

Expulsion d'étrangers et Convention européenne des droits de l'homme

Le risque de mauvais traitements dans l'Etat de destination

Fecha de recepción: 7 de octubre de 2009

Fecha de aceptación: 3 de febrero de 2010

Syméon Karagiannis*

Resumen: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no impugnó nunca el derecho de los Estados de expulsar extranjeros por distintas razones en la medida en que naturalmente un Estado parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos sigue ejerciendo su soberanía en su territorio. No obstante, este derecho debe conciliarse con la obligación de los Estados partes del Convenio Europeo de Derechos Humanos de no exponer a los extranjeros y, en general, a las personas dependientes de su jurisdicción a riesgos de violación de las disposiciones del Convenio.

Procurar que ningún derecho consagrado por el Convenio se viole con motivo de una expulsión es, sin embargo, una tarea un tanto pesada de asumir, ya que eso podría terminar por invalidar el derecho soberano de los Estados a expulsar de su territorio a extranjeros. El Tribunal de Estrasburgo retiene sobre todo un único riesgo de violación: el del artículo 3° del Convenio, según el cual se prohíben las penas y tratos inhumanos o degradantes y, *a fortiori*, los actos de tortura. Su jurisprudencia, abundante y rica en matices, en este marco, ha llevado a examinar las condiciones de protección de los derechos humanos en todo Estado hacia el cual un extranjero sea (o haya sido) expulsado.

* Professeur à l'Université de Strasbourg.

Palabras clave: Extranjeros, expulsión, Corte Europea de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos, Corte de Estrasburgo, derecho soberano de los Estados, tratos inhumanos y degradantes, derechos humanos.

Summary: The right of States, for a variety of reasons, to expel aliens has never been disputed by the European Court of Human Rights insofar as a State party to the European Convention on Human Rights continues, quite naturally, to exercise its sovereignty over its territory. However, this right has to be reconciled with the obligation of States parties to the European Convention on Human Rights not to expose aliens and, more generally, persons under their jurisdiction to a risk of violation of the provisions of the Convention. Yet, guaranteeing that no human right recognized as such by the Convention be violated in case of expulsion is too heavy a task for States to assume. Imposing such an obligation would end up in invalidating the sovereign right of States to expel aliens. The Court of Strasbourg retains primarily the risk of Article 3 of the Convention being violated in expulsion cases, a provision according to which inhuman or degrading punishments or treatments and, of course, acts of torture are strictly prohibited. The Court's case-law, abundant as well as rich in nuances, results in rather a thorough examination of the human rights situation in any country towards which a alien will be (or has already been) expelled.

Key words: Aliens, expulsion, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights, Strasbourg Tribunal, sovereign right of the States, inhuman and degrading treatments, human rights.

Résumé: Le droit des Etats d'expulser pour diverses raisons des étrangers n'a jamais été contesté par la Cour européenne des droits de l'homme dans la mesure où un Etat partie à la Convention européenne des droits de l'homme continue naturellement d'exercer sa souveraineté sur son territoire. Toutefois, ce droit doit impérativement être concilié avec l'obligation des Etats parties à la Convention européenne de ne pas exposer les étrangers et, plus généralement, les personnes relevant de leur juridiction à des risques de violation des dispositions de la Convention. Faire en sorte qu'aucun droit consacré par la Convention ne soit violé à l'occasion d'une expulsion est, néanmoins, une tâche tellement lourde à assumer que cela finirait par invalider le droit souverain des Etats d'expulser de leur territoire des étrangers. La Cour de Strasbourg retient avant tout un seul risque de violation: celui de l'article 3

de la Convention d'après lequel les peines et traitements inhumains et dégradants et, *a fortiori*, les actes de torture sont prohibés. Sa jurisprudence, abondante et riche en nuances, est, dans ce cadre, amenée à examiner les conditions de protection des droits de l'homme dans tout Etat vers lequel l'étranger sera (ou a déjà été) expulsé.

Mots clés: Étrangers, expulsion, Cour européenne des droits de l'homme, Convention européenne des droits de l'homme, Cour de Strasbourg, droit souverain des Etats, traitements inhumains et dégradants, droits de l'homme.

Formellement, la Convention européenne des droits de l'homme n'aime ni déteste les étrangers; elle les ignore – pour l'essentiel. Ce qui n'est pas une mauvaise chose en soi puisque cela signifie que les droits reconnus aux personnes humaines par la Convention auront comme bénéficiaires également ceux que l'on pourra appeler les étrangers. Traditionnellement, la définition de l'étranger est assez simple. Est étranger celui qui n'a pas la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel il se trouve, de manière permanente ou occasionnelle. Peu importe en l'occurrence si l'étranger possède la nationalité d'un autre Etat ou, fait plus rare, surtout de nos jours, qu'il n'en possède aucune.¹

L'ignorance, pour l'essentiel (parce que l'on verra quelques exceptions), dont fait preuve la Convention à l'égard des étrangers se vérifie implicitement, mais de manière certaine, dans un grand nombre de dispositions de celle-ci ou bien de ses Protocoles additionnels. Les droits qu'elle consacre concernent tous les êtres humains ainsi que s'applique déjà à le démontrer la formule de l'article premier de la Convention en vertu duquel les Etats parties «reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits

1 On indiquera seulement que la Lettonie et l'Estonie, essayant, après avoir recouvert leur indépendance en 1990, de se doter d'une population majoritairement autochtone et fidèle au principe d'indépendance de l'Etat, n'ont pas accordé leur nationalité à plusieurs centaines de milliers de résidents russophones (ou slavophones, plus généralement). Ceux, de loin les plus nombreux, qui n'ont pas fait l'objet de mesures d'expulsion, se sont vu accorder, sous la pression de l'Union européenne, certaines facilités et, finalement, un statut très original, dit de «non-citoyen». Ce dernier est pourtant loin de totalement satisfaire, soit les instances de l'Union européenne, soit celles du Conseil de l'Europe. Voir, entre autres, Gelazis, Nida. The European Union and the Statelessness Problem in the Baltic States. *European Journal of Migration and Law*, 2004, pp. 225-242; Lottmann, Annelies. No Direction Home: Nationalism and Statelessness in the Baltics. *Texas International Law Journal*, 2008, pp. 503-519.

et libertés définis» dans les articles 2 à 18 de la Convention et, naturellement, dans les articles analogues, ceux donc qui consacrent explicitement des droits, des Protocoles additionnels.

L'expression la plus fréquemment utilisée en vue de désigner les bénéficiaires de tel ou tel droit consacré est «toute personne» (articles 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13 de la Convention) ou, lorsque le droit correspondant est exprimé de manière négative, «nul» (articles 3, 4, 7 de la Convention). Si cela n'était pas encore suffisant pour faire bénéficier les étrangers des droits reconnus par la Convention, le très important article 14 de celle-ci est là pour interdire, par rapport à la jouissance de ces droits, toute discrimination fondée sur un certain nombre de critères. Certes, on ne trouve pas dans la liste des critères de discrimination énoncés dans cet article un critère basé sur la nationalité de l'individu, mais cette liste de critères n'est pas fermée ainsi que le notent les quelques mots que l'on trouve à la fin de l'article 14: «ou toute autre situation». Il fait peu de doute que cette dernière expression soit assez large pour englober une éventuelle discrimination basée sur la nationalité d'une personne.²

Il n'empêche qu'un étranger ne peut aucunement être assimilé à un national, réserve faite, le cas échéant, des étrangers citoyens d'un autre Etat membre de l'Union européenne, ainsi que le reconnaît explicitement

2 Il est vrai que le seul article dans la Convention à explicitement se référer aux étrangers, son article 16, loin de conférer un quelconque droit spécifique à ceux-ci, énonce que les dispositions de l'article 10 (liberté d'expression) et de l'article 11 (liberté de réunion et d'association) de même que celles de l'article 14 (interdiction des discriminations) ne peuvent être considérées comme interdisant aux Etats parties à la Convention d'imposer des restrictions «à l'activité politique des étrangers». Il s'agirait de la seule disposition de la Convention établissant une dérogation à la clause de non-discrimination de l'article 14 (cf. Lambert, Hélène. *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, 3^{ème} éd., 2007, p. 18), disposition à laquelle on a aussi reproché d'entrer en conflit avec l'article premier de la Convention. Toutefois, à strictement parler, l'article 16 est, par rapport à l'article premier, une *lex specialis* et, en tant que telle, il a parfaitement le droit d'exister au sein de la Convention. Le supprimer, comme l'a proposé l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe déjà en 1977, relève de l'opportunité politique (probablement souhaitable), mais nullement d'une question d'interprétation juridique de la Convention. L'étrangeté de cette disposition résiderait plutôt dans le fait que les droits des étrangers qu'elle vise pourraient parfaitement être limités sur la base de l'article 10, par. 2 de la Convention. En clair, il s'agirait d'une disposition inutile (en ce sens Mole, Nuala. *Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, 4^{ème} éd., 2008, p. 125).

la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.³ Si un Etat partie à la Convention reste encore souverain, il a tout à fait le droit de filtrer l'admission sur son territoire de ressortissants étrangers⁴ et, le cas échéant, de les en éloigner, soit sur la base d'une mesure d'expulsion, soit sur la base d'une mesure d'extradition.

La Convention elle-même reconnaît implicitement un tel pouvoir aux Etats parties puisque l'une des raisons pour lesquelles ils peuvent priver une personne de sa liberté est, aux termes de l'article 5, par. 1, *litt. f*, «l'arrestation ou 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». En d'autres termes, non seulement un Etat peut légiférer en matière d'admission sur son sol d'un étranger mais, en plus, la violation par l'étranger de ladite législation peut donner lieu à une mesure sévère allant jusqu'à la privation de liberté, mesure matériellement indispensable pour le «succès» d'une procédure d'expulsion ou d'extradition.

L'expulsion peut donc parfaitement être la suite logique d'une telle privation de liberté. Elle ne peut, par définition, concerner que les seuls étrangers, ce qui nous fera dire que, plus ou moins directement, l'article 5 se réfère, lui aussi, à la problématique des étrangers. Si l'on avait encore un doute, l'article 3 du Protocole N° 4 en date du 16 septembre 1963 ne peut que le dissiper. Il énonce, dans son premier paragraphe, que «nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant» tandis que, de manière symétrique et logique, son second paragraphe ajoute que «nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'Etat dont il est le ressortissant».⁵ On observera que, par

3 *Moustaquim c. Belgique*, req. 12313/86, arrêt du 18 février 1991, Série A, N° 193. A l'argument du requérant, ressortissant marocain se trouvant sous la menace d'une expulsion suite à une condamnation pénale, suivant lequel les délinquants ressortissants d'un autre Etat membre de l'Union ne pouvaient *a priori* pas être expulsés de Belgique, ce qui, à ses yeux, constituait une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention, la Cour a répondu: «Quant au traitement préférentiel consenti aux ressortissants des autres Etats membres des Communautés, il a une justification objective et raisonnable, la Belgique faisant partie avec lesdits Etats d'un ordre juridique spécifique» (par. 49).

4 Suivant l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* de la Cour européenne des droits de l'homme en date du 28 mai 1985, «d'après un principe de droit international bien établi, les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol» (par. 67; req. 9214/80, 9473/81 et 9474/81, Série A, N° 94).

5 Le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques prend la précaution d'énoncer

opposition aux nationaux, les étrangers ne peuvent bénéficier d'une telle disposition, fussent-ils résidents réguliers.

Naturellement, le principe qui veut que l'Etat exerce sa souveraineté sur son territoire et sur les personnes qui s'y trouvent empêche toute restriction démesurée de son droit de prendre des mesures de refoulement ou d'éloignement de son territoire même à l'encontre de personnes qui, jusque-là, y résidaient de manière régulière. La commission d'un délit peut entraîner comme conséquence non seulement l'infliction de la sanction pénale correspondante, mais également, à titre complémentaire, souvent après que l'étranger eut purgé sa peine, l'expulsion de celui-ci; ce que certains estiment être une discrimination et une «double peine» pour l'individu.⁶ L'idée maîtresse est pourtant, à tort ou à raison, que l'ordre public dans l'Etat concerné souffre doublement de la commission du délit par une personne qui n'est pas liée à l'Etat et à la communauté par ce fort lien juridique de fidélité qu'est la nationalité.⁷

Cela dit, l'éloignement du territoire peut parfaitement se faire également lorsque –encore?– aucun crime n'aura été commis, mais que les autorités nationales ont des raisons de craindre et les projets et la dangerosité de la personne concernée. Le principe de *nulla poena sine lege* n'est pas ici pertinent

lui-même, dans son article 12, par. 4, que «nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays». Certes, la présence dans cette phrase de l'adverbe «arbitrairement» pourra, le cas échéant, constituer un obstacle à la mise en œuvre de ce droit de l'homme, mais, du moins, on n'aura pas eu besoin, comme en Europe, d'un protocole additionnel pour affirmer un tel droit, protocole qui peut parfaitement ne pas être ratifié par tel ou tel Etat. La limitation de ce droit, que le Pacte n'exclut pas, disparaît, en revanche, aussi bien dans la Convention américaine des droits de l'homme (article 22, par. 5) que dans la Charte arabe des droits de l'homme de 2004 (article 27, *litt.* b). Elle est également introuvable dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 13, par. 2). Toutefois, des restrictions, probablement non négligeables, refont leur apparition dans l'article 12, par. 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples puisque, dans ce texte, le droit de «toute personne» de quitter son pays et d'y revenir peut être limité si cela est «nécessaire pour protéger la sécurité nationale et l'ordre public, la santé ou la moralité publiques», pourvu que cela soit prévu par la loi.

6 Valette, Marie-Françoise. «Double peine»: Les fausses notes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2007, pp. 1101-1119.

7 Selon l'affirmation classique de la Cour internationale de justice, «la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs» (*Nottebohm*, Deuxième phase, arrêt du 6 avril 1955, *Recueil*, 1955, p. 23).

dans la mesure où, finalement, l'éloignement du territoire ne serait pas une peine mais une mesure administrative qui se fonderait directement sur le droit international lui-même. Mais, si le droit international peut autoriser une mesure, il peut également, soit au niveau coutumier, soit au niveau conventionnel, la soumettre à certaines restrictions. La Convention européenne des droits de l'homme, comme d'ailleurs d'autres textes internationaux du même genre, soumet, en fait, la faculté des Etats parties d'expulser à nombre de restrictions.

Toutefois, ces restrictions ne se trouvent pas directement dans la Convention ou dans ses Protocoles. On ne peut les y percevoir que de manière indirecte, dans la mesure où un cas d'expulsion peut, dans les circonstances d'une affaire donnée, causer la violation de certaines dispositions explicites de la Convention (I). Puis, le risque de tomber victime d'une violation de la Convention à l'occasion d'une expulsion ne sera pas forcément le même, du moins aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, suivant la source dont il peut provenir. La qualité de l'auteur potentiel d'actes contraires à la Convention sera, à cet égard, prise en compte par la jurisprudence européenne (II).

I. L'expulsion d'étrangers en tant que mesure susceptible de violer la Convention

Repérer les bases juridiques sur lesquelles la Cour européenne des droits de l'homme pourra s'appuyer afin d'éviter ou, le cas échéant, d'encadrer une expulsion n'a, de prime abord, rien d'évident dans la mesure où le texte ne donne pas à la Cour directement les moyens d'une telle ambition (A). Une fois ces moyens dégagés, une autre question cruciale pourra se poser. Comment établir la preuve de la violation d'une telle base juridique, déjà fort indirecte et fragile, surtout lorsque l'expulsion ne s'est pas encore matérialisée mais risque seulement de se produire (B)?

A) A la recherche de dispositions conventionnelles pouvant encadrer la problématique de l'expulsion

Si la Convention elle-même se montre, pour l'essentiel, indifférente vis-à-vis des étrangers, son Protocole N° 4 ne les néglige pas totalement. En énonçant, dans son article 4, que «des expulsions collectives d'étrangers sont interdites», il leur confère, au contraire, une certaine garantie. En réalité, toutefois, cette garantie se révèle assez faible puisque l'on voit mal comment

un Etat acquis aux principes non seulement de la Convention européenne des droits de l'homme mais, déjà, acquis aux principes du Statut du Conseil de l'Europe puisse jamais faire preuve du comportement décrit dans l'article 4 de ce Protocole. Une telle disposition pourrait sans doute constituer une mesure précieuse pour condamner, par exemple, une politique d'épuration ethnique (à supposer déjà que les «impurs» ne soient pas juridiquement des ressortissants de l'Etat coupable),⁸ mais elle n'est que de peu d'aide à un étranger sous le coup d'une mesure d'expulsion. Si, en effet, les expulsions collectives d'étrangers sont interdites, leurs expulsions individuelles restent, elles, *a contrario*, parfaitement autorisées.

A la réflexion, néanmoins, la dichotomie expulsion collective – expulsion individuelle que l'article 4 du Protocole N° 4 met en place peut au moins avoir une utilité: l'Etat devra pouvoir démontrer que l'expulsé n'est pas éloigné du territoire national en tant que membre d'un groupe quelconque, mais en tant qu'individu. Le moins que l'on puisse dire est que cette disposition oblige à un traitement individualisé des mesures d'expulsion «sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe» sans donc que «de fait que plusieurs étrangers fassent l'objet de décisions semblables ne permet[te] en soi de conclure à l'existence d'une expulsion collective». *La conditio sine qua non* est, en bonne logique, que «chaque intéressé [puisse] individuellement faire valoir devant les autorités compétentes les arguments qui s'oppos[ent] à son expulsion».⁹

Une fois encore, c'est un autre Protocole qui viendra rendre les choses plus claires. A première vue, il n'innove pas immensément par rapport au Protocole N° 4 mais il fait au moins œuvre de pédagogie. L'article premier du Protocole N° 7 en date du 22 novembre 1984 énonce, en effet, dans son premier paragraphe, qu' «un étranger résidant régulièrement sur le territoire

8 Voir, entre autres, Karagiannis, Syméon. Des traités d'échange de populations au nettoyage ethnique. In: Kovács, Péter (dir.). *Historia ante portas. L'histoire en Droit International*. Budapest, Miskolc: Ed. Bibor, 2004, pp. 230-276; également paru in *Miskolc Journal of International Law*, revue électronique, N° 2, 2004 (à consulter in: <<http://www.uni-miskolc.hu/~wwwdrint/mjil2/20042karagiannis1.pdf>>) et Marmin, Sébastien. *Le nettoyage ethnique: aspects de Droit International*, thèse, Université du Littoral – Côte d'Opale, 2010, spéc. p. 372 et ss.

9 *Sultani c. France*, arrêt de la Cour du 20 septembre 2007, req. 45223/05, par. 81. Voir auparavant *Andrić c. Suède*, req. 45917/99, décision du 23 février 1999 ainsi que d'autres décisions similaires du même jour. Voir, toutefois, pour une constatation de violation de cette disposition, *Čonka c. Belgique*, req. 51564/99, arrêt du 5 février 2002, *Recueil*, 2002-I.

d'un Etat ne peut en 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». Ces détails procéduraux sont bien sûr les bienvenus¹⁰ même si, dans les grandes lignes, la jurisprudence de la Cour aurait pu les déduire de l'esprit des dispositions déjà mentionnées de la Convention et de son Protocole N° 4.

Cela dit, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fondée concrètement sur l'article 1^{er} du Protocole N° 7 est rare. La raison de cette rareté est double. D'abord, le Protocole est entré en vigueur à une date, le 1^{er} novembre 1988, à laquelle la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme au sujet des expulsions d'étrangers avait déjà commencé à se former tandis que certains Etats membres importants du Conseil de l'Europe (Allemagne, Belgique, Espagne, Pays-Bas, Royaume-Uni, Turquie ...) n'ont toujours pas ratifié le Protocole N° 7. Puis, l'article 1^{er} de ce Protocole offre les garanties procédurales que l'on a vues aux seuls étrangers «résidant régulièrement» sur le territoire d'un Etat. La question se pose donc à la fois en ce qui concerne les Etats non parties à ce Protocole qu'en ce qui concerne les étrangers qui ne «résident»¹¹ pas sur le territoire de l'Etat qui les expulse ou bien qu'ils n'y résident pas «régulièrement». Inutile pourtant d'ajouter que cette catégorie d'étrangers, si regrettable que soit la violation des lois sur l'immigration qu'ils ont *a priori* commise, sont couverts, en tant que personnes humaines, par les dispositions générales de la Convention.

Justement, ce sont des dispositions conventionnelles générales qui seules, en principe, peuvent leur venir en aide, étant donné l'extrême parcimonie avec laquelle la Convention (et, en partie, aussi ses Protocoles) envisage la protection spécifique des étrangers. La spécificité de leur situation ainsi que leur plus grande vulnérabilité¹² tiennent au fait que seuls eux peuvent

10 Le second paragraphe de l'article premier du Protocole N° 7 émet, néanmoins, une réserve importante: «Un étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés au paragraphe 1 de cet article lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale».

11 Il se pourrait donc qu'un étranger s'y trouvant par hasard ou de manière éphémère (un touriste ...) ne soit pas couvert par cette disposition du Protocole. Voir, en ce sens aussi, le rapport explicatif du Protocole (par. 9).

12 Il sera, en tout cas, très difficile pour cette institution classique du droit international

faire l'objet d'une mesure d'expulsion. En revanche, un ressortissant national peut, tout comme un étranger, faire l'objet d'une mesure d'extradition bien que nombre de législations, voire, parfois, de Constitutions nationales interdisent l'extradition des nationaux.

Il est utile de noter que, d'une certaine manière, la personne extradable est davantage favorisée en ce qui concerne la protection de ses droits humains que la personne placée sous le coup d'une mesure d'expulsion. Cela n'est pas seulement dû au fait que pratiquement tous les Etats offrent de très sérieuses garanties en matière d'extradition, soit, unilatéralement, sur la base de leur législation nationale, soit, collectivement, par le biais de conventions internationales, comme, par exemple, la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957; cela est également dû à la nature même de l'extradition qui se fait sur la base d'une requête spécifique de l'Etat désireux de juger la personne extradable. En matière d'extradition, l'Etat qui s'apprête à extraditer sait très bien à quoi s'attendre puisqu'il est censé connaître le sérieux ou, inversement, le non sérieux du système judiciaire, voire pénitentiaire, de l'Etat de la requête. Des surprises désagréables en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux de la personne sont ici, en principe, exclues. En cas de doute pesant sur l'Etat de la requête, l'Etat requis a l'obligation de ne point extraditer, quitte, si les conditions sont réunies, à ce qu'il juge lui-même la personne en question. De toute façon, une jurisprudence, maintenant parfaitement établie, de la Cour de Strasbourg prévient, dans la mesure du possible et sous condition naturellement que les Etats intéressés jouent le jeu et coopèrent loyalement avec la Cour, une violation flagrante des droits de l'homme les plus importants, en tout premier lieu le droit à ne pas être

qu'est la protection diplomatique de trouver à jouer un rôle de protectrice des nationaux lésés. L'article 55 de la Convention portant «renonciation à d'autres modes de règlement des différends», il sera difficile pour un Etat partie à la Convention d'élever le conflit au sens de la protection diplomatique (mais il pourra, le cas échéant, recourir à l'article 33 de la Convention [requête interétatique] ou bien à l'article 36, par. 1 [tierce intervention]). La situation ne sera pas forcément plus réjouissante pour les Etats de nationalité de la personne expulsée qui ne seraient pas liés par la Convention européenne des droits de l'homme. Comment, en effet, se présenter dignement devant une juridiction internationale en prétendant qu'il a eu violation du droit international essentiellement parce que votre ressortissant a été accueilli dans votre territoire? Cela d'autant plus que, dans la quasi-totalité des cas, la condition des «clean hands» de votre ressortissant expulsé par l'Etat d'accueil (peut-être criminel, trafiquant, terroriste ...) sera peu satisfaite.

soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ou bien sûr le droit à la vie.¹³

En matière d'expulsion, contrairement à ce qui se passe dans le cas de l'extradition, l'Etat d'accueil n'est point requis par un Etat tiers. C'est unilatéralement qu'il prendra la décision d'expulser et, en ce cas, il n'aura pas à entrer en contact avec l'Etat de destination qui, en principe, sera l'Etat dont la personne possède la nationalité. Il n'aura pas, en particulier, à évaluer le système judiciaire et, s'il le faut, pénitentiaire de ce dernier. Une présomption saine¹⁴ veut qu'un Etat ne maltraite pas ses nationaux; bien au contraire, c'est l'Etat de la nationalité de l'individu qui pourra, selon le droit international classique, lui venir en aide à l'encontre d'Etats tiers qui auront lésé ses droits par le mécanisme bien connu de la protection diplomatique.¹⁵ Inverser la présomption d'un traitement correct et humain de ses propres nationaux par un Etat pourrait, entre autres, devenir source de complications diplomatiques ne favorisant pas la paix et la coexistence pacifique entre Etats.

Au surplus, l'Etat de destination, n'ayant, par définition, rien demandé à l'Etat expulsant, il serait malvenu, pour ne pas dire saugrenu, que ce dernier puisse suspecter l'Etat de destination de noirs desseins à l'encontre de la personne expulsable. Cette dernière est indifférente à l'Etat de destination (sinon, une requête en extradition aurait été formulée).¹⁶ Pourquoi, à première vue, ses autorités s'en prendraient à la personne en question? On notera, enfin, que c'est l'Etat national de la personne expulsable qui sera l'Etat de retour «naturel» en cas d'expulsion, un Etat tiers n'ayant bien entendu aucune obligation d'admettre sur son territoire une personne dont le comportement (activités criminelles, activisme politique interdit, etc.) aura,

13 La jurisprudence pertinente, vaste, commence par un célèbre arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, req. 14038/88, arrêt du 7 juillet 1989, Série A, N° 161, arrêt que l'on rencontrera aussi par la suite.

14 Mais ce n'est qu'une présomption ainsi que toute la jurisprudence étudiée dans cet article semble, hélas, l'indiquer ...

15 Même si, en cas d'expulsion, la défense de la personne concernée risque de s'avérer difficile (voir *supra* note 12). Cela dit, quels que soient les méfaits de l'expulsé sur le territoire de l' – ancien – Etat d'accueil, les conditions matérielles de mise en œuvre de l'expulsion pourront, parfois, constituer une base sérieuse pour exercer la protection diplomatique.

16 A moins que, certain de voir sa requête d'extradition rejetée, l'Etat de nationalité de la personne n'oserait même pas la formuler. Dans ce cas, il n'aura, en effet, qu'attendre patiemment que l'Etat d'accueil, pas mieux disposé vis-à-vis des activités délictuelles de l'individu que son Etat de nationalité, en ait assez de lui et décide de l'expulser. Mais ce cas de figure sera tout de même assez rare en pratique.

ex hypothesi, déjà heurté le bon ordre de l'Etat qui expulse. S'il fallait passer au peigne fin le système judiciaire, économique, social ou autre de l'Etat national pour refuser, le cas échéant, l'expulsion vers cet Etat, c'est toute la possibilité d'expulser qui, en pratique, risquerait de se trouver anéantie.

Ce sont là, à n'en pas douter, d'excellentes raisons pour que la Convention européenne des droits de l'homme ne mette pas d'obstacles excessifs à la faculté pour un Etat partie d'expulser de son territoire des personnes indésirables. Sinon, après tout, c'est la souveraineté même de l'Etat de contrôler son territoire national (un des trois éléments constitutifs de l'Etat, nous dit le droit international public!) qui serait mis en cause.

Et pourtant, la Convention européenne des droits de l'homme ne peut se permettre de devenir un instrument formel sans risque de trahir la philosophie profonde qui l'irrigue, à savoir un certain idéal humaniste. Bien au contraire, «la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs». ¹⁷ Dans certaines circonstances, elle n'a que faire de postulats théoriques sur la souveraineté des Etats, le souci de ne pas perturber la diplomatie internationale, etc. Elle est censée protéger les droits de l'homme, point ceux des Etats. Or, dans l'impossibilité d'empêcher une expulsion sur la base de la violation d'articles la concernant spécifiquement, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (et, dans une moindre mesure, celle de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme) a pu utiliser des dispositions conventionnelles consacrant d'autres droits qu'un illusoire et inexistant droit à ne pas se faire expulser. La technique, dite protection par ricochet, est d'ores et déjà bien rôdée. ¹⁸ Un peu audacieuse à première vue, cette interprétation qui consiste à utiliser un droit explicitement consacré afin de protéger un autre droit, qui, lui, ne l'est pas, reste toutefois une interprétation *infra legem* et ne peut donc poser de difficultés théoriques engendrant de traditionnels et dépassés reproches d'un «juge qui gouverne». Bien évidemment, le droit humain «nouveau» qui sera éventuellement dégagé restera étroitement dépendant du droit explicitement consacré. Il n'acquiert pas une existence indépendante. Les conditions, de fond comme de forme, qui régissent la

17 *Airey c. Irlande*, req. 6289/73, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 9 octobre 1979, par. 24 (Série A, N° 32, par. 24); *Artico c. Italie*, req. 6694/74, arrêt du 13 mai 1980 (Série A, N° 37, par. 33).

18 Voir Julien-Laferrière, François. L'application par ricochet de l'article 3 CEDH: l'exemple des mesures d'éloignement des étrangers. In: Chassin, C.-A. (dir.). *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2006, pp. 141-155.

protection du droit explicite régissent à plus forte raison la protection du droit consacré par ricochet.

Cela dit, le choix des articles consacrés explicitement par la Convention qui serviront de base aux fins d'une protection par ricochet ne peut que s'avérer délicat. Une interprétation d'une disposition conventionnelle ne peut jamais créer une charge trop importante et totalement imprévue pour les Etats parties. Quelle qu'elle soit sa marge de manœuvre, la Cour ne peut développer une jurisprudence en déconnexion totale avec les attentes des Etats, de leurs élites politiques ou de leurs opinions publiques. En cas contraire, c'est la possibilité même de voir ses arrêts correctement exécutés par les Etats qui risque de souffrir, dans la mesure, entre autres, où, contrairement au système interaméricain,¹⁹ la surveillance de la bonne exécution des arrêts incombe non point à la Cour elle-même, mais à un organe politique du Conseil de l'Europe, le Comité des ministres, composé justement de représentants des Etats.²⁰

En dépit de certaines tentatives de requérants de faire empêcher leur expulsion sur la base d'une argumentation puisant dans un large choix de dispositions conventionnelles, la jurisprudence européenne ne retient, en définitive, qu'un nombre fort limité parmi ces dernières. Ainsi, une allégation de possible violation de l'article 6 (procès équitable) ne rencontrera *a priori* pas le succès dans la mesure où, contrairement à ce qui se passe dans le cas d'une extradition,²¹ la personne éloignée du territoire n'aura pas

19 Voir, entre autres, De Maia E. Pádua, Antonio. *Supervisão i cumprimento das sentenças interamericanas. Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2006, pp. 177-192 et Seminara, Letizia. *Les effets des arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2009, pp. 36 et ss.

20 Article 46, par. 2 de la Convention.

21 Même dans ce cas, néanmoins, la jurisprudence de la Cour est quelque peu avare. Ainsi, dans un célèbre arrêt *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* (req. 46827/99 et 46951/99, arrêt du 4 février 2005, *Recueil*, 2005-I, par. 88), elle estime qu'«une décision d'extradition peut exceptionnellement soulever un problème sur le terrain de l'article 6 de la Convention au cas où le fugitif aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant» dans le pays requérant l'extradition (c'est nous qui soulignons). *Quod non*, à ses yeux, dans une affaire *Kaplan c. Allemagne* (req. 43212/05, décision du 15 décembre 2009). «En dépit des circonstances permettant de croire que le procès pénal dont [le requérant] allait faire l'objet [dans l'Etat de destination] ne respecterait pas tous les droits du requérant tels que consacrés par l'article 6 de la Convention», la Cour est d'avis que la décision nationale autorisant l'extradition vers la Turquie n'a pas emporté violation de cette disposition. Entre autres, la décision de la Cour est motivée par le fait que «d'éventuelles violations des droits du requérant par les autorités turques ne revêtaient ni un caractère irréparable ni une gravité et une intensité tels que les

normalement à affronter, en cas d'expulsion, la justice, notamment pénale, de l'Etat de destination. C'est l'extradé qui est recherché par les autorités judiciaires de l'Etat de destination; l'expulsé ne l'est, en principe, pas. Ce n'est, par conséquent, que dans des cas rares (mais ils existent!), que l'article 6 pourrait jouer. Or, presque systématiquement, il n'est pas pris en considération par la jurisprudence européenne. Stopper la procédure de l'expulsion parce que contraire à l'article 3 de la Convention, lequel dispose que «nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants», s'avère déjà, dans la vaste majorité des arrêts de la Cour, suffisant. Par souci d'économie de moyens, la Cour ne se livrera, dans un tel cas, à aucun examen approfondi d'une allégation de possible violation du droit à un procès équitable.

C'est rarissime, en revanche, que des requêtes allèguent une éventuelle violation, en cas d'expulsion, de l'article 4 de la Convention, qui interdit l'esclavage et le travail forcé. A plus forte raison que par rapport à l'article 6 de la Convention, la Cour préfère traiter de telles allégations dans le cadre de son examen de l'article 3 et semble même douter qu'il puisse y avoir matière à examen séparé de l'article 4 ainsi que le montre une décision *Ould Barar c. Suède* par rapport à une expulsion vers la Mauritanie.²²

Ces dernières années, c'est un autre article de la Convention qui est avancé comme risquant d'être violé aux dépens du requérant au cas où l'expulsion de ce dernier se réaliserait. Il s'agit de l'article 9, lequel protège la liberté de pensée, de conscience et de religion. En réalité, c'est uniquement son dernier volet (liberté religieuse) qui est mise en avant. Les requérants présument, et ils n'ont pas tort, que, aux yeux de la Cour, ce qui compte, dans l'article 9, est la liberté de manifestation de ses croyances religieuses. Toutefois, même ainsi, l'accueil que la Cour réserve à une telle argumentation n'est pas particulièrement chaleureux. Dans une décision *Z. et T. c. Royaume-Uni*,²³ elle estime que, «dorsqu'un individu affirme qu'à son retour dans son

autorités allemandes seraient tenues de ne pas renvoyer le requérant en Turquie, et que le requérant pouvait faire valoir ses griefs à cet égard devant les juridictions de recours turques et, le cas échéant, devant la Cour» (voir aussi *infra* note 70). Voir, en revanche, un important contre-exemple dans un arrêt *Bader et Kanbor c. Suède* du 8 novembre 2005 (req. 13284/04, par. 42).

22 Req. 42367/98, décision du 19 janvier 1999.

23 Req. 27034/05, décision du 26 février 2006.

propre pays, il sera entravé dans son culte religieux, mais d'une manière qui se situe en deçà de ce[rains] niveaux prohibés»,²⁴ l'article 9, en soi,

n'est guère, voire pas du tout, d'un grand secours. Dans le cas contraire, cette disposition obligerait en pratique les Etats contractants à agir comme des garants indirects de la liberté de culte pour le reste du monde. Si, par exemple, un pays non couvert par la Convention interdisait une religion, sans pour autant rien faire pour persécuter, poursuivre, priver de liberté ou infliger des mauvais traitements aux personnes concernées, la Cour doute que la Convention pourrait être interprétée comme exigeant d'un Etat contractant qu'il donne aux adhérents de ce courant religieux banni la possibilité de pratiquer leur religion librement et ouvertement sur leur propre territoire.

Certes, la Cour «n'écarte pas la possibilité que la responsabilité de l'Etat qui renvoie un individu puisse à titre exceptionnel être engagée en vertu de l'article 9 de la Convention si l'intéressé court un risque réel de violation flagrante de cet article dans le pays de destination» mais, selon elle, «il est difficile d'imaginer une affaire dans laquelle une violation suffisamment flagrante de l'article 9 n'impliquerait pas également un traitement contraire à l'article 3 de la Convention». Par conséquent, de manière qui commence à devenir familière à cette jurisprudence de la Cour, l'article 3 absorbe l'article 9.²⁵ Pourquoi pas, sauf que le seuil de déclenchement de l'article 3 est assez élevé,²⁶

24 Que faut-il entendre par là? Les requérantes, chrétiennes pakistanaises, se plaignaient que, en cas d'expulsion vers le Pakistan, «se trouveraient, vu la situation qui prévaut dans ce pays largement islamique, dans l'incapacité de vivre en tant que chrétiennes sans risquer d'être l'objet d'une attention hostile—voire pire— ou sans avoir à prendre des mesures pour dissimuler leur confession». Difficile à dire ce qui manque encore aux fins d'une violation en bonne et due forme de l'article 9 ... Voir, néanmoins, nos observations *infra* note 27.

25 Absorption que les requérants commencent à assimiler. Ainsi dans une affaire *Z.N.S. c. Turquie* (req. 21896/08, arrêt du 19 janvier 2010), la requérante, chiïte de nationalité iranienne convertie au christianisme, ne se donne même pas la peine d'alléguer une éventuelle violation de l'article 9 en cas d'expulsion vers l'Iran.

26 Voir pour un exemple où, en matière de refoulement, le seuil de souffrance de l'article 3 n'a pas été atteint aux yeux de la majorité de la Cour, un arrêt du 28 novembre 1996 *Nsoma c. Pays-Bas* (req. 23366/94). L'arrêt constate que le séjour de la petite Francine à Kinshasa, suite à son refoulement par les Pays-Bas, ne dura que sept jours et que, s'il a dû «constitue[r] pour elle une expérience pénible», «nul n'a prétendu que [s]a santé physique et mentale [...] aurait subi des dommages, si minimes fussent-ils» (par. 99). Notons tout de même que ladi-

ce qui n'est pas forcément le cas de celui de l'article 9²⁷ tant et si bien que la liberté religieuse ne sera presque plus protégée en cas d'expulsion vers un Etat qui, justement, n'entend pas la respecter.

Même l'article 2 de la Convention, qui protège pourtant le droit à la vie, ne jouit pas d'une grande visibilité ou autonomie dans la jurisprudence relative à l'expulsion²⁸ et il en est, curieusement, plus ou moins de même dans la jurisprudence relative à l'extradition vers un Etat pratiquant la peine de mort pour des crimes pour lesquels l'individu est recherché. Il est vrai qu'ici se fait toujours sentir l'influence de la célèbre jurisprudence *Soering c. Royaume-Uni*²⁹ dans une affaire relative à l'extradition d'un présumé meurtrier vers l'Etat de Virginie, Etat fédéré nord-américain particulièrement convaincu des bienfaits sociaux et moraux de la peine capitale. Le fait que la personne menacée d'extradition risque de demeurer pendant de nombreuses années dans le «couloir de la mort» dans des conditions extrêmes, «avec l'angoisse omniprésente et croissante de l'exécution de la peine capitale», exposerait l'intéressé à un risque réel de traitement dépassant le seuil fixé par l'article 3 (par. 111 de l'arrêt). Visiblement, ce seul élément suffit pour que l'article 3 puisse être considéré comme violé, ce qui fait que cette jurisprudence acquiert une valeur générale allant bien au-delà du cas du requérant; cela même si, dans cette affaire précise, la Cour accepte de prendre en considé-

te Francine avait, à l'époque, neuf ans. Il est presque cynique d'entendre la Cour, dans ces conditions, répéter le principe de relativité de l'appréciation du minimum de gravité pour qu'il y ait violation de l'article 3, relativité qui a aussi à faire, dit l'arrêt, avec l'âge et le sexe de l'individu (par. 92). Voir, plus généralement, Masson, Bénédicte. Un enfant n'est pas un étranger comme les autres. *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2007, pp. 822-835.

27 L'on voit, toutefois, l'effort de la Cour de surélever le seuil de déclenchement de l'article 9 jusqu'au niveau du seuil analogue de l'article 3 lorsqu'elle se réfère, dans cette décision, à une «violation suffisamment flagrante» de l'article 9 («sufficiently flagrant violation», dans la version anglaise).

28 Ainsi, par exemple, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme s'était montrée particulièrement exigeante en estimant qu'une violation de l'article 2 ou bien du Protocole N° 6 ne pouvait se réaliser, en cas d'expulsion, que lorsque *“the expelling State knowingly puts the person concerned at such high risk of losing his life as for the outcome to be a near-certainty”* (*Incedursun c. Pays-Bas*, à l'époque de l'adoption de la décision *X. c. Pays-Bas*, req. 33124/96, rapport du 9 juillet 1998, par. 56). Plus récemment, la Cour se borne à trouver *“more appropriate to examine the applicant's complaint from the standpoint of article 3 of the Convention alone”* alors que la requête alléguait aussi un risque de violation de l'article 2 en cas d'expulsion de la requérante vers l'Iran (*Z.N.S. c. Turquie*, req. 21896/08, arrêt du 19 janvier 2010, par. 39).

29 Voir *supra* note 13.

ration, comme éléments supplémentaires, le fait qu'à l'époque du crime le requérant était mineur et souffrait de troubles psychologiques.

Dans de telles conditions, il devient presque superflu d'argumenter à propos d'une possible violation de l'article 2 de la Convention européenne étant donné, entre autres, que, en lui-même, cet article autorise la peine capitale et, de surcroît, elle l'autorise sans imposer les limitations que l'on trouve dans l'article 6 du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques ou bien dans l'article 4 de la Convention américaine des droits de l'homme et dans les articles 6 et 7 de la Charte arabe des droits de l'homme de 2004.³⁰ Bien sûr, le fait que la quasi-totalité des Etats membres du Conseil de l'Europe ont ratifié le Protocole N° 6 interdisant la peine capitale en temps de paix, voire le Protocole N° 13 l'interdisant en toutes circonstances peut faciliter l'argumentation de requérants se trouvant dans une situation aussi peu confortable que celle de Jens Soering. Mais, pendant longtemps, la jurisprudence *Soering* offrait une solution commode et presque automatique en cas de non-obtention par les autorités de l'Etat requérant de garanties sérieuses suivant lesquelles la personne extradée n'allait pas être exécutée. Avec, toutefois, ceci comme risque logique: si le condamné n'allait pas passer de longues années dans le «couloir de la mort» parce que, par exemple, aucun recours sérieux n'était envisagé par le code de procédure pénale de l'Etat de destination, bref au cas où le condamné était aussitôt passé par les armes, l'argument capital des souffrances contraires à l'article 3 (le fameux séjour prolongé dans le «couloir de la mort») tombait piteusement.³¹ Certes, dans ce cas, il pourrait peut-être être tiré argument de l'article 6 mais, on l'a

30 Il est vrai que, de nos jours, l'on ne sait plus très bien si l'article 2, par. 1 de la Convention européenne reste intact suite, notamment, à la jurisprudence particulièrement audacieuse de la Première section de la Cour dans son arrêt *Öçalan c. Turquie* du 12 mars 2003 (req. 46221/99), arrêt suivant lequel, «eu égard à la convergence de tous ces éléments [notamment une ratification du Protocole N° 6 par la quasi-totalité des Etats parties à la Convention], on peut dire que la peine de mort en temps de paix en est venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable, voire inhumaine, qui n'est plus autorisée par l'article 2» (par. 196). L'arrêt de la Grande Chambre de la Cour prononcé dans la même affaire le 5 mai 2005 (*Recueil*, 2005-IV), tout en ne reprenant pas explicitement à son compte le *dictum* de la Chambre ordinaire, ne fait rien pour l'invalider. Voir aussi quelques importants développements (ou, si l'on veut, un commentaire autorisé des arrêts *Öçalan*) dans l'arrêt *Bader et Kanbor c. Suède*, cité.

31 On ne va pas se plaindre de l'audacieuse jurisprudence *Soering* mais, il est vrai, qu'elle comporte quelques défauts logiques, saisis, déjà à l'époque, par la doctrine (cf. Sudre, Frédéric. 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, pp. 103-121.

vu, ce dernier ne trouve pas, aux yeux de la Cour de Strasbourg, le charme inhérent à l'article 3. Et encore l'article 6 pose uniquement le principe de l'équité du procès pénal sans imposer aux procédures nationales un double degré de juridiction, mission, cette dernière, qui incombe à l'article 2 du Protocole N° 7.

En théorie, d'autres articles de la Convention pourraient également être invoqués par un requérant sous le coup d'une mesure d'expulsion.³² Une affaire qui s'illustre particulièrement par la richesse de l'argumentation sur ce point est une affaire concernant l'expulsion vers l'Iran d'un homosexuel. Au-delà du refus de la Cour de prendre en considération le risque de violation des articles 3 et 2 de la Convention et de l'accueil peu chaleureux réservé à l'invocation par le requérant d'une possible violation dans l'Etat de destination de l'article 6 (procès équitable) et de l'article 5 (interdiction de la privation arbitraire de la liberté),³³ la Cour justifie, dans cette décision *F. c. Royaume-Uni*,³⁴ avec un peu plus d'arguments que d'habitude, son refus de tenir compte d'une éventuelle violation de l'article 8. Ce dernier, protégeant la «vie privée», est censé protéger également la liberté et l'orientation sexuelle de l'individu, que la décision examinée appelle joliment «moral integrity».³⁵ La Cour admet qu'il est possible, en cas d'expulsion, que le requérant "*would live under a ban against homosexual adult consensual relations, which would in Contracting States disclose a violation of article 8 of the Convention*". Toutefois, refusant catégoriquement de faire œuvre de pionnier, elle se contente d'observer que sa jurisprudence avait jusqu'alors seulement constaté une "*responsibility attaching to Contracting States in respect of expelling persons who are at risk of treatment contrary to articles 2 and 3 of the Convention*". En expliquant que "*this is based on the fundamental importance of these provisions, whose guarantees it is imperative to*

32 Voir pour un passage en revue systématique, Lambert, *La situation...*, op. cit., pp. 36 et ss.

33 Elle ne nie pas en bloc l'argumentation du requérant sur ces points, mais, estimant qu'une expulsion ne peut affecter les droits protégés par ces dispositions que dans des circonstances exceptionnelles, elle trouve que, dans l'affaire pendante, le requérant ne réussit pas à prouver l'existence de ces dernières.

34 Req. 17341/03, décision du 22 juin 2004.

35 Une vaste et assez connue jurisprudence s'emploie à lier orientation sexuelle et libre manifestation de celle-ci. Parmi les arrêts classiques, on consultera *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. 7525/76, arrêt du 22 octobre 1981, Série A, N° 45; *Norris c. Irlande*, req. 10581/83, arrêt du 26 octobre 1988, Série A, N° 142; *Modinos c. Chypre*, req. 15070/89, arrêt du 22 avril 1993, Série A, N° 259.

render effective in practice”, elle énonce une doctrine limitative qui va, bien entendu, bien au-delà du cas particulier de l’affaire examinée : “*Such compelling considerations do not automatically apply under the other provisions of the Convention. On a purely pragmatic basis, it cannot be required that an expelling Contracting State only return an alien to a country which is in full and effective enforcement of all the rights and freedoms set out in the Convention*”.

Or, si l’on peut comprendre la primauté que la Cour désire conférer aux droits fondamentaux consacrés par les articles 2 et 3 de la Convention, on peut rester dubitatif sur la relative dépréciation de tous les autres droits humains reconnus par la Convention et les Protocoles à laquelle la Cour procède. Non seulement aucune disposition conventionnelle n’établit une telle distinction³⁶ mais, en plus, cette décision de la Cour semble bien mettre en place deux espaces hermétiquement séparés, celui de l’Europe et celui du reste du monde. On est bien loin ici d’une quelconque ambition d’universalité. Mais, privés d’universalité et réservés, en quelque sorte, aux seuls Européens, les droits de l’homme valent-ils encore quelque chose ?³⁷ Le moins que l’on puisse dire est que la lettre de la Convention semble bien plus «universaliste» que la jurisprudence examinée ici lorsqu’elle avoue, dans son préambule, sa dette vis-à-vis de la Déclaration universelle des droits de

36 Voir, néanmoins, le document CM(2005)40 adopté par le Comité des Ministres du Conseil de l’Europe le 4 mai 2005 intitulé «Vingt principes directeurs sur le retour forcé». Le principe N° 5, intitulé «Recours contre une décision d’éloignement», prévoit que, «si la personne fait valoir que son retour entraînera une violation des droits de l’homme visés au principe directeur 2.1, le recours doit prévoir l’examen rigoureux de ces allégations». Les droits de l’homme visés par ce principe directeur portent sur «un risque réel d’être exécuté ou soumis à la torture ou à des traitements ou peines inhumains ou dégradants». Indépendamment de la question de la valeur juridique de ce document, force est de noter qu’une discrimination est établie entre, d’une part, les droits consacrés par l’article 2 et par l’article 3, et, d’autre part, les droits consacrés par les autres articles de la Convention (ou des Protocoles, exception faite évidemment des Protocoles N° 6 et N° 13). Toutefois, cette discrimination apparaît moins tranchée que celle établie dans les faits par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Des allégations portant sur la possible violation des articles 2 et 3 doivent être soumises à un «examen rigoureux», ce qui sous-entend que les allégations sur la violation d’autres articles sont quand même soumises à un examen «normal», examen «normal» qui va probablement bien au-delà du relatif mépris de la Cour à leur égard.

37 Il est, au surplus, détestable que cette décision ait pu être adoptée à l’unanimité des sept juges de la Chambre. Ce qui peut consoler est le fait qu’il ne s’agit que d’une décision et non point d’un arrêt sur le fond.

l'homme laquelle tend «à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés».³⁸

B) Difficultés relatives à l'établissement de la preuve

Selon une jurisprudence constante de la Cour, le fardeau de la preuve incombe au requérant. Ce principe vaut également pour le genre d'affaires dont il est question dans la présente étude même si la preuve d'un traitement contraire à l'article 3, en cas d'expulsion non encore réalisée, devient vraiment une preuve d'un genre très particulier.³⁹ La Cour prend en considération la difficulté de rapporter de telles preuves qui sont, en réalité, plutôt des indices faisant craindre des violations de l'article 3 en cas d'expulsion, indices dans lesquels la Cour reconnaît sincèrement, «dans une certaine mesure, un aspect spéculatif».⁴⁰ En tout état de cause, elle a reconnu qu'«il peut être difficile d'obtenir des preuves documentaires directes établissant que pour une raison quelconque un requérant est recherché par les autorités de son pays».⁴¹ Plus particulièrement, *“the Court acknowledges that, due to the special situation in which asylum seekers often find themselves, it is frequently necessary to give them the benefit of the doubt when it comes to assessing the credibility of their statements and the documents submitted in support thereof”*.⁴²

D'ailleurs, si l'expulsion est déjà réalisée au moment où la Cour rendra son arrêt, ce seront, en principe, les indices que le gouvernement requérant aurait dû connaître (entre autres, parce que le requérant les aurait mis à sa disposition) au moment même de l'expulsion. Toutefois, la jurisprudence n'exclut pas la prise en considération d'indices et de preuves postérieurs à l'expulsion; tout en sachant que, en principe, une violation de l'article 3, même dans un pays peu respectueux des droits de l'homme, a rarement lieu publiquement. En règle générale, on préfère torturer et maltraiter en secret.

38 Considérant N° 2 du préambule de la Convention européenne.

39 La personnalité du requérant et son éventuelle dangerosité pour l'Etat expulsant ne peut, en revanche, rendre davantage difficile l'établissement de la preuve (*Saadi c. Italie*, req. 37201/06, arrêt du 28 février 2008, par. 139 et 140).

40 *Saadi c. Italie*, arrêt cité, par. 142.

41 *Babaddar c. Pays-Bas*, req. 25894/94, arrêt du 19 février 1998, par. 45; *Said c. Pays-Bas*, req. 2345/02, arrêt du 5 juillet 2005, par. 49.

42 *Matsionkhina et Matsionkhin c. Suède*, req. 31260/04, décision du 21 juin 2005 par rapport à une expulsion vers la Biélorussie; *F. H. c. Suède*, req. 32621/06, arrêt du 20 janvier 2009, par. 95.

Ce sont alors des faisceaux d'indices dévoilant de tels mauvais traitements, combinés, s'il le faut, avec une précieuse présomption simple imaginée par la Cour dans un arrêt *Tomasi c. France*,⁴³ qui pourront, le cas échéant, emporter la conviction de la Cour qu'il y a eu violation de l'article 3. L'avantage, si l'on ose parler ainsi, est que, dans les cas où la Cour statue postérieurement à l'expulsion, l'on sera probablement en mesure de vérifier si, effectivement, des actes contraires à l'article 3 auront pu être perpétrés.

Il se peut, néanmoins, que pareille vérification soit devenue impossible faute de nouvelles fiables concernant le requérant expulsé. Le sort de la personne expulsée finit ici par fortement intéresser la Cour. Aussi avoue-t-elle, dans son arrêt *Muminov c. Russie*,⁴⁴ que “*the absence of any reliable information as to the situation of the applicant after his expulsion to Uzbekistan, except for the fact of his conviction, remains a matter of grave concern for the Court*” (par. 95). La préoccupation de la Cour peut, le cas échéant, aller assez loin. Elle note, par exemple, dans un arrêt *Ben Khemais c. Italie*,⁴⁵ que certains indices rapportés (visites à la personne expulsée, et maintenant détenue, par son avocat local et des membres de sa famille)

peuvent démontrer que le requérant n'a pas subi de traitements contraires à l'article 3 de la Convention au cours des semaines ayant suivi son expulsion, mais ils ne présagent en rien du sort de l'intéressé à l'avenir. A cet égard, la Cour ne peut que réitérer ses observations quant à l'impossibilité pour le représentant du requérant devant elle et pour l'ambassadeur d'Italie à Tunis de le visiter en prison et de vérifier le respect effectif de son intégrité physique et de sa dignité humaine (par. 64).

Il est vrai au moins que, dans les cas ci-dessus, la Cour n'avait pas perdu de vue les requérants en dépit des difficultés manifestes de communication avec eux, notamment pour s'enquérir de leur sort. *Quid* pourtant si aucun contact n'est matériellement possible ? Une affaire intéressante en ce sens

43 Plus particulièrement, la jurisprudence présume que de mauvais traitements, dûment constatés en temps utile (par exemple, par un certificat médical), sont imputés aux autorités si la victime se trouvait au moment critique entre les mains de ces autorités (police, armée, services pénitentiaires, etc.). Cf. *Tomasi c. France*, req. 12850/87, arrêt du 27 août 1992, Série A, N° 241-A; *Ribitsch c. Autriche*, req. 18896/91, arrêt du 4 décembre 1995, Série A, N° 336; *Rinas c. France*, req. 59584/00, arrêt du 1^{er} avril 2004.

44 Req. 42502/06, arrêt du 11 décembre 2008.

45 Req. 246/07, arrêt du 24 février 2009.

est l'affaire *Hussun et autres c. Italie*.⁴⁶ Il s'agissait de l'expulsion d'immigrants illégaux vers la Libye. Les représentants des requérants ayant perdu tout contact avec eux, la Cour juge qu'il devient «impossible d'approfondir la connaissance d'éléments factuels concernant la situation particulière de chaque requérant». Etant donc donné que, aux yeux de la Cour, «leurs représentants ne peuvent pas, d'une manière significative, continuer la procédure devant elle», elle décide de rayer les requêtes de son rôle. Et d'ajouter que, «en ce qui concerne les requérants expulsés, il n'est pas donné à la Cour d'acquérir des renseignements concernant, d'une part, le lieu où, en Libye, ces requérants ont été renvoyés et, d'autre part, les conditions d'accueil de ceux-ci de la part des autorités libyennes» (par. 49). Si l'on comprend l'embarras de la Cour et les raisons «techniques» qu'elle avance, on ne peut s'empêcher de penser que plus le sort des requérants sera ignoré (avec tout ce que cela augure comme possibilités de violation à leurs dépens de l'article 3), plus la Cour se désintéressera de leur sort.⁴⁷ Or, la multiplication de tentatives de débarquer sur les côtes de pays de l'Union européenne et les renvois, parfois sommaires, que les autorités de ces pays effectuent en destination essentiellement du Maroc, de la Libye ou de la Tunisie créent un certain malaise.⁴⁸

Quoi qu'il en soit, si l'expulsion est produite avant l'arrêt pertinent de la Cour, «il faut se référer en priorité aux circonstances dont l'Etat en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion».⁴⁹ Toutefois, on l'a vu, cela n'empêchera pas systématiquement la Cour de prendre en considération des faits postérieurs à l'expulsion et à l'accueil du requérant dans l'Etat de destination.⁵⁰ La barre est ainsi placée assurément assez haut si l'on estime que, au moment où l'Etat procède à l'expulsion, il n'aurait pas pu savoir ce qui se passerait après l'expulsion et, parfois même, bien du temps après l'expulsion ainsi que le dévoile l'arrêt *Ben Khemais c. Italie*, cité.

46 (Requêtes N° 10171/05, 10601/05, 11593/05 et 17165/05), arrêt du 10 janvier 2010.

47 *De difficilibus non curat jura?*

48 Il n'est qu'à espérer que la solution de radiation du rôle adoptée par la Cour soit en partie motivée par ses doutes quant à la réalité de la mission de représentation que les requérants disparus auraient confiée aux avocats ayant saisi la Cour (par. 23 et ss. de l'arrêt). Toutefois, cette difficulté ne concernait que certains seulement parmi les requérants expulsés.

49 *Saadi c. Italie*, arrêt cité, par. 133; auparavant, *Chabal c. Royaume-Uni*, req. 22414/93, arrêt du 15 novembre 1996, *Recueil*, 1996-V, par. 85 et 86; *Venkadajalasarma c. Pays-Bas*, req. 58510/00, arrêt du 17 février 2004, par. 63.

50 *Ben Khemais c. Italie*, arrêt cité, par. 62.

D'ailleurs, combien de temps postérieurement à l'expulsion devraient-ils pouvoir se produire des événements indiquant une violation des normes de l'article 3? La Cour ne semble pas disposée, pour le moment, à fournir d'indications précises sur ce point. On notera que, dans son arrêt *Ben Khemais c. Italie*, elle se satisfait de l'absence de mauvais traitements pendant les premières dix semaines après l'expulsion du requérant mais s'inquiète pour ce qui a pu se passer après. En revanche, dans une autre affaire citée, *F. c. Royaume-Uni*,⁵¹ elle observe que "*a possible future unspecified problem with the authorities [de l'Etat de destination] is too remote and hypothetical basis for attracting the protection of the Convention in this regard*". Il est vrai que, contrairement à cette dernière affaire, il y a, dans l'affaire *Ben Khemais*, un élément de continuité, le requérant ayant été arrêté par les autorités tunisiennes dès son retour dans son pays et continuait à être détenu au moment où la Cour a adopté son arrêt. Globalement, le sens commun, le «raisonnable» et le souci d'éviter des abus⁵² s'avéreront utiles à la formation de l'appréciation du juge européen. Sans doute aussi sera tenu compte du fait que les poursuites et les mauvais traitements subis *ex post facto* seraient plus ou moins directement liés aux craintes dont le requérant aurait eu l'occasion de faire part aux autorités de l'Etat expulsant.

Cela dit, ce dernier aura une possibilité simple lui permettant d'éviter des complications inutiles altérant, qui plus est, aux yeux des opinions publiques, son image de protecteur des droits de l'homme.⁵³ Il peut sursoir à l'expulsion jusqu'au prononcé de l'arrêt de la Cour. Il se peut, bien sûr, que la Cour elle-même sous-estime, dans son traitement de l'affaire, le climat propice à la violation de l'article 3 qui régnerait dans l'Etat de destination, mais, du moins, dans pareil cas, l'Etat ciblé par la requête sera couvert par l'arrêt et l'appréciation de la Cour.⁵⁴ En tout état de cause, dans des affaires

51 Voir *supra* note 34.

52 Cf. l'article 35, par. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme suivant lequel «la Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34, lorsqu'elle estime qu'elle est [...] abusive».

53 L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'avère être un précieux allié de la Cour en ce qu'elle n'hésite plus à faire une – mauvaise – publicité des Etats expulsant un individu en violation de l'injonction de la Cour de ne pas expulser tant que l'affaire est pendante. Voir les réactions de l'Assemblée face à l'expulsion vers la Tunisie d'un présumé terroriste le 2 août 2009.

54 Il serait, au demeurant, intéressant de vérifier la «responsabilité» (morale uniquement?) de la Cour dans une telle affaire surtout lorsque le requérant est expulsé après un arrêt d'une

«suspectes» *prima facie*, la Cour ordonne, le plus souvent sur la demande du requérant mais désormais avec une assez belle régularité, en s'appuyant sur l'article 39, par. 1 de son Règlement⁵⁵ (lequel est censé⁵⁶ s'appuyer sur l'article 34⁵⁷ de la Convention), la non-expulsion du requérant jusqu'à ce qu'elle

chambre ordinaire qui n'a pas estimé que l'expulsion emporterait violation de l'article 3 alors que, plus tard, la Grande Chambre, forte peut-être des constatations faites (mauvais traitements prouvés, etc.), estime, dans son propre arrêt, qu'il y a eu violation de l'article 3.

55 «La chambre ou, le cas échéant, son président peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure».

56 Ces mesures provisoires, surtout d'ailleurs mises en œuvre en cas d'expulsion ou d'extradition, ont suscité de nombreuses controverses doctrinales, entre autres parce que non seulement on n'en trouve point de trace formelle dans la Convention elle-même mais aussi parce que, lors des travaux préparatoires de la Convention, des propositions de délégués visant à prévoir dans l'instrument de telles mesures avaient été rejetées. Voir, parmi une d'ores et déjà vaste bibliographie, Nørgaard, Carl Aage et Krüger, Hans Christian. Interim and Conservatory Measures under the European System of Protection of Human Rights. *Festschrift für Felix Ermacora. Fortschritt im Bewusstsein der Grund- und Menschenrechte*. Kehl-Arlington: N.P. Engel, 1988, pp. 109-117; De Schutter, Olivier. La protection juridictionnelle provisoire devant la Cour européenne des droits de l'homme. In: Ruiz Fabri, H. et Sorel, J.-M. (dir.). *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales: regards croisés*. Paris : Pedone, 2003, pp. 105-148 ; Garcla de Eterrla, Eduardo. De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1992, pp. 251-280 ; Saccucci, Andrea. Il caso *Mamatkulov* dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Un problematico *revirement* in tema di efficacia delle misure provvisorie. *Rivista di Diritto Internazionale*, 2004, pp. 70-146; Cohen-Jonathan, Gérard. Sur la force obligatoire des mesures provisoires. L'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*. *Revue Générale de Droit International Public*, 2005, pp. 421-434; Frumer, Philippe. Un arrêt définitif sur les mesures provisoires : la Cour européenne des droits de l'homme persiste et signe: commentaire de l'arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005. *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2005, pp. 799-826; Mowbray, Alastair. A New Strasbourg Approach to the Legal Consequences of Interim Measures. *Human Rights Law Review*, 2005, pp. 377-386; Pounor, Bryony. *Mamatkulov and Askarov v. Turkey: the relevance of article 6 to extradition proceedings*. *European Human Rights Law Review*, 2005, pp. 409-418; Vajić, Nina. Interim Measures and the *Mamatkulov* Judgment of the European Court of Human Rights. In: *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le Droit International. Liber Amicorum Lucius Castlisch*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 601-621.

57 «La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses

puisse statuer sur le fond de l'affaire.⁵⁸ Or, une expulsion ayant eu lieu malgré l'injonction de la Cour peut parfaitement entraîner une condamnation de l'Etat à titre autonome par rapport à une éventuelle condamnation pour violation matérielle de l'article 3. Est même concevable une condamnation de ce fait alors même qu'aucune condamnation sur le terrain de l'article 3 n'aura été prononcée.⁵⁹

Il est à supposer par ailleurs que l'Etat sur le point d'expulser l'étranger indésirable aura quand même cherché certaines garanties pour lui éviter le risque de subir de mauvais traitements dans l'Etat de destination lorsque le requérant aura invoqué un tel risque pesant sur lui. Ne point chercher de telles garanties alors même qu'il y aura un doute en la matière sera assurément un mauvais point pour cet Etat en cas de contentieux devant la Cour de Strasbourg. La question est, néanmoins, de savoir ce que valent les diverses garanties recherchées. Il est assez normal que l'Etat cherche à savoir quel est le climat politique, policier et judiciaire dans l'Etat de destination en général et quelles peuvent être ses conséquences sur l'individu concerné en particulier. Assez naturellement, l'Etat va s'appuyer, dans un premier temps, sur ses propres services (son ambassade, ses consulats, etc.); même si l'on peut avoir des doutes sur la pertinence de tels renseignements, que l'on ne peut décemment qualifier de «garanties», la Cour européenne semble leur conférer une certaine valeur probante.⁶⁰

De même, pourront peser dans la balance les obligations internationales assumées par l'Etat de destination. Toutefois, redevenue prudente, la Cour de Strasbourg assure, dans son arrêt *Ben Khemais c. Italie*, que «l'existence de textes internes et l'acceptation de traités internationaux garantissant, en principe, le respect des droits fondamentaux ne suffisent pas, à elles seules,

Protocoles. *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit*» (c'est nous qui soulignons).

58 Par ailleurs, les mesures prises sur la base de l'article 39 du Règlement de la Cour continuent à valoir même après le prononcé de l'arrêt de la chambre ordinaire tant que l'arrêt n'est pas devenu définitif, soit par l'expiration du délai de trois mois, soit par l'indication des parties qu'elles renoncent à saisir la Grande Chambre de la Cour, soit par rejet de la saisine de cette dernière par le collège de cinq juges mentionné dans l'article 43 § 2 de la Convention. Naturellement, ces mesures perdent leur validité si c'est la Grande Chambre qui a adopté l'arrêt. Voir sur ces points *F. H. c. Suède*, arrêt cité (*supra* note 42), par. 107.

59 *Mamatkounlov et Askarov c. Turquie*, arrêt cité (*supra* note 21) et, de manière bien plus prononcée, *Aoulmi c. France*, req. 50278/99, arrêt du 17 janvier 2006, par. 102 et ss.

60 Voir, pour un exemple pratique, *infra* note 92.

à assurer une protection adéquate contre le risque de mauvais traitements lorsque, comme en l'espèce, des sources fiables font état de pratiques des autorités –ou tolérées par celles-ci– manifestement contraires aux principes de la Convention». ⁶¹ Il est pourtant à se demander si le fait que l'Etat de destination s'est engagé non seulement à respecter les traités internationaux de protection des droits de l'homme dans son ordre juridique national ⁶² mais, en plus, à permettre à des individus de porter plainte contre lui devant une juridiction (ou bien une quasi-juridiction) internationale peut constituer non tant un indice d'impossible violation de l'article 3 mais un indice de possible réparation du tort éventuellement causé. ⁶³

D'autre part, la possibilité du recours au juge se doit d'être réelle et non pas abstraite et théorique. S'agissant de la possible expulsion d'un terroriste islamiste par la France vers son pays natal, l'Algérie, la Cour observe qu'«aucun suivi sur place ne paraît possible, il n'existe pas de système de contrôle permettant de garantir que les détenus ne vont pas être torturés dans des centres secrets et inaccessibles de tous, et il semble exclu que, placé dans de telles conditions, le requérant puisse soumettre à des juridictions nationales ou internationales d'éventuels griefs qu'il pourrait soulever quant aux traitements auxquels il serait soumis» (*Daoudi c. France*, arrêt cité, par. 70).

On signalera, de toute façon, que, dans certaines des affaires les plus graves portées devant la Cour de Strasbourg, l'Etat de destination n'avait pas, au moment critique, ratifié le protocole facultatif du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques autorisant, le cas échéant, le Comité des droits de l'homme à se pencher sur une éventuelle communication alléguant une violation de l'article 7 (l'équivalent, dans le Pacte, de l'article 3 de la Convention européenne). ⁶⁴ Et c'est une autre question de savoir quelle aurait été,

61 Arrêt cité, par. 57; auparavant, *Saadi c. Italie*, arrêt cité, par. 148. Voir aussi *Daoudi c. France*, req. 19576/08, arrêt du 3 décembre 2009 (par. 64).

62 Il serait rassurant de croire qu'un Etat respecte les traités internationaux qu'il ratifie. Toutefois, on le voit, la Cour de Strasbourg n'est pas dupe. Surtout si un risque de violation de l'article 3 entre en jeu.

63 Bien entendu, les deux hypothèses sont étroitement liées. La possibilité de réparation des torts limitera la possibilité pour les torts de se produire.

64 Ainsi, par exemple, la Syrie, vers laquelle allait être expulsé le requérant Bader (*supra* note 21), n'avait pas (et n'a du reste toujours pas) ratifié le protocole facultatif, tout comme d'ailleurs l'Iran ou la Chine. En revanche, des Etats impliqués dans d'autres affaires mentionnées dans la présente étude l'avaient (la République démocratique du Congo, à l'époque dénommée Zaïre, le 1^{er} novembre 1976, l'Ouzbékistan le 28 septembre 1995, le Sri Lanka le 3 octobre 1997, etc.).

dans un cas contraire, l'évaluation par la Cour des pouvoirs du Comité des droits de l'homme,⁶⁵ qui, au demeurant, ne peut qu'être considéré comme «instance internationale d'enquête ou de règlement» au sens de l'article 35, par. 2, *litt. b* de la Convention européenne des droits de l'homme.⁶⁶

Par ailleurs, on peut s'interroger sur l'attitude de la Cour en cas d'expulsion vers un Etat membre du Conseil de l'Europe et partie à la Convention européenne des droits de l'homme. L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme avait déclaré irrecevable une requête alléguant un risque de mauvais traitements dans l'Etat d'arrivée (l'Espagne) du fait de l'activisme politique du requérant (membre de l'E.T.A.) sur, pratiquement, la seule considération que cet Etat avait reconnu la compétence de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme pour être saisie de requêtes alléguant la violation de la Convention.⁶⁷ Cette argumentation souffre d'un certain formalisme⁶⁸ qui ne sied pas à l'idéal absolu de protection contre la torture et les mauvais traitements.⁶⁹ En cas de risque grave et devant des témoignages concordants, les organes de la Convention sont, heureusement, capables de revoir leur position.⁷⁰

65 En revanche, la Cour n'a aucun doute quant à l'efficacité du contrôle juridictionnel effectuée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Cf., par rapport à une extradition vers le Pérou, *Olaechea Cabuas c. Espagne*, req. 24668/03, arrêt du 10 août 2006, par. 46.

66 On rappellera que, suivant cette disposition, la soumission d'une requête à une telle «instance» avant sa soumission à la Cour européenne constitue une cause majeure d'irrecevabilité devant cette dernière.

67 *Iruretagoyena c. France*, req. 32829/96, décision du 12 janvier 1998. Voir aussi sur ce point, avec une certaine emphase, *Tomić c. Royaume-Uni* (req. 17837/03, décision du 14 octobre 2003) par rapport à l'expulsion d'un Serbe vers l'Etat dont il a la nationalité, la Croatie. Voir pour plus de détails sur cette tendance jurisprudentielle Karagiannis, Syméon. *Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'Etat de destination ou à des particuliers. Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1999, pp. 33-88, spéc. pp. 58 et ss.

68 Ainsi aussi Chetail, Vincent. *Le droit 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 traitements inhumains ou dégradants. Revue Belge de Droit International*, 2004, pp. 155-210, spéc. p. 197.

69 C'est peut-être aussi le cas dans une affaire *Kavak c. Allemagne* (req. 46089/99, décision du 18 mai 1999) par rapport à une expulsion vers la Turquie ou encore celui de la décision *K. R. S. c. Royaume-Uni* du 2 décembre 2008 (req. 32733/08), par rapport à une expulsion vers la Grèce.

70 Cf. *Incedursun c. Pays-Bas*, rapport cité, par. 73. Devant les conclusions concordantes et alarmantes du Comité des Nations Unies contre la torture et celles du Comité européen pour la prévention de la torture, la Commission n'a que faire du fait que la Turquie, probable Etat de

On a déjà indiqué à plusieurs reprises que, contrairement à une procédure d'extradition, l'Etat, lors d'une expulsion, n'entre en principe pas en contact avec l'Etat de destination. Il peut, naturellement, y avoir des exceptions, rien n'obligeant l'Etat expulsant de s'abstenir de tels contacts. Bien au contraire même, s'il a un doute (et le requérant, dans son argumentation, peut parfaitement chercher à instiller ce doute), l'Etat se verra moralement contraint d'enquêter auprès de l'Etat de destination, *a priori* l'Etat de nationalité de la personne à expulser. Toujours en cas de doute, l'Etat cherchera même à obtenir des garanties de non-violation de l'article 3 de la part de l'Etat de destination, ce qui finira par rapprocher quelque peu la procédure de l'expulsion de celle de l'extradition.⁷¹ La Cour tient compte de tels efforts⁷² quoique l'éventuel caractère tardif de ceux-ci sera un mauvais point pour l'Etat expulsant.⁷³

Au-delà, la question se pose de savoir si la Cour (et, bien sûr, avant elle, l'Etat d'accueil) devrait se fier aux assurances de l'Etat de retour. La réticence d'en fournir sera mal vue de la Cour tandis que le refus d'en fournir militera fortement en faveur du requérant. Aussi, dans l'affaire *Saadi c. Italie*, le fait que les autorités tunisiennes, sollicitées par les autorités italiennes, se soient

destination, soit liée par la Convention européenne des droits de l'homme. Voir, néanmoins, en matière d'extradition, *Kaplan c. Allemagne*, décision citée (*supra* note 21).

71 Expulsion et extradition n'en ont pas moins chacune sa propre logique, chacune obéissant à des règles juridiques différentes. Une extradition déguisée en expulsion peut poser des problèmes à l'Etat, ainsi que l'a découvert la France dans la première affaire où elle a subi une condamnation par la Cour (*Bozano c. France*, req. 9990/82, arrêt du 18 septembre 1986, Série A, N° 111). Voir sur le sujet Sudre, Frédéric. La première affaire française devant la Cour européenne des droits de l'homme: L'arrêt *Bozano* du 18 septembre 1986. *Revue Générale de Droit International Public*, 1987, pp. 533-584; Rouget, Didier. Le respect du droit extraditionnel et les "extraditions déguisées". *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1999, pp. 169-197.

72 On remarquera, néanmoins, que, parfois, de tels efforts, surtout s'ils se déroulent sans aucun tact, peuvent s'avérer contreproductifs. L'affaire *Daoudi c. France*, citée, est un exemple à éviter. Dans son arrêt dans cette affaire, la Cour note que «des autorités françaises ont saisi le consulat général d'Algérie en vue d'une audition du requérant et ont transmis une notice d'information mentionnant son état civil, l'infraction pour laquelle il avait été condamné et une copie de son passeport algérien. Ces informations ont ensuite été validées par des contacts diplomatiques. Au vu de ces éléments, la Cour estime que la notoriété, auprès des autorités algériennes, du requérant et des raisons de sa condamnation sont désormais avérées» (par. 69).

73 Ainsi, dans l'affaire *Saadi c. Italie*, la Cour semble avoir apprécié moyennement le fait que l'Italie a cherché des garanties auprès des autorités tunisiennes uniquement au moment où l'affaire était déjà pendante devant elle (par. 147).

contentées d'indiquer qu'elles accepteraient d'accueillir le requérant n'est pas une garantie prémunissant contre une éventuelle violation de l'article 3. Le fait que la Tunisie avait adhéré à nombre de traités internationaux de protection des droits humains l'est à peine plus (par. 147 de l'arrêt). Une individualisation des assurances sera d'autant plus nécessaire que le pays sera mal noté par nombre d'organisations non gouvernementales spécialisées. Et la Cour d'indiquer que c'est, *in fine*, à elle-même «d'examiner si de telles assurances fournissent, dans leur application effective, une garantie suffisante quant à la protection du requérant contre le risque de traitements interdits par la Convention. [...] Le poids à accorder aux assurances émanant de l'Etat de destination dépend en effet, dans chaque cas, des circonstances prévalant à l'époque considérée» (par. 148).⁷⁴ Et la Cour de se référer au «principe affirmé par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa résolution 1433(2005), selon lequel les assurances diplomatiques ne peuvent suffire lorsque l'absence de danger de mauvais traitement n'est pas fermement établie».⁷⁵

Last but not least, à supposer que des assurances eussent été considérées comme suffisantes, la Cour se réservera le droit d'évaluer la compétence de l'organe qui les aura fournies en vue d'engager l'Etat de retour. Ainsi, par exemple, elle estime, dans l'affaire *Ben Khemais c. Italie*, que des assurances produites par l'avocat général à la direction générale des services judiciaires de l'Etat de destination n'étaient pas appropriées dans la mesure où elles émanaient, en l'espèce, d'un organe matériellement incompétent (arrêt cité,

74 La différence peut être saisissante avec quelques affaires concernant l'extradition. Voir, par exemple, la décision du 20 février 2007 *Al-Moayad c. Allemagne* (req. 35865/03) dans laquelle la Cour ne trouve aucun motif de violation de l'article 3 en cas de remise aux autorités fédérales américaines d'un ressortissant yéménite (par ailleurs illégalement enlevé au Yémen en dépit des protestations de ce pays) accusé d'activités terroristes. Le fait que, dans d'autres cas de ce genre, l'Allemagne n'a pas eu à constater de mauvais traitements semble rassurer la Cour ainsi d'ailleurs que le fait que les autorités de l'Etat requérant l'ont assurée que l'individu ne sera pas détenu à Guantánamo mais dans une prison sur le sol américain (par. 68 et 70). Au-delà de la désastreuse image que possède une détention dans la base de Guantánamo, un pays comme l'Allemagne peut se sentir rassuré au sujet de la détention de l'extradé sur le sol des Etats-Unis dans la mesure où il pourra probablement être placé sous la protection des lois américaines. On rappellera que, du moins du temps de l'administration Bush, les Etats-Unis considéraient que les lois américaines et les traités liant les Etats-Unis ne s'appliquaient pas à Guantánamo.

75 *Ben Salah c. Italie*, req. 38128/06, arrêt du 24 mars 2009, par. 39; *C.B.Z. c. Italie*, req. 44006/06, arrêt du 24 mars 2009, par. 43; *Soltana Italie*, req. 37336/06, arrêt du 24 mars 2009, par. 46.

par. 59). En d'autres termes, la Cour est disposée d'aller assez loin dans ce domaine, quitte à ce qu'elle se permette de devenir l'interprète du droit administratif, voire du droit constitutionnel, d'un Etat non lié par la Convention européenne des droits de l'homme.⁷⁶ La protection des droits d'une personne risquant la torture en cas d'expulsion est sans doute à ce prix.

II. Une différentiation de la solution suivant la source des ennuis pour le requérant

En cas d'extradition, le risque de subir des traitements proscrits par l'article 3 vient, en principe, exclusivement des autorités de l'Etat de destination. En revanche, un risque analogue est beaucoup plus diffus en cas d'expulsion. Si l'on pense spontanément aux autorités de l'Etat de destination en tant qu'auteurs potentiels de maltraitances (A), le risque de maltraitances commises par des particuliers sans rapport aucun avec l'Etat de destination ne saurait être écarté (B).

A) Un risque de violation de l'article 3 provenant d'actes de l'Etat de destination

L'article 3 constitue une sorte de paradoxe. C'est l'article de la Convention à la fois le plus bref et, probablement, le plus souvent mentionné dans les requêtes. C'est un article qui interpelle directement la conscience publique tout en contenant des termes dont l'interprétation n'a rien d'évident. Assez tôt, la jurisprudence des organes de Strasbourg a tenté de poser des limites

⁷⁶ A plus forte raison, la Cour examinera attentivement si les garanties adéquates sont données par l'autorité compétente en cas d'extradition. Voir pour un exemple d'affaire où il a été considéré que les garanties n'émanaient pas d'une autorité compétente *Baysakov et autres c. Ukraine* (req. 54131/08, arrêt du 18 février 2010, par. 51, par rapport à une extradition demandée par le Kazakhstan). Toutefois, l'immixtion de la Cour dans le débat juridique au sein de l'Etat de destination connaît certaines limites. Ainsi, dans une affaire concernant l'éventualité de la peine de mort en cas d'extradition, la Cour, tout en admettant qu'il y a un débat en Pennsylvanie sur la constitutionnalité d'une loi «de circonstance» aménageant la possibilité d'un nouveau procès en cas d'extradition de la personne recherchée, loi qui a permis en définitive l'extradition du requérant vers cet Etat de la part de la France, est d'avis que, «à l'évidence, il n'appartenait pas à l'Etat défendeur de trancher une telle question avant d'autoriser l'extradition et il ne peut être soutenu qu'une obligation de cette nature découlait de ses obligations conventionnelles» (*Einborn c. France*, req. 71555/01, décision du 16 octobre 2001, par. 33).

à son utilisation en énonçant sa fameuse théorie du seuil de déclenchement de l'article 3, du moins en ce qui concerne les «traitements inhumains ou dégradants». ⁷⁷ Ce n'est pas n'importe quel type de traitement qui peut impliquer une violation de l'article 3, le sentiment subjectif de dégradation ou d'humiliation ressenti par la «victime» ne pouvant être retenu que jusqu'à une certaine limite. De toute façon, dans la jurisprudence européenne concernant l'expulsion, reste toujours irrecevable un argument suivant lequel la situation du requérant deviendrait, à cause précisément de l'expulsion, moins favorable dans l'Etat de retour qu'elle ne l'était dans l'Etat qui, jusqu'à l'expulsion, lui servait, légalement ou pas, d'Etat d'accueil. ⁷⁸ Mettre en avant un tel argument, par rapport à un certain confort de vie dans l'Etat d'accueil, c'est ni plus ni moins interdire la plupart des expulsions d'un Etat «développé» à destination d'un Etat «en développement» en instituant ainsi deux catégories d'Etats, ceux qui pourraient expulser et ceux qui ne le pourraient plus, au détriment bien entendu de l'égalité souveraine qui, juridiquement, caractérise tous les Etats.

Etant donné ces limites, généralement assez sévères, ⁷⁹ présidant à l'invocation de l'article 3, on pourrait, un peu naïvement peut-être, se demander en quoi le fait de devoir quitter le territoire d'un Etat qui n'est pas le sien pour gagner le territoire de l'Etat de sa nationalité constitue pour quelqu'un un «traitement inhumain ou dégradant» au sens de l'article 3. Poser cette question, c'est en même temps fournir la réponse – et la réponse est négative. Ce ne sera, en fait, que lorsque des circonstances tout à fait parti-

77 Cf. *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. 5856/72, arrêt du 25 avril 1978, Série A, N° 26, par. 30.

78 *Bensaid c. Royaume-Uni*, req. 44599/98, arrêt du 6 février 2001, *Recueil*, 2001-I, par. 38; *Collins et Akaziebie c. Suède*, req. 23944/05, décision du 8 mars 2007. Dans cette dernière affaire, la Cour a eu à discuter l'affirmation de la requérante que, dans l'hypothèse de son expulsion vers son Etat de nationalité, le Nigéria, «il serait extrêmement difficile pour elle d'[y] vivre seule avec ses filles sans aucun parent à proximité».

79 Cette sévérité s'explique par plusieurs raisons. Il serait, tout d'abord, assez dangereux de procéder à un galvaudage de notions comme (surtout!) celle de torture, notions qui devraient pouvoir flétrir des actes particulièrement odieux et barbares. Puis, la sévérité dont fait preuve la jurisprudence s'insère dans une politique jurisprudentielle de limitation du nombre des requêtes, nombre qui, il est bien connu, explose ces dernières années et met, à terme, en péril la capacité de la Cour de Strasbourg de faire face à ses missions essentielles. Enfin, la sévérité en question permet *a contrario* aux autorités publiques et, notamment, aux forces de police de mener à bien leurs délicates missions sans être constamment, et parfois pour des raisons triviales, sous la menace de poursuites judiciaires pouvant aller jusqu'au prétoire de la Cour de Strasbourg.

culières existent que l'expulsion pourra, le cas échéant, atteindre le seuil de souffrance minimale impliquant une violation de l'article 3. En l'occurrence, peu importe d'ailleurs que la violation de l'article 3 sera le fait de l'Etat de destination sur lequel, probablement, l'Etat expulsant n'aura aucune prise. La Cour refuse catégoriquement la thèse selon laquelle, «sur le terrain de l'article 3, il faudrait distinguer les traitements infligés directement par un Etat signataire de ceux qui pourraient être infligés par les autorités d'un Etat tiers, la protection contre ces derniers devant être mise en balance avec les intérêts de la collectivité dans son ensemble».⁸⁰

On a déjà dit que, en principe, la personne extradée est dotée de garanties concernant au minimum la préservation de son intégrité corporelle et, plus généralement, sa non-soumission à un traitement contraire à l'article 3. En revanche, l'absence d'un contact direct entre les autorités de l'Etat d'expulsion et celles de l'Etat de destination «naturelle» de la personne expulsée, à savoir l'Etat dont la personne possède la nationalité,⁸¹ laisse un vide qui pourrait parfois s'avérer dangereux pour la personne.

Une première célèbre affaire portée devant la Cour est l'affaire *Cruz Varas c. Suède*. Le requérant, réfugié chilien en Suède, en a été expulsé vers son pays de nationalité alors qu'il disait craindre de mauvais traitements en cas de retour. Toutefois, l'arrêt du 20 mars 1991⁸² rendu par la Cour européenne des droits de l'homme estime qu'aucune violation de l'article 3 n'a pu s'établir. Non seulement aucun mauvais traitement dû aux autorités du Chili, déjà engagé dans la voie de sortie de la dictature de Pinochet, n'a pu être prouvé postérieurement au retour du requérant au Chili mais, en plus, aux yeux de la Cour, aucun traitement de la sorte ne pouvait être raisonnablement craint par les autorités suédoises avant l'expulsion du requérant vers le Chili. L'arrêt tient compte de la difficulté pour le requérant de rapporter des preuves de son engagement clandestin contre la dictature mais égale-

80 *Saadi c. Italie*, arrêt cité, par. 138.

81 Si l'Etat de destination est autre que l'Etat de nationalité de l'individu, la situation de ce dernier pourrait, curieusement, s'avérer meilleure. En effet, comme un Etat tiers n'a aucune obligation d'admettre sur son sol la personne, ses autorités auront dû être sollicitées par l'Etat d'expulsion. Du coup, un contact aura été établi entre les autorités des deux Etats et, en principe, celles de l'Etat d'expulsion auront dû s'entourer de certaines garanties que la personne ne risque pas de tomber victime de maltraitances. Voir pour une sorte de contre-exemple *Se c. France*, req. 10085/08, décision du 15 décembre 2009, où il s'agissait, dans une première phase de l'affaire, de l'expulsion d'un Sierra-léonais vers le Maroc.

82 Req. 15576/89, Série A, N° 201.

ment de l'expérience des autorités suédoises dans ce genre de situation et, plus généralement, de la bonne image de marque de la Suède en matière de droits de l'homme. Il n'empêche que, quelque part, les autorités suédoises auront fait un pari que la personne expulsée ne risquait pas de mauvais traitements, pari qui, peut-être, a été audacieux étant donné le caractère absolu de la protection qu'est censé offrir l'article 3.

Si, malgré tout, tout a fini bien dans l'affaire *Cruz Varas*, on ne pourra pas en dire autant d'une autre affaire célèbre *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*. Expulsés du Royaume-Uni vers leur Etat de nationalité, le Sri Lanka, ces personnes d'origine ethnique tamoule ont apparemment subi de mauvais traitements à leur retour. En dépit des allégations des requérants (guerre civile sur l'île et un certain activisme politique de leur part portés à la connaissance des autorités britanniques), l'arrêt de la Cour en date du 30 octobre 1991⁸³ exonère le gouvernement défendeur de toute responsabilité quant à une violation de l'article 3. La question cruciale des preuves s'est encore une fois posée, mais l'arrêt n'est pas loin de faire preuve d'un certain cynisme lorsqu'il se contente d'estimer 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. La conjoncture restant instable, ils se trouvaient devant un certain risque de détention ou de mauvais traitements, qui s'était apparemment déjà réalisé pour certains d'entre eux par le passé.

Et l'arrêt d'ajouter que, «toutefois, en de telles circonstances une simple possibilité de mauvais traitements n'entraîne pas en soi une infraction à l'article 3» (par. 111).

Regrettable et exposé à juste titre aux critiques de la doctrine et des défenseurs des droits de l'homme,⁸⁴ l'arrêt précité a eu apparemment le mérite de rendre désormais la Cour plus attentive aux affaires de ce genre

83 Req. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, Série A, N° 215.

84 Déjà dans une décision *T. I. c. Royaume-Uni* (req. 43844/98, décision du 7 mars 2000), elle estime, en se basant sur des rapports d'organisations non gouvernementales, que "*Tamils, particularly young men, are at serious risk of detention and ill-treatment by security forces looking for Tamil Tigers* [le principal mouvement armé indépendantiste]. *Young men, who bear scars, are at particular risk of being suspected of being involved with the Tamil Tigers*".

qui, certes, ne sont pas simples. La plupart du temps, en effet, le requérant, au moment où il dépose sa requête, n'est pas encore expulsé et, forcément, une violation à ses dépens de l'article 3 n'est qu'une hypothèse qui peut se réaliser comme elle peut ne point se réaliser.⁸⁵ La question même de preuves dans de telles affaires peut s'avérer saugrenue et le juge européen et, avant lui, les autorités de l'Etat d'expulsion ne peuvent que se livrer à des conjectures. Le fait que l'article 3 consacre un droit de l'homme «indérogeable»⁸⁶ et insusceptible d'une quelconque limitation milite sans doute en faveur du requérant, mais, d'un autre côté, à force de systématiquement donner gain de cause aux requérants dans de telles affaires, on risquerait, à terme, d'anéantir le droit souverain de l'Etat d'éloigner de son territoire des personnes indésirables, voire carrément dangereuses pour l'ordre public.

C'est finalement à une double analyse circonstanciée que la Cour se voit contrainte de se livrer. D'abord, il est important pour elle de bien prendre connaissance de la situation qui prévaut dans l'Etat de destination au moment même où l'expulsion est programmée ou a déjà eu lieu. A cet égard, elle se base de plus en plus sur des rapports, il est vrai souvent de qualité, d'organisations non-gouvernementales comme Amnesty International ou Human Rights Watch.⁸⁷ De manière tout à fait ouverte, la Cour concède, dans son arrêt *Daoudi c. France*, cité, que, «compte tenu de l'autorité et de la réputation des auteurs des rapports précités, de la multiplicité et de la concordance des informations rapportées par les différentes sources, du caractère sérieux et récent des enquêtes et des données sur lesquelles elles se fondent, [elle] ne doute pas de la fiabilité des éléments ainsi collectés»

85 Cf. Arai-Takahashi, Yutaka. Uneven, but in the Direction of Enhanced Effectiveness: a critical analysis of “Anticipatory Ill-Treatment” under article 3 ECHR. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2002, pp. 5-27.

86 Il est, en effet, l'une des rares dispositions de la Convention à laquelle un Etat ne peut déroger même en cas de mise en œuvre de l'article 15 de la Convention sur les circonstances exceptionnelles.

87 Une «réticence» des autorités de l'Etat de destination de coopérer avec une telle organisation compte, comme on pouvait s'y attendre, négativement pour la Cour de Strasbourg (*Saadi c. Italie*, arrêt cité, par. 146; *Ben Khemais c. Italie*, arrêt cité, par. 60). En revanche, une coopération avec la Croix-Rouge internationale semble laisser la Cour de marbre. La Croix-Rouge paye ainsi, en quelque sorte, sa légendaire discrétion et son refus, sauf rarissimes occasions, de divulguer ses constatations faites sur le terrain. Par exemple, une visite à un détenu que la Croix-Rouge a pu effectuer ne signifie point qu'il n'y a pas eu, aux dépens du détenu, d'actes de torture (*Saadi c. Italie*, arrêt cité, par. 146).

(par. 68). Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe incite, à son tour, les Etats à ne pas négliger de telles sources d'information.⁸⁸

L'hésitation du gouvernement défendeur de contrecarrer les rapports de ce genre semble attribuer aux yeux de la Cour une valeur et une fiabilité supplémentaire à ceux-ci.⁸⁹ La Cour ne s'abstient pas non plus de prendre en considération des rapports gouvernementaux, surtout le rapport annuel du département d'Etat américain sur l'état des droits de l'homme pays par pays, ce qui, parfois, provoque la colère de certains juges qui, peut-être à juste titre, considèrent que des rapports gouvernementaux sont forcément de nature politique et donc pas forcément objectifs.⁹⁰

En revanche, une amélioration du climat politique fait diminuer corrélativement, aux yeux de la Cour, le risque d'exposition à de mauvais traitements en cas de retour au pays, comme on l'a déjà vu avec l'affaire *Cruz Varas*.⁹¹ Elle a donc pu considérer, dans une affaire d'expulsion d'un jeune Tamoul vers le Sri-Lanka, que, malgré l'instabilité de la situation sur l'île, elle ne pouvait que tenir compte du fait que «the main parties to the conflict have emphasised their commitment to the peace process» et donc la Cour «cannot ignore the very real progress that has been made which has led to a substantial relaxation of the previously precarious situation of Tamils arriving or staying in Colombo, as confirmed by the most recent country report compiled on Sri Lanka by the Netherlands Ministry of Foreign Affairs».⁹² Lorsque l'on sait ce qui s'est réellement passé sur l'île, l'on ne peut

88 Suivant le principe 2, par. 4 des «Vingt principes directeurs sur le retour forcé», document cité (*supra* note 36), «en estimant la situation dans l'Etat de retour dont il est question ci-dessus, les autorités de l'Etat d'accueil devraient consulter les sources d'information disponibles, y compris les sources non gouvernementales, et considérer toute information émanant du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR)». Une reconnaissance à un requérant du statut de réfugié par le HCR peut s'avérer déterminante notamment en matière de preuve de risque de mauvais traitements en cas d'expulsion (cf. *Z.N.S. c. Turquie*, *supra* note 25, par. 48).

89 *Saadi c. Italie*, arrêt cité, par. 143; *Daoudi c. France*, arrêt cité, par. 68.

90 Voir, à cet égard, une virulente opinion séparée du juge Loucaides jointe à l'arrêt *Said c. Pays-Bas*, arrêt cité (*supra* note 41).

91 Voir aussi *J. E. D. c. Royaume-Uni*, req. 42225/99, décision du 2 février 1999 (par rapport à la situation en Côte d'Ivoire) ou encore la décision *Se c. France*, citée, par rapport à la Sierra Leone. L'amélioration du climat politique sera d'autant plus intéressante pour la Cour qu'une amnistie aura été proclamée. Voir ainsi, par rapport à la situation en Algérie, *Ammari c. Suède* (req. 60959/00, décision du 22 octobre 2002).

92 *Thampibillai c. Pays-Bas*, req. 61350/00, arrêt du 17 février 2004, par. 65. Voir aussi, du

que s'émerveiller devant la confiance de la Cour aux promesses de paix des belligérants de même que l'on ne peut que s'extasier devant une Cour qui corrobore son sentiment de paix retrouvée au Sri Lanka en se basant sur un rapport émanant du gouvernement défendeur lui-même. Heureusement, la Cour est capable de changer son appréciation générale si la situation commence à devenir critique et que le rêve de paix se dissipe.⁹³

Cela dit, comme le souligne la Cour de Strasbourg dans son arrêt, cité, *Sultani c. France*, «démontrer l'existence d'une situation générale de violence» dans l'Etat de destination, en l'occurrence l'Afghanistan, n'est, en principe, pas suffisant.⁹⁴ Et d'ajouter que, si elle «ne peut que constater la réalité des troubles régnant dans ce pays, elle considère cependant qu'une telle situation n'est pas à elle seule de nature à entraîner, en cas d'expulsion, une violation de l'article 3» (par. 67). Comme il est, par contre, noté dans d'autres arrêts,

the Court has never excluded the possibility that the general situation of violence in a country of destination may be of a sufficient level of intensity as to entail that any removal to it would necessarily breach article 3 of the Convention. Nevertheless, the Court would adopt such an approach only in the most extreme cases of general violence, where there was a real risk of ill-treatment simply by virtue of an individual being exposed to such violence on return.⁹⁵

En règle générale, il faudra, néanmoins, pouvoir démontrer que, en sus de la situation générale de violence, la situation personnelle du requérant ou, à la limite, son appartenance à «un groupe minoritaire particulièrement

même jour, et avec la même solution contestable, l'arrêt, cité, *Venkadjalasarma c. Pays-Bas*, par. 66. Curieusement (affaires très proches et composition de la Cour identique!), si le premier arrêt est rendu à l'unanimité, au second est jointe une opinion dissidente du juge Mularoni. Bien maigre consolation pour le requérant ...

93 *N.A. c. Royaume-Uni*, req. 25904/07, arrêt du 17 juillet 2008, également par rapport à une expulsion vers le Sri Lanka.

94 *Sultani c. France*, req. 45223/05, arrêt du 20 septembre 2007. Voir aussi, pour un cas analogue, s'agissant, cette fois-ci, de l'Algérie, *Medjden c. Allemagne*, req. 35984/97, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 31 octobre 1997.

95 *F. H. c. Suède*, req. 32621/06, arrêt du 20 janvier 2009, par. 90. Voir aussi *N.A. c. Royaume-Uni*, arrêt cité, par. 115.

menacé»⁹⁶ fait peser sur lui un risque particulier, personnel et sérieux de violation de l'article 3 en cas d'expulsion.

La Cour a pu, malgré tout, considérer que la simple appartenance au groupe ethnique minoritaire des Ashraf était une raison suffisante pour que le retour forcé d'un membre de ce groupe en Somalie puisse constituer un grave danger pour l'intégrité corporelle de celui-ci au vu des multiples persécutions dont ce groupe souffrait dans une Somalie en proie à l'anarchie et aux méfaits des seigneurs de guerre appartenant, eux, à tel ou tel groupe majoritaire.⁹⁷ On soulignera, néanmoins, que cette jurisprudence reste tout à fait exceptionnelle. En règle générale, ni l'appartenance à un groupe ethnique déterminé ni l'affiliation à un groupe idéologique ou religieux, même persécuté,⁹⁸ ne suffira pour libérer le requérant de la charge de la preuve qu'il est personnellement exposé à un risque de violation de l'article 3 en cas d'expulsion.

Ainsi, par exemple, s'agissant de l'appartenance à un groupe ethnique particulier et minoritaire, à supposer même que celui-ci soit en proie à des persécutions, le seul argument tiré par le requérant suivant lequel son frère avait appartenu à un mouvement clandestin n'est pas suffisant pour convaincre la Cour que le requérant lui-même, qui n'a jamais milité, puisse courir un quelconque risque.⁹⁹ De même, le fait que le père du requérant avait été un des dirigeants du parti communiste (mais pas le requérant lui-même) n'emporte pas la conviction de la Cour que, en cas d'expulsion, le requérant risque de mauvais traitements même dans un pays aussi troublé

96 *Sultani c. France*, arrêt cité, par. 67.

97 *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, req. 1948/04, arrêt du 11 janvier 2007, par. 148.

98 Ce sera *a fortiori* le cas si le groupe en question n'est pas persécuté. Encore convient-il d'éviter tout formalisme et tout culte des apparences. Dans une affaire, citée, *Kavak c. Allemagne*, la Cour estime que le requérant, Kurde de nationalité turque, proche du parti pro-kurde HADEP, n'est point menacé en Turquie de mauvais traitements en cas d'expulsion parce que le HADEP est un parti légal «qui, pour le moment, n'est pas interdit en Turquie, même si une procédure de dissolution a été engagée devant la Cour constitutionnelle». En être membre, conclut la Cour, «n'apparaît pas suffisant pour permettre de conclure à un risque de persécutions politiques». Le fait que le requérant était connu des autorités policières en tant que membre ou du moins sympathisant du parti et qu'il avait été par le passé battu par la police à ce titre même ne semble pas peser lourd ...

99 *Müslim c. Turquie*, req. 53566/99, arrêt du 26 avril 2005, par. 69. Il s'agissait d'un membre de la minorité turkmène au Nord de l'Irak, région du pays qui, selon la Cour, du moins au moment des faits, était, de surcroît, la plus paisible du pays.

que l'Afghanistan.¹⁰⁰ A plus forte raison, serait à exclure un tel risque basé sur le seul fait que le père du requérant aurait combattu, en tant que «harki», contre l'indépendance de l'Algérie, en cas de retour forcé à l'Algérie troublée des années 1990.¹⁰¹ Pareillement, le fait que des connaissances proches du requérant aient été condamnées à des peines d'emprisonnement ou tuées par les forces de l'ordre ne prouve rien en ce qui concerne d'éventuels risques de mauvais traitements sur la personne individuelle du requérant qui, apparemment, n'avait jamais appartenu à une organisation illégale.¹⁰² Si, de toute façon, le parti ou mouvement politique auquel le requérant appartiendrait est légal, en tout cas au moment où la Cour se prononce sur l'affaire, même si un harcèlement certain en menace les militants, le risque de violation de l'article 3 devient minime même si la force du parti ou du mouvement est faible.¹⁰³ En avoir été un responsable à un niveau local sans jamais avoir occupé des positions en vue en son sein affaiblit encore plus la probabilité de mauvais traitements en cas de retour au pays. De même, il faudrait occuper une position dirigeante au sein du mouvement des Modjaheddin du peuple ou du moins avoir combattu, dans les rangs de ce mouvement armé, les troupes gouvernementales pour craindre de mauvais traitements en cas d'expulsion vers l'Iran. En être juste adepte, cela devait pouvoir encore passer¹⁰⁴ même si l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme avait pu estimer qu'une affiliation à ce mouvement précis, accompagnée de certains actes de militantisme, exposait les intéressés à des tortures, voire à une exécution par les autorités iraniennes.¹⁰⁵ Être adepte d'un mouvement spirituel interdit,

100 *Sultani c. France*, arrêt cité, par. 67. Voir un cas analogue concernant une expulsion vers l'Ouganda de la fille d'un opposant politique emprisonné in *Nnyanzji c. Royaume-Uni*, req. 21878/06, arrêt du 8 avril 2008 (spéc. par. 64).

101 *Aoulmi c. France*, arrêt cité (*supra* note 59).

102 *Incedursun c. Pays-Bas*, rapport cité, par. 78 et 80. Tout autre semble finalement être, dans cette affaire, la position du gouvernement néerlandais qui a fini par octroyer au requérant un permis de résidence permanent de sorte que l'affaire est close par un règlement amiable (arrêt de la Cour du 22 juin 1999). Si la sensibilité des Etats est plus importante que celle des organes de la Convention, il y a peut-être un problème (n'en déplaise à l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme).

103 *Liton c. Suède*, req. 28320/03, décision du 12 octobre 2004 (par rapport à une expulsion vers le Bangladesh).

104 *S. R. c. Suède*, req. 62806/00, décision du 23 avril 2002.

105 *Hatami c. Suède*, req. 32448/96, rapport de la Commission du 23 avril 1998. La Cour a fini par se rendre à cette évidence dans un arrêt du 22 septembre 2009 *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie* (req. 30471/08) dans lequel il est observé que risquent d'être exécutés et/ou subir des

le mouvement Falun Gong, considéré par les autorités chinoises comme un mouvement pseudo-bouddhiste « criminel », n'empêche pas de mauvais traitements en cas d'expulsion vers la Chine du moment que les autorités chinoises ignorent que le requérant est adepte du mouvement.¹⁰⁶ Une amnistie couvrant les délits pour lesquels le requérant aurait pu craindre des poursuites en cas de retour peut naturellement affaiblir jusqu'à faire même disparaître aux yeux de la Cour pareille crainte.¹⁰⁷

En revanche, avoir été informateur au service des forces spéciales de protection de l'ancien président du Zaïre Mobutu, avoir infiltré des mouvements d'opposition et avoir été au contact des cercles dirigeants du régime renversé vous expose à des risques de violation de l'article 3 en cas d'expulsion.¹⁰⁸ De même, si vous avez déjà été détenu, appartenez à un groupe minoritaire et êtes expulsé vers un pays où règne un climat de violence généralisé.¹⁰⁹ Avoir été (et peut-être toujours considéré comme tel) militant actif d'un parti d'opposition en proie à des persécutions et avoir été illégalement détenu et torturé pour de telles activités ne prémunit guère contre un risque de répétition d'actes contraires à l'article 3 en cas d'expulsion vers un pays n'hésitant pas, selon les sources agréées par la Cour, à pratiquer la torture.¹¹⁰ Enfin, si vous êtes, à tort ou à raison, classé comme terroriste (et, tant qu'à faire, terroriste islamiste), la situation devient franchement préoccupante.¹¹¹

Les éventuelles souffrances que le requérant a endurées dans son pays par le passé peuvent naturellement jouer un rôle dans l'appréciation de la Cour, mais une détention d'un jeune Tamoul à Colombo d'une durée courte (deux ou trois jours) sept ans auparavant ne peut convaincre la Cour d'une menace particulière en cas d'expulsion.¹¹²

traitements contraires à l'article 3 non seulement des membres actifs mais aussi de simples sympathisants de ce mouvement, même s'ils l'ont été seulement par le passé (par. 83).

106 *Y. c. Russie*, req. 20113/07, arrêt du 4 décembre 2008, par. 85.

107 Cf. *Tomić c. Royaume-Uni*, req. 17837/03, décision du 14 octobre 2003.

108 *N. c. Finlande*, req. 33885/02, arrêt du 26 juillet 2005, par. 162.

109 *N.A. c. Royaume-Uni*, arrêt cité, par rapport à un Tamoul sur le point d'être expulsé vers le Sri Lanka.

110 *Hilal c. Royaume-Uni*, req. 45276, arrêt du 6 mars 2001; par rapport au Zanzibar et, plus généralement, la Tanzanie.

111 *Saadi c. Italie*, arrêt cité; *Ben Khemais c. Italie*, arrêt cité; *Muminov c. Russie*, arrêt cité.

112 *Sinnarajah c. Suisse*, req. 45187/99, décision du 11 mai 1999.

Le cas des déserteurs peut être traité de manière variable et, à vrai dire, beaucoup dépendra du fait de savoir si, au moment de l'expulsion, il existe dans le pays de destination une situation de paix ou de guerre. Si, dans l'Etat de destination, la désertion est punie, au moment critique, d'une peine d'emprisonnement d'un maximum de deux ans ou d'une prolongation du service militaire, la Cour estime que le seuil de déclenchement de l'article 3 n'est pas atteint.¹¹³ Ce seuil est, par contre, allégrement dépassé si les autorités militaires, en l'occurrence érythréennes, soumettent quasi-systématiquement les déserteurs, recherchés au demeurant avec beaucoup de zèle, à des traitements tels que détention au secret, expositions prolongées à de fortes températures, ligotage des mains et des pieds dans des positions douloureuses, traitements tous que la Cour qualifie modestement de «traitements inhumains».¹¹⁴ On aimerait savoir en quoi consiste alors une torture!

Encore plus préoccupant est le cas d'une personne sous le coup d'une mesure d'expulsion vers un Etat qui l'a condamnée à la peine de mort. Un exemple caractéristique est l'affaire *Bader et Kanbor c. Suède*.¹¹⁵ Le principal requérant avait été condamné par contumace à la peine de mort dans son Etat national, la Syrie, pour complicité de meurtre. Même si, théoriquement, le requérant aurait droit à un nouveau procès en Syrie, sous condition toutefois qu'il se livrât aux autorités de son pays, «les perspectives de réouverture de la procédure et la probabilité pour M. Bader d'échapper à la peine capitale au cas où il serait reconnu coupable à l'issue d'un nouveau procès sont vagues et imprécises» d'après les estimations de la Cour de Strasbourg (par. 45).

Aussi la Cour juge-t-elle que le requérant est fondé à craindre que la peine de mort à son encontre soit exécutée en cas de retour forcé en Syrie. En outre, la peine capitale étant appliquée dans ce pays en dehors de tout contrôle du public et sans que personne ne doive en rendre compte, le premier requérant éprouverait inévitablement une peur et une angoisse considérables quant aux circonstances de son exécution et subirait, avec les membres de sa famille, une incertitude intolérable quant au moment, au lieu et aux modalités de sa mise à mort (par. 46).

113 *S. R. c. Suède*, décision citée.

114 *Said c. Pays-Bas*, arrêt cité, par. 54.

115 Arrêt cité (*supra* note 21).

Enfin, la procédure suivie lors du procès ayant abouti à la condamnation du requérant, caractérisée par une « négation totale des droits de la défense » [aucun témoin entendu à l'audience, éléments de preuve examinés produits par le seul procureur, non comparution de l'avocat du requérant], constitue aux yeux de la Cour « un déni flagrant de procès équitable. [...] Naturellement, cela ne peut qu'ajouter aux sentiments d'incertitude et de détresse des requérants quant à l'issue de tout nouveau procès en Syrie » (par. 47).

L'éventualité d'une condamnation à mort, même si, pour le moment, il n'y a même pas le début d'une poursuite judiciaire, est suffisante pour entraîner une violation de l'article 3 surtout si le motif d'une éventuelle condamnation est, dans la sphère culturelle et juridique du Conseil de l'Europe, assez futile (adultère) et que le mode d'exécution prévu pour un tel « crime » dans le pays de destination (l'Iran) particulièrement cruel et inhumain (lapidation).¹¹⁶

B) Un risque de violation de l'article 3 indépendant d'actes de l'Etat de destination

Dans la conception classique du droit des libertés publiques, telle que le XVIII^e siècle nous l'a léguée, le mal ne vient que de l'Etat, dépeint, plus tard, comme un monstre froid par Nietzsche. On va donc s'évertuer à limiter les pouvoirs de l'Etat et de l'administration en laissant à d'autres branches du droit, tel le droit pénal, peut-être moins empruntes de l'esprit de la philosophie des Lumières et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le souci de protéger l'individu à l'encontre d'autres individus. Cette conception purement verticale des libertés publiques va se perpétuer jusqu'au XX^e siècle même si, timidement, par ci par là, et notamment en Allemagne, on avait tenté dès la fin du XIX^e siècle à insuffler une dose d'horizontalité aux libertés publiques grâce notamment à la théorie de la *Drittwirkung*.¹¹⁷ Ce n'est que laborieusement et, en tout état de cause, encore bien partiellement, que les organes, notamment juridictionnels, gérant les grands traités internationaux de protection des droits de l'homme se sont laissés convaincre par les vertus de la *Drittwirkung*.

116 *Jabari c. Turquie*, req. 40035/98, arrêt du 11 juillet 2000.

117 Voir pour un exposé récent de la théorie et des difficultés qui entourent sa mise en œuvre pratique Engle, Eric. Third Party Effects on Fundamental Rights (*Drittwirkung*). *Harvard Law Review*, 2009, pp. 165-173.

Encore faut-il bien pouvoir distinguer le cas de la violation d'une disposition conventionnelle par un individu aux dépens d'un autre individu du cas où une telle violation finit par être imputée à l'Etat. Dans ce dernier cas, on retombe dans le rapport classique d'une verticalité du droit international des droits de l'homme.¹¹⁸ Plus particulièrement, un instrument comme la Convention européenne des droits de l'homme aura une tendance naturelle à défier la *Drittwirkung* dans la mesure où, à la fin, seul un Etat partie peut être condamné pour violation de la Convention, pas un individu.

Il est à se demander, dans ces conditions, ce que l'on peut bien reprocher à l'Etat en cas de violation d'une règle matérielle de la Convention commise par un individu. On lui reprochera non pas d'être à l'origine de l'acte anti-conventionnel mais d'avoir permis la perpétration de celui-ci ou, à la limite, de ne pas avoir pris les mesures nécessaires (juridiques et, parfois, matérielles) pour sanctionner l'individu acteur d'un tel acte. On impute finalement à l'Etat non pas l'acte lui-même mais quelque chose d'autre,¹¹⁹ quoique bien entendu en rapport avec l'acte en question.¹²⁰ L'horizontalité de la Convention est condamnée à toujours rester indirecte, biaisée. Même ainsi, elle ne pourra jamais être mise en œuvre avec la même étendue que la verticalité, caractérisée, elle, par l'imputation directe aux organes étatiques des violations de la Convention. Même à un Etat, on ne peut jamais lui reprocher de tout savoir, de tout faire, de tout prévenir. Un tel Etat, omniscient, omnipuissant et partout présent n'aurait, à la fin, rien à faire avec l'idéologie profonde des droits de l'homme, à savoir la protection de la liberté de l'individu. Il serait non seulement contreproductif pour la protection des droits de l'homme, mais carrément cauchemardesque dans sa dimension tentaculaire.

D'une certaine manière, on a déjà vu à l'œuvre une imputation biaisée concernant l'article 3 de la Convention européenne dans le cas où la personne expulsée tombe (ou, non encore expulsée, risquerait de tomber) victime de mauvais traitements de la part des autorités de l'Etat de destination. Pour être

118 Les conclusions seraient analogues s'agissant du droit constitutionnel des libertés publiques, discipline qui nous intéresse moins dans cette étude.

119 On n'impute, par exemple, pas directement à l'Etat dans l'affaire *Z. et autres c. Royaume-Uni* (req. 29392/95, arrêt du 10 mai 2001), le viol et les maltraitements subis par des enfants mais l'inertie coupable des services sociaux de ne pas avoir su prévenir ou mettre un terme à temps utile à ces traitements effectués à répétition au sein de la cellule familiale.

120 Vois nos réflexions au sujet in: Karagiannis, Syméon. Du non étatique à l'étatique: la cruciale question de l'imputabilité des actes en Droit International. In: Ben Achour, R. et Laghmani, S. (dir.). *Acteurs non étatiques et Droit International*. Paris: Pedone, 2007, pp. 161-195.

plus précis, ce n'est pas que l'Etat expulsant se livre lui-même à une violation matérielle de l'article 3;¹²¹ si violation de sa part il y a, elle concerne l'article premier de la Convention qui énonce, on l'a vu, que les parties contractantes s'engagent à ne pas exposer le requérant, dans la mesure où il «relève de [leur] juridiction», à un traitement contraire à l'article 3.¹²² Dire donc que, en cas d'expulsion vers un pays à «risque», c'est l'article 3 qui risque d'être violé est un raccourci, utile dans sa brièveté et peu exact comme tous les raccourcis.

La situation se complique lorsque le requérant dit craindre que l'Etat de destination l'expulse vers un Etat tiers qui, lui, procéderait à son encontre

121 On dira la même chose d'autres articles de la Convention utilisés par des requérants, quoique rarement avec succès, comme l'article 6 ou l'article 9. En revanche, l'article 8 de la Convention, protégeant, entre autres, la vie familiale et souvent rencontré dans les plaidoiries concernant les cas d'expulsion, est pratiquement toujours utilisé de manière non biaisée. C'est l'Etat expulsant lui-même qui peut porter atteinte à la continuation de la vie familiale lorsque, par exemple, seul le requérant, parmi les membres d'une famille, fait l'objet d'une mesure d'expulsion. Les chances de constatation juridictionnelle d'une violation de l'article 8 sont, néanmoins, bien maigres si l'on suit la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (voir, parmi beaucoup d'autres, Levinet, Michel. L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1999, pp. 89-118). Plaider d'ailleurs une violation biaisée de l'article 8, à savoir sa violation par l'Etat de destination, est normalement voué à un échec tout aussi certain sauf les rares cas où une vie familiale normale ne peut continuer dans l'Etat de destination de l'époux expulsé pour des raisons tenant, entre autres, à la condition particulière qui y est faite à la femme. Ainsi, par exemple, même si la Cour préfère ne pas approfondir ce point, *Amrollahi c. Danemark*, req. 56811/00, arrêt du 11 juillet 2002, s'agissant d'une éventuelle expulsion vers l'Iran d'un requérant de nationalité iranienne mais époux d'une Danoise.

122 Il pourrait être argumenté que l'expulsion, à supposer même qu'elle se déroule matériellement de façon relativement humaine, pourrait constituer *per se* une violation de l'article 3 de par le choc émotionnel et, le cas échéant, la profonde humiliation qui peuvent en résulter pour la personne expulsée. Toutefois, même si la Cour reconnaît, dans son arrêt *Y. c. Russie*, cité (*supra* note 106), que la procédure d'expulsion ait pu provoquer «significant stress and mental anguish» à l'intéressé, elle ne trouve pas qu'il y en a eu pour autant violation de l'article 3 dans les circonstances de l'affaire et «*taking into account the high threshold of article 3*» (par. 95). Voir aussi *supra* note 26. Il est également possible que l'article 3 soit violé du fait des conditions inhumaines de détention précédant l'expulsion, ce qui donnerait, le cas échéant, une double condamnation sur la base de l'article 3 (une condamnation directement imputable à l'Etat expulsant et une condamnation indirecte combinée avec l'article premier de la Convention). *Quod non*, néanmoins, dans l'affaire citée *Z.N.S. c. Turquie* (*supra* note 25) en dépit du fait que, de l'aveu de la Cour, les conditions d'hygiène laissaient à désirer et que «*the Government failed to make detailed submissions as to the living conditions in the Kırklareli Foreigners' Admission and Accommodation Centre*» (par. 86). Il est possible que la Cour cherche à éviter de telles doubles condamnations sur le terrain de l'article 3 en minorant le caractère inhumain des conditions de détention.

à des traitements contraires à l'article 3. Il s'agira, dans une telle hypothèse, d'une éventuelle violation doublement indirecte, ce qui, naturellement, rend encore plus difficile la tâche du requérant en matière de rassemblement des preuves.¹²³ C'est, par exemple, le cas dans une affaire *Andrić c. Suède*.¹²⁴ Le requérant, Croate catholique de nationalité bosnienne, dit craindre que, en cas d'expulsion vers la Croatie, Etat choisi par l'Etat expulsant comme Etat de destination, il serait par la suite expulsé par cet Etat vers la Bosnie-Herzégovine, son Etat de nationalité, dont il avait auparavant déserté l'armée et où il avait lutté contre des troupes musulmanes. La Cour conclut à l'irrecevabilité de la requête trouvant qu'il est peu probable que la Croatie l'expulse, dans ces conditions, vers la Bosnie. On peut aussi rappeler que la Croatie était déjà à l'époque liée par la Convention, ce qui constitue, aux yeux de la Cour, une certaine garantie.¹²⁵

La Cour se montre rassurante dans de telles hypothèses comme, par exemple, dans une décision *T. I. c. Royaume-Uni*,¹²⁶ où elle note que "*the indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to article 3 of the Convention*". Cette affaire se place aussi dans le cadre d'une Convention de Dublin du 15 juin 1990,¹²⁷ conclue entre les Etats membres de l'Union européenne, qui, soucieuse d'instaurer une certaine cohérence en matière de traitement de demandes d'asile au sein de l'Union, tente d'éviter qu'un requérant débouté dans un Etat membre ne dépose une autre demande d'asile dans un autre Etat membre de l'Union. Cette politique de l'Union européenne n'est pas en soi contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, mais elle a déjà fait l'objet de critiques de la part des instances concernées des Nations Unies. La décision *T. I. c. Royaume-Uni* note à ce propos, en reprenant une

123 Le principe 2, par. 3 des «Vingt principes directeurs sur le retour forcé» (document cité *supra* note 36), préconise, à cet égard, que «si l'Etat de retour n'est pas l'Etat d'origine, la décision d'éloignement ne devrait être prise que si les autorités de l'Etat d'accueil sont convaincues, dans la mesure du raisonnable, que l'Etat de retour n'expulsera pas la personne vers un Etat tiers où elle se verrait exposée à un risque réel [...]». Le conditionnel utilisé («devrait») est, toutefois, assez peu rassurant ...

124 Req. 45917/99, décision du 23 février 1999.

125 Voir, néanmoins, *supra* note 69.

126 Req. 43844/98, décision du 7 mars 2000. Voir aussi l'arrêt, cité, *Y. c. Russie* (par. 88).

127 En réalité, un règlement communautaire, dit règlement Dublin II, s'est substitué depuis 2003 à la Convention.

jurisprudence bien établie, que “*where States establish international organisations, or mutatis mutandis international agreements, to pursue co-operation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights*”. La Cour conclut, néanmoins, dans cette affaire, à l’irrecevabilité de la requête en cas d’expulsion du jeune Tamoul sri-lankais vers l’Allemagne où sa demande d’asile n’avait pas abouti auparavant. Sa solution ne se base pourtant pas sur une quelconque intouchabilité de la Convention de Dublin mais sur le fait que, selon la Cour, “*it is not established that there is a real risk that Germany would expel the applicant to Sri Lanka in breach of article 3 of the Convention*”.¹²⁸

Or, si c’est déjà difficile de se faire une idée des risques éventuellement encourus par la personne expulsable du fait des autorités de l’Etat de destination, la tâche de l’Etat expulsant devient extrêmement délicate lorsque, selon le requérant, ce sont des personnes privées qui feraient peser des menaces sur son intégrité corporelle, voire sur sa vie. Il s’agit, dans une telle hypothèse aussi, d’une imputation d’une violation de l’article 3 à l’Etat expulsant doublement biaisée. Dans la relation triangulaire traditionnellement instaurée dans ce genre d’affaires (Etat expulsant, Etat de destination, requérant), le deuxième acteur a tendance de passer au second plan, voire même, *prima facie*, à totalement disparaître. *Prima facie* seulement, parce que le fait que des individus peuvent porter atteinte à la personne expulsée sig-

128 Voir une discussion de problèmes similaires dans une décision *K. R. S. c. Royaume-Uni* du 2 décembre 2008 (req. 32733/08) concernant les craintes d’un ressortissant iranien que la Grèce, Etat responsable de l’instruction de son dossier de demande d’asile et vers lequel le gouvernement défendeur veut l’expulser, ne finisse par le renvoyer en Iran. On peut aussi se demander à propos de telles affaires quel peut être l’impact de la fameuse jurisprudence *Bosphorus Hava Yolari c. Irlande* (req. 45036/98, arrêt du 30 juin 2005, *Recueil*, 2005-VI). Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg est d’avis qu’une mesure d’un Etat prise en exécution d’obligations juridiques assumées de par son appartenance à une organisation internationale, en l’espèce, l’Union européenne, «doit être réputée justifiée dès lors qu’il est constant que l’organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention [...]». Par “équivalente”, la Cour entend “comparable”: toute exigence de protection “identique” de la part de l’organisation concernée pourrait aller à l’encontre de l’intérêt de la coopération internationale poursuivie [...]. Toutefois, un constat de “protection équivalente” de ce type ne saurait être définitif: il doit pouvoir être réexaminé à la lumière de tout changement pertinent dans la protection des droits fondamentaux» (par. 155). Or, si la décision *T. I. c. Royaume-Uni* est antérieure à la nouvelle jurisprudence *Bosphorus Hava Yolari c. Irlande*, qui, de manière peut-être trop généreuse, accorde une sorte de satisfecit à l’ordre juridique de l’Union européenne, la décision *K. R. S. c. Royaume-Uni* est bien postérieure à cette jurisprudence.

nifie, du moins en théorie, que les services publics de l'Etat de destination (police, justice ...) n'ont pas fonctionné.¹²⁹ Il s'agit donc d'une *Drittwirkung* appliquée, cette fois-ci – également – à l'Etat de destination puisque, par définition, les éventuels mauvais traitements ne sont pas imputables, en ligne directe, à ce dernier.

Toutefois, quelle qu'en soit la provenance du risque d'actes contraires à l'article 3, la Cour de Strasbourg ne pouvait, sous peine de se contredire, rester inerte devant une telle éventualité. Si, en effet, l'article 3 contient des règles d'une valeur absolue, c'est en toute hypothèse qu'il convient de chercher à en écarter la violation. Il est intéressant de noter que, historiquement, la jurisprudence a quand même cherché à lier le risque encouru en cas d'expulsion à des actes de l'Etat de destination même lorsque pareille éventualité paraissait, dans les faits, assez vague ou exagérée. Il y a, en effet, des hypothèses dans lesquelles il est difficile de faire totalement la part des choses, en ce sens que certains individus ont (ou, du moins, ont conservé) une certaine qualité étatique. On comprend, de toute façon, qu'une telle ligne de défense est plus facile à tenir par le requérant, la preuve qu'il risque de mauvais traitements de la part de simples particuliers étant encore plus difficile à rapporter qu'une preuve d'un risque d'origine étatique.

Une affaire caractéristique en ce sens est l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*. Le requérant, un des plus illustres dirigeants du séparatisme sikh dans le Pendjab indien, est sous le coup d'une mesure d'expulsion du sol britannique. La Cour est convaincue que le climat politique, autrefois d'extrême violence dans le Pendjab autour du séparatisme, s'est considérablement amélioré. De plus, sollicitées par les Britanniques, les autorités indiennes ont donné des assurances formelles que le requérant n'était pas poursuivi et que, s'il était expulsé vers l'Inde, il «jouira[it] de la même protection juridique que tout

129 Un autre dysfonctionnement intéressant (si l'on peut dire) de l'Etat de destination peut concerner le domaine de la santé publique. Le risque pour la personne expulsée de se faire soigner moins bien dans l'Etat de destination que dans l'Etat expulsant, à supposer qu'il soit établi, n'est, en principe, pas retenu par la Cour comme constitutif d'une éventuelle violation de l'article 3 (entre autres, *Aoulmi c. France*, *supra* note 59). Il reste qu'il y a un exemple, l'arrêt *D. c. Royaume-Uni* (req. 30240/96, arrêt du 2 mai 1997, *Recueil*, 1997-III), relatif à l'expulsion projetée d'un malade atteint du VIH, mais tout montre qu'il s'agit là d'une solution tout à fait exceptionnelle. Voir sur la question Julien-Laferrrière, François. L'éloignement des étrangers malades: faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires? *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2008, pp. 261-277.

autre citoyen indien et qu'il n'a[urait] aucune raison de craindre de se voir infliger des mauvais traitements d'aucune sorte par les autorités indiennes». ¹³⁰

Ce n'est pas le sérieux de ces assurances que retiendra, néanmoins, la Cour ni même l'argument, à première vue raisonnable, du gouvernement britannique selon lequel, étant donné la notoriété du requérant, les autorités indiennes seraient assez habiles pour ne pas soumettre le requérant à des mesures vexatoires. Pour la Cour, le risque encouru, en cas d'expulsion, ne viendra pas des autorités officielles, à la bonne foi desquelles la Cour se fie, mais d'éléments, certes revêtant une qualité officielle, mais agissant en dehors du contrôle des autorités indiennes. Pudiquement, l'arrêt se réfère à «certains des membres des forces de sécurité» (par. 105 de l'arrêt), qualifiés ailleurs d'«éléments durs des forces de sécurité» (par. 106), ayant une réputation désastreuse en matière de droits de l'homme et demeurés apparemment incontrôlables en dépit des efforts de réforme entrepris par le gouvernement central de l'Inde. ¹³¹

Plus particulier encore est le cas dans l'affaire, citée, *Hilal c. Royaume-Uni*. Le requérant, militant d'un parti politique d'opposition en proie à des persécutions à Zanzibar, ne risquerait peut-être pas de mauvais traitements de la part des autorités tanzaniennes, mais de celles de Zanzibar, une entité que l'on pourrait qualifier de quasi-fédérée au sein de la Tanzanie. ¹³² La qualité officielle des autorités de Zanzibar, qui s'en prendraient apparemment au requérant dès son retour, ne fait, certes, pas de doute; encore faut-il souligner que l'Etat vers lequel serait renvoyé le requérant est l'Etat tanzanien, Zanzibar n'existant pas comme Etat et donc comme interlocuteur, le cas échéant, du gouvernement britannique au cas où celui-ci voudrait obtenir des assurances concernant la sécurité du requérant. Par ailleurs, la solution dite de la «fuite interne» proposée par le gouvernement britannique et qui consisterait à ce que le requérant expulsé s'établisse sur la partie continentale de la Tanzanie est, à juste titre, récusé par la Cour du fait que le gouvernement local de Zanzibar peut demander l'extradition du requérant au gouvernement conti-

130 *Chahal c. Royaume-Uni*, req. 22414/93, arrêt du 15 novembre 1996, *Recueil*, 1996-V, par. 37.

131 Cas qui devrait probablement être distingué de celui d'organes étatiques opérant «dans un climat d'impunité quasi totale, sans aucun contrôle de la part des autorités civiles» comme est, du moins selon Amnesty International, le cas du D.R.S. (Département du renseignement et de la sécurité) algérien (*Daoudi c. France*, arrêt cité, par. 37).

132 Toutefois, la Tanzanie n'est pas officiellement un Etat fédéral bien que Zanzibar possède son propre parlement local et une certaine autonomie politique et législative.

mental et que, de toute façon, des éléments de la police de Zanzibar agissent, fût-ce clandestinement, dans la partie continentale du pays en pourchassant les militants de l'opposition.¹³³

Il se peut également que le risque de violation de l'article 3 menaçant le requérant en cas d'expulsion concerne un Etat qui, depuis déjà longtemps, n'a plus que les apparences extérieures d'un Etat. Le cas idéal dont on puisse rêver (si l'on ose dire) est celui de la Somalie. L'implosion des structures et du mécanisme étatique attestée dans ce pays depuis la chute du régime de Siad Barre en 1990 est telle que, presque par définition, ce ne sont plus de quelconques autorités étatiques dignes de ce nom qui puissent menacer qui que ce soit. Les risques auxquels serait exposé le requérant dans l'affaire *Ahmed c. Autriche*¹³⁴ en cas d'expulsion vers ce pays proviendraient tout simplement d'un clan adverse qui aurait le vent en poupe. La solution de la Cour en faveur de la non-expulsion, qui rappelle d'autres solutions analogues concernant des réfugiés somaliens, est sans doute facilitée par le fait que le gouvernement autrichien n'est pas en désaccord sur les risques encourus par le requérant en cas d'expulsion, expulsion qui aurait été la sanction de la condamnation du requérant pour certains délits perpétrés en Autriche et qui ont eu aussi comme conséquence juridique automatique de lui enlever le statut de réfugié. Devant une telle situation, la Cour conclut facilement que la sanction en question serait hors de toute proportion. Elle s'intéresse finalement assez peu à la possibilité théorique de voir le requérant se faire infliger un traitement contraire à l'article 3 par des particuliers dans l'Etat de destination (ou ce qui pouvait, dans les conditions décrites, tenir lieu de tel).

Au-delà des trois affaires mentionnées, qui, d'une certaine manière, ne touchent pas au noyau dur de la problématique des mauvais traitements émanant d'individus, la Cour a fini par devoir se pencher sur cette problématique délicate à l'occasion d'un arrêt *H. L. R. c. France*.¹³⁵ Le requérant, arrêté en France pour trafic de drogues, s'est mis à coopérer avec la police et a contribué, par ses révélations, au démantèlement de réseaux de trafic en Europe. A l'issue de sa peine de prison purgée en France, les autorités de ce pays décident de l'expulser vers la Colombie, l'Etat de sa nationalité. Le re-

133 A signaler aussi que dans l'affaire *Chabal*, citée, il n'était pas envisageable que le requérant, de retour en Inde, s'établisse en toute sécurité en dehors du Pendjab au vu des liens qui unissaient les policiers extrémistes du Pendjab à leurs collègues d'autres Etats fédérés indiens.

134 Req. 25964/94, arrêt du 17 décembre 1996, *Recueil*, 1996-VI.

135 *H.L.R. c. France*, req. 24573/94, arrêt du 29 avril 1997, *Recueil*, 1997-III.

quérant conteste le principe de cette expulsion au motif que sa collaboration avec la police française risque de lui causer de graves ennuis en cas de retour en Colombie où des réseaux de trafiquants ne lui auraient pas pardonné les problèmes qu'il leur aurait provoqués.

Dans une telle affaire, la Cour de Strasbourg ne peut plus se cacher derrière la problématique éprouvée suivant laquelle le risque de torture et de mauvais traitements sont, en principe, le fait des autorités de l'Etat de destination. Bien au contraire, dans cette affaire, l'Etat de destination lutte contre ces mêmes individus qui sont supposés menacer l'intégrité corporelle ou la vie du requérant. Assez naturellement, la défense de ce dernier s'organise autour de l'idée de l'incapacité des autorités colombiennes à le protéger en cas de menace grave. C'est apparemment dans cet arrêt que la Cour admet pour la première fois une certaine «horizontalisation» de sa jurisprudence *Cruz Varas*, citée, mais, comme on pouvait s'y attendre, la difficulté ne réside pas tant dans l'affirmation du principe¹³⁶ que dans l'établissement des preuves que des individus peuvent soumettre le requérant à un traitement contraire aux standards de l'article 3.

En réalité, la Cour impose au requérant de rapporter des preuves à propos de deux questions différentes, quoique, bien sûr, liées entre elles; en premier lieu, qu'il est menacé et, en second lieu, que les autorités de l'Etat de destination n'arriveront pas à le protéger efficacement contre de telles menaces. Sur la première question, la Cour considère qu'aucune preuve sur des menaces pesant personnellement sur le requérant n'a pu être rapportée, l'argumentation du requérant consistant, en substance, à dépeindre la situation générale en Colombie.¹³⁷ Et en reprenant un argument détestable, comme on a pu le noter ailleurs, la Cour estime que «la situation personnelle de l'intéressé [ne] serait [pas] pire, en cas de renvoi, que celle des autres Colombiens» (par. 42).

On conviendra cependant avec les six juges dissidents dans cette affaire que rapporter de telles preuves relève d'une mission impossible, à supposer encore que la preuve d'une menace ne soit pas autre chose qu'un mirage logique. Sans doute, en décrivant la situation générale en Colombie au moment des faits ainsi que l'influence et la violence des cartels de la dro-

136 Affirmation qui, malgré tout, avait été préparée dans la jurisprudence de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme. Voir sur cet aspect historique Karagiannis, op. cit. (*supra* note 67), pp. 66 et ss.

137 Où régnerait, note l'arrêt (par. 42), une «atmosphère tendue».

gue, le requérant espérait forger une présomption simple suivant laquelle un «informateur» comme lui ne pouvait, logiquement, qu'encourir de graves risques étant donné que son identité était plus ou moins révélée et son rôle dans le démantèlement des réseaux en Europe connu. Une sommité dans l'entêtement de la Cour d'exiger des preuves tangibles est atteinte lorsque, d'un côté, elle affirme que «parfois,¹³⁸ en cas de délation, les narcotrafiquants cherchent à se venger», et que, de l'autre côté, elle estime qu'«aucun élément pertinent ne prouve, s'agissant de H. L. R., la réalité du risque allégué» (par. 42); comme si des criminels allaient avertir leur éventuelle future victime de leur crime en encourageant ainsi, de surcroît, le risque d'échouer dans leur tentative criminelle puisque leurs menaces formalisées (une lettre, une vidéo, un e-mail?) auraient constitué pour la Cour de Strasbourg la preuve que le requérant était réellement en danger, ce qui lui aurait épargné le voyage de retour en Colombie.

S'agissant du second domaine dans lequel la Cour exige des preuves, l'arrêt est encore plus elliptique. Il se borne à nous informer que la «Cour n'ignore pas [...] les difficultés rencontrées par les autorités colombiennes pour endiguer la violence», mais c'est pour ajouter aussitôt que, «de son côté, le requérant n'a pas démontré que lesdites autorités sont incapables de lui offrir une protection appropriée» (par. 43), preuve négative que les juristes du Moyen Âge qualifieraient de *probatio diabolica* pour l'excellente raison qu'elle est quasiment impossible à rapporter.

Il est, en tout cas, peu probable que de telles affirmations de la part de la Cour aient pour objectif ultime de valoriser l'efficacité de l'armée et de la police colombiennes; plus probablement, la Cour se contenterait, dans son arrêt *H. L. R. c. France*, de poser le principe, parfois utile, selon lequel le risque de violation de l'article 3 en cas d'expulsion peut parfaitement ne pas être le fait des autorités de l'Etat de destination. Mais, en quelque sorte en compensation de la reconnaissance audacieuse de ce principe, l'arrêt exige un niveau de preuves extrêmement élevé. Certes, formellement, ces preuves ne sont pas plus élevées que dans d'autres affaires concernant l'article 3 en cas d'expulsion envisagée mais elles le deviennent en fait au vu du contexte. Prosaïquement, la Cour évite de la sorte qu'un surplus d'affaires ne vienne s'inscrire sur son rôle, extraordinairement encombré de nos jours. Les juges dissidents (au nombre de cinq sur vingt-et-un, mais il faut aussi ajouter une sixième opinion dissidente dans un sens très proche) tentent d'imposer le

138 Parfois?

principe d'une présomption, mais sans utiliser ce terme délicat qui, dans l'esprit de certains, serait capable d'affaiblir le niveau des preuves exigibles. Ils notent que «les armées privées des puissants cartels de la drogue» «semblent en mesure d'opérer en ne subissant qu'un contrôle très réduit des autorités de l'Etat». Et, peut-être en désespoir de cause, d'ajouter que les cartels de la drogue sont «connus pour leur collaboration avec les forces de sécurité». C'est problématique, probablement fort exagéré, mais le but de la «manœuvre» des juges dissidents est visible. Si collaboration avec des organes de l'Etat il y a, on quitte la jurisprudence *H. L. R. c. France* pour retomber dans des jurisprudences (*Chabal, Hilal*) à la fois plus classiques et moins exigeantes en ce qui concerne le niveau des preuves dans la mesure où les trafiquants seraient presque devenus, dans cette affirmation, nullement étayée par ailleurs, des quasi-collaborateurs du service public.

La postérité de la jurisprudence *H. L. R. c. France* est, pour le moment, peu importante.¹³⁹ C'est peut-être la preuve que le haut niveau d'exigence en matière de preuves qu'elle met en place décourage les requérants de plaider la thèse d'une violation de l'article 3 du fait de particuliers sans lien organique avec l'Etat de destination. Il serait, dans cette optique, toujours préférable de tenter de lier les potentiels auteurs de mauvais traitements aux autorités de cet Etat.

L'exigence en matière de preuves dans ce domaine concerne également l'incapacité alléguée des autorités locales à déjouer les menaces que des particuliers feraient peser sur les requérants. La jurisprudence donne généralement l'impression que la Cour part de l'hypothèse que les pouvoirs locaux sont en mesure de jouer leur rôle de protecteur¹⁴⁰ de personnes parfois

139 A noter, néanmoins, l'attention que porte à cette question le Comité des Ministres dans ses «Vingt principes directeurs sur le retour forcé». Selon le principe 2, par. 1, *lit.* b, une décision d'expulsion ne doit pas être exécutée si la personne concernée encourt «un risque réel d'être tuée ou soumise à des traitements inhumains ou dégradants par des agents non étatiques, si les autorités de l'Etat de retour, les partis ou les organisations qui contrôlent l'Etat ou une portion substantielle de son territoire, y compris les organisations internationales, n'ont pas la possibilité ou la volonté de fournir une protection adéquate et efficace». Reste ici le mystère de l'expression «agents non étatiques», le terme d'«agent» étant, en langue française, très proche de celui de «fonctionnaire» ... La version anglaise du texte est, à cet égard, davantage réussie («non-state actors»).

140 Réaliste, lorsqu'il le faut, la jurisprudence de la Cour ne va pas jusqu'à envisager une telle capacité des autorités à protéger les individus menacés en cas de guerre civile. Le malheur veut même parfois, comme dans les affaires *T. I. c. Royaume-Uni* par rapport au Sri Lanka (*supra* note 84), *Ammari c. Suède* (*supra* note 91, par rapport à l'Algérie) et *N.A. c. Royaume-Uni* par

prises pour cibles par des extrémistes surtout si ces personnes appartiennent à des minorités et sont par conséquent relativement fragiles. Il en va ainsi, par exemple, dans une affaire, citée, *Z. et T. c. Royaume-Uni*,¹⁴¹ dans laquelle est discutée, entre autres, la capacité des autorités pakistanaises de protéger efficacement la petite communauté chrétienne de ce pays. Toutefois, cette discussion laisse un goût d'inachevé. Alors même que les thèses des requérants, chrétiens pakistanais menacés d'expulsion, et du gouvernement défendeur se contredisent sur ce point, la Cour se borne à affirmer qu'«il n'apparaît pas que les autorités [de l'Etat de destination] soient inaptes ou non disposées¹⁴² à prendre des mesures adéquates pour faire face à la violence ou aux menaces de violence dirigées contre des cibles chrétiennes». A noter, sur ce dernier point, que «être inapte» et «être disposé» ne sont pas des expressions absolument synonymes. L'inaptitude se mesure à l'absence de résultats concrets; le fait, par contre, d'être «disposé» (ou pas ...) relève d'une appréciation subjective et se trouve, du moins en partie, en déconnexion avec une quelconque attente de résultats tangibles. Bref, ce n'est pas parce que les autorités locales seraient pleines de bonne volonté vis-à-vis de la communauté chrétienne que celle-ci serait en fait protégée. Bref, aussi, cette décision aurait tendance à baisser la garde face à de possibles violations de l'article 3 de la part d'individus.

Dans une affaire antérieure, *Katani et autres c. Allemagne*,¹⁴³ concernant le sort, en cas d'expulsion vers la Géorgie, de membres de la communauté confessionnelle des Yézidiens, la Cour s'était pareillement abstenue de rentrer dans les détails en estimant seulement que «le fait que les autorités de police géorgiennes n'ont apparemment pas toujours pris les mesures nécessaires et suffisantes afin de poursuivre effectivement les infractions commises à l'encontre des requérants et d'autres Yézidiens par des personnes ou groupes privés est plutôt le signe d'une faiblesse structurelle générale dans le pays».

A première vue, n'est pas très différente non plus une affaire *F. H. c. Suède*,¹⁴⁴ déjà citée, dans laquelle le requérant cumule l'inconvénient d'être

rapport au Sri Lanka (*supra* note 93) que les requérants expulsés puissent, si certaines conditions sont réunies, être victimes de mauvais traitements aussi bien de la part des autorités que de la guérilla.

141 Req. 27034/05, décision du 28 février 2006.

142 «Incapable of taking or unwilling to take», dans la version anglaise de la décision.

143 Req. 67679/01, décision du 31 mai 2001.

144 Voir *supra* note 42.

chrétien dans un pays très majoritairement musulman (l'Irak) à l'inconvénient d'avoir servi, par le passé, dans la garde républicaine de Saddam Hussein. Le fait que, juste quelques mois avant le prononcé de l'arrêt, des attaques contre des églises dans la région natale du requérant se sont soldées par de multiples morts de Chrétiens ne pèse pas lourd aux yeux de la Cour face au fait que «Christian congregations are still functioning in Iraq and, from the general information available, it can be seen that the Iraqi Government has condemned all attacks against this group and that they intervened with police and military following the October attack to ensure their safety». C'est donc le volontarisme supposé du gouvernement irakien qui l'emporte dans l'appréciation (décidément très optimiste) de la Cour. Toutefois, l'arrêt va un peu plus loin en affirmant que, outre l'absence évidente d'une persécution des Chrétiens par l'Etat irakien, les agressions antichrétiennes *"were also condemned by Islamic groups and no one has accepted responsibility for them"*, ce qui amène la Cour à la conclusion que *"it appears that the reported attacks were carried out by individuals rather than by organised groups"* (par. 97).

Extérieurement fidèle à la ligne jurisprudentielle tenue jusqu'alors, il est, toutefois, possible que cet arrêt tende à introduire un nouvel élément dans l'appréciation des risques émanant de facteurs non-étatiques, à savoir que le risque en question pourrait entraîner une violation de l'article 3 en cas d'expulsion uniquement lorsqu'il proviendrait de groupes organisés et non de personnes agissant sur une base individuelle et isolée. Naturellement, il devient urgent, si cela est vrai, de mieux cerner la notion de «groupe organisé». On se demandera, en tout état de cause, comment il est matériellement possible d'attaquer en force des églises chrétiennes d'ores et déjà protégées (ne serait-ce que par les fidèles eux-mêmes) si l'on ne dispose d'une certaine capacité organisationnelle. Si l'arrêt *F. H. c. Suède* entend par «organised groups» des partis politiques, des milices privées ou quelque chose d'analogue, on peut craindre un abaissement supplémentaire du standard de protection que si péniblement a mis en place l'arrêt *H. L. R. c. France*.

On remarque que, dans ces trois affaires, *Z. et T. c. Royaume-Uni, Katani et autres c. Allemagne* et *F. H. c. Suède*, il y a une différence entre la théorie et la pratique. Aussi bien les Chrétiens au Pakistan et en Irak que les Yézidiens en Géorgie ont, en tant que communautés religieuses, une existence légale à laquelle s'ajoutent parfois quelques privilèges, comme, par exemple, le fait qu'un nombre de sièges au Parlement soit réservé par la loi à la communauté chrétienne du Pakistan. Toutefois, cela n'empêche pas que des violences soient commises plus ou moins régulièrement contre des membres de ces communautés, leurs édifices religieux, etc.

De même, dans une affaire *Ould Barar c. Suède*, citée,¹⁴⁵ la Cour, en répondant au requérant qui dit craindre être réduit à l'état d'esclave si renvoyé en Mauritanie, observe que, en dépit de la condamnation de l'institution de l'esclavage par le gouvernement et les lois de Mauritanie, des vestiges d'esclavagisme subsisteraient dans ce pays, surtout dans les campagnes. Il est donc clair que, aux yeux de la Cour, d'éventuels mauvais traitements¹⁴⁶ en cas d'expulsion ne pourraient être le fait des autorités de l'Etat de destination mais de certains particuliers. En s'appuyant sur des rapports de plusieurs organisations internationales, la Cour observe, néanmoins, que, "*the Mauritanian Government has not taken sufficient measures against this practice*". Elle reconnaît, en d'autres termes, contrairement ce qu'elle fait dans les affaires *Z. et T. c. Royaume-Uni* et *Katani c. Allemagne*, que la position officielle du gouvernement de l'Etat de destination est loin d'assurer la sécurité du requérant si elle n'est pas suivie d'une mise en pratique efficace. Si la requête *Ould Barar c. Suède* est finalement déclarée irrecevable, c'est sur la base d'un manque cruel de toute indication pertinente concernant la situation personnelle du requérant.

On peut se demander si le seul exemple d'une application positive de la jurisprudence *H. L. R. c. France* ne soit finalement l'arrêt *N. c. Finlande*, déjà cité.¹⁴⁷ Cet ancien officiel du régime Mobutu, menacé d'une expulsion vers la République démocratique du Congo, était chargé, sans doute avec beaucoup d'autres, de certaines des basses œuvres du régime du dictateur déchu. Etablissant que, du temps de sa gloire (on a la gloire qu'on peut!), le requérant "*took part in various events during which dissidents seen as a threat to President Mobutu were singled out for harassment, detention and possibly execution*" (par. 156 de l'arrêt), la Cour estime, assez raisonnablement, que, en dépit du temps écoulé depuis ces tristes activités du requérant, "*there is reason to believe that the applicant's situation could be worse than that of most other former Mobutu supporters*" (par. 164). Et la Cour de se laisser convaincre que, en cas d'expulsion, le danger pour le requérant ne viendrait pas tant des autorités du moment que des familles d'anciens dissidents "*who may seek revenge on the applicant for his past activities in the service of president Mobutu*" (par. 163). Elle ajoute, ce qui est d'importance,

145 Voir *supra* note 22.

146 Il est intéressant de noter que, pour la Cour, la réduction à l'état d'esclavage est, de toute façon, un mauvais traitement. Il est à se demander ce qu'il reste de l'autonomie de l'article 4 de la Convention européenne par rapport à son article 3, décidément de plus en plus attractif. Il est, néanmoins, observé de manière complémentaire que de cruels châtements (plus classiques donc ...) peuvent menacer des esclaves ayant pris la fuite.

147 Voir *supra* note 108.

que les autorités congolaises “*would not necessarily be able or willing to protect him against the threats referred to*” (par. 164). On pourrait également spéculer sur un autre point (ce que l’arrêt et l’argumentation du requérant s’abstiennent de faire): il serait possible que du moins certains des particuliers constituant une menace pour le requérant feraient maintenant, dans l’Etat de destination, partie des nouveaux milieux dirigeants. Pareille éventualité nous amènerait à une solution, autrement mieux établie dans la jurisprudence, à savoir une solution proche de celle de l’arrêt *Chabal c. Royaume-Uni*. Par opposition, au cas où des particuliers susceptibles de constituer une menace pour un requérant sur le point d’être expulsé ne sont plus au pouvoir parce que, par exemple, leur parti politique aurait perdu les élections, l’argumentation du requérant devant la Cour s’affaiblirait.¹⁴⁸ Moralité: un individu est toujours plus dangereux pour un autre individu s’il croit qu’il peut être couvert, d’une façon ou d’une autre, par le pouvoir en place.¹⁴⁹

Un cas particulier est au demeurant celui où l’Etat lutte contre une pratique susceptible de constituer un traitement contraire à l’article 3 mais sans forcément parvenir à mettre un terme à cette pratique pour cause de résistance que la société traditionnelle lui opposerait. Le risque ne viendrait plus ici de tel ou tel individu ou groupe d’individus malveillants mais, pour ainsi dire, de la société tout entière, décidément bien moins progressiste que les élites politiques du pays de destination. L’exemple le plus éloquent en l’espèce est le risque de mutilation génitale féminine telle qu’elle se pratique encore dans plusieurs sociétés traditionnelles africaines. Si une affaire *Miriam Abraham Lingulli c. Suède* a pu se terminer heureusement pour la requérante, ressortissante tanzanienne, craignant de subir une telle mutilation en cas d’expulsion vers son Etat de nationalité parce que la Suède a fini par lui accorder un permis de résidente permanente,¹⁵⁰ une autre requête contre

148 Cf. *Liton c. Suède*, décision citée (voir *supra* note 103).

149 La question a également pu être discutée par la Cour dans l’affaire *F. H. c. Suède*, citée (*supra* note 42), plus particulièrement sous l’angle de l’influence des radicaux chiites dans l’Irak post-Saddam et de la menace qu’ils pourraient faire peser sur le requérant, chrétien irakien et ancien membre de la garde républicaine de Saddam Hussein. C’est le fait que le requérant n’avait pas détenu une place éminente au sein de l’ancien régime et de la garde républicaine ainsi que le fait que cela faisait déjà quinze ans qu’il vivait en dehors de l’Irak qui a pu décider une majorité des juges en faveur de l’absence de risque en cas d’expulsion du requérant vers l’Irak.

150 Req. 33692/02, décision de radiation du rôle du 1^{er} juillet 2003.

le même Etat, *Collins et Akaziebie c. Suède*,¹⁵¹ s'est soldée par une décision d'irrecevabilité. Ce qui coûte cette fin de non recevoir à cette requérante de nationalité nigériane et à sa fille mineure est le fait que, selon la Cour (et, bien sûr, selon le gouvernement défendeur), la véracité du récit de la requérante n'est pas garantie.¹⁵²

Les raisons qui incitent la Cour à une telle solution sont intéressantes à mentionner. En premier lieu, il y a une querelle de statistiques. Selon la requérante, dans l'Etat du Delta, Etat fédéré nigérian de résidence habituelle de la requérante jusqu'à sa demande d'asile en Suède, 80% à 90% des femmes seraient génétiquement mutilées alors que, selon les statistiques de l'UNICEF et du département d'Etat américain «seulement» 19% le seraient en réalité. A noter, toutefois, que, d'après un rapport d'Amnesty International, que la Cour qualifie de plus ancien, puisqu'il date de 2004 (alors que l'affaire est jugée en 2007!), 50% des femmes nigérianes auraient subi une mutilation génitale et le ministère suédois des affaires étrangères lui-même parle d'un 60% tout en notant qu'il s'agit d'une moyenne fédérale alors que dans les Etats du Sud (où se trouve l'Etat du Delta), le pourcentage serait plus important.

Mettre en doute la véracité du récit de la requérante à cause d'une querelle statistique alors qu'il s'agit d'un risque¹⁵³ non négligeable de subir une maltraitance assez atroce aux effets, qui plus est, permanents, crée un sentiment de gêne.¹⁵⁴ Ce qui militera définitivement contre la requérante sera, néanmoins, le fait que sa propre famille s'inscrit contre cette pratique coutumière, que la requérante possède une certaine instruction,¹⁵⁵ qu'elle sait faire preuve de «force et d'indépendance» (la preuve, selon la Cour: elle a pu quitter le Nigéria pour aller jusqu'en Suède!) et que, enfin, en cas de renvoi au Nigéria, elle n'a, si elle craint vraiment ne pas pouvoir s'opposer à la coutume dans l'Etat du Delta, s'installer dans un autre Etat du Nigéria où la mutilation génitale se pratiquerait –statistiquement toujours– à une moindre échelle. C'est, naturellement, accepter la solution dite de la «fuite interne»,

151 Arrêt cité (voir *supra* note 78).

152 Selon Chetaail, Vincent (op. cit., pp. 193-194), la Cour serait soucieuse de ne pas se transformer en instance d'appel pour les déboutés du statu de réfugié.

153 Pour la requérante elle-même et, surtout, pour sa fille, la deuxième requérante, née hors mariage.

154 Et la Cour de prendre en considération le pourcentage de femmes mutilées le plus bas (19%) parmi tous ceux qu'elle a eu l'honnêteté de mentionner.

155 Douze ans de scolarisation. Ce qui n'est pas si mal que cela dans un pays comme le Nigéria, notent (avec une certaine condescendance?) le gouvernement défendeur et la Cour.

que la Cour avait catégoriquement refusée dans d'autres affaires (*Chahal, Hilal* ...) dans des circonstances, certes, pas tout à fait identiques.¹⁵⁶ C'est aussi opposer la force de caractère de la requérante à la pression sociale. En d'autres termes, là où le législateur, les tribunaux et la police du Nigéria n'y peuvent rien, la force de caractère dont la requérante est créditée est sûre de pouvoir accomplir des miracles. On espère seulement que l'exaltation de la volonté de l'homme (et, en l'occurrence, de celle de la femme) pourra trouver un peu moins d'écho dans la jurisprudence future de la Cour ...

Au-delà: est-ce que la Cour est consciente de la force des contraintes coutumières dans un continent comme l'Afrique? Une lecture de certaines dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples peut être utile: «Chaque individu a des devoirs envers la famille et la société» (article 27, par. 1); «l'individu a en outre le devoir de veiller [...] à la préservation et le renforcement des valeurs culturelles africaines positives» (article 29, par. 7). Tout dépendrait bien sûr de ce que l'on entend par «positives». La détermination de l'interprète de la «positivité» ne serait pas ici du moindre intérêt.

On peut aussi se demander si des affaires comme *Collins et Akaziebie c. Suède* n'ouvrent pas un peu la voie à un relativisme culturel face aux démons duquel la Cour européenne semblait pouvoir tenir bien jusqu'à présent. Y compris lorsque c'était la Convention elle-même qui pouvait l'y pousser par le biais de la prise en considération des «nécessités locales» dans l'application de ses dispositions dans les territoires d'outre-mer.¹⁵⁷ La lutte entre universalisme et relativisme culturel n'est probablement pas achevée. Les affaires concernant l'expulsion à destination de pays «différents» offrent un certain domaine de choix pour la poursuite de cette lutte.

156 Cette solution a aussi été admise dans une affaire *Besse Damla et autres c. Allemagne* (req. 61479/00, décision du 26 octobre 2000) par rapport à l'expulsion envisagée de ressortissants turcs d'origine kurde et de confession prétendument non musulmane.

157 Article 56 § 3 de la Convention («Dans lesdits territoires les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales»). Voir sur cette clause Karagiannis, Syméon. L'«aménagement» des droits de l'homme outre-mer: la clause des «nécessités locales» de la Convention européenne. *Revue Belge de Droit International*, 1995, pp. 224-305; Moor, Louise et Simpson, A.W. Brian. Ghosts of Colonialism in the European Convention on Human Rights. *British Yearbook of International Law*, 2005, pp. 121-193.

Bibliographie

- Arai-Takahashi, Yutaka. Uneven, but in the Direction of Enhanced Effectiveness: a critical analysis of “Anticipatory Ill-Treatment” under article 3 ECHR. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2002, pp. 5-27.
- Chetail, Vincent. Le droit 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 traitements inhumains ou dégradants. *Revue Belge de Droit International*, 2004, pp. 155-210.
- Cohen-Jonathan, Gérard. Sur la force obligatoire des mesures provisoires. L'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*. *Revue Générale de Droit International Public*, 2005, pp. 421-434.
- Frumer, Philippe. Un arrêt définitif sur les mesures provisoires: la Cour européenne des droits de l'homme persiste et signe: commentaire de l'arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005. *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2005, pp. 799-826.
- Julien-Laferrière, François. L'application par ricochet de l'article 3 CEDH: l'exemple des mesures d'éloignement des étrangers. In: Chassin, C.-A. (dir.). *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2006, pp. 141-155.
- . L'éloignement des étrangers malades: faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires? *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2008, pp. 261-277.
- Karagiannis, Syméon. Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'Etat de destination ou à des particuliers. *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1999, pp. 33-88.
- . Des traités d'échange de populations au nettoyage ethnique. In: Kovács, Péter (dir.). *Historia ante portas. L'histoire en Droit International*. Budapest, Miskolc: Ed. Bibor, 2004, pp. 230-276.
- Lambert, Hélène. *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, 3^{ème} éd., 2007.
- Marmin, Sébastien. *Le nettoyage ethnique: aspects de Droit International*. Université du Littoral - Côte d'Opale, 2010.
- Mole, Nuala. *Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, 4^{ème} éd., 2008.

- Rouget, Didier. Le respect du droit extraditionnel et les “extraditions déguisées”. *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1999, pp. 169-197.
- Sudre, Frédéric. La première affaire française devant la Cour européenne des droits de l’homme: L’arrêt *Bozano* du 18 septembre 1986. *Revue Générale de Droit International Public*, 1987, pp. 533-584.
- Vajić, Nina. Interim Measures and the *Mamatkulov* Judgment of the European Court of Human Rights. In: *La promotion de la justice, des droits de l’homme et du règlement des conflits par le Droit International. Liber Amicorum Lucius Castlisch*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 601-621.
- Valette, Marie-Françoise. “Double peine”: Les fausses notes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme. *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 2007, pp. 1101-1119.