-être économique» des pays ou à la protection de l'ordre public⁴³. Dans la définition de ces politiques et des mesures nécessaires à leur mise en œuvre, les États jouissent d'une large marge d'appréciation.

Or, dans un contexte marqué par un durcissement généralisé des législations nationales européennes en matière d'immigration qui est encouragé par les opinions publiques nationales et aiguillonné par l'existence dans de nombreux États européens de partis et groupes ouvertement xénophobes et racistes, la jurisprudence européenne a connu, dans le sens d'une sévérité accrue, un net infléchissement notamment à l'égard des étrangers non communautaires. Ainsi, la Cour affirme, de façon très significative, qu'elle comprend le «souci légitime des États de déjouer les tentatives de plus en plus fréquentes de contourner les restrictions à l'immigration»⁴⁴.

⁴¹ La Cour ajoute que la détention ne doit pas priver un demandeur d'asile de l'accès effectif à la procédure de reconnaissance de la qualité de réfugié (*Amuur c. France*, *Supra* note 41).

⁴² *Bozano c. France*, *Supra* note 24. Voir Gérard Cohen-Jonathan, «La France et la Convention européenne des droits de l'Homme», *RTDE* 1987, p. 255 ; F.Sudre, «La première affaire française devant la Cour européenne des droits de l'Homme, l'arrêt *Bozano* du 18 septembre 1986», *RGDIP*, 1987, p. 584 ; F. Teitgen, obs., *Rev. sc. crim.* 1987, p. 487.

⁴³ «Il incombe aux États contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux» (*Beldjoudi c. France*, *Supra* note 26, au par. 74).

⁴⁴ *Amuur c. France*, *Supra* note 41, au par. 43.

A. La soumission aux impératifs des politiques migratoires

Il est particulièrement choquant de constater que la Cour a toujours refusé de reconnaître aux étrangers le droit au regroupement familial, c'est-à-dire le droit pour eux de mener une vie familiale normale. À cet égard, l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* est très révélateur :

67. [...] il s'agit d'un domaine dans lequel (les États) jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la *Convention* [...]. Spécialement, dans la matière sous examen, l'étendue de l'obligation, pour un État, d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés, dépend de la situation des intéressés. De plus, la Cour ne saurait oublier que le présent litige a trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration, et que d'après un principe de droit international bien établi les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol.

68. [...] l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un État contractant l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non-nationaux dans le pays. En l'espèce, les requérantes n'ont pas prouvé l'existence d'obstacles qui les aient empêchées de mener une vie familiale dans leur propre pays, ou dans celui de leur mari, ni de raisons spéciales de ne pas s'attendre à les voir opter pour une telle solution [...].⁴⁵

Alors que plusieurs législations nationales organisent ce droit au regroupement familial⁴⁶, la Cour affirme, pour sa part, que l'étendue de l'obligation d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés dépend «de la situation des intéressés et l'intérêt général» et qu'«il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble»⁴⁷. Ce refus de reconnaissance du droit au regroupement familial a été confirmé par la Cour à plusieurs reprises, en arguant notamment que rien ne s'oppose «au développement d'une vie familiale» dans le pays d'origine, même quand la personne qui souhaite faire venir sa famille a la nationalité du pays d'accueil⁴⁸.

⁴⁵ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* (1985), 94 Cour Eur.D.H. (Sér.A) 1.

⁴⁶ Le Conseil constitutionnel français a notamment considéré que le droit à mener une vie familiale normale «comporte en particulier la faculté pour les étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs» (Cons. Constitutionnel, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Rec. 1993. 224, 93-325.)

⁴⁷ *Gül c. Suisse* (1996), 1 Cour Eur.D.H. (Sér. A) 159.

⁴⁸ *Ahmut c. Pays-Bas* (1996), Cour Eur.D.H. *Recueil des arrêts et décisions* 1999-VI.

B. Une protection amoindrie contre l'éloignement

1. LES LIMITES DE L'APPLICATION DE L'ARTICLE 3

Plusieurs limites ont été soulignées par la doctrine⁴⁹ quant à l'application de l'article 3 de la *Convention*. D'une part, l'exigence d'un risque individuel démontré restreint la protection contre l'éloignement à l'égard des personnes qui risquent pour leur vie ou leur intégrité physique, notamment du seul fait de leur appartenance à un groupe social ou à une minorité persécutée. Pour la Cour, le risque catégoriel n'existe pas, alors qu'il existe pourtant des situations objectives où l'appartenance à telle catégorie ou minorité emporte un risque réel de mauvais traitements graves. Paradoxalement, «plus les victimes des mauvais traitements seraient nombreuses, moins elles auraient des chances de se prévaloir de l'article 3»⁵⁰. D'autre part, l'appréciation d'une évolution favorable de la situation politique du pays de destination⁵¹ ou la nature «démocratique» du régime sont des critères qui limitent l'efficacité de l'article 3. Par exemple, lorsque le pays de destination appartient au Conseil de l'Europe et, «en adhérant à la *Convention (européenne des droits de l'Homme)*, s'est engagé à respecter les droits y inclus, notamment son article 3», «dès lors, il existe une présomption de ce que des traitements contraires à cette *disposition ne se produisent pas dans cet État*»⁵².

S'agissant d'une mesure d'éloignement décidée, mais non encore exécutée, et lorsqu'il existe un risque de violation de l'article 3 de la *Convention*, les organes de la *Convention* peuvent, à titre de «mesure provisoire», demander à l'État de ne pas

⁴⁹ S. Karagiannis, «Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'État de destination ou à des particuliers, Vers une évolution de la jurisprudence européenne», *RTDC*, 1999 Vol.10.n°37. Commentaire d'arrêt N. Chauvin, «L'interprétation de l'article 3 Cour Eur D.H : réelle avancée ou restriction déguisée ?», Commentaire de *H.L.R. c. France, RUDH*, 1997, Vol.9 n° 9-12, p. 347-352.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 57.

⁵¹ Voir par exemple, l'évolution de la situation au Chili (*Cruz Varas et autres c. Suède, Supra* note 13) et les appréciations très discutables sur les efforts visant à l'amélioration du respect des droits de la personne accomplis par les autorités péruviennes (Commission Eur. D.H., *Paez c. Suède*, rapport du 6 décembre 1996), russes (*Igor Voulfovitch, Maria Oulanova et Maria Voulfovitch c. Suède* (1993), Comm.Eur.D.H. D.R 74 à la p. 199.) ou syriennes (*X c. Suède* (1994), 79-B Comm.Eur. D.H. D.R. 85).

⁵² *Luis Iruretagoyena c. France* (1998) Requête n° 32829/96 Comm.Eur.D.H., *non publiée*, ce militant indépendantiste Basque expulsé par la France vers l'Espagne et remis aux mains des autorités espagnoles a été sauvagement torturé lors d'interrogatoires par la Guardia Civil espagnole. Malgré ces tortures médicalement attestées, la requête a été déclarée irrecevable par la Commission pour défaut manifeste de fondement car, «dans les circonstances de l'espèce, il apparaît difficile de conclure qu'au moment où la mesure d'expulsion a été prise et exécutée par les autorités françaises, il existait des raisons sérieuses de croire que le requérant serait soumis, en Espagne, à des traitements contraires à l'article 3 de la *Convention*. En ce qui concerne ce qui s'est déroulé après l'arrivée du requérant en Espagne, la Commission rappelle que le requérant aura la faculté, le cas échéant, de s'en plaindre par une requête dirigée contre l'Espagne». Concernant l'éloignement d'opposants turcs et kurdes vers la Turquie, voir notamment *A., G et autres c. Suède* (1995), 83 Comm.Eur.D.H. D.R.101. Pourtant, le Comité européen pour la prévention de la torture a constaté qu'il y avait «pratique systématique» de la torture en Turquie et qu'il est prématuré de conclure que la torture a été éradiquée en Espagne. Voir aussi *K. et F. c. Pays-Bas* (1986), 51 Comm.Eur.D.H. D.R.272. à propos de l'extradition de membres de l'IRA vers le Royaume-Uni.

éloigner le requérant jusqu'au moment où elles statueront sur la requête⁵³. Ces demandes sont plus ou moins respectées par les États⁵⁴. À cet égard, la Commission avait considéré que le non-respect par un État partie des mesures provisoires qu'elle avait indiquées constituait une violation de l'engagement pris par les États parties de n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace du droit de recours individuel⁵⁵. Cependant, la Cour, en estimant que ce refus de suivre les mesures provisoires constituait une circonstance aggravante, a considéré qu'il ne constituait pas une violation de la *Convention*⁵⁶.

2. UNE SÉVÉRITÉ ACCRUE À L'ÉGARD DES ÉTRANGERS EN INSTANCE D'ÉLOIGNEMENT

La jurisprudence établie par la Cour relative à l'application de l'article 8 de la *Convention*, et notamment ses arrêts *Beldjoudi* et *Moustaquim*, a été sévèrement critiquée par les États, jugeant la Cour trop «laxiste» à l'égard des immigrés de la «deuxième génération» ou établis dans les pays d'accueil depuis de nombreuses années. La Cour a été sensible à ces critiques étatiques. En réaffirmant de manière systématique dans une série d'arrêts que les États «ont la faculté d'expulser les délinquants parmi» les non-nationaux⁵⁷, elle a nettement infléchi sa jurisprudence⁵⁸. Elle fait preuve, d'une part, pour évaluer la réalité et l'effectivité de la vie privée et familiale, d'une plus grande exigence dans l'appréciation des liens de l'étranger avec le pays d'accueil. Dans cette optique, la Cour minimise l'intensité des liens de l'étranger avec le pays d'accueil et interprète avec faveur le moindre indice qui permettrait

⁵³ Selon l'article 39 du Règlement de la Cour, «la chambre ou, le cas échéant, son Président peut, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'il estime devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure». Sur les mesures provisoires, voir notamment G.Cohen-Jonathan, «De l'effet juridique des "mesures provisoires" dans certaines circonstances et de l'efficacité du droit de recours individuel», *RUDH*, 1991, Vol. 3 n° 6, pp. 205-209; G. De Enteria, «De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour européenne des droits de l'Homme», *RTDH*, 1992, Vol. 3 n° 11, pp. 251-280.

⁵⁴ Pour des refus de suivre les mesures provisoires prescrites, voir notamment *Cruz Varas et autres c. Suède*, *Supra* note 13, *Josu Urrutikoetxea c. France* (1996), 87-A Comm. Eur. D.H. D.R.151. *Olga et Tatiana Kascheev c. France* (1997), Requête 33960/96 Comm. Eur. D.H., non publié.

⁵⁵ Selon l'article 34 de la *Convention*, «les Hautes parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace» du droit de recours individuel.

⁵⁶ *Cruz Varas et autres c. Suède*, *Supra* note 13 au par. 97.

⁵⁷ *Chorfi c. Belgique*, *Supra* note 28, au par. 31 ; *Boughanemi c. France*, (1996) Cour Eur.D.H *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II au par. 41 ; *Bouchelkia c. France* (1997), Cour Eur.D.H., *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I ; *El Boujaïdi c. France*, *Supra* note 39 ; *Mehemi c. France*, *Supra* note 30 ; *Boujlifa c. France* *Supra* note 38 ; *Dalia c. France* *Supra* note 35 ; *Baghli c. France* Requête n° 34374/97 Cour Eur. D.H., non publié.

⁵⁸ Ce changement de perspectives de la Cour a été analysé par la doctrine comme un véritable revirement de jurisprudence (Voir notamment H. Labayle, «L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit de l'étranger à sa vie familiale et privée, dans *Hugues Fulchiron (sld.)*», *Supra* note 3, pp. 83-107 ; M. Levinet, «La Cour européenne des droits de l'Homme de plus en plus compréhensive à l'égard des mesures d'éloignement des étrangers délinquants», *RTDH*, 2000, Vol. 11 n° 42, pp. 301-313 ; M. Levinet, «L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme», *RTDH*, 1999, Vol. 10 n° 37, pp. 89-118.

d'établir que l'intéressé a conservé des liens avec le pays dont il a la nationalité (connaissance de la langue, voyage dans ce pays, existence d'un lien familial quelconque). Pour avoir quelque chance de succès, les requérants devraient «quasiment répudier leur passé d'immigré pour parvenir à convaincre de la rupture de leur situation d'immigrés»⁵⁹. La Cour montre, d'autre part, une sévérité accrue à l'égard de l'étranger pour déterminer si son éloignement est nécessaire pour protéger l'ordre public et prévenir les infractions pénales, élargissant en la matière la marge d'appréciation des États parties. À cet égard, elle multiplie les considérants sécuritaires, en déclarant qu'elle «attache la plus grande importance à la gravité des infractions», soulignant la «gravité du crime» en cause, «la dangerosité et le mépris des lois et codes sociaux»⁶⁰, se montrant particulièrement sévère avec les auteurs de violences sexuelles et les trafiquants de drogue. Ainsi, elle affirme que l'édiction de «peines sévères à l'encontre des personnes se livrant au trafic de drogue, y compris l'expulsion de trafiquants étrangers [...] constitue une réponse justifiée à ce fléau»⁶¹ et souligne qu'«au vu des ravages de la drogue dans la population, la Cour conçoit que les autorités fassent preuve d'une grande fermeté à l'égard de ceux qui contribuent à la propagation de ce fléau»⁶².

Ce tournant «sécuritaire» avait été amorcé avant la réforme des organes de la *Convention*. La «nouvelle» Cour mise en place par le *Protocole II*, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998, a largement prolongé ce mouvement jurisprudentiel en prononçant une série d'arrêts marqués par cette sévérité accrue⁶³. Depuis 1996, «s'agissant d'étrangers expulsés ou ayant fait l'objet d'une interdiction du territoire, les arrêts concluant à la non-violation de l'article 8 sont nettement plus nombreux que l'inverse, même si la Cour s'est souvent partagée dans les votes»⁶⁴. Dès lors, la contestation par des requérants étrangers des mesures d'éloignement qui les frappent devient de plus en plus difficile, voire impossible. Toutefois, plusieurs juges de la Cour

⁵⁹ H. Labayle, *Supra* note 59, p. 99.

⁶⁰ *Bouchelkia c. France*, *Supra* note 58.

⁶¹ *D. c. Royaume-Uni*, *Supra* note 18.

⁶² *Baghli c. France*, *Supra* note 58. Voir aussi, *Dalia c. France*, *Supra* note 35.

⁶³ *Djaïd c. France*, (1999), Requête n° 38687/97 Cour Eur. D.H., non publié ; *Farah c. Suède* (1999) Requête n° 43218/98 Cour Eur. D.H., non publiée ; *Baghli c. France*, *Supra* note 58. De nombreuses requêtes sont déclarées irrecevables pour défaut manifeste de fondement (Voir par exemple, *Mitchell c. Royaume-Uni* (1998) Requête n° 40447/98 Cour Eur.D.H., non publié ; *Benrachid c. France* (1998) Requête n° 39518/98 Cour Eur.D.H., non publié ; *El Khaouli c. France* (1999) Requête n° 40266/98 Cour Eur.D.H., non publié ; *Laarej c. France*, (1999) Requête n° 41318/98 Cour Eur.D.H., non publié ; *Rahmouni c. France* (1999) Requête n° 41721/98 Cour Eur.D.H., non publié ; *Bouybaouen c. France* (1999) Requête n° 42412/98 Cour Eur.D.H., non publié ; *Ekersular c. Allemagne* (1999) Requête n° 45504/99 Cour Eur.D.H., non publié ; *Ajayi et autres c. Royaume-Uni* (1999) Requête n° 27663/95 Cour Eur.D.H., non publié ; *Jankov c. Allemagne* (2000) Requête n° 35112/97 Cour.Eur.D.H., non publié ; *Aftab et autres c. Norvège* (2000) Requête n° 32365/96 Cour Eur.D.H., non publié ; *Hussain c. Norvège* (2000) Requête n° 36844/97 Cour Eur.D.H., non publié ; *Öztürk et autres c. Norvège* (2000) Requête n° 32797/96 Cour Eur.D.H., non publié ; *Solomon c. Pays-Bas* (2000) Requête n° 44328/97 Cour Eur.D.H., non publié ; *L'affaire Abbas c. France* (2000) Requête n° 35783/97 Cour Eur.D.H., non publié, a donné lieu à la conclusion d'un règlement amiable avec l'octroi d'un permis de séjour.

⁶⁴ Constatation réalisée par le juge Costa et Mme Tulkens dans leur opinion dissidente sous l'arrêt *Baghli*, *Supra* note 58.

n'ont pas hésité à marquer leur différence en défendant une approche plus humaniste, plus soucieuse des intérêts des individus⁶⁵.

C. Des garanties souvent «virtuelles»

1. L'INAPPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 6 AU STATUT DES ÉTRANGERS

La Commission a toujours considéré que l'article 6 de la *Convention* ne s'appliquait pas au statut des étrangers et que «la décision d'autoriser ou non un étranger à rester dans un pays dont il n'est pas ressortissant n'impliquait aucune décision sur ses droits et obligations de caractère civil ni sur le bien-fondé d'une accusation pénale dirigée contre lui, au sens de l'article 6 (1) de la *Convention*»⁶⁶. Les contestations sur l'entrée, l'éloignement et l'extradition des étrangers, ainsi que celles portant sur le droit d'asile sont considérées comme ne portant pas sur des contestations de caractère civil, même si ces mesures affectent des droits personnels ou patrimoniaux. Les décisions d'autoriser ou non un étranger à rester sur le territoire d'un État ou de l'en éloigner sont en effet regardées comme de nature administrative et prises dans l'exercice de pouvoirs discrétionnaires des autorités étatiques. De même, est écartée l'applicabilité de l'article 6 au titre du volet pénal, non seulement à l'égard des mesures d'expulsion, mais aussi des procédures d'extradition et des condamnations judiciaires à l'interdiction du territoire. Dans ce contexte, les garanties prévues par l'article 6 de la *Convention* ne sont applicables à l'ensemble de ces procédures⁶⁷.

⁶⁵ Voir notamment, *Boughanemi c. France*, *Supra* note 58, opinion dissidente des juges Martens et Baka; *Boujlifa c. France*, *Supra* note 38, opinion dissidente commune des juges Baka et Van Dijk, opinion dissidente du juge Morenilla; *arrêt Bouchelkia c. France*, *Supra* note 58, opinion dissidente de Mme Palm; *El Boujaïdi c. France*, *Supra* note 39, opinion dissidente du juge Foighel; *Baghli c. France*, *Supra* note 58, opinion dissidente commune du juge Costa et de Mme Tulkens.

⁶⁶ Voir par exemple, Commission Eur. D.H., Requête n°8244/78, décision du 2 mai 1979, D.R. 17, p. 149; Requête n° 9990/82, décision du 15 mai 1984, D.R. 39, p. 119; Requête n° 31113/96, décision du 5 décembre 1996, D.R. 87, p. 151; Requête n° 32025/96, décision du 25 octobre 1996, D.R. 87, p. 174. A ce sujet, voir F. Bernard et A. Berthe, «Les garanties procédurales en matière de reconduite à la frontière au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme», *RTDH*, 1997, Vol. 8 n° 29, pp. 17-33; C. Teitgen-Colly, «L'éloignement des étrangers et les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme», dans *Hugues Fulchiron* (sld.), *Supra* note 3, aux pp. 243-320.

⁶⁷ Les garanties offertes par l'article 13 de la *Convention* ne peuvent en aucun cas être considérées comme équivalentes à celles qui sont posées par l'article 6. Par exemple, l'article 13 n'impose que le droit à un recours devant une instance nationale, et non pas l'accès à une instance juridictionnelle comme y oblige l'article 6.

Pour la première fois, le 5 octobre 2000, dans l'arrêt *Maaouia c. France*⁶⁸, la Cour s'est prononcée sur l'applicabilité de l'article 6 aux mesures d'éloignement des étrangers. À cet égard, elle souligne que

La Cour rappelle qu'il faut interpréter les dispositions de la *Convention* en prenant en considération l'ensemble du système conventionnel, y compris les dispositions des protocoles. À cet égard, la Cour note que l'article 1 du *Protocole 7* [...] contient des garanties procédurales applicables en cas d'expulsion d'étrangers. En outre, la Cour observe que le préambule de cet instrument se réfère à la nécessité de prendre de «nouvelles mesures propres à assurer la garantie collective de certains droits et libertés par la *Convention* [...].

De la lecture combinée de ces dispositions, il ressort que les États étaient conscients que l'article 6 (1) ne s'appliquait pas aux procédures d'expulsion d'étrangers et qu'ils souhaitaient prendre des mesures spécifiques dans ce domaine. Cette interprétation se trouve corroborée par le rapport explicatif relatif au *Protocole 7* concernant l'article 1 dont les extraits pertinents se lisent comme suit :

6. Dans l'esprit de la remarque générale faite dans l'introduction [...], il convient de souligner qu'un étranger se trouvant sur le territoire d'un État membre du Conseil de l'Europe bénéficie déjà, s'il fait l'objet d'une mesure d'expulsion, de certaines garanties. Il s'agit en particulier de celles qui sont accordées par les articles 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants), et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), combinés avec l'article 13 (droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale) de la *Convention* [...], tels qu'interprétés par la Cour et la Commission européenne des droits de l'Homme [...].

⁶⁸ *Maaouia c. France*, (2000) requête n° 39652/98 Cour Eur.D.H. Dans une opinion dissidente à laquelle s'est ralliée le juge Traja, le juge Loucaides conclut à l'applicabilité de l'article 6 de la Convention. Dans une opinion concordante, le juge Costa rejoint par les juges Hedigan et Pantfıru, considère néanmoins que l'article 1 du *Protocole 7* n'est applicable qu'à l'expulsion et que la procédure d'interdiction judiciaire du territoire devrait, par principe, relever de la matière pénale, et entrer à ce titre dans le champ d'application de l'article 6 § 1. De plus, il souligne : «6. Je voudrais exprimer pour finir un regret : c'est que l'interdiction du territoire existe. Il s'agit, à mon avis, d'une double peine, non pas bien sûr au sens de la règle ne bis in idem, rappelée par l'article 4 du Protocole n° 7 précité, car rien n'interdit dans la Convention qu'un même tribunal inflige, pour une même infraction, une peine principale et une peine accessoire. Mais c'est bien une double peine au sens humain du terme. Déjà privés en général de l'ensemble des garanties offertes aux nationaux (voir d'ailleurs le paragraphe 38 de l'arrêt), les étrangers qui cherchent à éluder les conséquences de mesures d'éloignement sont punis par la loi d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois années. Faut-il, en outre, leur imposer un bannissement légal? Je me permets de redire ce que Mme le Juge Tulkens et moi-même avions écrit dans notre opinion dissidente commune dans l'affaire *Baghli contre France* (arrêt du 30 novembre 1999), où était en jeu l'article 8 de la Convention : cette aggravation légale de la dette de l'étranger envers la société ne me paraît pas, dans une société démocratique, nécessaire».

7. Compte tenu des droits qui sont ainsi reconnus aux étrangers, le présent article a été ajouté à la *Convention* [...] afin de donner à ces personnes des garanties minimales en cas d'expulsion du territoire d'une Partie Contractante. Cela permet de leur assurer une protection dans les cas qui ne sont pas couverts par d'autres instruments internationaux et d'introduire cette protection dans le système de contrôle prévu par la *Convention* [...].

[...] 16. La Commission européenne des Droits de l'Homme a déclaré à propos de la requête n° 7729/76, que la décision d'expulser une personne 'n'implique aucune décision sur ses droits et obligations de caractère civil, ni sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui' au sens de l'article 6 de la *Convention*. Le présent article n'affecte pas cette interprétation de l'article 6.'

37. La Cour estime donc qu'en adoptant l'article 1 du Protocole N° 7 contenant des garanties spécifiques aux procédures d'expulsion d'étrangers, les États ont clairement marqué leur volonté de ne pas inclure ces procédures dans le champ d'application de l'article 6 (1 de la *Convention*.

38. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la procédure en relèvement de l'interdiction du territoire français, objet du présent litige, ne porte pas sur une contestation de "caractère civil" au sens de l'article 6 (1. Le fait que la mesure d'interdiction du territoire français a pu entraîner accessoirement des conséquences importantes sur la vie privée et familiale de l'intéressé ou encore sur ses attentes en matière d'emploi ne saurait suffire à faire entrer cette procédure dans le domaine des droits civils protégés par l'article 6 (1 de la *Convention* (cf., *mutatis mutandis*, les arrêts *Neigel c. France* du 17 mars 1997, *Recueil* 1997-II, pp. 410-411, ((43-44, et *Maillard c. France* du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-III, pp. 1303-1304, ((39-41).

39. La Cour considère en outre que la mesure d'interdiction du territoire français ne porte pas davantage sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale. À cet égard, elle constate que la qualification d'une telle mesure dans l'ordre juridique interne se prête à des interprétations divergentes. Au demeurant, la qualification d'une sanction dans l'ordre juridique interne ne saurait être, à elle seule, décisive pour conclure à son caractère pénal. En effet, il convient de tenir compte d'autres éléments et notamment de la nature de la sanction encourue (cf. n° 21283/93, déc. 5.4.1994, D.R. 77, pp. 81-86). Or sur ce point, la Cour constate que l'interdiction du territoire ne revêt pas en général un caractère pénal dans les États membres du Conseil de l'Europe. Cette mesure qui, dans la plupart des États, peut également être prise par l'autorité administrative, constitue, de par sa nature, une mesure de prévention spécifique en matière de police des étrangers et ne porte pas sur le bien-fondé d'une accusation pénale dirigée contre le requérant, au sens de l'article 6 (1. Le fait qu'elle est prononcée dans le cadre d'une procédure pénale ne saurait changer son caractère essentiellement préventif. Il en découle que la procédure en relèvement de cette mesure ne saurait davantage relever du domaine pénal (cf., *mutatis mutandis*, n° 32809/96, décision de la Commission du 26 février 1997).

40. La Cour conclut que les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil du requérant ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui, au sens de l'article 6 (1 de la *Convention*)»

2. LES LIMITES DE L'APPLICATION DE L'ARTICLE 5

S'agissant de l'application de l'article 5 de la *Convention*, la Cour établit une distinction entre les privations de liberté qui relèvent de l'article 5 de la *Convention* et les simples restrictions à la liberté d'aller et venir qui sont permises par l'article 2 du *Protocole 4*⁶⁹. La différence résulte d'un «ensemble de critères tels que le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée»⁷⁰. «Entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature et d'essence»⁷¹. Ainsi, si la Cour considère que le transport sous escorte policière d'une personne en vue d'être expulsée constitue une privation de liberté au sens de l'article 5 (1) *f*)⁷², elle estime, au contraire, au vu des obligations pesant sur un étranger assigné à résidence (obligation de se présenter périodiquement aux services de police, exigence d'une autorisation pour tout changement de résidence ou de travail), que cette assignation ne comporte pas de restrictions d'une telle gravité qu'elle puisse être qualifiée de privation de liberté⁷³.

Dans l'affaire *M.A. et M.M. c. France*⁷⁴, la Cour avait l'occasion de contrôler la légalité des «consignations sur les navires», lorsque les autorités d'un État partie ordonnent au capitaine d'un navire de consigner à bord l'étranger, arrivé par bateau le plus souvent comme passager clandestin, afin de l'empêcher de débarquer sur le territoire de l'État. Cette consignation qui n'est pas prévue par la loi, constitue une véritable «privatisation» du pouvoir de détenir une personne. Cette pratique permet de plus aux autorités d'éviter que l'intéressé puisse formuler une demande d'asile ou une demande d'autorisation d'entrée sur le territoire ou que l'étranger ait accès à un conseil

⁶⁹ Article 2 du *Protocole 4* : «1) Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.

2) Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.

3) L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

4) Les droits reconnus au paragraphe 1 peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique».

⁷⁰ *Guzzardi c. Italie* (1980), 39 (Sér.A) Cour Eur. D.H. 1.

⁷¹ *Amuur c. France*, *Supra* note 41.

⁷² *X. et Y. c. Suède* (1976) 7 Comm. Eur. D.H. D.R. 123.

⁷³ *Nezmi Aygün c. Suède* (1989) 63 Comm. Eur. D.H. D.R. 195. ; *Amuur c. France* *Supra* note 41, au par 40, «tout en admettant que le séjour des requérants dans la zone internationale ne se différencie pas - compte tenu de sa durée - d'une «détention» au sens ordinaire du terme, la Commission conclut à l'inapplicabilité de l'article 5 (art. 5). Elle estime en effet que le degré de contrainte exigé pour qualifier cette mesure de «privation de liberté» faisait défaut en l'espèce» (*Amuur c. France*, *Supra* note 41).

⁷⁴ Requête n° 39671/98 Cour Eur.D.H., *non publié*.

ou à un tribunal. En outre, la procédure administrative française interdisait à une personne consignée de pouvoir introduire un recours devant un tribunal «afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention»⁷⁵. La Cour a déclaré la requête irrecevable, car manifestement mal fondée, au motif que la «détention» prit fin «à bref délai»⁷⁶. En outre, la Cour refuse d'examiner la requête sous l'angle du droit à un recours effectif consacré par l'article 13 de la *Convention*.

Enfin, s'agissant d'extraditions déguisées, de remises concertées entre États ou même d'enlèvements réalisés à l'étranger par un État partie, l'arrêt *Bozano c. France*⁷⁷ qui condamnait ces pratiques est resté isolé. À de nombreuses reprises, la Commission a refusé de suivre la Cour sur ce terrain, en déclarant irrecevables toutes les requêtes relatives à ces pratiques qui constituent des violations de l'article 5⁷⁸.

3. DES DISCRIMINATIONS «RAISONNABLES»?

Selon l'article 14 de la *Convention*, «la jouissance des droits et libertés reconnus dans la [...] *Convention* doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur [...] la race, la couleur, la langue, [...] l'origine nationale [...]». D'après la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'article 14 de la *Convention* complète les autres clauses normatives de la *Convention* et des Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour «la jouissance des droits et libertés» qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'emprise de l'une au moins desdites clauses⁷⁹.

S'agissant de l'application de l'article 14 aux discriminations fondées sur l'origine nationale, la jurisprudence de la Cour est pour le moins contrastée. Selon la jurisprudence de la Cour, une distinction n'est discriminatoire au sens de l'article 14

⁷⁵ Article 5(4) de la *Convention*. La procédure devant la juridiction administrative n'a pas de caractère suspensif automatique. De plus, contrairement au juge judiciaire, il n'existait pas en contentieux administratif de référé «d'heure à heure» permettant au juge administratif d'ordonner la mise en liberté d'une personne illégalement détenue. En l'espèce, la décision de consignation fut ordonnée le 29 mai 1997 et pris fin le 31 mai 1997; elle ne fut annulée par le juge administratif qui en constata l'illégalité que le 2 juillet 1997.

⁷⁶ *M.A. et M.M. c. France*, *Supra* note 75, à la p. 4. La Cour rappelle qu'il ne lui appartient pas de «rechercher *in abstracto* si, dans le cas contraire, l'étendue des recours disponibles aurait rempli ou non les conditions de l'article 5(4) (voir l'arrêt *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, (1990), 182 Cour Eur. D.H. (Sér. A), par. 45».

⁷⁷ *Bozano c. France*, *Supra* note 24.

⁷⁸ Voir notamment, *Freda c. Italie*, (1980) 21 Comm. Eur. D.H. D.R., 250 ; *C. c. République Fédérale d'Allemagne*, (1985) 45 Comm. Eur. D.H. D.R. 198 ; *Luc Reinette c. France*, (1989) 63 Comm. Eur. D.H. D.R. 189 ; *Stocké c. République Fédérale d'Allemagne*, (1991) 199A Cour Eur. D.H., rapport du 12 octobre 1989 à la p. 166 ; *Illich Sánchez Ramirez c. France*, (1996) 86 Comm. Eur. D.H. D.R. 155 ; *José Antonio Urrutikoetxea c. France*, (1996) 87 Comm. Eur. D.H. D.R. 151 ; Voir aussi : Didier Rouget, «Le respect du droit extraditionnel et les "extraditions déguisées"», (1999) 10 RTDH n° 37, aux pp. 169-197.

⁷⁹ *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, (1994) 291B Cour Eur. D.H. (Sér. A) 32, au par. 22 ; *Gaygusuz c. Autriche*, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV au par. 36.

de la *Convention*, que si elle «manque de justification objective et raisonnable», c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un «but légitime» ou s'il n'y a pas de «rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé»⁸⁰. À cet égard, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres analogues justifient des distinctions de traitement. Dans l'affaire *Gaygusuz c. Autriche*⁸¹, la Cour a censuré, en constatant la violation de l'article 14 combiné avec l'article 1 du *Protocole 1*, la discrimination établie entre nationaux et étrangers à propos de l'attribution d'une allocation d'urgence réservée aux chômeurs autrichiens alors qu'elle avait été refusée à un travailleur turc qui avait versé ses contributions à la caisse d'assurance chômage au même titre et sur la même base que les ressortissants autrichiens. Pour le gouvernement, «la distinction de traitement reposerait sur l'idée que l'État a une responsabilité particulière envers ses propres ressortissants, qu'il doit les prendre en charge et subvenir à leurs besoins essentiels»⁸². À cet égard, la Cour souligne que «seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la *Convention* une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité»⁸³.

Dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*⁸⁴, la minorité de la Commission avait relevé que les règles d'immigration contestées

conduisaient pour l'essentiel à empêcher l'arrivée d'immigrants du Nouveau Commonwealth et du Pakistan. Il ne s'agirait pas d'une coïncidence : l'intention de «réduire le nombre des immigrants de couleur» ressortirait de l'histoire législative. Les effets et le but des règles les rendraient indirectement racistes ; il en résulterait une violation supplémentaire de l'article 14 [...]»⁸⁵.

⁸⁰ *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, (1968) 6 Cour Eur. D.H (Sér. A.) 34. Sur l'article 14 de la CEDH, voir : M. Bossuyt, «Commentaire de l'article 14», dans *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article, Supra*, note 4, aux pp. 475-487 ; G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Economica, 1989, aux pp. 538-545 ; J.s Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 294-306 ; J.A. Frowein et W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*, Kehl, N.P. Engel Verlag, 1996, pp. 435-478 ; D.J. Harris, M. O'Boyle et C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Butterworths, 1995, aux pp. 462-488 ; K. Lenarts et D. Arts, *Le principe d'égalité des personnes devant les juridictions européennes*, Tome 24, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, Paris, PUF, 1994, aux pp. 101-134 ; K. J. Partsch, *Discrimination*, dans *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Nijhoff 1993, pp. 571-592 ; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, collection «droit fondamental», 1995, pp. 246-252 ; J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, aux pp. 106-133.

⁸¹ *Supra* note 80.

⁸² *Ibid.*, par. 45.

⁸³ *Ibid.*, par. 42.

⁸⁴ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, Supra* note 46.

⁸⁵ *Ibid.*, par. 84.

La Cour a rejeté cet argument au motif

qu'en limitant - comme elles le font - la liberté d'accès, les politiques d'immigration opéreraient d'ordinaire des distinctions fondées sur la nationalité des gens et indirectement sur leur race, leur origine ethnique voire leur couleur. Sans doute un État ne saurait-il mener «une politique de caractère purement raciste», mais accorder un traitement de faveur à ses nationaux, ou aux personnes venant de pays avec lesquels il a les liens les plus étroits, ne constituerait pas pour autant de sa part une «discrimination raciale». La conséquence pratique des règles du Royaume-Uni ne les entacherait pas de pareil vice : rien ne révélerait une différence réelle de traitement reposant sur la race. [...] Comme l'a déjà admis la Cour, [ces règles] avai[en]t pour but principal de freiner «l'immigration primaire» afin de protéger le marché du travail dans une période de chômage intense. Elles renforçaient donc les obstacles à l'immigration en raison non pas d'objections touchant à l'origine des non-nationaux qui aspiraient à entrer dans le pays, mais de la nécessité d'endiguer le flot des immigrants à l'époque. L'immigration de masse ainsi visée comprenait principalement des candidats en provenance du Nouveau Commonwealth et du Pakistan. Partant, les règles de 1980 frappaient alors moins de blancs que d'autres gens, mais cela ne constitue pas un motif suffisant pour qu'on leur attribue un caractère raciste : c'est là une conséquence non de leur contenu, mais de la prédominance numérique de certains groupes ethniques parmi les personnes souhaitant immigrer. La Cour en déduit que lesdites règles ne créaient pas de distinction - ni donc de discrimination - fondée sur la race⁸⁶.

L'une des requérantes se prétendait

aussi victime d'une discrimination fondée sur la naissance : parmi les citoyennes du Royaume-Uni et des colonies installées au Royaume-Uni, seules celles qui y étaient nées, ou dont un des parents y était né, pouvaient [...] obtenir l'admission de leur mari non national aux fins d'établissement [...]. Nul ne conteste que lesdites règles introduisaient une distinction selon la naissance; il s'agit seulement de savoir si elle reposait sur une justification objective et raisonnable. [...] la Commission estime que l'intérêt général et le caractère peut-être temporaire des règles relatives à l'immigration l'obligent à se prononcer. Une distinction fondée sur le simple hasard de la naissance, sans tenir compte de la situation ou des mérites personnels de l'intéressé, lui paraît constituer une discrimination contraire à l'article 14. [...] La Cour ne peut partager l'avis de la Commission. [...] il existe en général des raisons sociales convaincantes d'accorder un traitement spécial à ceux dont les attaches avec un pays découlent de leur naissance sur son territoire. On doit donc considérer que la distinction dénoncée avait une justification objective et raisonnable; en

⁸⁶ *Ibid.*, par. 84-85.

particulier, rien ne montre que ses conséquences aient enfreint le principe de proportionnalité⁸⁷.

Dans l'affaire *Moustaquim c. Belgique*⁸⁸, le requérant qui faisait l'objet d'un arrêté d'expulsion, se prétendait victime d'une discrimination fondée sur la nationalité et contraire à l'article 14, combiné avec l'article 8, par rapport aux mineurs délinquants de deux catégories : ceux qui possèdent la nationalité belge, car ils se trouvent à l'abri d'une expulsion, et ceux qui ont la citoyenneté d'un autre État membre des Communautés européennes, car une condamnation pénale ne suffit pas à les exposer à une telle mesure. La Cour justifie cette différence de traitement, car,

[...] En l'occurrence, on ne saurait comparer au requérant les mineurs délinquants belges : ils bénéficient du droit de résider sur le territoire de leur propre pays et ne peuvent en être expulsés ; l'article 3 du Protocole n° 4 le confirme d'ailleurs. Quant au traitement préférentiel consenti aux ressortissants des autres États membres des Communautés, il a une justification objective et raisonnable, la Belgique faisant partie avec lesdits États d'un ordre juridique spécifique⁸⁹.

Or, s'agissant de la discrimination entre étrangers «communautaires» et «non-communautaires», «la vigilance s'impose d'autant plus que l'Union européenne - au nom même d'une «citoyenneté européenne» affirmée avec force - a tendance à substituer 'la préférence communautaire' à la préférence nationale, au risque d'exclure doublement les étrangers non-communautaires»⁹⁰.

IV. Un indispensable renversement de perspective

De façon permanente, de siècle en siècle, l'étranger a toujours été considéré comme un «autre», provoquant de manière irrationnelle la méfiance et la peur⁹¹. De nos jours, le renforcement continu des politiques restrictives à l'égard des étrangers, la fréquence des violences à caractère raciste et la persistance de courants xénophobes illustrent cette permanence. Pourtant, nos sociétés ne sont faites que d'étrangers qui, à travers des migrations toujours renouvelées, s'y sont intégrés progressivement. Toujours considérés par les États comme «anormaux», les phénomènes migratoires sont au contraire des éléments structurels et essentiels du développement démographique, économique et politique des pays. Comme le souligne fort justement John Murray :

⁸⁷ *Ibid.*, par. 87-88.

⁸⁸ *Moustaquim c. Belgique*, *Supra* note 32.

⁸⁹ *Ibid.*, par. 49. Voir aussi *Chorfi c. Belgique*, *Supra* note 28, par. 38.

⁹⁰ Decaux, «Les jurisprudences internationale et européenne en matière de discrimination raciale», dans E. Decaux dir., *Le droit face au racisme*, Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'Homme (FMDH) n° 4, Paris, Pedone, 1999, pp. 101-118, p. 118.

⁹¹ D. Lochak, *Étrangers : de quel droit ?*, Paris, PUF, 1985, 256 pages.

On voit que (pour les États) la migration est «anormale» bien que toujours présente sous une forme ou sous une autre [...] il serait plus réaliste d'inverser le point de départ et dire qu'en Europe les migrations sont normales [...] et le resteront tant que l'Europe apparaîtra, pour la plupart du reste du monde, comme un pôle de liberté, une zone de prospérité et de sécurité. Si nous voulons rester une zone de liberté, de prospérité et de sécurité, alors fatalement, nous aurons de l'immigration. D'une façon ou d'une autre, légale, illégale nous l'aurons. De plus, nous vivons dans un monde où la mobilité est de plus en plus facile, et où les moyens modernes de communication effacent les frontières. Il devient de plus en plus facile de passer d'un système à l'autre, d'une culture à l'autre et tout simplement de voyager. A notre avis, il faut prendre comme point de départ la liberté de circulation. [...] Nous aimerions prendre cela comme point de départ : les migrations c'est normal, légitime et c'est à celui qui veut restreindre la liberté de circulation qu'incombe la charge de la preuve d'en rapporter l'anormalité⁹².

Le caractère universel des droits de la personne impose de considérer les droits et libertés fondamentales comme le socle d'une réelle protection de tous, et notamment des étrangers. Le respect de ces droits et libertés doit être la règle⁹³, les éventuelles restrictions portées à l'exercice de ces droits par une catégorie de

⁹² John Murray, Administrateur principal au Conseil de l'Europe, Direction des affaires sociales et économiques, Division des populations et des migrations, Le Conseil de l'Europe et les migrations internationales, dans H. Fulchiron dir., *Supra* note 3, p. 24.

⁹³ Dans l'affaire *Ekin c. France*, l'association requérante conteste l'application de la réglementation française qui instaure un régime spécial de censure administrative des écrits étrangers. En effet, elle «estime avoir été victime d'une mesure discriminatoire incompatible avec les articles 14 et 10 de la Convention. A cet égard, elle souligne que la mesure d'interdiction découlant de l'application du décret du 6 mars 1939 est bien discriminatoire, car la réglementation elle-même a pour but d'instaurer cette discrimination, fondée sur la nationalité et sur la langue. La requérante rappelle que cette réglementation a été adoptée dans un climat d'hostilité à l'égard des étrangers. Elle reflète des idées discriminatoires, d'après lesquelles les idées subversives sont forcément étrangères, fondées sur une présomption de dangerosité particulière de l'étranger. Or cette réglementation est incompatible avec une vision moderne et évolutive de la jouissance des droits fondamentaux, où l'égalité entre nationaux et étrangers doit être la règle. [...] (elle) instaure bien un régime plus sévère à l'égard des publications étrangères ou en langue étrangère, contraire aux articles 14 et 10 de la Convention, car manquant de justification objective et raisonnable et, au contraire, propre à faire subsister à l'égard du large public, des préjugés défavorables à l'égard des étrangers» (*Association Ekin c. France*, Requête n° 39288/98, décision non publiée du 18 janvier 2000 déclarant la requête recevable quant aux griefs relatifs à la violation de l'article 10, des articles 10 et 14 combinés et de l'article 6 § 1 de la Convention, à la p. 14). Voir notamment R. Pinto, *La liberté d'information et d'opinion en droit international*, Paris, Economica, 1984, pp. 106-113; S. Rabiller, «note sous l'arrêt du Conseil d'Etat "Association Ekin" du 9 juillet 1997», Patrick Wachsmann, «note sous l'arrêt du Conseil d'Etat "Association Ekin" du 9 juillet 1997» 2-1998 *Revue du droit Public*, pp. 539-552 et pp. 553-577 ; D. Rouget, «La censure administrative des écrits étrangers en France», (1997) 9 *RUDH* n° 5-8, pp. 169-181 ; P. Wachsmann, «Les limitations à l'exercice des droits et l'étendue du contrôle juridictionnel», (1991) 3 *RUDH*, n° 7-9, pp. 289-295.

personnes ne pouvant être qu'exceptionnelles⁹⁴. Car, chacun doit être convaincu que lorsque les droits et libertés de l'Autre sont violés, ce sont les droits et libertés de toutes et tous qui sont visés. «Auparavant, l'égalité entre (nationaux) et étrangers n'était pas de droit... elle devait être établie. Dorénavant, l'égalité est de droit, et c'est l'inégalité qu'il faut justifier»⁹⁵. Cela vaut pour l'ensemble des droits et libertés : la liberté de circulation, le droit au regroupement familial, le droit d'asile, l'égalité de protection de tous contre toute discrimination et contre toute provocation à une telle discrimination et le respect de la dignité, des identités culturelles ou religieuses et des modes de vie doivent être pleinement reconnus aux étrangers par les instruments internationaux de protection des droits de la personne humaine.

Dans cette optique, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 27 juin 2000 le *Protocole 12* à la *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* qui interdit de manière générale toute forme de discrimination⁹⁶. Les dispositions actuelles de la *Convention* en matière de protection contre la discrimination (Article 14) sont de portée limitée du fait qu'elles interdisent la discrimination seulement lorsqu'elle s'applique à l'un des droits reconnus par la *Convention*⁹⁷. Le nouveau *Protocole* lève cette limitation et garantit que personne ne doit faire l'objet d'une quelconque forme de discrimination par aucune autorité publique et sous quelque motif que ce soit⁹⁸.

⁹⁴ À cet égard, le Juge Louis-Edmond Pettiti soulignait : «Or la seule discrimination acceptable au titre de l'article 14 est la discrimination positive, celle qui implique que pour parvenir à l'égalité des droits par l'égalité des chances on est conduit dans certains cas à accorder plus de droits aux populations les plus déshéritées [...]» (*Buckley c. Royaume-Uni*, (1996), *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, opinion dissidente).

⁹⁵ L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 8^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1995, p. 288. Et ils ajoutent : «Ceci va donc conduire le législateur à changer de comportement lorsqu'il aura à établir une discrimination entre nationaux et étrangers. Et il en ira de même, s'agissant de l'exécution et de l'application de la loi, par les autorités administratives et juridictionnelles».

⁹⁶ Le *Protocole* est ouvert à la signature des États membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 2000 à Rome, à l'occasion de la Conférence des ministres européens des Droits de l'Homme et entrera en vigueur après la ratification, l'acceptation ou l'approbation d'au moins dix États membres du Conseil de l'Europe.

⁹⁷ Voir *Supra* par. 35.

⁹⁸ Le préambule et l'article 1 du *Protocole 12* sont ainsi libellés : «Les États membres du Conseil de l'Europe, signataires du présent *Protocole*, Prenant en compte le principe fondamental selon lequel toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi; Résolus à prendre de nouvelles mesures pour promouvoir l'égalité de tous par la garantie collective d'une interdiction générale de discrimination par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après dénommée la Convention); Réaffirmant que le principe de non-discrimination n'empêche pas les États parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable, Sont convenus de ce qui suit: Article 1. Interdiction générale de la discrimination

1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1».

L'application du *Protocole 12* ouvre un champ nouveau pour combattre effectivement toute discrimination directe ou indirecte et condamner les législations, réglementations et pratiques discriminatoires. De plus, les obligations positives des États s'en trouvent renforcées, leur imposant notamment de mettre en œuvre toute mesure nécessaire pour assurer à toutes et à tous la jouissance de tous leurs droits. A cet égard, la vigilance de toutes et tous s'impose pour que le caractère universel des droits de la personne ne soit pas simplement théorique et que l'article 1 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme trouve enfin sa pleine application.