

Les juges européens face aux migrations

The European Judges Faced with Migrations

Julie Ferrero et Kiara Neri (dir.)



NEMESIS



ANTHEMIS

« Les enfants du silence – “*Children of a Lesser God*” » : migrants et réfugiés au titre de la Convention européenne des droits de l’homme*

PAR

Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE

Professeur Católica, Lisbon School of Law

Ancien juge à la Cour européenne des droits de l’homme

Guillaume DARTIGUE

Docteur en droit public, Université de Strasbourg

Introduction

L’approche récente de la Cour européenne des droits de l’homme («la Cour») à l’égard des migrants et des réfugiés est contradictoire et quelque peu déroutante, créant un climat d’incertitude partout en Europe. Sa jurisprudence est aujourd’hui entachée de contradictions internes. Un «retour en arrière» plus important a pu être constaté cette dernière décennie⁽¹⁾ nécessitant un réexamen et une clarification. Quelques thèmes distincts illustrent les défis auxquels les migrants sont confrontés depuis que la Cour s’est engagée sur cette pente glissante, l’éloignant du mouvement de protection qu’elle avait amorcé ces dernières années. Ces thèmes sont complexes et non exhaustifs, mais

* Version mise à jour et augmentée du texte publié dans l’ouvrage *Fair Trial: Regional and International Perspectives – Procès équitable: perspectives régionales et internationales. Liber Amicorum Linos-Alexandre Sicilianos*, Anthemis, Limal, 2021.

⁽¹⁾ L. R. HELPER et E. VOETEN, «Walking Back Human Rights in Europe?», *EJIL*, vol. 31, n° 3, pp. 797-827.

ils figurent néanmoins parmi les plus importants, notamment en ce qui concerne la détention des migrants et l'expulsion des étrangers gravement malades (y compris les migrants).

I. Les articles 3 et 5 : la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants et le droit à la liberté

Il convient tout d'abord d'évoquer le sort des migrants souvent détenus à la frontière ou pendant le processus d'expulsion⁽²⁾. De manière générale, la détention des migrants a posé de réels défis au juge européen, illustrant les intérêts en jeu qu'il s'agit de concilier : d'une part, le fait de devoir tenir compte du droit d'un État de contrôler ses frontières, et, d'autre part, la nécessité de protéger le droit d'un individu de ne pas être soumis à la torture ou aux mauvais traitements.

D'un côté, il est incontestable que chaque État a le droit de sécuriser ses frontières et de s'assurer que les individus ne tentent pas de contourner les restrictions à l'immigration. Lorsqu'elle s'accompagne de garanties appropriées pour les personnes concernées, la détention d'étrangers est recevable au titre des mesures permettant aux États de prévenir l'immigration illégale⁽³⁾. Toutefois, même dans des circonstances aussi limitées, ces derniers doivent s'assurer qu'ils continuent de respecter leurs obligations internationales, notamment la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés et la Convention européenne des droits de l'homme («la Convention»)⁽⁴⁾. Autrement dit, «le souci légitime des États de déjouer les tentatives de plus en plus fréquentes de contourner les restrictions à l'immigration ne doit pas

⁽²⁾ Un certain nombre de publications ont souligné le problème de la détention dans divers pays européens. Voy. sur ce sujet, J. SARKIN, «Respecting and Protecting the Lives of Migrants and Refugees: The Need for a Human Rights Approach to Save Lives and Find Missing Persons», *The International Journal of Human Rights*, 2017, n° 22 (2), pp. 207-236; B. FRELICK, «Pushed Back, Pushed Around Italy's Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya's Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers», *HRW*, 21 septembre 2009, disponible en ligne; P. BLOMFIELD, «We Are Locking Up People Indefinitely. This Inhumane Practice Needs to End», *The Guardian (Opinion)*, 24 août 2017, disponible en ligne.

⁽³⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, § 216.

⁽⁴⁾ *Ibid.*, § 216. Sur ce sujet, voy. également, N. SITAROPOULOS, «Why International Migration Law Does Not Give a License to Discriminate», *EJIL: Talk!*, 20 mai 2015; F. PRZZUTELLI, «The Human Rights of Migrants as Limitations on States' Control Over Entry and Stay in Their Territory», *EJIL: Talk!*, 21 mai 2015.

priver les demandeurs d’asile de la protection offerte par ces conventions»⁽⁵⁾.

A. *Évaluation du risque d’atteinte aux droits en cas d’éloignement*

La Cour interdit l’éloignement d’une personne étrangère si cela fait peser sur cette dernière un risque réel, fondé sur des « motifs sérieux et avérés » de subir une atteinte à son droit à la vie (article 2), un mauvais traitement (article 3), ou une atteinte à son intégrité en violation de l’article 8 de la Convention⁽⁶⁾. Il appartient aux autorités nationales de procéder à l’évaluation du risque, et la Cour contrôle cette évaluation avec une grande fermeté⁽⁷⁾. Le risque peut parfois présenter un caractère systémique en fonction de la situation dans l’État de destination, la Cour se fondant alors sur un ensemble de données factuelles et accordant une importance particulière aux analyses d’organisations non gouvernementales ou d’instances internationales telles que le Haut-Commissariat aux droits de l’homme et le Haut-Commissariat aux réfugiés des Nations Unies. Rappelant régulièrement qu’une situation de violence généralisée n’est pas suffisante en tant que telle⁽⁸⁾, la Cour semble néanmoins considérer que certains contextes suffisent à eux seuls à caractériser un risque de violation de la Convention. C’est

⁽⁵⁾ *Ibid.*, citant Cour eur. dr. h., arrêt *Amuur c. France*, 25 juin 1996, § 43.

⁽⁶⁾ Voy. par exemple Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996 ; arrêt *Chamaiev e.a. c. Géorgie et Russie*, 12 avril 2005 ; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Saadi c. Italie*, 28 février 2008 ; 3 décembre 2009, arrêt *Daoudi c. France* ; Cour eur. dr. h., arrêt *M.A. c. Belgique*, 27 octobre 2020. L’éloignement en lui-même peut également constituer un mauvais traitement, s’il est question d’un jeune enfant, en raison de l’angoisse extrême qui lui a été infligée. Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, § 69. Sur l’arrêt, voy. B. MASSON, « Un enfant n’est pas un étranger comme les autres », obs. sous Cour eur. dr. h., 1^{re} section, arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, *Rev. trim. dr. h.*, 2007, pp. 823-835.

⁽⁷⁾ Pour des exemples récents, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *K.I. c. France*, 15 avril 2021. Voy. aussi Cour eur. dr. h., arrêt *Bivolaru et Moldovan c. France*, 25 mars 2021, pour le cas de M. Moldovan. S’agissant de M. Bivolaru, voy. *infra*. Voy. également, pour le renvoi en Russie de ressortissants tchéchènes dont le statut de réfugié a été révoqué, Cour eur. dr. h., arrêt *R. c. France*, 30 août 2022 et Cour eur. dr. h., arrêt *W. c. France*, 30 août 2022. Pour un exemple de renvoi vers la Chine, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Liu c. Pologne*, 6 octobre 2022, n° 37610/18.

⁽⁸⁾ Voy. par exemple, à propos du Kirghizstan, Cour eur. dr. h., arrêt *T.K. et S.R. c. Russie*, 19 novembre 2019.

le cas, par exemple, de la situation en Syrie, en raison de l'existence d'un conflit armé de haute intensité et des attaques subies par les civils dans ce cadre⁽⁹⁾. Toutefois, la situation dans l'État de destination est toujours mobilisée dans l'appréciation d'un risque individuel d'atteinte à ses droits pour le requérant. C'est alors la systématicité de certains actes constitutifs de violations de la Convention qui sont déterminants dans l'appréciation du risque. Ainsi, dans l'affaire *O.D. c. Bulgarie*, la Cour a souligné les risques d'exécution, de détention arbitraire et de mauvais traitement encourus par le requérant en raison de sa désertion de l'armée syrienne⁽¹⁰⁾.

Certaines appréciations de situation suscitent néanmoins des interrogations, comme en témoigne une jurisprudence récente de la Cour, qui a modifié son approche relative à l'éloignement des étrangers condamnés ou recherchés pour activités terroristes vers l'Algérie. Alors qu'elle s'y opposait systématiquement en raison des «*motifs sérieux et avérés*» de penser que les individus couraient un «*risque réel*» de subir des traitements contraires à l'article 3⁽¹¹⁾ – et ce, jusque très récemment, comme le montre l'arrêt *M.A. c. France*⁽¹²⁾ –, la Cour admet aujourd'hui la compatibilité d'une mesure d'éloignement dans un tel contexte. Dans l'affaire *A.M. c. France*, elle a ainsi conclu à la non-violation de la Convention concernant une mesure d'éloignement prononcée à l'encontre du requérant, ressortissant algérien résidant en France depuis 2008 condamné à une peine d'emprisonnement pour participation à une activité terroriste. Si, dans *M.A.*, la Cour constatait fermement que le risque de violation était encore très élevé en Algérie, elle a considéré quatre ans plus tard que la situation avait radicalement évolué. Le caractère contestable de cette affirmation vient ici du raisonnement de la Cour : pour arriver à cette conclusion, elle s'est fondée non sur des éléments factuels prouvant que la situation avait bien évolué, mais sur plusieurs rapports d'instances internationales et non gouvernementales faisant état de changements institutionnels (dont l'insuffisance avait par ailleurs été relevée)⁽¹³⁾. Au contraire, certaines de ces instances – c'était le cas du Comité des droits de l'homme – avaient souligné qu'elles demeuraient préoccupées par les allégations faisant état de tortures

⁽⁹⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *O.D. c. Bulgarie*, 10 octobre 2019, § 52. Voy. également arrêt *L.M. e.a. c. Russie*, 15 octobre 2015.

⁽¹⁰⁾ *O.D. c. Bulgarie*, préc., §§ 55 et s.

⁽¹¹⁾ Voy. par exemple *Daoudi c. France*, préc.

⁽¹²⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *M.A. c. France*, 1^{er} février 2018.

⁽¹³⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *A.M. c. France*, 29 avril 2019, §§ 28-45 et §§ 120 et s. Voy. H. RASPAIL, chron. *R.G.D.I.P.*, 2019/3, pp. 771-774.

et de mauvais traitements pratiqués par les agents du Département de surveillance et de sécurité algérien⁽¹⁴⁾. Dans son arrêt *Saadi*, la Cour avait pourtant bien établi que la seule existence d'une législation interne garantissant en principe le respect des droits de l'homme ne suffisait pas à assurer une protection adéquate contre le risque de mauvais traitement, dès lors que des sources fiables faisaient état de « pratiques des autorités – ou tolérées par celles-ci – manifestement contraires aux principes de la Convention »⁽¹⁵⁾. Un tel inflexionnement est d'autant plus regrettable que pour conclure à l'absence de telles pratiques, la Cour s'est ici contentée de relever que le requérant n'avait pas pu « établir qu'un quelconque tiers, dans une situation comparable à la sienne, aurait effectivement subi des traitements inhumains et dégradants en 2017 et 2018 »⁽¹⁶⁾, faisant manifestement peser sur celui-ci une « charge excessive »⁽¹⁷⁾. Que dire, en outre, de l'introduction du principe de subsidiarité et de l'appel à la pratique interne d'autres États dans un contentieux qui lui était jusqu'ici étranger, ainsi que du refus de considérer l'absence de réponse de l'Algérie aux demandes de garanties diplomatiques formulées par la France⁽¹⁸⁾. Cela dit, même en présence d'un examen concret et individuel de la situation des requérants, la jurisprudence de la Cour peut soulever de sérieuses difficultés. C'est le cas, en particulier, en matière d'extradition de personnes sur lesquelles pèse un risque de se voir infliger une peine d'emprisonnement à vie incompressible. En effet, récemment, la Cour a elle-même admis établir un régime à deux vitesses et accorder aux individus dont la peine doit être exécutée dans un État tiers une protection plus faible que pour ceux dont la peine doit être exécutée dans un État partie à la Convention. Dans l'affaire *Sanchez Sanchez*⁽¹⁹⁾, à propos d'un individu faisant l'objet d'une demande d'extradition de la part des États-Unis d'Amérique, elle a en effet estimé que les garanties procédurales établies par sa jurisprudence *Vinter*⁽²⁰⁾ et *Murray c. Pays-Bas*⁽²¹⁾, permettant d'établir la conventionnalité d'une peine de réclusion à vie (notamment la garantie d'un réexamen de la nécessité du maintien en détention au bout d'un certain délai), n'étaient pas nécessairement applicables au contentieux

(14) *Ibid.* §§ 42 et 122.

(15) *Saadi c. Italie*, préc., § 147.

(16) *A.M. c. France*, préc., § 122.

(17) Voy. H. RASPAIL, chron. préc., pp. 771-774.

(18) *Ibid.*

(19) Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Sanchez Sanchez c. Royaume-Uni*, 3 novembre 2022.

(20) Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Vinter e.a. c. Royaume-Uni*, 9 juillet 2013.

(21) Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Murray c. Pays-Bas*, 26 avril 2016.

de l'extradition. Les mêmes garanties avaient pourtant été appliquées en la matière dans l'arrêt *Trabelsi*⁽²²⁾.

De façon très discutable, dans *Sanchez Sanchez*, la Cour a décidé de restreindre fortement la portée des arrêts *Vinter* et *Murray* en revenant sur cette possibilité. Un tel décalage vis-à-vis de la jurisprudence antérieure est motivé par un raisonnement fondé sur des considérations d'opportunité, qui ne cache pas sa nature politique plutôt que juridique.

Dorénavant, en matière d'extradition aux fins de jugement, la possibilité d'un réexamen indépendant n'intervient plus en tant que critère nécessaire dans l'appréciation du risque pesant sur le requérant.

En l'espèce, cette considération a conduit la Cour à conclure, au terme d'une évaluation douteuse du risque, à la non-violation de la Convention. Selon elle, le requérant avait toutes les chances, compte tenu de ce qui avait déjà été décidé concernant ses coaccusés, de ne pas se voir infliger de peine de réclusion à vie incompressible *de facto*. La motivation est surprenante: au prétexte d'une appréciation contextualisée du risque, la Cour prétend, par le truchement d'un ensemble d'éléments relativement discutables, pouvoir déterminer à l'avance l'issue du procès aux États-Unis pour le requérant. Elle s'aventure ici sur le terrain dangereux de la justice prédictive au mépris de toute considération pour les aléas du procès pénal et de sa propre jurisprudence, qui exigeait jusqu'alors, précisément, l'obtention de garanties expresses de la part des autorités de l'État de destination.

La restriction de la portée des garanties procédurales des arrêts *Vinter* et *Murray* a été explicitement confirmée dans la décision *McCallum c. Italie* rendue le même jour⁽²³⁾, également en matière d'extradition, même si cette fois, les autorités italiennes avaient obtenu de la part de leurs homologues états-uniennes, via une note diplomatique, la garantie que la requérante ne serait pas poursuivie pour des chefs pouvant conduire à une peine de prison à vie incompressible.

B. *Les conditions de détention*

La Cour a évalué les conditions de détention des migrants à de nombreuses reprises. Dans plusieurs cas, elle a pu constater qu'elles

⁽²²⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Trabelsi c. Belgique*, 4 septembre 2014.

⁽²³⁾ Cour eur. dr. h., décision *McCallum c. Italie*, 3 novembre 2022.

constituaient des traitements dégradants en violation de l'article 3 de la Convention. Par exemple, dans l'affaire *S.D. c. Grèce*, la Cour a conclu que le fait de confiner un demandeur d'asile dans une cabine préfabriquée pendant deux mois, sans lui permettre d'aller à l'extérieur ni de pouvoir passer un appel téléphonique, sans draps propres ni produits d'hygiène suffisants, constituait un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la Convention⁽²⁴⁾. De la même manière, elle a jugé inacceptable une période de détention de six jours, dans un espace clos, sans possibilité de sortir marcher ni espace de loisir, sans libre accès à des toilettes, et avec des matelas sales pour seul couchage⁽²⁵⁾.

La Cour a également qualifié de traitement dégradant la détention d'un demandeur d'asile pendant trois mois dans des locaux de police en attendant l'application d'une mesure administrative, sans accès à des activités récréatives et sans repas appropriés⁽²⁶⁾. Dans une autre affaire, elle a jugé que la détention d'un demandeur d'asile pendant trois mois, dans un endroit surpeuplé aux conditions d'hygiène et de propreté épouvantables – où l'état de délabrement des sanitaires les rendait pratiquement inutilisables et où les détenus dormaient dans des conditions de saleté et d'exiguïté extrême –, sans installation de loisir ni de restauration, équivalait à un traitement dégradant⁽²⁷⁾.

Plus récemment cependant, dans l'affaire de Grande Chambre *Khlaifia et autres c. Italie*⁽²⁸⁾, la Cour a estimé que la détention de migrants dans un centre d'accueil sur l'île de Lampedusa et par la suite sur des navires amarrés dans le port de Palerme ne constituait pas un traitement inhumain et dégradant en violation de l'article 3. Il s'agit là d'une entorse malheureuse à la jurisprudence établie et d'un recul dans la protection des droits des migrants⁽²⁹⁾. Infirmant la conclusion de la Chambre, la Grande Chambre a fondé sa motivation sur « la situation d'extrême difficulté à laquelle les autorités italiennes ont dû faire face à l'époque litigieuse »⁽³⁰⁾. Les conditions de vie abominables des migrants

⁽²⁴⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *S.D. c. Grèce*, 11 juin 2009, §§ 49-54.

⁽²⁵⁾ *Ibid.*, § 51.

⁽²⁶⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Tabesh c. Grèce*, 26 novembre 2009, §§ 38-44.

⁽²⁷⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *A.A. c. Grèce*, 22 juillet 2010, §§ 57-65.

⁽²⁸⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Khlaifia e.a. c. Italie*, 15 décembre 2016.

⁽²⁹⁾ Pour une analyse plus détaillée de l'affaire et de ses lacunes, voy. également D. VENTURI, «The Grand Chamber's Ruling in *Khlaifia and Others v Italy*: One Step Forward, One Step Back?», *Strasbourg Observers*, 10 janvier 2017, disponible en ligne; S. ZIRULIA et S. PEERS, «A Template for Protecting Human Rights During the “Refugee Crisis”?», *EU L. Analysis*, 5 janvier 2017, disponible en ligne.

⁽³⁰⁾ Opinion concordante du juge RAIMONDI dans *Khlaifia e.a. c. Italie*, préc., § 6.

ont bien été reconnues par la Cour, mais ont cédé face à la période particulièrement difficile d'afflux de migrants⁽³¹⁾.

Si la Cour est prête à recourir à l'argument des flux migratoires ou des situations difficiles pour permettre aux États de créer ou maintenir des conditions dangereuses et insalubres dans les centres de détention des migrants, le risque encouru par ces personnes ne sera pas contrôlé. Certes, la Cour doit prendre en compte la pression exercée par un tel afflux sur les autorités italiennes, mais elle ne doit pas non plus sous-estimer la capacité des États à continuer de faire respecter les droits de la Convention en période difficile. Dans de telles circonstances, où il serait si commode de faire passer le manque de protection de ces individus pour le simple produit d'un évènement éprouvant et inattendu, il est particulièrement important que la Cour exige des États qu'ils continuent à respecter leurs obligations.

En outre, si la Convention prévoit la possibilité de déroger aux obligations prévues à son article 15, des exigences procédurales s'appliquent aux États, qui doivent notifier leur intention et la nécessité de recourir à une telle dérogation. À ce titre, il faut rappeler que les États ne peuvent invoquer des difficultés politiques, à l'instar de l'afflux imprévu de migrants, pour excuser des actions incompatibles avec la Convention, encore moins les obligations indérogables telles que celles découlant de l'article 3.

Seul le contentieux de la rétention des enfants étrangers semble encore échapper au mouvement de recul de la Cour, qui condamne régulièrement des États pour violation des articles 3, 5 et 8 de la Convention sur ce point. Sur le terrain de l'article 3, la Cour se fonde notamment sur des éléments tels que la durée de la détention, les conditions d'accueil dans le centre⁽³²⁾, ainsi que l'état de santé et l'âge de l'enfant⁽³³⁾,

⁽³¹⁾ Dans *J.R. et autres c. Grèce* (25 janvier 2018, n° 22696/16), la Cour a de nouveau considéré que les conditions de détention, dans un centre où trois ressortissants afghans étaient détenus, n'étaient pas suffisamment sévères pour être qualifiées de traitements inhumains ou dégradants. La Cour s'est fondée, en partie, sur le fait que les autorités grecques ont été confrontées à une situation d'urgence après l'arrivée d'un nombre important de migrants, ce qui a créé des difficultés matérielles.

⁽³²⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Popov c. France*, 19 janvier 2012; arrêt *S. F. e.a. c. Bulgarie*, 7 décembre 2017.

⁽³³⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Muskhadzhiyeva e.a. c. Belgique*, 19 janvier 2010; arrêt *Kanagaratnam e.a. c. Belgique*, 13 décembre 2011.

le plus souvent les trois⁽³⁴⁾. Elle a ainsi pu condamner les États parties à de nombreuses reprises, en particulier s’agissant de la rétention des mineurs non accompagnés, pour les avoir placés avec des adultes ou encore en raison des conditions d’isolement qu’ils ont pu subir⁽³⁵⁾.

Il est toutefois regrettable que le raisonnement de la Cour place l’intérêt supérieur de l’enfant en deçà des impératifs politiques des États. Certes, la Cour met l’accent sur la vulnérabilité des enfants, comme dans l’affaire *Popov*, où elle s’est référée aux travaux du Commissaire aux droits de l’homme et du CPT soulignant que le stress, l’insécurité et l’hostilité des lieux de rétention avaient des conséquences néfastes sur les mineurs⁽³⁶⁾, et a reconnu que l’intérêt supérieur de l’enfant ne commandait pas seulement la préservation de l’unité familiale mais aussi la limitation de la détention des familles accompagnées, considérant la durée de détention excessive au regard de la Convention⁽³⁷⁾. Pour autant, la Cour admet que la privation de liberté des enfants, qui «résulte de la décision légitime des parents, ayant autorité sur eux, de ne pas les confier à une autre personne», n’est pas, en elle-même, constitutive d’une violation de la Convention. Le fait que la situation soit pour les enfants «source d’angoisse et de tensions pouvant leur être gravement préjudiciable» exige seulement des autorités qu’elles aient recours «à cette mesure ultime seulement après avoir vérifié concrètement qu’aucune autre moins attentatoire à la liberté ne pouvait être mise en œuvre»⁽³⁸⁾. Si un tel cas de figure ne survient que rarement⁽³⁹⁾, il est toutefois possible de s’interroger sur la cohérence d’un constat de violation de l’article 3 en raison des conditions de détention d’enfants tout en admettant la non-violation sur le terrain de l’article 5 parce qu’il n’existerait pas de mesure moins attentatoire à mettre en œuvre, comme dans l’affaire *A.M. et autres c. France* de 2016. L’idée selon laquelle il

⁽³⁴⁾ Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *A.M. e.a. c. France*, 12 juillet 2016; arrêt *A.B. e.a. c. France*, 12 juillet 2016; et arrêt *R.R. e.a. c. Hongrie*, 2 mars 2021.

⁽³⁵⁾ *Popov c. France*, préc. Pour des exemples récents, voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *H.A. e.a. c. Grèce*, 28 février 2019; arrêt *Sh. D. e.a. c. Grèce e.a.*, 13 juin 2019; arrêt *Moustahi c. France*, 25 juin 2020.

⁽³⁶⁾ *Popov c. France*, préc. § 96.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, §§ 118 et 146-147. Sur l’arrêt, voy. par exemple C.-A. CHASSIN, «La rétention des étrangers mineurs accompagnant leurs parents», obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Popov c. France*, 19 janvier 2012, *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 681-697.

⁽³⁸⁾ Cour eur. dr. h., *A.B. e.a. c. France*, préc., §§ 122-123; arrêt *M.D. et A.D. c. France*, 22 juillet 2021, §§ 85 et s.

⁽³⁹⁾ Voy. par exemple *A.M. e.a. c. France*, préc., §§ 66-67.

n'existerait pas de mesure moins attentatoire à une violation de l'article 3 apparaît quelque peu problématique.

Dans le même sens, toujours concernant l'article 3, les constats de violation interviennent la plupart du temps en raison du cumul des conditions de détention et de la durée excessive de celle-ci, mais l'une ou l'autre ne semblent pas suffire aux yeux de la Cour. Cette dernière a encore pu affirmer, récemment, que «les contraintes inhérentes à un lieu privatif de liberté, particulièrement lourdes pour un jeune enfant, ainsi que les conditions d'organisation du centre ont nécessairement eu un effet anxiogène sur l'enfant des requérants», qui «a vécu la souffrance morale et psychique de ses parents dans un lieu d'enfermement ne lui permettant pas de prendre la distance indispensable». Néanmoins, «de telles conditions, bien que nécessairement sources importantes de stress et d'angoisse pour un enfant en bas âge, ne sont pas suffisantes dans le cas d'un enfermement de brève durée et dans les circonstances de l'espèce, pour atteindre le seuil de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3»⁽⁴⁰⁾.

C. La montée de la « crimmigration »

La question de la détention des migrants en tant que politique d'État doit être analysée dans une perspective plus large, qui va au-delà des conditions matérielles de détention dans les cas individuels. Au cours des dernières années, en même temps qu'elle a connu une forte hausse de la migration, l'Europe a également vu apparaître une tendance à la «cimmigration», qui désigne à la fois le processus par lequel le droit pénal est utilisé pour faire respecter les lois sur l'immigration et punir les infractions en matière d'immigration, et, concomitamment, l'utilisation du droit de l'immigration comme outil de politique criminelle⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ *A.B. e.a. c. France*, préc., § 114. Voy. également *M.D. et A.D. c. France*, préc., §§ 64 et s. : «les conditions matérielles d'accueil réservées à un enfant mineur placé ne suffisent pas, dans le cas d'une rétention de brève durée, à ce que soit regardé comme nécessairement atteint le seuil de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3 même lorsqu'il apparaît qu'elles sont sources importantes de stress et d'angoisse», et ce n'est «qu'au-delà d'une brève période de rétention» que «la répétition et l'accumulation des effets engendrés, en particulier sur le plan psychique et émotionnel, par une privation de liberté entraînent nécessairement des conséquences néfastes sur un enfant en bas âge».

⁽⁴¹⁾ Pour une introduction au concept de crimmigration, voy. G. L. GATTA, V. MITSLEGAS et S. ZIRULIA (dir.), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on «Crimmigration»*, Hart Publishing, Oxford, 2021 ;

Les mécanismes du droit pénal de l'État, y compris la détention, ont été instrumentalisés aux fins de réduire l'immigration, de la même manière que des mesures d'expulsion, de déportation et de détention se sont imposées comme méthodes de lutte contre la criminalité⁽⁴²⁾. Une telle politique, qui fait de la personne migrante le nouvel ennemi, est teintée de l'ignoble héritage de racisme et de xénophobie du siècle dernier, et s'avère susceptible de créer un climat de haine et de méfiance envers les immigrants à travers l'Europe.

La tendance à la crimmigration et son reflet dans la jurisprudence de la Cour posent d'importants problèmes. La détention des migrants n'est qu'un aspect parmi d'autres de la fusion du droit pénal et du droit de l'immigration. Au cours des dernières années, le nombre de migrants détenus a atteint des taux sans précédent, ce que la Cour n'a pas toujours pu (ou voulu) encadrer ni stopper. Plusieurs affaires illustrent son échec à cet égard.

Dans l'affaire *Saadi c. Royaume-Uni*⁽⁴³⁾, la Cour a estimé qu'un État peut détenir un demandeur d'asile admis temporairement pour

C.C. GARCÍA HERNÁNDEZ, *Crimmigration Law*, ABA Book Publishing, 2021; M. JOÃO GUIA *et al.* (dir.), *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, Eleven International Publishing, 2013; I. MAJCHER, «“Crimmigration” in the European Union through the Lens of Immigration Detention», *Global Detention Project Working Paper*, 2013, n° 6; M.J. GUIA, M.A.H. VEN DER WOUDE et J.P. VAN DER LEUN (dir.), *Social Control and Justice: Crimmigration in an Age of Fear*, Eleven International Publishing, La Haye, 2011; D. WILSHER, *Immigration Detention, Law, History, Politics*, Cambridge, 2011; J.P. STUMPF, «The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign State», *American University L. Rev.*, 2006, n° 56(2), p. 367. Pour une approche sociologique du phénomène, J. PLATT, «(Cr)immigration, Race and Belonging: Why We Must Conceptualize Immigration Detention as Punishment?», *Journal of Identity and Migration Studies*, vol. 15(1), 2021, pp. 2-146; A. ARMENTA, «Racializing Crimmigration: Structural Racism, Colorblindness, and the Institutional Production of Immigrant Criminality», *Sociology of Race and Ethnicity*, vol. 3(1), 2017, pp. 82-95.

⁽⁴²⁾ Voy. D.A. SKLANSKY, «Crime, Immigration, and *Ad Hoc* Instrumentalism», *New Criminal L. Rev.*, 2012, n° 15(2), pp. 157-223; J.M. CHACÓN, «Overcriminalizing Immigration», *Northwestern Law Journal of Criminal Law & Criminology*, 2012, n° 102(3), pp. 613-652; C. DAUVERGNE, *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge University Press, 2008; J.P. STUMPF, «The Crimmigration Crisis», *op. cit.*, pp. 367-419; A. SPENA, «Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law», *Criminal Law and Philosophy*, 2014, n° 8(3), pp. 635-657; Office du Commissaire aux droits de l'homme, *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, Conseil de l'Europe, 2010.

⁽⁴³⁾ *Saadi c. Royaume-Uni*, préc., §§ 50,64.

empêcher l'immigration illégale et accélérer la demande d'asile⁽⁴⁴⁾, et qu'il n'est pas pertinent de savoir si la détention était nécessaire pour empêcher cette entrée irrégulière. Autrement dit, tout en ayant lu dans l'arrêt *Saadi*, dans la première partie de l'article 5, § 1^{er}, f), l'interdiction des détentions arbitraires, la Cour a également écarté le critère de la nécessité. Or, il est évident que le principe excluant tout arbitraire n'offre pas le même degré de protection que le critère de nécessité. Cela montre que, de l'avis de la Grande Chambre, les migrants peuvent être traités moins favorablement que les criminels ordinaires (dont la détention doit être nécessaire), simplement parce que l'efficacité l'emporte sur la liberté dans le droit des migrants. Elle admet ainsi implicitement qu'un État puisse adopter une ordonnance de détention aux seules fins de commodité bureaucratique, assimilant les personnes ciblées à des produits. Il s'agit là d'une dérogation erronée au principe de nécessité, qui donne finalement aux États un chèque en blanc leur permettant de détenir des demandeurs d'asile chaque fois qu'ils le souhaitent, sans évaluer la possibilité d'alternatives moins intrusives. En définitive, la décision de la Cour de conditionner la reconnaissance d'une détention arbitraire à la mauvaise foi des autorités aggrave encore la situation juridique du demandeur d'asile, car la protection de ce dernier dépend alors de l'appréciation par la Cour de l'état d'esprit des autorités détentrices. Dans la plupart des cas, les autorités de l'État seront probablement en mesure de soutenir qu'elles ont agi de bonne foi en arrêtant les demandeurs d'asile.

Par la suite, dans l'affaire *A. et autres c. Royaume-Uni*⁽⁴⁵⁾, la Cour a étendu le principe de l'arrêt *Saadi* excluant l'arbitraire à la deuxième partie de l'article 5, § 1^{er}, f). En l'espèce, la Grande Chambre a admis l'applicabilité de l'interprétation de l'arrêt *Saadi*, qui n'était pas considérée comme « trop restrictive », à la détention en vue de l'expulsion ou de l'extradition.

⁽⁴⁴⁾ Pour une autre vue de l'affaire, voy. F. DE LONDRA, « *Saadi v Italy*: European Court of Human Rights Reasserts the Absolute Prohibition on *Refoulement* in Terrorism Extradition Cases », *ASIL*, 13 mai 2008, n° 12(9); G. GENTILI, « European Court of Human Rights: An Absolute Ban on Deportation of Foreign Citizens to Countries Where Torture or Ill-Treatment Is a Genuine Risk », *IJCL*, 2010, n° 8(2), pp. 311-322.

⁽⁴⁵⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *A. e.a. c. Royaume-Uni*, 19 février 2009. Pour plus d'informations sur cette affaire, voy. notamment S. SHAH, « From Westminster to Strasbourg: *A and others v. United Kingdom* », *HRLR*, 2009, n° 9(3), pp. 473-488; M. MILANOVIC, « European Court decides *A and others v. United Kingdom* », *EJIL: Talk!*, 19 février 2009, disponible en ligne.

Dans son arrêt de principe *Chahal c. Royaume-Uni*⁽⁴⁶⁾, la Cour avait déjà écarté le critère de la nécessité dans les situations où la détention est imposée à des personnes menacées d'expulsion ou d'extradition, alors qu'elles se trouvent déjà à l'intérieur de l'État. Elle avait ainsi considéré que l'article 5, § 1^{er}, f), n'exige pas que la détention soit nécessaire, par exemple pour empêcher la personne concernée de commettre une infraction⁽⁴⁷⁾. Dans *A. et autres c. Royaume-Uni*, la Grande Chambre a repris cette interprétation, en précisant sa portée à la lumière de l'affaire *Saadi*. Elle a ainsi limité le principe de proportionnalité concernant les mesures de détention couvertes par l'article 5, § 1^{er}, f), à la seule exigence que la durée de détention ne soit pas déraisonnable⁽⁴⁸⁾, et a conclu qu'une privation de liberté fondée sur le second membre de phrase de l'article ne pouvait se justifier que « par le fait qu'une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours » – la détention cessant d'être justifiée dès lors que l'éloignement n'est plus envisagé, même si la personne refuse de coopérer⁽⁴⁹⁾.

Au sein de la Cour, une révolte silencieuse mais grandissante a eu lieu dans certaines chambres contre l'arrêt *Saadi* et ses débordements sur l'arrêt *Chahal*. Dans plusieurs affaires, il a ainsi été jugé que la détention des demandeurs d'asile, et des migrants en général, enfreint l'article 5, § 1^{er}, f) lorsqu'elle est appliquée automatiquement et qu'aucune autre mesure moins drastique n'a été recherchée. Parmi les cas les plus marquants de cette révolte, les affaires *Louled Massoud c. Malte*⁽⁵⁰⁾, *Suso Musa c. Malte*⁽⁵¹⁾, *Rahimi c. Grèce*⁽⁵²⁾, *Raza c. Bulgarie*⁽⁵³⁾ et *Mikolenko c. Estonie*⁽⁵⁴⁾ peuvent être citées⁽⁵⁵⁾.

Les affaires *Louled Massoud* et *Rahimi* ont reconnu le rôle primordial du critère de nécessité dans l'application de la deuxième partie de l'article 5, § 1^{er}, f), à la détention des demandeurs d'asile, tandis que les affaires *Raza* et *Mikolenko* l'ont fait concernant la détention des migrants de manière plus générale. L'importance du critère de nécessité

⁽⁴⁶⁾ *Chahal c. Royaume-Uni*, préc.

⁽⁴⁷⁾ *Ibid.*, § 112.

⁽⁴⁸⁾ *A. e.a. c. Royaume-Uni*, préc., §164.

⁽⁴⁹⁾ *Ibid.*, § 164. Voy. également *Chahal c. Royaume-Uni*, préc., § 113.

⁽⁵⁰⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Louled Massoud c. Malte*, 27 juillet 2010.

⁽⁵¹⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Suso Musa c. Malte*, 23 juillet 2013.

⁽⁵²⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Rahimi c. Grèce*, 5 avril 2011.

⁽⁵³⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Raza c. Bulgarie*, 11 février 2010.

⁽⁵⁴⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Mikolenko c. Estonie*, 8 octobre 2009.

⁽⁵⁵⁾ Pour un exemple récent, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *H.M. e.a. c. Hongrie*, 2 juin 2022.

a également été affirmée dans l'application de la première partie de l'article 5, § 1^{er}, f), lorsqu'une personne a été détenue en attente d'examen de sa demande d'asile. Il s'agissait notamment de la situation de *Suso Musa*⁽⁵⁶⁾.

Compte tenu de la révolte silencieuse des chambres, le défi pour la Grande Chambre est maintenant de revoir et d'inverser l'approche de l'arrêt *Saadi* et de conclure que la détention des demandeurs d'asile est, par principe, une mesure de dernier recours, qui ne peut être appliquée que si aucune autre solution moins intrusive ne peut être prise. Cela contribuera à la cohérence de la jurisprudence désordonnée de la Cour en l'alignant sur le droit international des droits de l'homme ainsi que sur le droit des réfugiés. Un certain nombre d'organes, d'organisations et de conventions internationales ont en effet répudié la justification scandaleuse de l'arrêt *Saadi*, y compris l'Assemblée générale des Nations Unies, le Parlement européen, la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Commission américaine des droits de l'homme⁽⁵⁷⁾. La Cour ne peut rester sourde à la réponse que l'arrêt *Saadi* a suscitée.

Dans l'affaire *Ilias et Ahmed c. Hongrie*⁽⁵⁸⁾, la Grande Chambre a encore affaibli la protection apportée par l'article 5 concernant la détention des migrants dans la zone de transit de Rözske, à la frontière européenne entre la Hongrie et la Serbie. Il est vrai que la Grande Chambre a réaffirmé que le respect de l'article 3 de la Convention ne peut être valablement maintenu qu'au moyen d'une procédure judiciaire impliquant un examen approfondi des demandes d'asile, même si ces demandes s'avèrent par la suite infondées. Néanmoins, les centres de rétention des migrants ont été déguisés en «zones de transit», pour lesquels l'article 5 de la Convention n'est pas applicable. Cette stratégie du recours à un double discours, qui assimile des centres de détention de migrants à des «centres d'admission et d'hébergement des étran-

⁽⁵⁶⁾ *Suso Musa*, préc.

⁽⁵⁷⁾ Voy. notamment l'opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque dans l'affaire Cour eur. dr. h., arrêt *Abdulhahi Elmi et Aweys Abubakar c. Malte*, 22 novembre 2016, §§ 6-15.

⁽⁵⁸⁾ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, 21 novembre 2019. Voy. notamment V. STOYANOVA, «The Grand Chamber Judgment in *Ilias and Ahmed v Hungary*: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode», *Strasbourg Observers*, 23 décembre 2019; P. KILIBARDA, «The ECtHR's *Ilias and Ahmed v Hungary* and Why It Matters», *EJIL: Talk!*, 20 mars 2020; J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, 2020/1, pp. 171-175.

gers», «centre de transit» ou «maisons d’hôtes», ainsi que la détention à une «rétention», a obtenu le plein assentiment de la Cour⁽⁵⁹⁾.

En outre, en examinant la question de la détention, la Cour a conclu que la Hongrie avait violé l’article 3 de la Convention en raison de l’absence d’une évaluation rigoureuse des risques réels auxquels les demandeurs faisaient face à la suite de leur expulsion vers la Serbie, mais elle a dans le même temps affirmé que les demandeurs n’étaient pas détenus par la Hongrie au sens de l’article 5 et pouvaient donc retourner en Serbie compte tenu du fait qu’il s’agissait d’un pays sûr⁽⁶⁰⁾. Ce faisant, elle a contredit les conclusions unanimes de la Cour de justice de l’Union européenne⁽⁶¹⁾, du Comité pour la prévention de la torture du Conseil de l’Europe⁽⁶²⁾ et du Groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire⁽⁶³⁾, concernant précisément le traitement des demandeurs d’asile dans la zone de transit de Rözske à la frontière de l’Union européenne hongro-serbe. Cette marginalisation délibérée de la Cour est incompréhensible.

Plus important encore, en faisant valoir que les demandeurs étaient entrés volontairement en Hongrie pour demander l’asile et qu’ils étaient libres de quitter la zone de transit vers la Serbie, la Cour n’a pas seulement imputé la responsabilité de la situation aux plaignants⁽⁶⁴⁾, critiquant implicitement les demandeurs d’asile pour avoir cherché à sortir de leur situation désespérée, elle a également montré son manque de sensibilité à l’égard de la situation réelle conduisant ces personnes à demander l’asile. Selon elle, l’article 5 était inapplicable parce que les requérants pouvaient choisir entre la liberté et la poursuite d’une procédure visant à les mettre à l’abri du risque d’exposition à un traite-

⁽⁵⁹⁾ Voy. opinion du juge Pinto de Albuquerque dans l’affaire *Abdulhahi Elmi et Aweys Abubakar c. Malte*, n° 26, § 4.

⁽⁶⁰⁾ Il est incompréhensible que la Cour ait pu formuler ces déclarations manifestement inconciliables dans les paragraphes 165 et 223 de l’arrêt.

⁽⁶¹⁾ C.J.U.E., 14 mai 2020, aff. jtes C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, §§ 226-231, statuant que la détention dans la zone de transit de Rözske équivaut à une détention en vertu de l’article 2, alinéa h), de la directive 2013/33/UE (Directive sur les conditions d’accueil).

⁽⁶²⁾ CPT/Inf (2018) 42, § 42, avec ses conclusions après la visite des zones de transit à Rözske et Tompa en 2017. Comme l’a noté le CPT, la possibilité de partir pour la Serbie était pratiquement exclue. Voy. aussi *ibid.*, §§ 28 et 32.

⁽⁶³⁾ Groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire, avis adoptés par le Groupe de travail sur la détention arbitraire à sa quatre-vingt-septième session, 27 avril-1^{er} mai 2020, avis n° 22/2020 concernant Saman Ahmed Hamad (Hongrie), 5 juin 2020, § 70.

⁽⁶⁴⁾ *Ilias et Ahmed*, préc., § 213.

ment contraire à l'article 3 de la Convention⁽⁶⁵⁾. C'est tout simplement intolérable. Les autres affaires relatives à la zone de transit de Röske n'ont que très maigrement rattrapé la déviation de trajectoire de la Cour dans la protection des demandeurs d'asile. Dans les affaires *Z.A. et autres c. Russie*⁽⁶⁶⁾ puis *R.R. c. Hongrie*⁽⁶⁷⁾, la Cour s'est certes détachée de la solution de l'arrêt *Ilias et Ahmed* en concluant à la violation de l'article 3, mais ce n'était qu'en raison des circonstances particulières dans lesquelles se trouvaient les requérants pour la seconde affaire, et s'agissant de la première affaire, de ce que les requérants n'étaient pas libres de quitter la zone de transit, impliquant l'existence d'une privation de liberté et faisant basculer l'analyse de la Cour sous l'angle de la compatibilité des conditions de détention à la dignité humaine⁽⁶⁸⁾.

Il convient enfin de souligner l'apparition d'une jurisprudence relative à l'article 5, § 1^{er}, f), plus précisément à la question de savoir si la mesure d'éloignement visant une personne détenue à cette fin était toujours envisagée ou non, regrettable en ce qu'elle malmène la protection offerte par le statut de réfugié. Dans l'affaire *Shiksaitov c. Slovaquie*⁽⁶⁹⁾, la Cour a conclu à la violation de la Convention en raison d'une durée de procédure excessive et du manque de sérieux des autorités dans la recherche des informations nécessaires à la résolution de l'affaire. Elle a néanmoins considéré que l'extradition du requérant n'était pas «complètement exclue» en raison de ce que la reconnaissance du statut de réfugié par la Suède «n'excluait pas automatiquement la possibilité que le requérant soit extradé par les autorités slovaques». Si ces dernières étaient bien liées par la décision suédoise, la Cour a admis que des «circonstances exceptionnelles» – retenues en l'espèce, en raison des nouvelles informations dont elles bénéficiaient – pouvaient justifier qu'elles procèdent au réexamen du statut de réfugié du requérant⁽⁷⁰⁾. Ce faisant, elle a grandement réduit la portée de la Convention

⁽⁶⁵⁾ Le Groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire refuse «qu'une personne qui doit accepter de rester dans les zones de transit ou perdre la possibilité de déposer une demande d'asile puisse être qualifiée de consentant librement à rester dans les zones de transit» (avis n° 22/2020, préc., n° 57, § 69).

⁽⁶⁶⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Z.A. e.a. c. Russie*, 21 novembre 2019. Voy. J. FERRERO, chron. préc., pp. 171-175.

⁽⁶⁷⁾ *R.R. c. Hongrie*, préc.

⁽⁶⁸⁾ *Ibid.* §§ 53-57; *Z.A. e.a. c. Russie*, préc., §§ 187 et s.

⁽⁶⁹⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Shiksaitov c. Slovaquie*, 10 décembre 2020. Voy. J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, 2021/1, pp. 136-138.

⁽⁷⁰⁾ *Ibid.*, §§ 68-69.

de Genève de 1951 et des effets induits par le statut de réfugié⁽⁷¹⁾. La Cour a franchi une étape supplémentaire en la matière dans son arrêt *Bivolaru et Moldovan c. France*⁽⁷²⁾, dans lequel elle a tout simplement considéré que le statut de réfugié de l'un des requérants, octroyé par la Suède, ne suffisait pas à prouver qu'il courait un risque de persécution en Roumanie, concluant dès lors que l'exécution du mandat d'arrêt européen le concernant par les autorités françaises ne violerait pas la Convention⁽⁷³⁾.

Ce net mouvement de recul dans la protection des droits des réfugiés semble avoir été confirmé un mois plus tard dans l'affaire *K.I. c. France* à propos d'une décision d'expulsion vers la Russie d'une personne qui avait vu son statut de réfugié – cette fois octroyé par les autorités françaises – révoqué en raison de sa participation à des activités terroristes⁽⁷⁴⁾. Bien qu'elle ait considéré que « l'article 3 de la Convention englobe l'interdiction du refoulement au sens de la Convention de Genève [de 1951] »⁽⁷⁵⁾, et en dépit du rappel du caractère absolu de l'article 3, la Cour a néanmoins fait peser sur le requérant la charge de la preuve du risque de mauvais traitements qu'il subirait en cas d'expulsion. Alors qu'elle faisait preuve jusque-là de compréhension à cet égard concernant les demandeurs d'asile, en raison de leur vulnérabilité, la Cour a ici adopté une attitude punitive à l'égard du requérant en raison de ses activités terroristes⁽⁷⁶⁾. Si la Cour a finalement condamné l'État en raison de l'insuffisance de l'évaluation du risque par les autorités – qui n'ont pas pris en compte la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle la perte du statut de réfugié n'emporte pas la perte de la qualité de réfugié –, la motivation témoigne néanmoins d'un deux poids, deux mesures peu compatible avec le caractère absolu de l'article 3.

⁽⁷¹⁾ En ce sens, voy. J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, 2021/1, pp. 136-138.

⁽⁷²⁾ *Bivolaru et Moldovan c. France*, préc. Voy. W. JULIÉ, « Bivolaru and Moldovan v. France: a new challenge for mutual trust in the European Union? », *Strasbourg Observers*, 22 juin 2021 ; J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, 2021/2, pp. 400-402.

⁽⁷³⁾ *Ibid.*, §§ 133 et s.

⁽⁷⁴⁾ *K.I. c. France*, préc. Voy. J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, 2021/2, pp. 405-406.

⁽⁷⁵⁾ *Ibid.*, § 123.

⁽⁷⁶⁾ *Ibid.*, § 140.

D. *Expulsion des étrangers gravement malades*

Si l'année 2008 est désormais célèbre pour être une *annus horribilis* pour les droits humains des migrants en raison de l'arrêt *Saadi*, elle l'est également pour l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*⁽⁷⁷⁾. Dans cette affaire, la Cour a jugé à quatorze voix contre trois que c'était à tort que la requérante soutenait que son renvoi serait contraire à l'interdiction de traitements inhumains et dégradants prévue à l'article 3 de la Convention, faute d'installations sanitaires adaptées au VIH/sida en Ouganda. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a énoncé trois conditions devant guider toute évaluation de la compatibilité à l'article 3 de l'expulsion d'une personne gravement malade: (1) la gravité et le stade de la maladie; (2) la disponibilité de traitements adéquats dans l'État de destination; (3) la disponibilité du soutien de ses proches. La Cour a précisé qu'une telle expulsion ne violerait l'article 3 que dans «des cas très exceptionnels, lorsque les motifs d'ordre humanitaire contre le renvoi sont impérieux»⁽⁷⁸⁾.

La Cour avait établi ce principe dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni*⁽⁷⁹⁾, où elle avait statué que «le requérant était très gravement malade et proche de la mort, sans que l'on soit certain qu'il puisse bénéficier de soins médicaux ou infirmiers dans son pays d'origine ou qu'il ait là-bas des parents désireux ou en mesure de lui fournir ne fût-ce qu'un toit ou un minimum de nourriture ou de soutien social»⁽⁸⁰⁾. Tout en admettant qu'il pouvait y avoir d'autres cas dans lesquels des circonstances exceptionnelles empêchent le renvoi, la Cour avait noté que «tout préjudice futur allégué ne résulterait pas d'actes ou d'omissions intentionnels de la part des autorités publiques ou des organismes non étatiques, mais plutôt d'une maladie naturelle et du manque de ressources suffisantes pour la traiter dans le pays d'accueil»⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁷⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *N. c. Royaume-Uni*, 29 mai 2008. Voy. notamment F. JULIEN-LAFERRIÈRE et A. BUYSE, «Grand Chamber judgment in *N. v. UK*», *ECHR Blog*, 28 mai 2008, disponible en ligne.

⁽⁷⁸⁾ *Ibid.*, § 42. Voy. «L'éloignement des étrangers malades: faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires?», obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *N. c. Royaume-Uni*, 27 mai 2008, *Rev. trim. dr. h.*, 2009, pp. 261 et s.

⁽⁷⁹⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997. Voy. notamment R. ENGLISH, «Removal of Child Following Faulty Diagnosis of Injury Breached Article 8», *UK Human Rights Blog*, 2 avril 2010, disponible en ligne.

⁽⁸⁰⁾ *N. c. Royaume-Uni*, préc., § 42.

⁽⁸¹⁾ *Ibid.*, § 43.

Dans l'affaire *N. c. Royaume-Uni*, la majorité a imaginé un principe général à partir de la situation relative à l'expulsion d'une personne atteinte du VIH et du sida en concluant notamment que « les mêmes principes doivent s'appliquer à l'expulsion de toute personne atteinte d'une maladie physique ou mentale grave survenant naturellement, susceptible de provoquer souffrances et douleur et de réduire l'espérance de vie, et nécessitant un traitement médical spécialisé qui peut ne pas être facile à se procurer dans le pays d'origine du requérant ou qui peut y être disponible mais seulement à un prix élevé »⁽⁸²⁾. Concluant que ce « risque élevé » ne pouvait être appliqué à *N.*, qui « était apte à voyager », la Cour a accepté son renvoi de l'État contractant en dépit de son mauvais état de santé et des doutes quant à la possibilité qu'elle obtienne les soins de santé appropriés dans l'État d'accueil. Sans surprise, *N.* est décédée peu après son renvoi en Ouganda.

L'arrêt de la Cour *N. c. Royaume-Uni* pose de graves problèmes⁽⁸³⁾. D'une part, le motif invoqué par la majorité pour refuser à l'État l'obligation de traiter les ressortissants étrangers gravement malades est purement axiomatique. Il n'y a pas de critère juridique clair pour décider si une personne gravement malade peut ou non être renvoyée, et ce, tant en ce qui concerne le degré de gravité de la maladie que la qualité, l'accessibilité et le coût du traitement fourni dans le pays d'accueil. L'incertitude, dans ce cas, profite à l'État. Si un demandeur ne peut prouver que le traitement dans l'État où il est expulsé est inférieur à ce dont il a besoin et constitue une menace, l'incertitude fait pencher la Cour en faveur de l'expulsion. Cet argument *ad ignorantiam* contredit un principe fondamental du raisonnement juridique, selon lequel il ne faut pas tirer de conclusions d'un manque d'information ou de sources d'informations incomplètes ou insuffisantes. En outre, les conclusions de l'arrêt s'appuient sur la promesse que des développements scientifiques incertains pourraient un jour survenir dans le pays d'accueil.

⁽⁸²⁾ *Ibid.*, § 45.

⁽⁸³⁾ Voy. notamment l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *S.J. c. Belgique*, 19 mars 2015, §§ 6-11. Pour une critique de l'opinion de la Cour, voy. également V. MANTOUVALOU, « *N v UK: No Duty to Rescue the Nearby Needy?* », *The Modern L. Rev.*, 2008, n° 20(4), pp. 637-666. Pour plus d'éléments sur *N.* et le rôle de la Cour dans la protection des droits des migrants irréguliers, voy. DA LOMBA, « The ECHR and the Protection of Irregular Migrants in the Social Sphere », *International Journal on Minority and Group Rights*, 2015, n° 22, pp. 39-67.

La Cour a tenté de limiter la position abjecte et juridiquement intenable de *N. c. Royaume-Uni* dans une affaire plus récente, *Paposhvili c. Belgique*⁽⁸⁴⁾, sans toutefois abandonner officiellement la théorie antérieure des « circonstances exceptionnelles ». Dans un jugement unanime, la Grande Chambre a déclaré que de telles circonstances ne se réfèrent pas seulement aux cas de risque imminent de décès, mais aussi lorsque la personne serait confrontée, « en l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci, à un risque réel d'être exposée à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou une réduction significative de l'espérance de vie »⁽⁸⁵⁾.

Dans une approche elliptique et plutôt inhabituelle dans ce type d'affaires, la Cour a formulé deux obligations procédurales pour les États confrontés à de telles situations : évaluer le risque susmentionné avant le renvoi et, le cas échéant, obtenir les garanties individuelles et suffisantes d'un traitement approprié de la part de l'État d'accueil. En plus d'être tout à fait irréaliste, cette exigence d'assurance montre qu'en fin de compte, la Cour est disposée à prendre le risque d'envoyer un individu mourir là où « des doutes sérieux persistent quant à l'impact du renvoi sur les personnes concernées, en raison de la situation générale dans le pays d'accueil et/ou de leur situation individuelle »⁽⁸⁶⁾.

Cette exigence s'inspire de la proposition du juge Lemmens dans une opinion séparée formulée dans une affaire antérieure, où il avait suggéré d'utiliser les garanties *Tarakhel* dans les cas d'expulsion de patients gravement malades⁽⁸⁷⁾. Là encore, comme dans *N.*, le doute joue contre le demandeur. De plus, les besoins de soins de santé des enfants (comme à *Tarakhel*) et des patients gravement malades ne peuvent être confondus. La logique sous-jacente de *Paposhvili* est évidemment de se débarrasser de l'étranger gravement malade à tout prix. En réalité, le paragraphe de l'arrêt visant à s'éloigner de la norme épineuse établie dans l'arrêt *N.* est tellement alambiqué que le Tribunal supérieur du Royaume-Uni l'a récemment jugé inapplicable (critère « trop élastique

⁽⁸⁴⁾ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Paposhvili c. Belgique*, 13 décembre 2016. Voy. notamment L. PERONI, « *Paposhvili v. Belgium*: Memorable Grand Chamber Judgment Reshapes Article 3 Case Law on Expulsion of Seriously Ill Persons », *Strasbourg Observers*, 15 décembre 2016.

⁽⁸⁵⁾ *Ibid.*, § 183.

⁽⁸⁶⁾ *Ibid.*, § 191.

⁽⁸⁷⁾ Opinion dissidente du Juge Lemmens sous l'arrêt Cour eur. dr. h., arrêt *Tatar c. Suisse*, 14 avril 2015.

et mal défini», «aussi long que la manche du juge») et que, jusqu'à ce que la Cour fournisse une clarification supplémentaire, *N.* demeurerait le cas de référence⁽⁸⁸⁾.

Ultérieurement, la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles a donné des directives officielles, fondées sur l'arrêt *Paposhvili*, à tous les tribunaux inférieurs au niveau de la Cour suprême sur les décisions relatives à la suspension du renvoi⁽⁸⁹⁾. Selon la Cour d'appel, la Grande Chambre de la Cour européenne avait considéré *N.* comme une décision où la limite de la protection de l'article 3 était simplement passée de «l'imminence de la mort» à «l'imminence de souffrances intenses ou de la mort dans l'État d'accueil».

La Cour a pris note de cette évolution du droit interne dans l'affaire *Khaksar c. Royaume-Uni*⁽⁹⁰⁾, décision d'irrecevabilité pour non-épuisement des voies de recours interne. Elle a néanmoins ajouté que la situation était «en attente de l'examen par la Cour suprême de l'incidence de [l'affaire *Paposhvili*] aux fins du droit interne»⁽⁹¹⁾.

En avril 2020, la Cour suprême du Royaume-Uni a finalement conclu que le critère énoncé dans *Paposhvili* n'est pas compatible avec celui énoncé dans *N.*, étant donné que le nouveau critère (établi dans *Paposhvili*) vise à déterminer si un demandeur est exposé à un risque réel de déclin imminent de sa santé ou à une réduction importante de son espérance de vie et, par conséquent, élimine la distinction intenable entre ceux qui sont déjà en train de mourir et ceux dont l'état de santé est tel que leur espérance de vie sera considérablement réduite si on leur enlève⁽⁹²⁾. En ce qui concerne les obligations procédurales de l'État d'expulsion, la Cour suprême a estimé qu'elles devaient être clarifiées, compte tenu de leur caractère obscur et nouveau.

L'ouverture créée par l'arrêt *Paposhvili* a provoqué un sursaut à la Cour en 2019 dans l'affaire *Savran c. Danemark*⁽⁹³⁾, à propos d'un ressortissant turc résidant sur le territoire du Danemark, souffrant de schizophrénie paranoïde, et qui avait fait l'objet d'une mesure d'éloignement en raison de sa condamnation pour violences en réunion

⁽⁸⁸⁾ *EA et Ors*, 2017, UKUT 445 (article 3, cas médical, *Paposhvili* non applicable).

⁽⁸⁹⁾ *AM (Zimbabwe) et Anor c. le Secrétaire d'État de l'intérieur*, 2018, EWCA Civ. 64.

⁽⁹⁰⁾ Cour eur. dr. h., décision *Khaksar c. Royaume-Uni*, 3 avril 2018.

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*, § 32.

⁽⁹²⁾ *AM (Zimbabwe) c. SSHD*, 2020, UKSC 17.

⁽⁹³⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Savran c. Danemark*, 1^{er} octobre 2019. Voy. J. TAVERNIER, chron. *R.G.D.I.P.*, 2020/1, pp. 166-168.

ayant entraîné la mort d'une personne. La jurisprudence antérieure relative à l'éloignement des personnes atteintes de schizophrénie était plutôt favorable au requérant. En 2001, la Cour avait déjà souligné en la matière que «les souffrances qui accompagneraient une rechute pourraient en principe relever de l'article 3»⁽⁹⁴⁾. Plus récemment, dans son arrêt *Aswat c. Royaume-Uni*, la Cour avait estimé qu'en raison du risque que le requérant soit soumis à des conditions de détention de nature à aggraver sa santé mentale, la mesure d'éloignement vers les États-Unis qui le visait portait atteinte à l'article 3 de la Convention⁽⁹⁵⁾.

En 2019, dans l'affaire *Savran*, la quatrième section a tenté d'appliquer les conditions posées dans *Paposhvili* pour conclure à la violation de l'article 3. Elle a rappelé qu'il appartenait aux autorités de l'État de renvoi «de vérifier au cas par cas si les soins généralement disponibles dans l'État de destination sont suffisants et adéquats en pratique pour traiter la pathologie dont souffre l'intéressé», mais aussi de «s'interroger sur la possibilité effective [...] d'avoir accès à ces soins et équipements dans l'État de destination». Sur ce dernier point, il convient de prendre en considération «le coût des médicaments et traitements, l'existence d'un réseau social et familial, et la distance géographique pour accéder aux soins requis»⁽⁹⁶⁾. En cas de doute persistant quant aux effets de l'éloignement sur le requérant, l'État de renvoi est tenu d'obtenir des assurances individuelles et suffisantes de la part de l'État d'accueil que le traitement approprié sera disponible et accessible pour la personne concernée⁽⁹⁷⁾. Or, en l'espèce, si la chambre a reconnu que les médicaments étaient bien disponibles en Turquie, le Royaume-Uni n'avait pas considéré la nécessité pour le requérant de bénéficier d'une thérapie intensive en établissement hospitalier, afin d'éviter que son état de santé ne se détériore. En outre, le requérant n'avait pas de famille, ni de réseau familial en Turquie, et les autorités auraient dû s'assurer qu'il pourrait bénéficier du soutien d'une autre personne⁽⁹⁸⁾. C'est pourquoi la chambre en a conclu que son éloignement vers la Turquie lui avait fait subir des mauvais traitements.

Néanmoins, dans un arrêt du 7 décembre 2021⁽⁹⁹⁾, la Grande Chambre a totalement refusé ce raisonnement et considéré que le seuil

⁽⁹⁴⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Ahmed c. Royaume-Uni*, 6 février 2001, § 37.

⁽⁹⁵⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Aswat c. Royaume-Uni*, 16 avril 2013, §§ 49-57.

⁽⁹⁶⁾ *Ibid.*, §§ 46-47.

⁽⁹⁷⁾ *Ibid.*, § 48.

⁽⁹⁸⁾ *Ibid.*, §§ 56-64.

⁽⁹⁹⁾ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Savran c. Danemark*, 7 décembre 2021.

de gravité exigé par l'article 3 n'était pas atteint, au motif que la schizophrénie du requérant et la forte probabilité d'une rechute en l'absence de traitement médical adéquat engendraient moins un risque pour lui que pour les autres (en raison de la dangerosité du requérant, liée à une résurgence d'agressivité). Peu importe qu'un des experts auditionnés ait constaté l'existence de « graves conséquences » pour le requérant, et que de nombreuses tierces interventions aient souligné le taux de suicide très élevé chez les personnes atteintes de maladie mentale, la schizophrénie du requérant n'était, pour la Grande Chambre, pas de nature à lui causer des « souffrances intenses »⁽¹⁰⁰⁾. Si la Cour a finalement conclu à la violation de l'article 8 de la Convention – les autorités n'ayant pas pris en compte la situation du requérant ni dûment mis en balance les intérêts en jeu, en occultant notamment l'absence de lien familial du requérant en Turquie –⁽¹⁰¹⁾, la solution demeure hautement problématique, en ce qu'elle témoigne d'une profonde méconnaissance de la souffrance psychologique que peut ressentir une personne atteinte d'un trouble mental, y compris – et surtout – lorsque ce dernier constitue un risque immédiat pour les autres plutôt que pour elle-même.

E. Les transferts de Dublin

Dans l'affaire inédite *M.S.S. c. Belgique et Grèce*⁽¹⁰²⁾ concernant le transfert d'un ressortissant afghan de la Belgique vers la Grèce en juin 2009, conformément au règlement Dublin II, la Cour a jugé que les autorités belges devaient être au courant des insuffisances de la procédure d'asile en Grèce lorsque l'ordre d'expulsion à son encontre avait été délivré. Les autorités belges n'auraient pas dû simplement supposer que le demandeur serait traité conformément aux normes de la Convention, mais vérifier comment les autorités grecques appliquaient leur

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibid.*, §§ 143 et s.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibid.*, §§ 190-202.

⁽¹⁰²⁾ *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, préc. Voy. notamment sur ce sujet, G. CLAYTON, « Asylum Seekers in Europe: *M.S.S. v. Belgium and Greece* », *HRLR*, 2011, n° 11(4), pp. 758-773; P. MALLIA, « Case of *M.S.S. v. Belgium and Greece*: A Catalyst in the Re-thinking of the Dublin II Regulation », *Refugee Survey Quarterly*, 2011, n° 30(3), pp. 107-128; T. ZULDWIJK, « *M.S.S. v. Belgium and Greece* (European Court of Human Rights): The Interplay Between European Union Law and the European Convention on Human Rights in the Post-Lisbon Era », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2011, n° 39, pp. 808-832; T. SYRING, « European Court of Human Rights' Judgment on Expulsion of Asylum Seekers: *M.S.S. v. Belgium & Greece* », *ASIL*, 24 février 2011, n° 15(5), disponible en ligne.

législation en matière d'asile dans la pratique, ce qu'elles n'ont pas fait. Elle a donc conclu à la violation par la Belgique de l'article 3 du fait des conditions de vie du requérant, qui avait «vécu pendant des mois dans le dénuement le plus total et n'avait pu faire face à aucun de ses besoins les plus élémentaires : se nourrir, se laver et se loger»⁽¹⁰³⁾. En ce qui concerne la Belgique, la Cour a en outre constaté une violation du droit à un recours effectif prévu à l'article 13, combiné à l'article 3, en raison de l'absence d'un droit à un recours effectif contre la décision d'expulsion du demandeur.

Bien que la Cour de justice de l'Union européenne ait adopté une position similaire à celle de son homologue de Strasbourg, se référant explicitement à l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*⁽¹⁰⁴⁾, la jurisprudence ultérieure de cette dernière s'est avérée quelque peu ambivalente. Par exemple, face à une plainte similaire selon laquelle la Grèce avait été incapable de traiter correctement les demandes d'asile et leur avait fourni des conditions inadéquates dans les circonstances similaires d'un transfert de l'Autriche vers la Grèce, en vertu du règlement Dublin II, en octobre 2008, la Cour a jugé que le transfert de la requérante ne violait pas l'article 3⁽¹⁰⁵⁾. Selon la Chambre, si les autorités autrichiennes avaient vraisemblablement eu connaissance des graves lacunes des procédures d'asile en Grèce ainsi que des conditions de vie et de détention des demandeurs d'asile, elles ne pouvaient en revanche pas savoir si ces insuffisances avaient atteint le seuil de l'article 3.

Dans un autre arrêt⁽¹⁰⁶⁾, la Cour est arrivée à la même conclusion en ce qui concerne la situation d'un requérant transféré de l'Autriche vers la Grèce au printemps 2009, contredisant ainsi explicitement l'arrêt *M.S.S.* relatif à un transfert survenu en juin 2009. Pourtant, dans une affaire suivante⁽¹⁰⁷⁾, la Cour n'a trouvé aucune raison de s'écarter de ses conclusions dans l'arrêt *M.S.S.*, et a estimé qu'il appartenait aux autorités, italiennes en l'espèce, d'examiner les situations individuelles des requérantes et de vérifier, avant de les renvoyer, comment les autorités grecques avaient appliqué leur législation en matière d'asile dans la pratique. Par conséquent, elle a constaté une violation de l'article 3

⁽¹⁰³⁾ *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, préc., § 254. Voy. également Cour eur. dr. h., arrêt *V.M. e.a. c. Belgique*, 7 juillet 2015, § 162.

⁽¹⁰⁴⁾ Voy. en particulier, §§ 88-91 de l'arrêt C.J.U.E., Gde Ch., 21 décembre 2011, aff. C-411/10 et C-493/10.

⁽¹⁰⁵⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Sharifi c. Autriche*, 5 décembre 2013, § 38.

⁽¹⁰⁶⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Safaii c. Autriche*, 7 mai 2014.

⁽¹⁰⁷⁾ *Sharifi e.a. c. Italie et Grèce*, préc.

par l'Italie, car les autorités italiennes, en renvoyant ces demandeurs en Grèce, les avaient exposés aux risques résultant des insuffisances de la procédure d'asile de ce pays.

En 2016, dans l'affaire *B.G. et autres c. France*, tout en reconnaissant que le campement dans lequel les requérants avaient vécu pendant plus de trois mois «était saturé, offrait des conditions sanitaires critiques et était devenu [...] insalubre», la Cour a conclu à la non-violation de la Convention au motif qu'elle n'était pas en mesure «d'apprécier concrètement les conditions de vie des requérants», que la durée de relogement était intervenue rapidement (trois mois) compte tenu du nombre de demandeurs d'asile présents dans le campement, et que les autorités avaient pourvu à leurs besoins essentiels, à savoir «se nourrir, se laver et se loger»⁽¹⁰⁸⁾. Ce dernier point est très critiquable, la Cour faisant ici une application particulièrement stricte – et sans aucun doute erronée – de «l'obligation de fournir un logement et des conditions matérielles décentes aux demandeurs d'asile démunis» dégagée dans *M.S.S.*, en la limitant à la fourniture des «besoins les plus élémentaires». Comme si des «conditions de vie décentes» se réduisaient à «se nourrir, se laver et se loger».

Un autre exemple de cette jurisprudence contradictoire est l'évaluation divergente de l'état du dispositif d'accueil en Italie. Dans l'affaire *Tarakhel c. Suisse*⁽¹⁰⁹⁾, la Cour a constaté une violation de l'article 3 en l'absence d'informations détaillées et fiables concernant les installations spécifiques du pays de destination et le fait que les autorités suisses n'avaient pas suffisamment d'assurances, que, si les demandeurs étaient retournés en Italie, ils seraient pris en charge d'une manière adaptée à l'âge des enfants. Inversement, dans l'arrêt *A.M.E. c. Pays-Bas*⁽¹¹⁰⁾, la Cour a conclu que la situation en Italie des demandeurs d'asile ne pouvait en aucun cas être comparée à la situation en Grèce à l'époque de *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, la structure et la situation globale des dispositifs d'accueil en Italie ne sauraient donc à elles seules faire obstacle à tous les éloignements de demandeurs d'asile vers cet État. La jurisprudence *Tarakhel c. Suisse* semble aujourd'hui définitivement enterrée concernant les conditions d'accueil italiennes, la Cour écartant désormais les recours pour défaut manifeste de fondement dès

⁽¹⁰⁸⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *B.G. e.a. c. France*, 10 septembre 2020, §§ 87 et s. Voy. A.-K. SPECK, «A camel's nose under the tent: the court's failure to discuss evidence in *B.G. and others v. France*», *Strasbourg Observers*, 23 octobre 2020.

⁽¹⁰⁹⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Tarakhel c. Suisse*, 4 novembre 2014.

⁽¹¹⁰⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *A.M.E. c. Pays-Bas*, 13 janvier 2015.

lors que les requérants ne prouvent pas que pèserait sur eux un risque suffisamment réel et imminent de difficultés assez graves pour entraîner la violation de l'article 3 de la Convention⁽¹¹¹⁾.

II. L'article 8 : le droit au respect de la vie privée et familiale

A. *Le droit à une vie familiale*

Lorsque les expulsions de migrants sont contestées sur la base d'une violation de l'article 2 ou 3, la Cour exige qu'un effet suspensif soit attaché au recours pour qu'il soit considéré comme « effectif »⁽¹¹²⁾. En d'autres termes, si l'expulsion menace de porter atteinte au droit à la vie de la personne ou risque de la soumettre à un traitement inhumain, la procédure d'expulsion doit être suspendue jusqu'à ce que la demande soit examinée.

Ce n'est pas le cas, a déclaré la Cour, dans l'affaire *De Souza Ribeiro c France*⁽¹¹³⁾, si une expulsion est contestée sur la base d'une prétendue ingérence dans la vie privée et familiale. Bien que l'on puisse soutenir que l'expulsion menace de porter atteinte au droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale, les États doivent donner à l'intéressé la possibilité de contester l'ordonnance *sans effet suspensif*. L'étranger peut donc se retrouver dans l'impossibilité de retourner dans sa famille et chez lui, et ce jusqu'à la fin de la procédure. C'est, dans les faits, ce qui est arrivé au demandeur dans l'arrêt *De Souza Ribeiro*, qui a été arrêté, placé en détention administrative et expulsé de la Guyane française dans les trente-six heures. Bien que la Cour ait constaté que le demandeur avait subi une violation de ses droits au titre de la Convention, en raison de la brièveté du délai écoulé entre l'arrestation et l'expulsion, la Cour n'est pas allée jusqu'à exiger des États qu'ils instituent un mécanisme suspensif dans les situations où les demandeurs prétendent que le renvoi porterait atteinte à leurs droits en

⁽¹¹¹⁾ Cour eur. dr. h., décision *M. T. c. Pays-Bas*, 23 mars 2021.

⁽¹¹²⁾ Voy. sur ce sujet, M. RENEMAN, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Hart Publishing, 2014.

⁽¹¹³⁾ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *De Souza Ribeiro c. France*, 13 décembre 2012. Sur cette affaire, voy. notamment N. ARAJÄRVI, «Case Note: *De Souza Ribeiro v. France*», 18 mars 2013, disponible en ligne.

vertu de l'article 8. Une telle situation est très préoccupante et nécessite une nette réorientation de la jurisprudence de la Cour⁽¹¹⁴⁾.

Certaines instances internationales ont expressément réclamé le droit à un appel suspensif contre une mesure d'éloignement visant des migrants sans papiers. Le Comité des droits de l'homme, notamment, concernant la situation en Guyane française dans le contexte de *De Souza Ribeiro*, a demandé à l'État partie de « veiller à ce que tous les individus frappés d'un arrêté d'expulsion disposent de suffisamment de temps pour établir une demande d'asile » et « bénéficient de l'assistance d'un traducteur et puissent exercer leur droit de recours avec effet suspensif »⁽¹¹⁵⁾. Ce n'est là qu'un exemple parmi tant d'autres dans le domaine des droits de la personne et du droit international des migrations qui suggère que ces deux branches du droit imposent au moins une double garantie procédurale à l'égard des migrants sans papiers : premièrement, le droit d'avoir accès aux tribunaux de l'État d'accueil pour faire valoir leurs droits fondamentaux, y compris les droits de leur famille, et, deuxièmement, le droit à un contrôle suspensif automatique de toute mesure d'éloignement lorsqu'ils risquent de subir des dommages irréversibles présumés à leur vie familiale.

La Cour a déjà affirmé qu'un recours contre une mesure d'éloignement n'était efficace qu'à la condition qu'il ait un effet suspensif, en particulier lorsque de telles mesures feraient peser sur la personne migrante un risque de « dommages irréversibles ». Habituellement, ceux-ci sont associés à des dommages physiques résultant d'actes de torture ou de mauvais traitements, généralement condamnés au titre des articles 2 et 3 de la Convention. Toutefois, la Cour a cessé d'associer systématiquement la nécessité d'une mesure suspensive et les dommages physiques dans l'affaire *Conka c. Belgique*⁽¹¹⁶⁾, où la notion de dommage irréversible découlait de l'interdiction de l'expulsion collective des étrangers⁽¹¹⁷⁾. Dans cette affaire, la Cour a ainsi établi un principe selon lequel des

⁽¹¹⁴⁾ Opinion concordante du juge Pinto De Albuquerque dans Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *De Souza Ribeiro c. France*.

⁽¹¹⁵⁾ UN Doc. CCPR/C/FRA/CO/4, 31 juillet 2008, § 20.

⁽¹¹⁶⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Conka c. Belgique*, 5 février 2002. Pour une analyse plus poussée de cette affaire et de ses implications, voy. notamment J. APAP, « Infringement of the European Convention on Human Rights by Belgium », *CEPS Policy Brief*, février 2002, n° 12.

⁽¹¹⁷⁾ Voy. également Cour eur. dr. h., arrêt *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, 26 avril 2007, § 58.

dommages irréversibles potentiels peuvent être invoqués sans allégation simultanée de danger de torture ou de mauvais traitements.

La séparation des membres de la famille peut effectivement causer des dommages irréversibles. Ces «dommages» ne doivent en aucun cas être considérés comme secondaires ou moins importants que les dommages physiques causés par les mauvais traitements. La cohérence de la jurisprudence de la Cour exige que la même compréhension large de la notion de «dommage irréversible» soit maintenue dans l'interprétation de l'article 13. Malheureusement, dans l'affaire *Khlaifia et autres*⁽¹¹⁸⁾, la Cour a fait exactement le contraire, considérant que l'éloignement du territoire de l'État défendeur n'exposait pas l'individu à un préjudice de nature potentiellement irréversible dès lors qu'il ne prétendait pas faire face à des violations des articles 2 ou 3 de la Convention dans l'État de destination.

De fait, le défi pour la Grande Chambre n'est pas seulement de reconsidérer cette jurisprudence, mais plus largement de revoir le principe *Maaouia* selon lequel la contestation des décisions relatives à l'entrée, le sursis et l'expulsion d'étrangers ne peuvent pas porter sur la détermination de droits ou obligations civils d'un demandeur ou d'une accusation criminelle contre lui au sens de l'article 6, 1), de la Convention⁽¹¹⁹⁾.

De sérieux doutes peuvent être émis quant à la proposition selon laquelle, en raison de l'élément prétendument discriminant et d'ordre public des décisions prises dans le cadre de ces procédures, elles ne doivent pas être considérées comme déterminant les droits civils de la personne concernée. Premièrement, ces décisions auront nécessairement des répercussions majeures sur la vie privée, professionnelle et sociale de l'étranger. Deuxièmement, ces décisions ne sont en aucun cas discrétionnaires et doivent respecter des obligations internationales, telles que celles résultant de l'interdiction de *non-refoulement*. Une telle interprétation restrictive du droit d'accès aux tribunaux discrimine sans fondement les migrants et les ressortissants, puisque l'article 1^{er} du Protocole n° 7 accorde aux migrants en situation régulière («migrants légalement résidents») moins de garanties procédurales que celles prévues par l'article 6 pour les ressortissants de l'État concerné et, pire

⁽¹¹⁸⁾ *Khlaifia e.a. c. Italie*, préc., §§ 277-281.

⁽¹¹⁹⁾ En ce qui concerne la procédure d'expulsion, voy. notamment Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Maaouia c. France*, 5 octobre 2000, et en ce qui concerne la procédure de demande d'asile, voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Katani e.a. c. Allemagne*, 31 mai 2001.

encore, impose une différenciation sans fondement entre les migrants, car elle laisse les migrants sans papiers hors du champ d'application de l'article 6 et de l'article 1^{er} du Protocole n° 7. Pour pallier cette lacune juridique, la Cour a ingénieusement fourni aux migrants sans papiers un degré minimal de protection de leur droit d'accès aux tribunaux, sur la base de l'article 13 appliqué en liaison avec les articles 2, 3 ou 8⁽¹²⁰⁾. La même voie légale a été prise concernant *De Souza Ribeiro*. Il est grand temps de mettre fin à cette interprétation minimaliste de l'article 6⁽¹²¹⁾.

Plus discutable, en revanche, est la voie récemment prise par la Cour en matière de regroupement familial, comme en témoigne l'arrêt *M.A. c. Danemark*⁽¹²²⁾. L'affaire concernait le régime juridique de protection des étrangers de l'État et le refus opposé à la demande de regroupement familial du requérant, qui bénéficiait seulement d'une « protection temporaire ». La législation danoise prévoyait en effet trois degrés de protection : le statut de réfugié (en vertu de la Convention de Genève de 1951), une protection en raison d'une menace grave d'être condamné à mort ou soumis à des mauvais traitements, et une protection dite « temporaire » pouvant être octroyée à des personnes menacées de persécution dans leur État d'origine en raison d'une situation grave d'instabilité générale. Contrairement aux deux autres degrés, les personnes admises au titre de la protection temporaire n'étaient pas éligibles au regroupement familial directement après obtention du statut mais seulement trois ans après. Rappelant que les États jouissent d'une liberté de principe en matière d'entrée, de séjour et d'éloignement sur leur territoire, la Cour, dans la continuité de sa jurisprudence antérieure⁽¹²³⁾, a énuméré les éléments à prendre en compte pour démontrer l'existence d'une obligation d'autorisation de regroupement familial : le fait que le refus de regroupement constituerait une entrave à la vie familiale, la nature et l'étendue des liens que les personnes concernées entretiennent avec l'État défendeur, la présence ou non d'obs-

⁽¹²⁰⁾ Par exemple, la Cour a déjà fondé son appréciation de l'équité d'une procédure d'asile sur l'article 3 de la Convention, Cour eur. dr. h., arrêt *Jabari c. Turquie*, 11 juillet 2000, §§ 39-40.

⁽¹²¹⁾ Opinion concordante du juge Pinto De Albuquerque dans l'affaire *De Souza Ribeiro c. France*, préc., et dans Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hirsi Jamaa e.a. c. Italie*, 23 février 2012.

⁽¹²²⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *M.A. c. Danemark*, 9 juillet 2021. Voy. H. MOLBAEK-STEENSIG, « *M.A. v. Denmark: is Denmark (still) a good-faith interpreter with legitimate aims?* », *Strasbourg Observers*, 21 septembre 2021 ; J. FERRERO, *chron. R.G.D.I.P.*, 2021/3, pp. 649-652.

⁽¹²³⁾ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas*, 3 octobre 2014.

tacles insurmontables à ce que la famille vive dans l'État d'origine, le fait que des enfants soient concernés ou non⁽¹²⁴⁾, etc. Elle a en outre rappelé qu'elle avait déjà pu sanctionner des durées excessives d'attente de regroupement familial s'agissant de réfugiés et autres détenteurs de titres de séjour⁽¹²⁵⁾.

Pour autant, en l'espèce, la Cour n'a pas souhaité s'aligner sur cette jurisprudence. Elle a considéré que l'État bénéficiait d'une ample marge d'appréciation quant à la détermination du délai de regroupement familial des bénéficiaires de la protection temporaire, mobilisant à cette fin un raisonnement relativement contestable. En effet, tout en soulignant le fait que les requérants fuyaient des mauvais traitements, la Cour a mis l'accent sur le caractère non absolu de l'article 8, sur la marge d'appréciation dont les États bénéficient, notamment, en matière de contrôle de l'entrée et du séjour des étrangers sur leur territoire, ainsi que de manière plus problématique⁽¹²⁶⁾, sur l'absence de consensus au sein des États sur le sujet – alors que la pratique constatée montrait plutôt un consensus allant à l'encontre de l'approche danoise. Elle a ainsi préféré affirmer que les États membres n'étaient «pas touchés de la même manière» par les afflux de ressortissants syriens depuis 2015⁽¹²⁷⁾. Si, malgré cette ample marge d'appréciation, elle a finalement conclu à la violation de l'article 8 en raison du délai de trois ans exigé pour l'octroi du bénéfice du regroupement familial⁽¹²⁸⁾, la solution n'est pas exempte de tout reproche. Comme cela a pu être souligné, la Cour a ici manqué une occasion de consacrer, comme l'ont pourtant fait d'autres instances internationales⁽¹²⁹⁾, une obligation d'autorisation du regroupement familial dès lors que les étrangers résident régulièrement sur le territoire de l'État. En outre, elle a validé une différence de traitement entre réfugiés et autres catégories de personnes protégées opérée en fonction du risque de mauvais traitements dans l'État d'origine, qui, bien que justifiée quant à l'attribution du statut, s'avère en revanche peu pertinente s'agissant du regroupement familial. On voit mal, en effet,

⁽¹²⁴⁾ *M.A. c. Danemark*, préc., § 135.

⁽¹²⁵⁾ *Ibid.*, §§ 137-139. Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Tanda-Muzinga c. France*, 10 juillet 2014 et arrêt *Mugenzi c. France*, 10 juillet 2014.

⁽¹²⁶⁾ Sur la question, voy. J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, 2021/3, p. 651.

⁽¹²⁷⁾ Voy. en particulier §§ 151 et s. de l'arrêt.

⁽¹²⁸⁾ En revanche, la Cour considère qu'un délai de deux ans est justifié. Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *M.T. e.a. c. Suède*, 20 octobre 2022.

⁽¹²⁹⁾ Notamment le Comité des droits de l'homme des Nations. Voy. les §§ 39 et s. de l'arrêt.

pourquoi la durée d'un tel regroupement devrait différer en fonction du risque subi par la personne protégée⁽¹³⁰⁾.

B. *Le droit à la nationalité*

En plus de protéger le droit à la vie privée, l'article 8 inclut également un droit à la nationalité. Récemment, la Cour a pu aborder cette question à plusieurs reprises, comme dans l'affaire *Ramadan c. Malte*⁽¹³¹⁾. Dans cette affaire, le demandeur, qui était alors un ressortissant égyptien, avait acquis la citoyenneté maltaise en raison de son mariage avec une ressortissante maltaise. Le mariage avait été annulé cinq ans plus tard, et le requérant s'était remarié par la suite à Malte avec une ressortissante russe, avec laquelle il avait eu deux enfants. En 2007, après avoir pris connaissance de l'annulation de son premier mariage, les autorités maltaises avaient révoqué la nationalité du demandeur au motif que le mariage avec sa première épouse avait été contracté dans le but d'acquérir la nationalité. Le requérant avait alors porté cette affaire devant la Cour en faisant valoir que l'ordonnance visant à le priver, ainsi que sa deuxième épouse, de la citoyenneté maltaise le privait également de ses droits en vertu de l'article 8.

Bien qu'elle ait affirmé qu'elle ne pouvait exclure qu'un « refus arbitraire de la nationalité puisse, dans certaines circonstances, soulever une question au regard de l'article 8 de la Convention en raison de l'incidence d'un tel refus sur la vie privée de la personne »⁽¹³²⁾, la Cour a jugé, dans cette affaire, qu'il n'y avait pas eu de violation dudit article. Elle a conclu que la décision du gouvernement maltais avait été conforme à la loi, qu'elle n'avait pas été arbitraire ni n'avait entraîné de conséquences négatives réelles – malgré le fait que lui et sa femme avaient été privés de leur nationalité maltaise. Elle a également ajouté que les enfants du requérant n'avaient pas été privés de leur nationalité, et que lui-même pouvait continuer de vivre et de travailler à Malte. Quant à l'argument du demandeur selon lequel, à la suite de la décision du gouvernement, il était, en fait, apatride (puisqu'il avait déjà renoncé à sa citoyenneté égyptienne), la Cour a conclu que « le fait qu'un étranger ait renoncé à

⁽¹³⁰⁾ Voy. J. FERRERO, *chron. R.G.D.I.P.*, 2021/3, p. 652.

⁽¹³¹⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Ramadan c. Malte*, 21 juin 2016.

⁽¹³²⁾ *Ibid.*, § 84, citant Cour eur. dr. h., décision *Karassev c. Finlande*, 12 janvier 1999, n° 31414/96; Gde Ch., arrêt *Slivenko c. Lettonie*, 9 octobre 2003, § 77; décision *Savoia et Bounegru c. Italie*, 11 juillet 2006, n° 8407/05; arrêt *Genovese c. Malte*, 11 octobre 2011, § 30.

la nationalité d'un État ne signifie pas en principe qu'un autre État ait l'obligation de régulariser son séjour dans le pays»⁽¹³³⁾. Compte tenu de toutes les considérations susmentionnées, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

L'appréciation par la majorité de la procédure de révocation et de la proportionnalité de l'ordonnance de révocation appelle certaines réserves, compte tenu notamment de l'apatridie qui en a découlé, du risque d'expulsion imminente de Malte ainsi que de l'impact sur la vie familiale du requérant. Le droit à la nationalité est un droit particulièrement important et bien qu'il n'ait pas été explicitement inclus dans la Convention, il a été identifié et consacré dans les protocoles ultérieurs, ainsi que dans d'autres instruments internationaux⁽¹³⁴⁾.

La Cour a pris certaines mesures pour protéger ce droit, dont la majorité dans l'affaire *Ramadan* n'a pas tenu compte lorsqu'elle a rendu sa décision. Par exemple, dans l'affaire *Karashev c. Finlande*⁽¹³⁵⁾, la Cour n'a pas exclu qu'un refus d'octroi de la nationalité puisse, dans certaines circonstances, soulever un problème en vertu de l'article 8 de la Convention, en raison de son caractère arbitraire et de son incidence sur la vie privée de la personne. Rien ne permet de penser que le principe susmentionné ne puisse s'appliquer qu'aux cas de privation ou de perte de nationalité et non au droit de renoncer à la nationalité. La question du refus arbitraire de la nationalité peut également se poser en vertu de l'article 3 du Protocole n° 4, si le but du refus est d'échapper à l'interdiction d'expulser des ressortissants, comme ce fut le cas dans l'affaire *Slivenko c. Lettonie*⁽¹³⁶⁾, où il a été demandé à la Cour de décider si l'expulsion de la femme et de la fille d'un officier militaire russe en vertu du traité letton-russe sur le retrait des troupes russes violait l'article 3 du protocole n° 4. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention à la suite du renvoi des demandeurs de Lettonie concernant leur droit au respect de leur vie privée et familiale.

⁽¹³³⁾ *Ibid.*, § 91.

⁽¹³⁴⁾ Voy. l'avis concordant du juge Pinto De Albuquerque dans l'arrêt *Ramadan c. Malte*. Pour en savoir plus sur le droit à la citoyenneté et les questions de nationalité et d'apatridie, voy. M. GANCZER, «The Right to a Nationality as a Human Right?», *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2014, pp. 15-33; S. MANTU, «“Terrorist” Citizens and the Human Right to Nationality», *Journal of Contemporary European Studies*, 2018, n° 26(1), pp. 28-41.

⁽¹³⁵⁾ *Karashev c. Finlande*, préc., §§ 59 et s.

⁽¹³⁶⁾ *Slivenko c. Lettonie*, préc.

Cette jurisprudence laisse entendre que, dans le système de la Convention, il existe maintenant une interdiction bien établie de refuser ou de révoquer arbitrairement la nationalité. En toute logique, l'existence d'un droit à la nationalité au titre de l'article 8 de la Convention est lue en lien avec l'article 3 du Protocole n° 4. Ainsi, la façon dont les États réglementent les questions touchant à la nationalité ne peut pas être considérée aujourd'hui comme relevant de la compétence exclusive des États, lesquels sont liés par deux obligations : une obligation négative de ne pas prendre de mesure de privation de nationalité si celle-ci a pour effet de rendre apatride la personne qui la subit – quel que soit le motif de la mesure⁽¹³⁷⁾ –, et une obligation positive de fournir sa nationalité aux apatrides, du moins quand ils sont nés ou retrouvés dans le territoire de l'État ou quand l'un de leurs parents détient la nationalité dudit État. En outre, les personnes ayant fait l'objet d'une mesure de privation de nationalité doivent pouvoir exercer des recours contre ladite mesure⁽¹³⁸⁾. Il est temps que la Cour reconnaisse explicitement que la nationalité de l'État appartient au noyau dur de l'identité d'une personne, qui est protégée par l'article 8 de la Convention. Il est décevant qu'elle ne l'ait pas fait dans l'affaire *Ramadan c. Malte*⁽¹³⁹⁾.

Une évolution récente de la jurisprudence de la Cour peut néanmoins être constatée s'agissant des cas de révocation de nationalité. Certaines affaires ont en effet abouti à des constats de violation de l'article 8 sur le fondement des deux critères consacrés dans l'arrêt *Karassev* et rappelés dans *Ramadan c. Malte*, à savoir le caractère arbitraire de la mesure et ses conséquences sur la vie privée du requérant⁽¹⁴⁰⁾. L'une d'elles, l'affaire *Usmanov*, était relative à un retrait de la citoyenneté russe visant un ressortissant du Tadjikistan, ainsi que la mesure d'expulsion qui s'en était suivie. La Cour a considéré en l'espèce que les autorités nationales n'avaient pas établi de manière suffisamment convaincante

⁽¹³⁷⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Ghoumid e.a. c. France*, 25 juin 2020. Voy. J. FERRERO, *CHRON. R.G.D.I.P.*, 2020/3-4, pp. 681-682.

⁽¹³⁸⁾ *Ibid.*, §§ 46-48.

⁽¹³⁹⁾ Sur ce point, voy. notamment L. LAVRYSEN et C. POPPELWELL-SCEVAK, « *Ramadan v. Malta: When Will the Strasbourg Court Understand That Nationality Is a Core Human Rights Issue?* », *Strasbourg Observers*, 22 juillet 2016, disponible en ligne.

⁽¹⁴⁰⁾ Voy. par exemple Cour eur. dr. h., arrêt *Ahmadov c. Azerbaïdjan*, 30 janvier 2020, §§ 43-44; arrêt *Usmanov c. Russie*, 22 décembre 2020, §§ 52 et s. Pour un exemple de non-violation, voy. *Ghoumid e.a. c. France*, préc., § 44 et s. Généralement, le contrôle de la Cour s'opère d'abord sur le caractère arbitraire de la mesure puis sur les conséquences pour la vie privée du requérant (arrêt *Ahmadov et Ghoumid*), mais il arrive que l'arbitraire soit évalué en second (arrêt *Usmanov*).

que la menace que le requérant faisait prétendument peser sur la sécurité nationale l'emportait sur les liens familiaux qu'il avait noués en Russie⁽¹⁴¹⁾. Toutefois, en l'espèce, le caractère disproportionné de la mesure tenait surtout à l'absence de réelle mise en balance des intérêts en jeu.

III. L'interdiction de l'expulsion arbitraire et collective

Selon une jurisprudence constante de la Cour, un État a le droit de contrôler l'entrée des migrants sur son territoire. Néanmoins, les États n'ont pas un pouvoir illimité et dénué de tout contrôle quand il s'agit de détenir les migrants, de leur refuser l'entrée et de les renvoyer dans leur pays d'origine. Les États continuent d'avoir des obligations à l'égard des migrants, en vertu de la Convention et du droit international plus généralement. Ils doivent veiller, d'une part, à ce qu'ils n'expulsent pas les personnes de façon arbitraire et, lorsque les migrants « frappent à leur porte », à ce qu'ils ne s'engagent pas dans des expulsions collectives.

A. *Les expulsions arbitraires*

La Cour a pour habitude de s'en remettre aux autorités nationales dans les cas d'expulsion, ce qui a souvent mené à des expulsions arbitraires portant atteinte aux droits des individus en vertu de la Convention. L'arrêt *Vasquez c. Suisse*⁽¹⁴²⁾ en est un exemple frappant. Dans cette affaire, le demandeur alléguait que son expulsion de la Suisse violait ses droits en vertu de l'article 8. Schématiquement, une procédure administrative avait conduit à une mesure d'expulsion supérieure à ce que les tribunaux pénaux avaient prononcé à l'égard du requérant – ce dernier ayant été condamné au début des années 2000 pour une infraction sexuelle. Les autorités administratives avaient donc « puni » le demandeur en lui infligeant une peine que les tribunaux pénaux ne jugeaient pas nécessaire d'appliquer. De plus, la Cour suprême fédérale avait conclu qu'il y avait une menace à la sécurité publique à partir de faits non pertinents sur le plan juridique, à l'instar de deux décisions

⁽¹⁴¹⁾ *Usmanov c. Russie*, préc. Sur l'affaire, voy. L. REYNTJENS, « *Usmanov v. Russia*: a confusing turn in the right direction? », *Strasbourg Observers*, 22 janvier 2021, disponible en ligne; J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, 2021/1, pp. 143-144.

⁽¹⁴²⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Vasquez c. Suisse*, 26 novembre 2013.

rejetant des accusations criminelles pour absence de caractérisation criminelle des faits. L'arbitraire de cette présomption de risque ou de menace à la sécurité publique était patent. La Cour a pourtant conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention, estimant que les autorités nationales n'avaient pas outrepassé leur marge d'appréciation⁽¹⁴³⁾.

Ce n'était ni la première, ni la dernière fois que la Cour avait échoué à protéger les individus contre les expulsions arbitraires. Des questions similaires avaient été soulevées dans les affaires *Shala c. Suisse*⁽¹⁴⁴⁾ et *Kissiwa Koffi c. Suisse*⁽¹⁴⁵⁾, rendues par la Cour le même jour⁽¹⁴⁶⁾. Il s'agissait là de cas typiques de crimmigration, dans lesquels l'État avait utilisé le droit administratif de l'immigration comme un outil de politique de prévention criminelle.

B. *Les expulsions collectives*

L'article 4 du Protocole n° 4 dispose sans équivoque que « l'expulsion collective des étrangers est interdite ». L'expulsion collective s'entend de « toute mesure obligeant les étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf lorsqu'une telle mesure est prise sur la base d'un examen raisonnable et objectif du cas particulier de chaque étranger individuel du groupe »⁽¹⁴⁷⁾. En termes pratiques, cela signifie que les groupes de réfugiés ne peuvent pas être soumis à un statut réduit fondé sur une exception « inhérente » à l'afflux de masse au statut de réfugié « réel ». Offrir une protection subsidiaire réduite aux personnes qui arrivent dans le cadre d'un afflux massif constituerait une discrimination injustifiée.

À ce jour, la Cour a constaté une violation de l'article 4 du Protocole n° 4 dans une poignée de cas seulement⁽¹⁴⁸⁾. Dans l'affaire *Čonka*

⁽¹⁴³⁾ *Ibid.*, § 51.

⁽¹⁴⁴⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Shala c. Suisse*, 15 novembre 2012.

⁽¹⁴⁵⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *Kissiwa Koffi c. Suisse*, 15 novembre 2012.

⁽¹⁴⁶⁾ *Ibid.*

⁽¹⁴⁷⁾ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Georgie c. Russie (I)*, 3 juillet 2014, § 167.

⁽¹⁴⁸⁾ Pour une discussion sur les impacts positifs de la jurisprudence de la Cour, voy. notamment D. RIETIKER, « Collective Expulsion of Aliens: The European Court of Human Rights (Strasbourg) as the Island of Hope in Stormy Times », *Suffolk Transnat'l L. Rev.*, 2016, n° 36, p. 651 ; J. RAMJI-NOGALES, « Prohibiting Collective Expulsion of Aliens at the European Court of Human Rights », *ASIL*, 4 janvier 2016, n° 20(1), disponible en ligne.

c. Belgique⁽¹⁴⁹⁾, des mesures de détention et de renvoi avaient été adoptées aux fins de la mise en œuvre d'un ordre de quitter le pays, mais ne faisaient aucune référence aux demandes d'asile des demandeurs. Plusieurs personnes avaient été simultanément convoquées au poste de police, sans qu'on leur ait donné la possibilité de contacter un avocat. La «seule référence à la situation personnelle des demandeurs était le fait que leur séjour en Belgique avait dépassé trois mois», et les documents d'expulsion ne faisaient aucune référence à leur demande d'asile⁽¹⁵⁰⁾. La Cour a estimé que la procédure d'expulsion n'offrait pas «des garanties suffisantes attestant d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées»⁽¹⁵¹⁾, et qu'il y avait donc eu violation de l'article 4 du protocole n° 4.

La Cour a également constaté une violation de l'article 4 du Protocole n° 4 dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*⁽¹⁵²⁾. Dans cette affaire, les demandeurs n'avaient fait l'objet d'aucun contrôle d'identité et les autorités avaient simplement placé les migrants interceptés en mer sur des navires militaires pour les ramener sur les côtes libyennes. La solution de la Cour n'est toutefois pas satisfaisante, en raison de ce qu'elle ne va pas assez loin. Elle aurait dû également constater que le gouvernement italien était tributaire d'une obligation positive de fournir aux demandeurs un accès effectif à une procédure d'asile en Italie, et non pas simplement soutenir que l'Italie ne pouvait pas repousser les migrants en haute mer⁽¹⁵³⁾.

Dans l'affaire *Géorgie c. Russie (I)*⁽¹⁵⁴⁾, la Cour a de nouveau reproché aux États défendeurs des «expulsions de routine» qui suivaient un schéma récurrent, traduisant une politique coordonnée d'arrestation, de détention et d'expulsion de ressortissants géorgiens. Les demandeurs

⁽¹⁴⁹⁾ *Čonka c. Belgique*, préc.

⁽¹⁵⁰⁾ *Ibid.*, § 61.

⁽¹⁵¹⁾ *Ibid.*

⁽¹⁵²⁾ *Hirsi Jamaa e.a. c. Italie*, préc., § 186. Sur cette affaire, voy. notamment V. MORENO-LAX, «*Hirsi Jamaa and Others v Italy* or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?», *HRLR*, 2012, n° 12(3), pp. 574-598; M. GIUFFRÉ, «Watered-Down Rights on the High Seas: *Hirsi Jamaa and Others v Italy*», *ICLQ*, 2012, n° 61(3), pp. 728-750. Pour un commentaire sur l'impact de cette affaire en droit de la mer, voy. notamment J. COPPENS, «The Law of the Sea and Human Rights in the *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* Judgment of the European Court of Human Rights», in Y. Haeck et E. Brems (dir.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Springer, 2013, pp. 179-202.

⁽¹⁵³⁾ Opinion concordante du juge Pinto De Albuquerque dans l'affaire *Hirsi Jamaa e.a.*, préc.

⁽¹⁵⁴⁾ *Géorgie c. Russie (I)*, préc.

avaient été expulsés en grands groupes sans représentation juridique ni évaluation individuelle. La Cour a conclu à une violation des droits garantis par la Convention. Dans l'affaire *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*⁽¹⁵⁵⁾, les migrants interceptés dans les ports de l'Adriatique avaient été soumis à des «retours automatiques» en Grèce et privés de toute possibilité effective de demander l'asile. Une fois de plus, la Cour a conclu à une violation de la Convention.

Récemment, la Cour a toutefois été plus indulgente à l'égard des États qui se livrent à des expulsions collectives, et a élaboré une définition très large de la notion d'«expulsion individuelle», si bien qu'on a pu qualifier de «retour en arrière» sa jurisprudence récente en matière de protection des droits des migrants⁽¹⁵⁶⁾. C'est ce qui ressort notamment de l'affaire *Khlaifia c. Italie* déjà mentionnée. Les faits en l'espèce, très brièvement, étaient les suivants: les demandeurs, ressortissants tunisiens qui faisaient partie d'un groupe de migrants partis en bateau de Tunisie vers l'Italie, avaient été interceptés par les garde-côtes italiens et escortés vers un port de l'île de Lampedusa, où ils avaient été placés très rapidement dans un centre d'accueil. Au cours d'une émeute, le centre avait été ravagé par le feu et les demandeurs avaient ensuite été conduits sur des navires amarrés dans le port de Palerme, où un ordre de refus d'entrée leur avait été opposé. Ils avaient ensuite été reçus par le consul de Tunisie, qui avait enregistré leurs identités avant de les faire embarquer dans des avions pour la Tunisie. Une fois à Tunis, ils avaient été libérés. Les événements, dans leur ensemble, avaient duré environ douze jours⁽¹⁵⁷⁾.

L'affaire a d'abord été instruite par une chambre de la Cour, qui a constaté que, si les requérants avaient été renvoyés sur la base d'ordonnances individuelles de refus d'entrée, ces dernières avaient été rédigées en termes identiques, seules les données personnelles variant d'un individu à l'autre: même si les requérants avaient fait l'objet d'une procédure d'identification qui ne démontrait pas nécessairement qu'il n'y avait pas eu d'expulsion collective, les ordonnances ne contenaient pas non plus de référence à la situation personnelle des individus. Ces éléments ont conduit la Chambre à conclure que l'expulsion était de nature collective et violait l'article 4 du Protocole n° 4.

⁽¹⁵⁵⁾ *Sharifi e.a. c. Italie et Grèce*, préc.

⁽¹⁵⁶⁾ C. BOSCH MARCH, «Backsliding on the protection of migrants' rights? The evolutive interpretation of the prohibition of collective expulsion by the European Court of Human Rights», *Journal of Immigration Asylum and Nationality Law*, 2021, n° 35(4), pp. 315-336.

⁽¹⁵⁷⁾ *Khlaifia e.a. c. Italie*, préc.

Malheureusement, la Grande Chambre n'a pas suivi ce raisonnement et n'a pas considéré qu'il y avait eu violation de la Convention. Au lieu de cela, elle a noté que les demandeurs avaient fait l'objet de deux procédures d'identification et qu'au moment de leur première procédure d'identification, ils avaient « eu l'occasion d'alerter les autorités quant à d'éventuelles raisons justifiant leur séjour en Italie ou s'opposant à leur renvoi »⁽¹⁵⁸⁾. Bien qu'elle ait suivi l'observation de la Chambre selon laquelle les ordonnances de refus d'entrée avaient été rédigées en termes comparables, la Grande Chambre a néanmoins estimé que « la nature relativement simple et standardisée des décrets de refoulement [pouvait] s'expliquer par le fait que les requérants n'étaient en possession d'aucun document de voyage valable et n'avaient allégué ni des craintes de mauvais traitements en cas de renvoi ni d'autres obstacles légaux à leur expulsion »⁽¹⁵⁹⁾. Les actions et justifications de l'État n'étaient donc pas déraisonnables.

La Cour a ensuite conclu que « les renvois quasi simultanés des trois requérants ne [permettaient] pas de conclure que leur expulsion avait été "collective" au sens de l'article 4 du Protocole n° 4 de la Convention »⁽¹⁶⁰⁾, et qu'ils s'analysaient plutôt comme « le résultat d'une série de décisions de refoulement individuelles »⁽¹⁶¹⁾. Il s'agit là d'une conclusion décevante de la Cour et d'un pas dans la mauvaise direction. Ainsi que l'a souligné le juge Serghides, qui a exprimé sa dissidence dans cette affaire, l'article 4 du protocole n° 4 cause manifestement de graves problèmes d'interprétation à la Cour.

L'un des principaux points de désaccord entre la dissidence et la majorité dans cette affaire était de savoir si une entrevue individuelle était nécessaire pour qu'une expulsion soit conforme à la Convention. La majorité a répondu par la négative. Or, contrairement à la décision de cette dernière, et comme l'a souligné le juge Serghides, un entretien personnel, même bref⁽¹⁶²⁾, apparaît nécessaire pour garantir une évaluation individualisée des demandes d'asile et des arguments individuels des migrants qui tentent de traverser le territoire d'un État. L'absence d'un tel entretien doit entraîner une violation automatique de l'article 4 du Protocole n° 4. Permettre aux États de procéder à des expulsions collectives sans procéder à des entretiens personnels constituerait un

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibid.*, § 247.

⁽¹⁵⁹⁾ *Ibid.*, § 251.

⁽¹⁶⁰⁾ *Ibid.*, § 252.

⁽¹⁶¹⁾ *Ibid.*

⁽¹⁶²⁾ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Asady e.a. c. Slovaquie*, 24 mars 2020.

recul considérable pour la protection des migrants et s'écarterait considérablement de la jurisprudence de la Cour. En vertu de la Convention, il existe en effet une obligation procédurale d'évaluer la situation individuelle de chaque migrant que l'État est sur le point d'expulser, ce qui implique nécessairement l'obligation pour les États de mener un entretien individuel. Sans quoi la Cour donne effectivement carte blanche aux États pour décider quand les circonstances individuelles comptent et quand elles peuvent être ignorées⁽¹⁶³⁾.

Un autre problème soulevé en l'espèce était l'existence d'un accord bilatéral entre l'Italie et la Tunisie, qui contournait la nécessité d'un entretien individuel des individus tunisiens arrivés en Italie. En vertu de cet accord, il n'y avait « aucune obligation de mener une entrevue personnelle ». Là encore, il apparaît essentiel de considérer, comme le fait le juge Serghides, que « lorsqu'une entente bilatérale n'exige pas d'entrevues personnelles obligatoires pour l'expulsion collective des étrangers, [...] elle viole les dispositions de l'article 4 du protocole n° 4 »⁽¹⁶⁴⁾. Étant donné que l'Italie n'a pas formulé de réserve à l'égard de l'article 4 du protocole n° 4, les obligations de l'Italie au titre du protocole restent pleinement en vigueur et ne peuvent être contournées par un accord bilatéral.

Dans *N.D. et N.T. c. Espagne*⁽¹⁶⁵⁾, la Cour a précisé que, dans la Convention, la notion d'expulsion inclut également les décisions de non-

⁽¹⁶³⁾ Voy. également D. VENTURI, « The Grand Chamber's Ruling in *Khlaifia and Others v Italy*: One Step Forward, One Step Back? », *op. cit.*

⁽¹⁶⁴⁾ Opinion dissidente du juge SERGHIDES dans l'affaire *Khlaifia e.a. c. Italie*, préc., § 252.

⁽¹⁶⁵⁾ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *N.D. et N.T. c. Espagne*, 13 février 2020. Sur ces affaires, voy. notamment D. THYM, « The End of Human Rights Dynamism? Judgments of the ECtHR on “Hot Returns” and Humanitarian Visas as a Focal Point of Contemporary European Asylum Law and Policy », *International Journal of Refugee Law*, 2020, vol. 32, n° 4, pp. 569-596 ; A. LÓPEZ-SALA, « Keeping up appearances: Dubious legality and migration control at the peripheral borders of Europe. The cases of Ceuta and Melilla », in S. Carrera et M. Stefan (dir.), *Fundamental Rights Challenges in Border Controls and Expulsions of Irregular Immigration in the European Union: Complaint Mechanisms and Access to Justice*, Routledge, 2020, pp. 26-42 ; I. BARBERO et M. ILLAMOLA-DAUSA, « Deportations without the right to complaint: cases from Spain », in S. Carrera et M. Stefan (dir.), *ibid.*, pp. 43-63 ; M. LARCHÉ, « Épilogue de l'affaire *N.D. et N.T.* : ni démission ni tolérance (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *N.D. et N.T. c. Espagne*, 13 février 2020) », *Rev. trim. dr. h.*, 2020, pp. 1011-1027) ; H. RASPAIL, chron. *R.G.D.I.P.*, 2020/2, pp. 389-396 ; N. SINANAJ, « Push backs at land borders: *Asady and Others v. Slovakia* and *N.D. and N.T. v. Spain*. Is the principle of non-refoulement at risk? », *Refugee law initiative*, 10 juin 2020 ; S. CARRERA, « The Strasbourg Court Judgement *N.D. and N.T. v Spain*: A Carte Blanche to Push Backs

admission à la frontière conformément à l'interprétation du projet d'articles de la Commission du droit international des Nations Unies sur les expulsions d'étrangers, et cela sans qu'il ne soit fait de distinction entre les différentes catégories de personnes visées, indépendamment de la demande d'asile ou de la légitimité de la demande de protection internationale⁽¹⁶⁶⁾. Plus important encore, la Cour a établi que les États ne pouvaient pas, par le biais de leur législation ou par d'autres moyens, appliquer à certaines parties de leur territoire l'appellation de «non-territoire» pour échapper à leurs obligations en vertu de la Convention et qu'ils devaient fournir un accès «réel et effectif» aux mécanismes d'entrée légaux aux fins de l'asile ainsi qu'un «nombre suffisant» de points de passage⁽¹⁶⁷⁾. Cette obligation positive de l'État est une condition *sine qua non* d'une politique de gestion des frontières conforme à la Convention.

Dans l'affaire de Melilla, cette condition n'avait pas été remplie, en raison de l'existence d'un manque d'accessibilité pratique de la part des demandeurs aux voies légales d'admission en Espagne. La Cour a pourtant négligé cet élément⁽¹⁶⁸⁾. Pire encore, en se concentrant sur

at EU External Borders?», *EU Working Paper*, 2020, n° 21; G. RAIMONDO, «*N.D. and N.T. v Spain*: A Slippery Slope for the Protection of Irregular Migrants», *University of Oxford Faculty of Law*, 20 avril 2020; N. MARKARD, «A Hole of Unclear Dimensions: Reading *ND and NT v. Spain*», *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 1^{er} avril 2020; H. HAKIKI, «*N.D. and N.T. v. Spain*: defining Strasbourg's position on push backs at land borders?», *Strasbourg Observers*, 26 mars 2020; S. PAPAGEORGIOPOULOS, «*N.D. and N.T. v. Spain*: do hot returns require cold decision-making?», *European Database of Asylum Law*, 28 février 2020; R. WISSING, «Push backs of “badly behaving” migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)», *Strasbourg Observers*, 25 février 2020; M. PICHL et D. SCHMALZ, «“Unlawful” may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case *N.D. and N.T.*», *Verfassungsblog*, 14 février 2020; C. OVIEDO MORENO, «A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain», *Verfassungsblog*, 14 février 2020; D. THYM, «A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's *N.D. and N.T.* judgement on “Hot Expulsions”», *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 17 février 2020.

⁽¹⁶⁶⁾ Voy. l'opinion dissidente du juge Pinto De Albuquerque dans l'affaire *M.A. e.a. c. Lituanie* (Cour eur. dr. h., 11 décembre 2018).

⁽¹⁶⁷⁾ *N.D. et N.T.*, préc., § 209.

⁽¹⁶⁸⁾ La Cour a simplement écarté les éléments de preuve présentés par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe et un groupe d'institutions de la société civile, en tant qu'intervenants tiers, concluant que les différents rapports n'étaient «pas concluants» (§ 218). La situation sur le terrain avait déjà été analysée par J.M. SANCHEZ-TOMÁS, «Las devoluciones en caliente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2018, n° 65, pp. 101-135; L. IMBERT, «Refoulements sommaires: la CEDH trace la “frontière des droits” à Melilla»,

le comportement des individus, la Cour a inversé les rôles des requérants et de l'État défendeur, en traitant les premiers comme s'ils étaient accusés d'avoir eu un comportement intentionnellement perturbateur et agressif, et le second comme un accusateur. Le choix de la Cour d'évaluer d'abord si les demandeurs étaient dignes de la protection des droits de la personne en vertu de la Convention était fondamentalement erroné en ce sens qu'il présupposait que le droit d'accès aux droits de l'Homme n'est pas inhérent à chaque personne persécutée, mais dépend de la conduite du plaignant. Lorsque l'arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*⁽¹⁶⁹⁾ a conclu qu'il n'y a pas violation de l'article 4 du Protocole n° 4 dès lors que « l'absence de décision individuelle d'éloignement est la conséquence du comportement fautif des personnes intéressées »⁽¹⁷⁰⁾, cela ne signifiait pas et ne pouvait pas être interprété comme signifiant que la garantie de l'interdiction absolue de refoulement dépendait de la conduite de la personne traversant la frontière. Une telle lecture de *Hirsi Jamaa et autres* serait manifestement abusive à la lumière de l'interprétation large du terme « expulsion » du paragraphe 174 de l'arrêt (reprise au paragraphe 185 de l'arrêt *N.D. et N.T.*), qui souligne à juste titre que le terme fait référence à « tout éloignement forcé d'un étranger du territoire d'un État, indépendamment de la légalité du séjour de la personne concernée, du temps qu'elle a passé sur ce territoire, du lieu où elle a été appréhendée, de sa qualité de migrant ou de demandeur d'asile ou de son comportement lors du franchissement de la frontière »⁽¹⁷¹⁾. De plus, invoquer les affaires *Berisha et Haljiti c. « L'ex-République yougoslave de Macédoine »*⁽¹⁷²⁾ et *Dritsas c. Italie*⁽¹⁷³⁾ comme faisant autorité était abusif, car elles s'appuyaient sur une lecture restrictive et ne se rapportaient pas à une situation similaire⁽¹⁷⁴⁾.

La Revue des droits de l'homme, 28 janvier 2018; C. GORTAZAR et N. FERRÉ, « A cold shower for Spain-hot returns from Melilla to Morocco: *N.D. and N.T. v Spain* », *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 20 octobre 2017; I. GONZALEZ GARCÍA, « Rechazo en las Fronteras Exteriores Europeas con Marruecos: Inmigración y Derechos Humanos en las Vallas de Ceuta y Melilla 2005-2017 », *Revista General de Derecho Europeo*, 2017, n° 43, pp. 17-57; P. GARCÍA ANDRADE, « “Devoluciones en caliente” de ciudadanos extranjeros a Marruecos », *Revista Española de Derecho Internacional*, 2015, n° 67, pp. 214-220.

⁽¹⁶⁹⁾ *Hirsi Jamaa e.a.*, préc.

⁽¹⁷⁰⁾ *Ibid.*, § 184.

⁽¹⁷¹⁾ Nous soulignons.

⁽¹⁷²⁾ Cour eur. dr. h., décision *Berisha et Haljiti c. « Ancienne République yougoslave de Macédoine »*, 16 juin 2005, n° 1867/03.

⁽¹⁷³⁾ Cour eur. dr. h., décision *Dritsas c. Italie*, 1^{er} février 2011, n° 2344/02.

⁽¹⁷⁴⁾ *N.D. et N.T.*, préc., § 200.

Le caractère erroné de l'argumentation de la Cour est encore plus flagrant si on l'étire *ad absurdum* pour nier le droit d'accès aux droits de l'Homme aux criminels ou à d'autres personnes «perturbatrices», quel que soit le sens de ce terme. En s'engageant dans cette voie, la Cour a non seulement encouragé la pratique de l'Espagne dans l'affaire *N.D. et N.T.*, mais elle a également catégorisé les demandeurs comme des personnes de première et de seconde classe, les «bonnes personnes» et les «perturbateurs», qui n'ont pas le droit d'accéder aux droits de l'Homme et, plus précisément, le droit d'accéder à une procédure qui évalue leurs besoins en matière de protection internationale. Pour la Cour, les personnes africaines appréhendées à Melilla, c'est-à-dire en territoire espagnol, après avoir escaladé les clôtures frontalières espagnoles et marocaines, étaient des «perturbateurs» de deuxième classe et pouvaient donc être immédiatement «refoulés» au Maroc sans protection ni accès à une procédure judiciaire. Aux frontières de l'Europe, les étrangers sont chassés comme des animaux qui auraient envahi une arrière-cour, et la Cour est restée muette à ce sujet.

L'aspect le plus consternant de cette ligne de raisonnement est son *reductio ad hitlerum*, comme le dirait Leo Strauss. Il s'agit d'une logique de la culpabilité par association, selon laquelle toutes les personnes qui escaladent les barrières frontalières à Melilla agissent de la même manière, partagent la même intention et se trouvent dans la même situation personnelle⁽¹⁷⁵⁾. Dans les affaires *N.D. et N.T.*, les intentions précises des demandeurs de perturber et de mettre en danger la sécurité publique n'ont jamais été établies et aucun élément de preuve n'a jamais été présenté concernant des actes de violence concrets commis par eux ou par toute autre personne traversant la frontière ce jour-là⁽¹⁷⁶⁾. Quand on lit la majorité, on a l'impression que le principe de la responsabilité individuelle a été complètement brouillé. L'État de droit exige que la Cour analyse la situation réelle de chaque requérant à Strasbourg et ne banalise pas ses caractéristiques individuelles. C'est évident et c'est une situation notable à Strasbourg qu'il faut souligner.

⁽¹⁷⁵⁾ Le langage *ad hominem* de la Cour dit que «les personnes qui traversent une frontière terrestre de manière non autorisée, qui profitent délibérément de leur grand nombre et qui utilisent la force, sont de nature à créer une situation manifestement perturbatrice, difficile à contrôler et qui met en danger la sécurité publique». Voy. *N.D. et N.T.*, préc., § 200.

⁽¹⁷⁶⁾ L'emploi du mot «assaut» aux paragraphes 201, 210, 211 et, surtout, 231 du jugement est équivoque, car il confond le recours à la force et l'arrivée massive de personnes. De plus, la vidéo disponible sur les événements ne montrait aucun recours à la force.

Au-delà de l'évidence, un point de non-retour a été franchi. L'article 31 de la Convention sur les réfugiés consacre le principe de non-pénalisation qui oblige les États contractants à ne pas imposer aux migrants «des sanctions en raison de leur entrée ou de leur présence illégales». La Cour ne s'est pas beaucoup préoccupée du caractère absolu du principe de *non-refoulement* lorsqu'elle a admis que les États pouvaient «obliger des personnes à présenter des demandes d'asile uniquement aux points de passage frontaliers existants» et «refuser l'entrée sur leur territoire, y compris *les demandeurs d'asile potentiels*, qui n'ont pas respecté ces dispositions»⁽¹⁷⁷⁾. La doctrine contraire a été constamment soutenue par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe⁽¹⁷⁸⁾, le Commissaire aux droits de l'homme⁽¹⁷⁹⁾, le Représentant spécial du Secrétaire général pour les migrations et les réfugiés⁽¹⁸⁰⁾, et par tous les organes compétents des Nations Unies, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme⁽¹⁸¹⁾, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies⁽¹⁸²⁾, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies⁽¹⁸³⁾, le Sous-comité des Nations Unies pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁽¹⁸⁴⁾ et le Comité pour l'élimination de la discrimi-

⁽¹⁷⁷⁾ *N.D. et N.T.*, préc., § 210. Nous soulignons.

⁽¹⁷⁸⁾ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Les politiques et pratiques de refoulement dans les États membres du Conseil de l'Europe*, recommandation 2161 (2019).

⁽¹⁷⁹⁾ Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe Nils MUIŽNIEKS, *Rapport annuel d'activité 2015*, 14 mars 2016, § 41.

⁽¹⁸⁰⁾ Représentant spécial du Secrétaire général pour les migrations et les réfugiés, *Rapport de la mission d'enquête en Espagne*, 18-24 mars 2018, SG/Inf (2018)25, 3 septembre 2018.

⁽¹⁸¹⁾ Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), HRC/WG.6/35/ESP/2, 18 novembre 2019. Voy. aussi les «Principes et lignes directrices recommandés sur les droits de l'homme aux frontières internationales» de 2014, qui appellent les États à : «respecter, promouvoir et respecter les droits de la personne partout où ils exercent une compétence ou un contrôle effectif, y compris lorsqu'ils exercent une autorité ou un contrôle extraterritorial» et «veiller à ce que toutes les mesures de gouvernance frontalière prises aux frontières internationales, y compris celles visant à remédier à la migration irrégulière [...], soient conformes au principe de non-refoulement et à l'interdiction des expulsions arbitraires et collectives».

⁽¹⁸²⁾ Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, arrêt *D.D. c. Espagne*, opinions concernant la communication n° 4/2016, 15 mai 2019.

⁽¹⁸³⁾ Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, *Rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel. Espagne*, CDH/29/8, 13 avril 2015, §§ 131-166 et 131-182.

⁽¹⁸⁴⁾ Sous-comité des Nations Unies pour la prévention de la torture et d'autres traitements ou jeux de mots cruels, inhumains ou dégradants (SPT), *Visite en Espagne du 15 au 26 octobre 2017 : observations et recommandations adressées à l'État partie*, 2 octobre 2019, CAT/OP/ESP/1, § 93. Pour une analyse de la question migratoire par le SPT, voy. H. ВНУЇ

nation à l'égard des femmes⁽¹⁸⁵⁾. Au moins dans un souci de courtoisie internationale, sinon de rigueur analytique, la Cour aurait dû s'efforcer de discuter avec ces autorités. Comme dans *Ilias et Ahmed*, il est hautement regrettable qu'au lieu de promouvoir une convergence effective entre sa jurisprudence et le droit international des droits de l'Homme, la Cour se soit engagée dans *N.D. et N.T.* sur la voie tortueuse de la fragmentation du droit international⁽¹⁸⁶⁾.

La position moralement et juridiquement intenable de la Cour sur le seuil de compétence a encore été aggravée par la décision d'irrecevabilité *M.N. et autres c. Belgique*⁽¹⁸⁷⁾. Le pire visage de la Cour, indifférente aux conséquences tragiques des décisions prises par les parties contractantes sur les étrangers en dehors de leurs territoires, si froidement exposées dans *Bankovic et autres c. Belgique et autres*⁽¹⁸⁸⁾, y a de nouveau été révélé. La Cour a déclaré sans équivoque et sans compromis que «le seul fait que les décisions prises au niveau national aient eu une incidence sur la situation des personnes résidant à l'étranger n'est pas non plus de nature à établir la compétence de l'État concerné à l'égard de ces personnes en dehors de son territoire»⁽¹⁸⁹⁾. *A fortiori*, cela signifie que les «personnes en dehors de leur territoire» ne disposent pas d'un droit d'accès aux mécanismes juridiques aux fins de la demande d'asile, même lorsque les décisions prises au niveau national ont eu une incidence sur leurs droits et libertés.

La décision *M.N. et autres c. Belgique* soulève des questions délicates à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour⁽¹⁹⁰⁾. Dans l'affaire

et M. BOSWORTH, «Human rights protections and monitoring immigration detention at Europe's Borders», *EHRLR*, 2020, n° 6, pp. 640-654.

⁽¹⁸⁵⁾ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Conclusions du 7^e et 8^e rapport de l'Espagne*, CEDAW/C/ESP/CO/7-8 (2015), §§ 36-37.

⁽¹⁸⁶⁾ Voy. l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque sous l'arrêt Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Correia de Matos c. Portugal*, 4 avril 2018.

⁽¹⁸⁷⁾ Cour eur. dr. h., Gde Ch., décision *M.N. e.a. c. Belgique*, 5 mars 2020. Voy. P. DUCOULOMBIER, «Coup d'arrêt à l'extension de la juridiction extraterritoriale des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme», obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., décision *M.N. e.a. c. Belgique*, 5 mai 2020, *Rev. trim. dr. h.*, 2021, pp. 77-96; D. THYM, «The End of Human Rights Dynamism? Judgments of the ECtHR on "Hot Returns" and Humanitarian Visas as a Focal Point of Contemporary European Asylum Law and Policy», *op. cit.*

⁽¹⁸⁸⁾ Cour eur. dr. h., Gde Ch., décision *Banković e.a. c. Belgique e.a.*, 12 décembre 2001, § 75.

⁽¹⁸⁹⁾ *M.N. e.a. c. Belgique*, préc., § 112.

⁽¹⁹⁰⁾ Sur ces questions, voy. notamment T. GAMMELTOFT-HANSEN, «Adjudicating old questions in refugee law: *MN and Others v Belgium* and the limits of extraterritorial refou-

N.D. et N.T. c. Belgique, la Cour a fait valoir que les demandeurs africains auraient pu demander une protection internationale auprès de la diplomatie et des services consulaires de l'Espagne dans leur pays d'origine ou de transit⁽¹⁹¹⁾, afin de conclure que la loi espagnole offrait aux requérants plusieurs moyens réguliers possibles de demander l'admission sur le territoire national et donc de justifier le « retour à chaud » (*devoluciones en caliente*) des migrants irréguliers. Compte tenu de cette argumentation exposée dans *N.D. et N.T.*, comment la Cour a-t-elle pu conclure, dans *M.N. et autres*, que la demande régulière de visa dans un consulat de Belgique en Syrie ne pouvait déclencher un lien juridictionnel avec la Belgique ? En outre, dans les affaires *N.D. et N.T.*, la Cour a explicitement refusé que l'État coupe une partie du territoire en vue de contourner les obligations internationales⁽¹⁹²⁾. Face à ce refus, comment la Cour pouvait-elle, dans *M.N. et autres*, être prête à dépouiller les postes consulaires et diplomatiques belges lorsqu'ils exercent leur autorité à l'égard des étrangers, en prenant des décisions qui ont des effets durables sur leurs droits et libertés ? Ces questions méritent une réponse que la Grande Chambre n'a pas donnée. Une telle réponse est d'autant plus nécessaire après le refus choquant des autorités belges de mettre en œuvre les décisions initiales de la chambre de recours des étrangers favorables aux requérants, comme si la Belgique était une république bananière où les intérêts politiques dictent de manière totalement opportuniste si les décisions judiciaires doivent être respectées ou non.

Le seul argument avancé par la majorité dans l'affaire *M.N. et autres* était un sophisme *ad terrorem* classique, à savoir que l'acceptation de la compétence « consacrait une application quasi universelle de la Convention sur la base des choix unilatéraux des individus, quel que soit l'endroit du monde où ils se trouvent, et que cela créait une

lement», *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 26 mai 2020 ; A. DE LEO et J. RUIZ RAMOS, « Comparing the Inter-American Court opinion on diplomatic asylum applications with *M.N. and Others v. Belgium* before the ECtHR », *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 13 mai 2020 ; V. STOYANOVA, « *M.N. and Others v. Belgium*: no ECHR protection from refoulement by issuing visas », *EJIL: Talk!*, 12 mai 2020 ; M. BAUMGÄRTEL, « Reaching the dead-end: *M.N. and others* and the question of humanitarian visas », *Strasbourg Observers*, 7 mai 2020 ; A.-N. REY-HANI, « Expelled from Humanity: Reflections on *M.N. and Others v. Belgium* », *Verfassungsblog*, 6 mai 2020 ; D. SCHMALZ, « Der Staat gegen seine Richter: Eindrücke von der EGMR-Verhandlung im Fall *M.N.* », *Verfassungsblog*, 2 mai 2020.

⁽¹⁹¹⁾ *N.D. et N.T.*, préc., §§ 212, 214 et plus particulièrement 228.

⁽¹⁹²⁾ *Ibid.*, § 209.

obligation illimitée pour les États contractants de permettre l'entrée à une personne qui pourrait être exposée à des mauvais traitements contraires à la Convention en dehors de leur juridiction»⁽¹⁹³⁾. Ruminer sur des potentiels résultats catastrophiques tout en imaginant les pires scénarios possibles n'a jamais été un moyen approprié d'analyse juridique⁽¹⁹⁴⁾. De plus, «le principe de non-refoulement serait purement fictif si l'État pouvait empêcher l'application du principe par des politiques de refoulement, de non-admission ou de rejet à la frontière»⁽¹⁹⁵⁾.

En outre, dans *M.N. et autres*, la Cour a fait disparaître l'existence d'un accès réel et effectif aux mécanismes d'entrée légale aux fins de l'asile en tant que condition *sine qua non* d'une politique de gestion des plaintes à la frontière en vertu de la Convention⁽¹⁹⁶⁾. Elle a examiné la possibilité de voies juridiques de protection, telles que les procédures d'asile passant par l'intermédiaire d'ambassades et/ou de représentations consulaires, cela au détriment des requérants africains qui ne les avaient pas utilisées, mais elle ne les a pas pris en considération au profit des requérants syriens, qui les avaient utilisées. C'est là un autre exemple de la

⁽¹⁹³⁾ *M.N. e.a. c. Belgique*, préc., § 123, à la suite de la malheureuse affaire Cour eur. dr. h., décision *Abdul Wahab Khan c. Royaume-Uni*, 28 janvier 2014, n° 11987/11, § 27. La Cour n'a même pas tenu compte du fait que la procédure d'appel dans l'affaire *Abdul Wahab Khan* portait sur le retrait de l'autorisation de rester. La Cour a décidé sur la base d'une conclusion selon laquelle le demandeur constituait une menace pour la sécurité nationale, et l'impact exclusivement extraterritorial, que la décision attaquée n'était pas imputable au Royaume-Uni, mais au demandeur, en raison de ses activités et de sa décision de retourner au Pakistan. En résumé, il s'agit d'un cas factuel totalement différent de celui des demandeurs syriens dans l'affaire belge.

⁽¹⁹⁴⁾ Ce type de récit apocalyptique de la peur d'une invasion de l'Europe par des étrangers est fréquemment utilisé dans le domaine du droit des migrations. Voy. les opinions du juge Pinto De Albuquerque sous *S.J. c. Belgique* (Cour eur. dr. h., Gde Ch., 19 mars 2015), *De Souza Ribeiro*, préc., et *M.A. e.a.*, préc., § 17.

⁽¹⁹⁵⁾ Voy. notamment mon opinion séparée dans *M.A. e.a.*, préc., § 7.

⁽¹⁹⁶⁾ La jurisprudence ultérieure confirme mes dires. Dans la récente affaire *Asady e.a. c. Slovaquie* (Cour eur. dr. h., 24 mars 2020), la majorité ne dit pas un mot sur l'absence de voies juridiques pour les demandeurs, qui sont entrés sur le territoire slovaque irrégulièrement et demandent une protection internationale dans les missions diplomatiques slovaques ou consulaires à l'étranger. La violation de l'article 4 du protocole n° 4 des requérantes est encore aggravée par un simulacre d'examen individualisé de la situation du requérant par les autorités slovaques. Aucune occasion réelle et effective ne leur a été donnée de présenter des arguments contre leur expulsion. Sur l'affaire, voy. F. L. GATTA, «“Tell me your story, but hurry up because I have to expel you” – *Asady and others v. Slovakia*: how to (quickly) conduct individual interview and (not) apply the *ND & NT* “own culpable conduct” test to collective expulsions», *Strasbourg Observers*, 6 mai 2020.

«jurisprudence hétéroclite» de la Cour sur la compétence⁽¹⁹⁷⁾. En termes simples, si les demandeurs d'asile agissent comme des «mauvaises» personnes qui sautent les barrières frontalières en Afrique, ils peuvent être sûrs qu'ils n'obtiendront pas justice devant la Cour de Strasbourg, mais ils ne verront pas leurs droits protégés pour autant s'ils agissent comme de «bonnes personnes» qui tentent de demander l'asile de façon ordonnée par le biais des appareils consulaire, administratif et judiciaire. Si la Cour est inflexible avec les demandeurs d'asile «rebelles», elle n'est pas moins impitoyable avec les demandeurs d'asile respectueux des lois, comme les demandeurs syriens dans l'affaire belge.

J'ai défendu une interprétation de principe de la compétence, selon laquelle «l'immigration et le contrôle aux frontières sont une fonction primaire de l'État et toutes les formes de ce contrôle entraînent l'exercice de la compétence de l'État»⁽¹⁹⁸⁾. Dans ce contexte, je n'aurais aucun scrupule à admettre l'existence d'un lien juridictionnel avec la Belgique, sur la base des décisions prises par l'État au niveau national, y compris les décisions des fonctionnaires diplomatiques et consulaires, qui ont eu un impact sur la situation des étrangers à l'étranger, indépendamment de tout contrôle physique territorial ou personnel⁽¹⁹⁹⁾. En outre, étant donné le seuil de compétence, je réitère que «si une personne en danger d'être torturée dans son pays demande l'asile dans une ambassade d'un État lié par la Convention, un visa d'entrée sur le territoire

⁽¹⁹⁷⁾ L'expression du juge BONELLO dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Al-Skeini e.a. c. Royaume-Uni* (Cour eur. dr. h., Gde Ch., 7 juillet 2011).

⁽¹⁹⁸⁾ Voy. notamment les opinions du juge Pinto De Albuquerque sous les arrêts *Hirsi Jamaa e.a.*, préc., *De Souza Ribeiro*, préc. et *M.A e.a. c. Lituanie*, préc., §§ 3-8.

⁽¹⁹⁹⁾ Pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme, les actes des agents diplomatiques à l'égard d'une personne qui entre à l'ambassade d'un État étranger pour demander la protection relèvent automatiquement de la compétence de cet État (avis consultatif OC-25/18 du 30 mai 2018), l'institution de l'asile et sa reconnaissance en tant que droit de l'homme dans le système interaméricain de protection (interprétation et champ d'application des articles 5, 22.7 et 22.8 en ce qui concerne l'article 1(1) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, §§ 188, 192 et 194). La Cour interaméricaine s'est inspirée de l'ancienne Commission européenne dans l'affaire Cour eur. dr. h., décision *W.M. c. Danemark*, 14 octobre 1992, n° 17392/90, et du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, 21 août 2009, *Mohammad Munaf c. Roumanie*, n° 1539/2006, UN Doc. CCPR/C/96/D/1539/2006, §§ 14.2 et 14.5. Il est vrai que l'affaire danoise impliquait des actes de force sur l'étranger, mais ni l'affaire roumaine ni l'avis consultatif ne conditionnent la compétence à ce que les actes des fonctionnaires diplomatiques impliquent le contrôle physique de l'étranger par les fonctionnaires diplomatiques ou d'autres personnes à la demande des fonctionnaires diplomatiques.

de cet État doit être accordé»⁽²⁰⁰⁾. L'article 3 de la Convention consacre le principe de non-refoulement, car il oblige les États à ne pas refuser un visa à un étranger lorsqu'il existe des motifs substantiels de croire que la personne en question, si elle est laissée dans son pays, serait exposée à un risque réel d'être soumise à un traitement contraire à cet article⁽²⁰¹⁾. C'est pourquoi l'article 4 du Protocole n° 4 interdit les expulsions collectives et implique nécessairement une évaluation individuelle des besoins de l'étranger en matière de protection internationale. L'État ne peut empêcher le retour des «demandeurs d'asile éventuels» dans un lieu dangereux si les personnes sont expulsées collectivement. Fort heureusement, la Cour semble avoir renoué avec la protection de l'article 4 du Protocole n° 4 dans plusieurs affaires postérieures⁽²⁰²⁾, notamment *M.K. et autres c. Pologne*⁽²⁰³⁾ et *Moustahi c. France*⁽²⁰⁴⁾. Dans la première, la Cour a conclu à la violation de l'article 4 du Protocole n° 4 en raison du fait que les décisions de refus d'entrée sur le territoire polonais opposées aux requérants n'avaient pas été prises sur une évaluation individuelle de leur demande, et qu'elles s'inscrivaient dans le cadre d'une politique générale consistant à refuser systématiquement d'enregistrer les demandes d'asile formulées par les personnes qui se présentent à la frontière polonaise avec le Bélarus, et à procéder au renvoi vers ce dernier⁽²⁰⁵⁾. Dans la seconde, la Cour est arrivée à la même conclusion s'agissant de l'éloignement de deux mineurs non accompagnés par les autorités françaises depuis Mayotte vers les Comores, le

⁽²⁰⁰⁾ Voy. l'opinion du juge Pinto de Albuquerque dans l'affaire *Hirsi Jamaa e.a.*, préc.

⁽²⁰¹⁾ Selon la Cour interaméricaine des droits de l'homme, il existe une obligation de respecter le principe de non-refoulement dans les missions diplomatiques (§§ 192 et 194), ce qui implique des obligations positives et négatives pour l'État, à savoir l'obligation de procéder à une évaluation de l'existence d'un risque réel de refoulement si la personne devait quitter l'ambassade et, si un tel risque est déterminé, l'obligation d'adopter toutes les mesures diplomatiques nécessaires, y compris de demander à l'État sur le territoire duquel se trouve la mission diplomatique d'organiser le passage sécuritaire de la personne (avis consultatif OC-25/18, préc., §§ 194-198).

⁽²⁰²⁾ Outre les affaires mentionnées ci-dessous, voy. également Cour eur. dr. h., arrêt *Shahzad c. Hongrie*, 8 juillet 2021 et arrêt *M.H. e.a. c. Croatie*, 18 novembre 2021. Là encore, le constat de violation a été établi en raison de l'absence d'examen de la situation individuelle des requérants, ainsi qu'en raison de l'absence de recours juridictionnel adéquat. Voy. notamment J. DE CONINCK, «*MH and others v. Croatia: Resolving the jurisdictional and evidentiary black hole for expulsion cases?*», *Strasbourg Observers*, 14 janvier 2022.

⁽²⁰³⁾ Cour eur. dr. h., arrêt *M.K. e.a. c. Pologne*, 23 juillet 2020. Voy. F. L. GATTA, «Systematic push back of "well behaving" asylum seekers at the polish border: *M.K. and Others v. Poland*», *Strasbourg Observers*, 7 octobre 2020.

⁽²⁰⁴⁾ *Moustahi c. France*, préc. Voy. J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, 2020/3-4, pp. 679-680.

⁽²⁰⁵⁾ *M.K. e.a. c. Pologne*, préc., §§ 174 et s.

constat de violation de l'article 4 du Protocole n° 4 reposant ici sur l'absence d'examen individuel de la situation des enfants et sur le fait que leur sort avait été lié arbitrairement à celui des adultes avec lesquels ils voyageaient, sans qu'un quelconque lien avec ces derniers n'eût été vérifié⁽²⁰⁶⁾. Il faut toutefois souligner que l'affaire n'aurait pas pu se conclure autrement au regard de la gravité des faits. L'arrêt souligne en effet la vulnérabilité et le « sentiment d'extrême angoisse » des enfants, « complètement démunis », détenus avec d'autres adultes et séparés de leur famille, puis renvoyés sans préparation et sans dispositif d'accueil, ainsi que le « manque flagrant d'humanité » dont les autorités ont fait preuve⁽²⁰⁷⁾. Ces circonstances ont d'ailleurs conduit la Cour à constater également une violation des articles 3, 5, §§ 1^{er} et 4, 8, et 13 combinés avec les articles 3 et 8 de la Convention et 4 du Protocole n° 4.

Conclusion

En ce qui concerne la protection des migrants, la Cour est déterminée à limiter, à restreindre et à freiner les droits individuels. Elle continue de s'inscrire dans la continuité de précédents flous, injustes et désuets. La Cour n'a absolument pas étendu les mêmes droits fondamentaux dont jouissent les citoyens des États membres en vertu de la Convention aux personnes qui font souvent un voyage périlleux vers leurs côtes. Ce faisant, la Cour a tourné le dos aux plus vulnérables et n'a pas rempli sa mission de protéger les droits fondamentaux de tous. La Cour s'est permis de s'impliquer dans la politique migratoire, en pardonnant souvent aux États de plier sous la pression, mais en omettant de tenir compte des individus qui subissent ces « solutions » radicales. Les politiciens et la politique peuvent utiliser des excuses pour limiter les droits lorsque les choses deviennent difficiles, mais il appartient à la Cour de se montrer forte face aux temps incertains et aux événements mondiaux inattendus. C'est en ces temps-là que les plus vulnérables de notre société souffrent le plus. C'est notre travail, notre principe fondateur, en tant que phare des droits de l'homme en Europe, d'être la voix des sans-voix, surtout dans les moments difficiles.

La pente glissante sur laquelle se trouve la Cour entraînera inévitablement de plus en plus de difficultés et de moins en moins de protection. Les migrations ne disparaîtront pas, et alors que le monde devient

⁽²⁰⁶⁾ *Moustahi c. France*, préc., §§ 133 et s.

⁽²⁰⁷⁾ *Ibid.*, §§ 65-70.

de plus en plus instable, nous devons nous attendre à ce que des vagues de migrations continuent d'amener beaucoup de personnes vulnérables et désespérées sur nos côtes.

La Cour devra réfléchir à son rôle dans la protection des personnes qui sont venues en Europe et qui ont réussi à créer leur vie ici, à avoir une famille, pour ensuite voir leur vie bouleversée par des expulsions arbitraires. La Cour devra également examiner son rôle dans l'approbation d'une politique de détention inhumaine qui traite les migrants comme des ressources jetables.

La Cour est sur la mauvaise voie: loin de la protection et agissant dans l'indifférence. Les conséquences sont tragiques, pour les personnes qui n'ont aucune autre protection comme pour celles auxquelles la Convention apporte des garanties. Elles sont également tragiques pour la protection et le développement des droits de l'homme, en Europe et dans le monde.

Les juges européens face aux migrations

The European Judges Faced with Migrations

Julie Ferrero (dir.)

Professeure en droit public
Université Jean Moulin Lyon 3

Kiara Neri (dir.)

Maîtresse de conférences
en droit public
Université Jean Moulin Lyon 3

Les vagues successives de migration vers l'Europe ont, au-delà des passions qu'elles suscitent, généré de nombreux défis pour le droit. La problématique migratoire se situe au carrefour d'enjeux majeurs et parfois contradictoires, renvoyant dos à dos le respect dû à la souveraineté de l'État et la nécessité de protéger les droits humains. Protection des frontières étatiques, règles relatives à l'attribution de la nationalité ou encore invocation de l'intégrité territoriale vont se heurter à l'exigence de respect des engagements internationaux et aux garanties accordées à la personne humaine par le droit de la mer, le droit des réfugiés ou le droit international des droits de l'homme. Face à de tels enjeux, les juges se trouvent propulsés à la croisée des défis évoqués.

Le présent ouvrage a pour objectif de mettre en lumière les modalités d'exercice de l'office des juges européens *lato sensu* en matière migratoire pour comprendre comment, dans cet enchevêtrement de textes, de contraintes et parfois de contradictions, le juge détermine, organise et articule le droit applicable, voire construit des politiques jurisprudentielles qui complètent ou concurrencent les politiques nationales et/ou européennes. L'ouvrage s'articule autour de trois thématiques essentielles : la compétence des juges européens (partie 1), leurs méthodes (partie 2) et leur jurisprudence (partie 3).

The successive waves of migration to Europe have, beyond the passions they arouse, generated many challenges for the law. Migration lies at the crossroads of major and sometimes contradictory issues pitting the respect due to the sovereignty of the State against the need to protect human rights. Protection of state borders, rules relating to the attribution of nationality or invocation of territorial integrity come up against the requirement of respect for international commitments and the guarantees granted to an individual by the law of the sea, refugee law or international human rights law. Faced with such issues, judges find themselves at the crossroads of these challenges.

The purpose of this work is to shed light on the procedures for carrying out the functions of European judges *lato sensu* in migration matters in order to understand how, in this tangle of texts, constraints and sometimes contradictions, judges determine, organize and articulate the applicable law or even build jurisprudential policies that complement or compete with national and/or European policies. This book is structured around three essential themes: the competence of European judges (part 1), their methods (part 2) and their case law (part 3).

DJ 122


ANTHEMIS


NEMESIS



ISBN 978-2-8072-1006-6



9 782807 210066