



Master

2017

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

---

La Cour européenne des droits de l'homme et les droits des migrants :  
approche protectrice ou prudente ?

---

Dilettoso, Carmela

**How to cite**

DILETTOSO, Carmela. La Cour européenne des droits de l'homme et les droits des migrants : approche protectrice ou prudente ? Master, 2017.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:107375>

© The author(s). This work is licensed under a Creative Commons Public Domain (CC0)

<https://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0/>

GLOBAL STUDIES INSTITUTE DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE

COLLECTION « MÉMOIRES ÉLECTRONIQUES »

Vol. 95-2018

**La Cour européenne des droits de l'homme  
et les droits des migrants :  
approche protectrice ou prudente ?**

Mémoire présenté pour l'obtention du  
Master en études européennes  
par Carmela Dilettoso

Rédigé sous la direction de Frédéric Bernard  
Jurée : Maya Hertig Randall  
Février 2017

## **Remerciements**

Je remercie le Professeur Frédéric Bernard, directeur de ce mémoire, de m'avoir montré et transmis sa passion et son dévouement pour la sauvegarde des droits de l'homme, lorsque j'ai suivi son cours, en 2015, et de m'avoir aidée avec ses conseils durant la rédaction de ce travail.

Mes remerciements vont aussi au Professeur Giorgio Malinverni qui, par ses remarques, m'a ouvert des pistes de réflexion très utiles pour mener à bien ma recherche.

Mes remerciements vont également au Professeur Michel Hottelier pour ses réponses à mes questions. Il a ainsi éclairé mon point de vue et orienté mon attention vers une réflexion plus lucide et objective du sujet.

Je remercie la Professeure Maya Hertig Randall d'avoir accepté sans hésitation d'être juré de mon mémoire, ainsi que de ses remarques critiques d'une grande utilité.

Je tiens à remercier aussi Monsieur Michel Bosshard de sa lecture attentive et ses commentaires avisés de ce travail.

## Sommaire

|                                     |   |
|-------------------------------------|---|
| Remerciements                       | 2 |
| Sommaire                            | 3 |
| Liste des acronymes et abréviations | 4 |
| Introduction                        | 5 |
| Prémisse méthodologique             | 8 |

### Chapitre I

#### L'approche de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits de migrants

|     |                                                                                                                                |    |
|-----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.1 | Le système européen de protection des droits de l'homme                                                                        | 10 |
| 1.2 | La Cour européenne des droits de l'homme                                                                                       | 11 |
| 1.3 | La Convention européenne des droits de l'homme                                                                                 | 11 |
| 1.4 | Les dispositions en matière de protection des migrants                                                                         | 12 |
| 1.5 | L'article 3 CEDH                                                                                                               | 20 |
| 1.6 | L'article 39 du Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme :<br>une protection préventive des droits conventionnels | 25 |
| 1.7 | Conclusion                                                                                                                     | 26 |

### Chapitre II

#### L'approche de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires concernant des migrants malades

|     |                                                                                                                                                          |    |
|-----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.1 | Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme                                                                                     | 28 |
| 2.2 | Les migrants irréguliers : l'importance de la question des soins de santé                                                                                | 30 |
| 2.3 | Le renvoi de migrants malades : la reconstruction de la ligne jurisprudentielle<br>de la Cour européenne des droits de l'homme dans la période 1997-2008 | 30 |
| 2.4 | Le renvoi de migrants malades : la reconstruction de la ligne jurisprudentielle<br>de la Cour européenne des droits de l'homme dans la période 2008-2016 | 38 |
| 2.5 | Conclusion                                                                                                                                               | 47 |

### Chapitre III

#### L'approche de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en matière de protection des droits de migrants : quelle évaluation, quelles limites et quelles perspectives pour la Cour européenne des droits de l'homme

|                     |                                                                                                                                                               |    |
|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3.1                 | Le système interaméricain des droits de l'homme                                                                                                               | 49 |
| 3.2                 | La Convention interaméricaine des droits de l'homme                                                                                                           | 52 |
| 3.3                 | Les dispositions spécifiques de la CIDH en matière de migrants                                                                                                | 52 |
| 3.4                 | La Cour interaméricaine et la protection des migrants                                                                                                         | 53 |
| 3.5                 | L'article 5 CIDH et la protection <i>par ricochet</i>                                                                                                         | 57 |
| 3.6                 | La protection des droits des migrants entre l'approche <i>pro-homine</i> de la<br>Cour interaméricaine et l'approche <i>pro-imperio</i> de la Cour européenne | 59 |
| 3.7                 | Conclusion                                                                                                                                                    | 67 |
| Conclusion générale |                                                                                                                                                               | 68 |
| Annexe              |                                                                                                                                                               | 70 |
| Bibliographie       |                                                                                                                                                               | 72 |
| Table des matières  |                                                                                                                                                               | 85 |

## Liste des acronymes et abréviations

|                 |                                                                                                       |
|-----------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ACEDH           | Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme                                                     |
| ACIDH           | Arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme                                                |
| c.              | Contre                                                                                                |
| CDE             | Conseil de l'Europe                                                                                   |
| CEDH            | Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales                          |
| CIDH            | Convention interaméricaine des droits de l'homme                                                      |
| CJUE            | Cour de justice de l'Union européenne                                                                 |
| Cour EDH        | Cour européenne des droits de l'homme                                                                 |
| Cour IDH        | Cour interaméricaine des droits de l'homme                                                            |
| CPT             | Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants |
| CR              | Convention relative au statut des réfugiés                                                            |
| Déc.            | Décision                                                                                              |
| DUDH            | Déclaration universelle des droits de l'homme                                                         |
| HCR             | Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés                                                 |
| <i>Ibid.</i>    | Ibidem (identique au précédent)                                                                       |
| OEA             | Organisation des États américains                                                                     |
| ONU             | Organisation des Nations Unies                                                                        |
| <i>Op. cit.</i> | Opus Citatum (cité précédemment)                                                                      |
| Pacte ONU I     | Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels                               |
| Pacte ONU II    | Pacte international relatif aux droits civils et politiques                                           |
| UE              | Union européenne                                                                                      |

# Introduction

Les êtres humains sont titulaires des droits de l'homme. Les migrants sont des êtres humains. Alors, les migrants sont titulaires des droits de l'homme. Le raisonnement est logique et clair, et pourtant, si l'on observe la réalité et les événements qui font la une, ces derniers temps, ce syllogisme fonctionne seulement en principe, mais non pas dans les faits. Les migrants ne semblent pas être titulaires des droits de l'homme, au moins, de *tous* les droits de l'homme et ce n'est donc pas par hasard que Marie-Bénédicte Dembour se demande : « Are Human Rights for Migrants ? »<sup>1</sup>.

En effet, bien que la société internationale place aujourd'hui au centre de ses intérêts les plus importants la reconnaissance des droits de l'homme, la protection effective de ces derniers « reste encore largement tributaire de la bonne volonté de chaque État »<sup>2</sup>. D'ailleurs, même si les droits de l'homme ont contribué à une érosion des principes internationaux gouvernant la condition des étrangers, ils n'ont pas encore complètement bouleversé l'économie du droit des étrangers. C'est pourquoi les différences de traitement dans leur protection, par rapport aux ressortissants d'un État et aux étrangers, sont encore très évidentes, en particulier, « selon qu'est en cause la condition de l'étranger accédant ou au contraire de l'étranger résidant »<sup>3</sup>.

La protection des droits des migrants<sup>4</sup> est un sujet important qui montre aujourd'hui, plus que jamais, toute sa pertinence.

D'abord, parce que « (l)es migrations font partie du fonctionnement normal des sociétés [...] » et en tant que « réalité polymorphe et transnationalisée » elles « constituent la face humaine de la mondialisation dans toute sa diversité ». Tout être humain peut devenir, une fois ou l'autre dans sa vie, une personne migrante. Malheureusement, le terme migrant est très souvent employé dans une connotation tellement négative que l'on oublie facilement ce premier constat. Ensuite, si les migrations « occupent une place grandissante dans le débat politique des démocraties et dans les négociations entre États », même si elles sont « encore privées du cadre universel qui permettrait leur gouvernance à l'échelle mondiale »<sup>5</sup>, la multiplication de rencontres internationales et la prolifération d'instruments de *soft law* en la matière « masquent mal le profond malaise qui domine la question migratoire » qui voit dans « l'admission des étrangers le dernier bastion de la souveraineté de l'État »<sup>6</sup>.

Enfin, si l'année 2015 restera celle du déclenchement de la crise des migrants<sup>7</sup>, la période actuelle avec soixante millions de personnes qui se déplacent dans le monde suscite des inquiétudes. Fuyant les guerres, les crises socio-économiques, ou « une menace existentielle contre laquelle aucun remède n'existe dans [leur] pays d'origine » et qui correspond souvent à une violation grave des droits économiques, sociaux et culturels et qui englobe « des phénomènes nouveaux tels que les déplacements de population générés par le changement climatique »<sup>8</sup>, ces masses posent beaucoup de problèmes aux pays d'accueil, déjà au niveau de

---

<sup>1</sup> Marie-Bénédicte DEMBOUR, Tobias KELLY, (ed), *Are Human Rights for Migrants ? : Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, London, Routledge, 2012.

<sup>2</sup> Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, Genève, Paris, Schulthess, LGDJ, 2013, p. 25.

<sup>3</sup> Jean-François FLAUSS, « L'étranger, entre souveraineté nationale et droits de l'homme », in Jean-Yves CARLIER, (sous la dir. de), *L'étranger face au droit Xxes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 47.

<sup>4</sup> Pour une définition du terme, voir la prémisse méthodologique.

<sup>5</sup> Philippe FARGUES, « Les migrations internationales en mal de gouvernance mondiale », in Habib GHERARI, Rostane MEHDI, *La société internationale face aux défis migratoires. Colloque des 13 et 14 janvier 2011*, Paris, Pedone, 2012, p. 7 et p. 17.

<sup>6</sup> Thomas LACROIX, *Migrants. L'impasse européenne*, Paris, Armand Colin, 2016, p. 15. Vincent CHETAIL, « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », in Vincent CHETAIL, (sous la dir. de), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Volume II, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 18.

<sup>7</sup> Thomas LACROIX, *Migrants. L'impasse européenne*, op. cit., p. 7.

<sup>8</sup> C'est la *migration de survie*. Voir : Luc LEBOEUF, « Le non-refoulement face aux atteintes aux droits économiques, sociaux et culturels. Quelle protection pour le migrant de survie », in *Cahiers du CeDIE*, 2012/8.

leur prise en charge et de leur gestion.

En plus, en Europe, la situation migratoire a « des allures de caricature »<sup>9</sup>. En effet, selon Amnesty International, la *forteresse Europe*, qui est la deuxième destination mondiale d'immigration, derrière l'Amérique du Nord<sup>10</sup>, sous prétexte de « lutter contre l'immigration irrégulière, verrouille ses frontières au détriment des droits humains »<sup>11</sup> et, par le biais de l'accord conclu avec la Turquie, en mars 2016, pour faire face à la crise des réfugiés, pourrait donner un coup sans précédent à la protection des droits de l'homme puisque la Turquie n'est pas un pays sûr<sup>12</sup>. Or s'il est vrai que l'accord commence à vaciller, on ne peut pas négliger qu'en Grèce, par exemple, plus de 16000 personnes languissent dans des conditions épouvantables<sup>13</sup>.

Mais, alors, ces migrants sont-ils titulaires des droits de l'homme ? Pour répondre à cette question et pour comprendre pourquoi notre syllogisme de départ ne fonctionne pas dans les faits, il faut partir de deux remarques très importantes.

D'abord, il faut qu'un instrument normatif contraignant contienne des dispositions reconnaissant les droits pertinents et délimite le cadre de leur respect et de leur justiciabilité. En l'espèce, bien que la reconnaissance des droits de l'homme soit présente dans les textes juridiques nationaux et dans plusieurs instruments internationaux et régionaux, leur mise en œuvre n'est pas toujours effective. Si le problème se pose déjà à l'égard des migrants réguliers, à cause, par exemple, du racisme et de la xénophobie à leurs égards, « la question de l'effectivité se trouve vraiment posée face au phénomène de l'immigration irrégulière » pour lequel « les instruments internationaux de protection sont largement inadaptés »<sup>14</sup>.

Ensuite, vu que la mise en œuvre de ces droits est de pertinence des États, la condition des migrants est délicate car ces derniers « sont les "victimes" d'un paradoxe qui oppose le droit international des droits de l'homme au droit interne des migrations ». En effet, si la liberté de quitter un pays est une question qui intéresse les droits de l'homme<sup>15</sup>, « l'immigration relève, elle, de la souveraineté de l'État »<sup>16</sup> car elle « est un privilège accordé (ou refusé) par l'État souverain »<sup>17</sup>.

Ce travail vise à analyser l'action de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits des migrants. En effet, bien que le champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) soit en principe limité en la matière, selon Vincent Chetail, l'action de la Cour de Strasbourg a été si remarquable que l'on pourrait avancer l'idée qu'il existe aujourd'hui, dans certaines

---

<sup>9</sup> Thomas LACROIX, *Migrants. L'impasse européenne*, op. cit., p. 12.

<sup>10</sup> Selon l'ONU, depuis 2000, il y a eu environ 244 millions de migrants avec une hausse de 41 %, *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, A 71/40767, 2016, p. 3. 20,2 millions d'étrangers vivent aujourd'hui dans l'UE, soit 6,5% de sa population. 51 % des migrants viennent des pays non membres et sont concentrés dans 5 nations : Allemagne, Espagne, Royaume-Uni, Italie et France, Pierre HENRY, Brigitte MARTINEZ, *Dico Atlas des migrations*, Paris, Bélin, 2013, p. 18. L'Allemagne est le plus important pays d'immigration avec 7 millions d'étrangers, Thomas LACROIX, *Migrants. L'impasse européenne*, op. cit., p. 61 et p. 68.

<sup>11</sup> [www.amnesty.ch/fr/themes/asile-et-migrations/forteresse-europe/forteresse-europe](http://www.amnesty.ch/fr/themes/asile-et-migrations/forteresse-europe/forteresse-europe) (consulté le 15 décembre 2016).

<sup>12</sup> [www.amnesty.ch/fr/themes/asile-et-migrations/docs/2016/un-coup-sans-precedent-aux-droits-des-refugies](http://www.amnesty.ch/fr/themes/asile-et-migrations/docs/2016/un-coup-sans-precedent-aux-droits-des-refugies) (consulté le 15 décembre 2016).

<sup>13</sup> [www.amnesty.ch/fr/pays/europe-asie-centrale/grece/docs/2016/reloger-refugies-grece-chios-union-europeenne](http://www.amnesty.ch/fr/pays/europe-asie-centrale/grece/docs/2016/reloger-refugies-grece-chios-union-europeenne) (consulté le 15 décembre 2016). En avril 2016, une équipe d'Amnesty International a visité deux centres de détention, en Grèce, et a relevé la présence de nombreuses personnes en situation particulièrement vulnérable nécessitant de l'aide. [www.amnesty.ch/fr/pays/europe-asie-centrale/grece/docs/2016/refugies-detenus-dans-des-conditions-effroyables-accord-ue-turquie](http://www.amnesty.ch/fr/pays/europe-asie-centrale/grece/docs/2016/refugies-detenus-dans-des-conditions-effroyables-accord-ue-turquie) (consulté le 15 décembre 2016).

<sup>14</sup> Olivier DE FROUVILLE, « Les instruments universels de protection : quelle effectivité ? », in Habib GHERARI, Rostane MEHDI, *La société internationale face aux défis migratoires. Colloque des 13 et 14 janvier 2011*, op. cit., pp. 103-104.

<sup>15</sup> La *Déclaration universelle des droits de l'homme* (ci-après DUDH), adoptée le 10 décembre 1948, dispose, à l'article 13 § 2, : « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ».

<sup>16</sup> Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, op. cit., p. 6.

<sup>17</sup> Philippe FARGUES, « Les migrations internationales en mal de gouvernance mondiale », in Habib GHERARI, Rostane MEHDI, *La société internationale face aux défis migratoires. Colloque des 13 et 14 janvier 2011*, op. cit., p. 15.

circonstances, une forme de « droit à l'immigration »<sup>18</sup>, au niveau européen. En effet, on ne peut pas négliger, comme nous verrons par la suite, qu'il y ait des acquis très importants en la matière, comme, par exemple, la reconnaissance du principe de non-refoulement. Mais cette protection ne couvre pas tous les droits de l'homme et, en plus, la Cour européenne a affirmé qu'un État contractant ne pouvait pas limiter les renvois d'étrangers aux seuls pays garantissant pleinement et effectivement l'ensemble des droits et libertés énoncés par la CEDH<sup>19</sup> et a restreint, ainsi, la portée de ses acquis.

Donc, si, au premier abord, la position de la Cour semble protectrice envers les migrants, son approche a-t-elle effectivement garanti la mise en place d'un système complet de protection ou y-a-t-il des points faibles dans son action ? Son approche est-elle prudente ? Est-ce qu'il est possible d'en expliquer les raisons ?

Pour répondre à cette problématique, nous avons décidé d'axer notre travail sur trois chapitres. Dans le premier, après avoir brièvement décrit le système européen de protection des droits de l'homme et avoir examiné les dispositions de la CEDH protégeant spécifiquement les migrants et la position de la Cour dans leur application, nous nous consacrerons, en particulier, à certaines dispositions de la CEDH dont le champ d'application a été élargi de manière prétorienne. Cela nous permettra de mettre en évidence les avancées et les limites dans l'approche de la Cour européenne.

Dans le deuxième chapitre, après avoir abordé le sujet de la reconnaissance d'un droit aux soins médicaux dans le cadre de la CEDH, nous essayerons de reconstruire la ligne jurisprudentielle de la Cour en matière de renvoi de migrants malades. Depuis l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*<sup>20</sup> qui est considéré, à juste titre, comme un arrêt pionnier, nous passerons en revue les principales affaires tranchées, jusqu'à présent, et les décisions d'irrecevabilité en la matière. Ainsi, nous estimerons si la Cour de Strasbourg a mis en place un système complet de protection.

Dans le troisième chapitre, nous essayerons d'expliquer les raisons de l'approche de la Cour européenne par le biais d'un exemple de droit comparé. En prenant en compte l'action de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, d'abord, nous mettrons en évidence les spécificités de son approche *pro-homine* que, pour des raisons de clarté méthodologique, nous avons décidé de classer dans le paradigme « les droits de l'homme comme limite à la souveraineté des États »<sup>21</sup>. Ensuite, à la lumière de ces considérations, nous essayerons d'estimer si, au contraire, notre hypothèse de départ, selon laquelle la Cour européenne est attachée à une approche *pro-imperio*<sup>22</sup>, dans le paradigme « la souveraineté des États comme limite aux droits de l'homme »<sup>23</sup>, est vérifiée.

---

<sup>18</sup> Vincent CHETAIL, « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », in Vincent CHETAIL, (sous la dir. de), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Volume II, *op. cit.*, p. 75.

<sup>19</sup> Roswitha PÉTRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, *op. cit.*, p. 27. Voir : Déc Z. et T. c. *Royaume-Uni*, du 28 février 2006, requête n° 27034/05.

<sup>20</sup> ACEDH D. c. *Royaume-Uni*, du 2 mai 1997, requête n° 30240/96.

<sup>21</sup> Roswitha PÉTRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, *op. cit.*, pp. 22-24. Nous avons repris la distinction proposée par l'auteur.

<sup>22</sup> Le choix de cette expression est personnel et vise à distinguer la perspective de la Cour européenne de manière claire par rapport à la perspective de la Cour interaméricaine.

<sup>23</sup> Roswitha PÉTRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, *op. cit.*, pp. 22-24.

## Prémisse méthodologique

Nous analyserons le système européen et la Cour européenne des droits de l'homme en donnant peu de détails car nous considérons que les connaissances à ce sujet sont acquises. Par contre, nous analyserons plus en détail le système interaméricain et ses organes puisqu'ils ne sont pas aussi connus que leurs pendants européens.

Vu le cadre retreint de ce travail, nous avons décidé de centrer notre analyse sur les arrêts principaux et les plus intéressants en la matière, dont nous avons repris et traité les détails plus spécifiques. Pour les autres, qui n'étaient pas vraiment pertinents, nous avons juste cité les paragraphes utiles au but de notre recherche. Pour certaines affaires et décisions, vous trouverez dans la note de bas de page correspondante l'indication « voir en annexe » parce que nous avons décidé de proposer des résumés des affaires. Ceux-ci sont présentés, dans l'annexe, en ordre successif d'apparition dans le texte, à côté d'un numéro qui se réfère à la note de bas de page correspondante.

Les citations des auteurs ont été laissées dans leur langue originelle, mais une traduction personnelle a été proposée, dans la note de bas de page correspondante, lorsqu'il s'agit de citations en italien. Pour les citations en espagnol, nous avons repris les traductions proposées par les auteurs consultés.

Nous avons décidé d'utiliser les abréviations « Cour EDH » pour la Cour européenne des droits de l'homme et « Cour IDH » pour la Cour interaméricaine des droits de l'homme et de les utiliser dans le chapitre III et chaque fois que les deux Cours sont citées dans le même contexte pour éviter des malentendus. Dans les chapitres I et II, nous avons préféré utiliser l'abréviation « Cour » afin d'éviter de répéter à chaque reprise l'expression « Cour EDH ».

### *Migrant, migrant régulier et migrant irrégulier*

Un *migrant* est une personne qui se déplace pour des raisons diverses et s'installe dans un pays de destination dans le respect des dispositions légales qui règlent le séjour sur ce territoire<sup>1</sup>. C'est une personne « who has migrated, is in the process of migrating, or is about to migrate »<sup>2</sup>.

D'un point de vue juridique, le *migrant* est un étranger<sup>3</sup> car il ne possède pas la nationalité de l'État dans lequel il se trouve<sup>4</sup>. Son statut est moins favorable que le statut des nationaux<sup>5</sup> et très complexe puisqu'il n'est pas seulement réglementé par le *droit des étrangers* de l'État d'accueil, mais il se trouve aussi à la confluence d'autres dispositions à différents niveaux<sup>6</sup>. En réalité, la notion de *migrant* est une notion socio-économique qui « turns the alien into an object of policy, rather than a subject of law »<sup>7</sup>.

En général, nous pouvons distinguer quatre types de migration : les migrations économiques, les migrations familiales, les migrations humanitaires et les migrations de personnes non régulières<sup>8</sup>. Chaque catégorie comporte des situations très diverses dépendant de motifs individuels, sociaux et de facteurs politiques,

---

<sup>1</sup> Jean-Yves CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 155-174.

<sup>2</sup> Bas SCHOTEL, *On the right of exclusion : Law, Ethics and Immigration Policy*, London, Routledge, 2012, p. 13.

<sup>3</sup> François JULIEN-LAFERRIÈRE, « Droit des étrangers et principe d'égalité », in Jean-Yves CARLIER, (sous la dir. de), *L'étranger face au droit Xxes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 247.

<sup>4</sup> *Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent*, article 1er (adoptée par l'Assemblée générale dans la résolution 47/144 du 13 décembre 1985).

<sup>5</sup> François JULIEN-LAFERRIÈRE, « Droit des étrangers et principe d'égalité », in Jean-Yves CARLIER, (sous la dir. de), *L'étranger face au droit Xxes journées d'études juridiques Jean Dabin*, *op. cit.*, pp. 248-249.

<sup>6</sup> Au niveau de l'État d'origine ainsi qu'au niveau international dans différents instruments de droit international. Marie-Claire FOBLETS, « Diversité et catégories de personnes dans les sociétés contemporaines », in Jean-Yves CARLIER, (sous la dir. de), *L'étranger face au droit Xxes journées d'études juridiques Jean Dabin*, *op. cit.*, pp. 128-129.

<sup>7</sup> Le terme « étranger » « is a specific legal category, which still refers to a legal subject ». Bas SCHOTEL, *On the right of exclusion : Law, Ethics and Immigration Policy*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>8</sup> Thomas LACROIX, *Migrants. L'impasse européenne*, Paris, Armand Colin, 2016, pp. 21-22.

économiques et environnementaux<sup>9</sup>. Si les trois premiers types entrent, en principe, dans le cadre d'une situation régulière, cependant, il se peut que les migrants réguliers puissent soudainement tomber sous le coup de l'irrégularité parce que de multiples voies mènent à l'illégalité<sup>10</sup> notamment lorsqu'ils ne respectent plus les règles sur l'immigration. Par exemple, l'entrée légale avec un visa de visiteur mais pour la recherche d'un emploi, la résidence au-delà de la période autorisée<sup>11</sup> ou une demande d'asile déboutée<sup>12</sup>.

Par rapport à la pratique des États européens et de l'UE, en particulier, la notion de migration irrégulière est complexe et floue car le cadre conceptuel demeure peu développé et la terminologie manque de clarté. En effet, il n'existe pas de consensus sur cette notion et des dénominations différentes coexistent : migration non autorisée, migration clandestine, migration illégale ou migration sans papiers<sup>13</sup>.

L'expression *migration illégale* n'est pas retenue dans le cadre de ce travail et nous lui préférons celle de *migration irrégulière* parce que cette dernière « évite toute connotation discriminatoire et criminogène, et s'applique génériquement à des étrangers dont le statut comporte une irrégularité »<sup>14</sup>. En plus, elle est en ligne avec le contenu de l'observation générale de l'Assemblée générale des Nations Unies de 2013, selon laquelle la migration n'est pas un crime<sup>15</sup>.

En outre, dans le cadre de ce travail, nous ne ferons pas de distinction entre hommes et femmes, bien que « (l)es spécificités des parcours de femmes en migration et des situations faites aux femmes migrantes et exilées attirent de plus en plus l'attention »<sup>16</sup> puisqu'elles représentent 49 % des personnes migrantes dans le monde<sup>17</sup> et sont, malheureusement, très souvent, l'objet de discriminations, d'oppressions et de violences sexuelles<sup>18</sup>.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe définit le *migrant irrégulier* comme une personne qui, soit est entrée sur le territoire d'un État en méconnaissance de ses règles d'immigration, soit se maintient sur ce territoire alors qu'elle ne répond plus aux conditions fixées par le droit national<sup>19</sup>.

La définition retenue pour cette recherche est celle proposée au sein de l'UE et reprise par Jean-Yves Carlier, selon laquelle, ceux qui remplissent les conditions nécessaires à l'asile, le regroupement familial, le statut d'étudiant ou les formes d'immigration économiques autorisées, sont considérés comme des *migrants réguliers*<sup>20</sup>. Par conséquent, ceux qui ne les remplissent pas sont considérés comme des *migrants irréguliers*.

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 38 et pp. 39-46.

<sup>10</sup> Richard BEDFORD, « Tendances contemporaines de la migration internationale », in Brian OPESKIN, Richard, Richard PERRUCHOU, Jillyanne REDPATH-CROSS, (sous la dir. de), *Le droit international de la migration*, Genève, Schulthess – Éditions romandes, 2014, p. 57.

<sup>11</sup> *Ibid.* Voir aussi : Nations Unies – Haut Commissariat aux droits de l'homme, *Les droits économiques, sociaux et culturels des migrants en situation irrégulière*, Genève, Nations Unies, 2016, p. 8 et p. 10.

<sup>12</sup> Thomas LACROIX, *Migrants. L'impasse européenne*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>13</sup> Idil ATAK, *L'eupéanisation de la lutte contre la migration irrégulière et les droits humains. Une étude des politiques de renvois forcés en France, au Royaume-Uni et en Turquie*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 8.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Nations Unies – Haut Commissariat aux droits de l'homme, *Les droits économiques, sociaux et culturels des migrants en situation irrégulière*, *op. cit.*, p. 5. Voir, dans ce sens, aussi : François CRÉPEAU, « Migrants Rights are Human Rights », in *Interights Bulletin – Human security and Migration*, vol. 17, n. 1, 2012, pp. 4-5.

<sup>16</sup> Claudie LESSELIER, Edmée OLLAGNIER, « La condition des femmes migrantes face aux politiques d'immigration et d'asile en Europe », in Marie-Claire CALOZ, Pierre R. DASEN, Vincent CHÉTAIL, (sous la dir. de), *Mondialisation, migration et droits de l'homme, Volume 1*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 224.

<sup>17</sup> Pierre HENRY, Brigitte MARTINEZ, *Dico Atlas des migrations*, Paris, Bélin, 2013, p. 14.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Résolution 1509 (2006) : *Droits fondamentaux des migrants irréguliers*.

<sup>20</sup> Jean-Yves CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 155-174.

# Chapitre I

## L'approche de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits des migrants

### 1.1 Le système européen de protection des droits de l'homme

Le Conseil de l'Europe (ci-après CDE) est l'organisation européenne la plus active et efficace en matière de protection et de défense des droits de l'homme<sup>1</sup>. L'article 3 de son Statut affirme que chaque État contractant « reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales »<sup>2</sup>. En effet, la ratification de la CEDH<sup>3</sup>, de ses protocoles additionnels et de certaines conventions est une condition préalable à l'adhésion d'un État au CDE ainsi qu'à son maintien à l'intérieur de l'organisation<sup>4</sup>.

Le CDE a mis en place un système de protection qui se caractérise par la recherche d'une réelle efficacité puisqu'il « a été conçu de manière à permettre une protection effective et concrète des droits garantis »<sup>5</sup> et qui prévoit un ensemble de mécanismes de protection : l'adoption de résolutions ou recommandations<sup>6</sup> par l'Assemblée parlementaire, l'élaboration de conventions *ad hoc*, l'assistance technique aux États pour la promotion des droits de l'homme, l'envoi d'observateurs, l'action du Commissaire aux droits de l'homme<sup>7</sup> qui est en charge de promouvoir l'éducation et la sensibilisation aux droits de l'homme et à leur respect<sup>8</sup>, l'action des organes spécialisés<sup>9</sup> et de la Cour européenne des droits de l'homme.

En matière migratoire, l'Assemblée parlementaire a toujours mis en évidence l'importance de garantir la protection des droits des migrants et, notamment, des irréguliers puisque ces derniers sont plus vulnérables<sup>10</sup>. En particulier, faute d'instruments internationaux spécifiques en la matière et vu la présence d'une multitude d'instruments disparates, incapables de garantir une protection adéquate minimale aux migrants en situation irrégulière<sup>11</sup>, elle a considéré que, en matière de droits civils et politiques, la CEDH constitue une garantie minimale et a encouragé les États européens à « prendre des mesures pour prévenir de manière effective les violations des droits de l'homme à l'égard des personnes vulnérables »<sup>12</sup>. Très récemment, elle a, malheureusement, constaté que, malgré ses interventions et ses multiples résolutions en la matière, les États refusent encore aux migrants irréguliers le minimum de droits sociaux et les poussent à vivre dans des conditions épouvantables et à avoir recours à des activités illégales pour survivre<sup>13</sup>. À son avis, cela découle de « l'absence d'une vision globale du phénomène des migrations dans le monde actuel, notamment sur l'ensemble de ses implications et de ses conséquences pour la société ». Certes, elle a reconnu que la gestion de ce phénomène dépasse largement les mesures qui ont été adoptées jusqu'à présent et que,

<sup>1</sup> Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 141.

<sup>2</sup> *Statut du Conseil de l'Europe*, signé à Londres le 5 mai 1949 (STE n° 001).

<sup>3</sup> La Convention, signée à Rome le 4 novembre 1950, est entrée en vigueur le 3 septembre 1953 (STE n° 005).

<sup>4</sup> Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>5</sup> Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, Paris, LGDJ, 2013, p. 44.

<sup>6</sup> À caractère général ou adressées à un État particulier. Ces instruments, même s'ils n'ont pas de caractère contraignant, sont souvent pris en considération par la Cour européenne dans sa pratique interprétative.

<sup>7</sup> Il a été créé par le Comité des Ministres avec la Résolution (99)50 du 7 mai 1999.

<sup>8</sup> Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 143.

<sup>9</sup> Idil ATAŞ, *L'eupéanisation de la lutte contre la migration irrégulière et les droits humains. Une étude des politiques de renvois forcés en France, au Royaume-Uni et en Turquie*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 152. Comme le Comité européen pour la prévention de la torture ou le Comité européen des droits sociaux qui « sont régulièrement appelés à examiner la situation des migrants irréguliers dans les États membres et à se prononcer sur la compatibilité des traitements qui leur sont réservés avec les normes pertinentes ».

<sup>10</sup> Résolution 1509 (2006) : *Droits fondamentaux des migrants irréguliers*, §§ 5-6.

<sup>11</sup> *Ibid.*, § 10.

<sup>12</sup> *Ibid.*, § 12.

<sup>13</sup> Résolution 2059 (2015) : *La criminalisation des migrants en situation irrégulière : un crime sans victime*, § 9.

pour l'instant, aucune perspective de solution durable ne se dessine clairement<sup>14</sup>.

## 1.2 La Cour européenne des droits de l'homme

La Cour, dotée d'une compétence contentieuse contraignante, constitue le mécanisme de protection le plus important au sein du CDE parce qu'elle garantit le contrôle de la mise en œuvre de la CEDH qui « fournit aujourd'hui le système de protection des droits de l'homme le plus évolué au monde »<sup>15</sup>. En effet, elle interprète et applique la Convention « d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives »<sup>16</sup> puisque « le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »<sup>17</sup>.

Elle est considérée comme le centre nerveux du système de protection des droits de l'homme puisqu'elle irradie tous les ordres internes des États contractants<sup>18</sup> et a ouvert, de par sa jurisprudence évolutive et dynamique, « une véritable brèche dans les souverainetés étatiques, bien avant l'émergence des Communautés européennes » en mettant en place un système de protection « qui, à certains égards, s'identifie à un véritable ordre constitutionnel paneuropéen »<sup>19</sup>. Elle interprète la CEDH « à la lumière des conditions d'aujourd'hui et s'efforce de rendre concrètes et effectives les conditions qui y sont contenues » en imprimant aux droits garantis, par le biais de son interprétation extensive, une portée qui va parfois bien au-delà des textes<sup>20</sup>.

## 1.3 La Convention européenne des droits de l'homme

Avant tout, il nous semble pertinent de rappeler que l'économie de la CEDH est fondée sur le principe de subsidiarité. En effet, la Cour affirme que « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme »<sup>21</sup>. D'ailleurs, elle soutient qu'elle « ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention »<sup>22</sup>.

La CEDH impose aux États contractants une obligation de respecter les droits de l'homme à l'égard de toute personne relevant de leur juridiction<sup>23</sup>. Par conséquent, la CEDH déploie sa protection même à l'égard de migrants se trouvant sous la juridiction de l'État. En particulier, la Cour a affirmé que l'irrégularité du statut d'un migrant n'était pas en principe un obstacle à l'application de la Convention<sup>24</sup> car « quoiqu'il soit ou non entré sur le territoire [...] au sens technique du terme [...], le fait est qu'il s'y trouve physiquement, et relève donc de la juridiction de l'État défendeur, au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention »<sup>25</sup>.

Malgré cette affirmation, nous ne pouvons pas négliger le fait que, si l'on regarde notamment les travaux

---

<sup>14</sup> Résolution 2088 (2016) : *La Méditerranée : une porte d'entrée pour les migrations irrégulières*, § 8.

<sup>15</sup> Idil ATAK, *L'eupéanisation de la lutte contre la migration irrégulière et les droits humains. Une étude des politiques de renvois forcés en France, au Royaume-Uni et en Turquie*, op. cit., p. 157.

<sup>16</sup> ACEDH *Soering c. Royaume-Uni*, du 7 juillet 1989, requête n° 14038/88, § 87.

<sup>17</sup> ACEDH *Von Hannover c. Allemagne*, du 24 juin 2004, requête n° 59320/00, § 71.

<sup>18</sup> Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, op. cit., p. 34.

<sup>19</sup> Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, op. cit., p. 159.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>21</sup> ACEDH *Handyside c. Royaume-Uni*, du 7 décembre 1976, requête n° 5493/72, § 48.

<sup>22</sup> ACEDH *Affaire linguistique belge c. Belgique*, du 23 juillet 1968, requêtes nos 1474/62, 1677/66, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, § 10. Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2015, p. 194.

<sup>23</sup> Article 1<sup>er</sup> CEDH. La juridiction ne se limite pas au territoire de l'État contractant car la responsabilité de celui-ci « peut entrer en jeu en raison d'actes émanant de ses organes et déployant leurs effets en dehors du sol national » (ACEDH *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, du 26 juin 1992, requête n° 12747/87, § 91).

<sup>24</sup> Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, Paris, Schulthess, LGDJ, p. 39.

<sup>25</sup> ACEDH *D. c. Royaume-Uni*, du 2 mai 1997, requête n° 30240/96, § 48.

préparatoires de la Convention, les États aient voulu un texte qui protégeait leurs citoyens dans le but d'empêcher une répétition de ce qui s'était passé en 1933 avec l'Allemagne nazie. Donc, même si les migrants n'étaient pas exclus en principe de la protection, les ressortissants des États étaient visés de manière prioritaire<sup>26</sup>. C'est pourquoi seulement cinq<sup>27</sup> dispositions de la CEDH s'intéressent spécifiquement aux étrangers séjournant régulièrement sur le territoire d'un État contractant.

Le premier constat, par rapport à la problématique de cette recherche, est que la Convention ne vise pas directement les étrangers, même si leur protection n'est pas exclue. Nous mettrons en évidence que, en la matière, le dispositif conventionnel présente des défaillances<sup>28</sup> et, de ce fait, un vide normatif d'autant plus évident et lourd si l'on prend en considération d'autres instruments internationaux à ce sujet. En particulier, le droit d'asile n'est pas prévu et le dispositif conventionnel ne contient pas de dispositions régissant l'expulsion<sup>29</sup>. Partant, il est clair que ni la CEDH et ni ses Protocoles ne contiennent de dispositions aptes à protéger les migrants irréguliers.

## 1.4 Les dispositions en matière de protection des migrants

Pour des raisons de clarté méthodologique, avant d'analyser les dispositions de la CEDH et de ses protocoles concernant les étrangers résidant régulièrement sur le territoire de l'État contractant et, donc, les migrants réguliers et les dispositions de la CEDH dont le contenu a été élargi par la Cour afin de protéger les migrants réguliers et irréguliers, nous avons décidé d'examiner un article qui est invoqué souvent dans le contentieux migratoire.

Il s'agit de l'article 14 qui consacre le principe de non-discrimination interdisant toute différence de traitement. Il complète les autres clauses matérielles de la CEDH et de ses Protocoles afin de renforcer la protection des droits de l'homme que ceux-ci garantissent<sup>30</sup>. Ainsi, chaque fois que les faits de l'affaire à trancher n'entrent pas dans le champ d'application d'une au moins des dispositions de la CEDH, la Cour constate l'inapplicabilité de l'article 14<sup>31</sup>. Toutefois, ce dernier possède une portée autonome<sup>32</sup> car son application « ne présuppose pas nécessairement la violation de l'un des droits matériels garantis par la Convention. Il faut, mais il suffit, que les faits de la cause tombent "sous l'empire" de l'un au moins des articles de la Convention »<sup>33</sup>. En effet, la jurisprudence la plus récente atteste une extension remarquable du champ d'application de l'article 14 puisque la Cour exige que « les faits au litige se situent dans le domaine de l'une des dispositions substantielles de la Convention »<sup>34</sup>. Cela a permis à la Cour d'étendre le champ d'application de l'article 14 aux droits sociaux<sup>35</sup>.

---

<sup>26</sup> Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 42.

<sup>27</sup> Les articles 5 alinéa f) et 16 CEDH. Les articles 2 et 4 du Protocole n° 4 et l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 7. L'article 5 alinéa f) sera traité dans le § 1.4.2 b) puisqu'il concerne spécifiquement les migrants irréguliers.

<sup>28</sup> Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 869.

<sup>29</sup> Par exemple, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* contient des dispositions reconnaissant des droits spécifiques aux migrants : article 13, article 14 (le droit d'asile) et article 15. La *Convention interaméricaine* contient aussi deux dispositions spécifiques en la matière, comme nous verrons au chapitre III.

<sup>30</sup> Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 416.

<sup>31</sup> ACEDH *Vilho Eskelinen et al. c. Finlande* [GC], du 19 avril 2007, requête n° 63235/00, §§ 95-96.

<sup>32</sup> Jean-Luc SAURON, Aude CHARTIER, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2014, pp. 365-366. ACEDH *Inze c. Autriche* [GC], du 28 octobre 1987, requête n° 8695/79, § 36.

<sup>33</sup> ACEDH *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], du 12 avril 2006, requêtes nos 65731/01 et 65900/01, § 39.

<sup>34</sup> Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 419. Voir : ACEDH *Gaygusuz c. Autriche*, du 16 septembre 1996, requête n° 17371/90.

<sup>35</sup> Voir le chapitre II du présent travail. L'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 12 complète la disposition car il prévoit une interdiction générale de discrimination et il couvre « la jouissance de tout droit prévu par la loi ». Donc, il a une portée plus large que l'article 14 CEDH. Toutefois, il peut être invoqué seulement par les ressortissants des États qui ont ratifié le Protocole, Laurence BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2012, p. 144. Pour Frédéric Sudre, l'article 1<sup>er</sup> du Protocole 12 a fait que le droit à la non-discrimination est devenu un droit autonome au sein de la CEDH. « Interdisant toute discrimination, quel qu'en soit le motif, de la part d'une autorité publique, le Protocole 12 fait, à tout le moins, peser sur l'État partie l'obligation générale, dans l'adoption et la mise en œuvre de toute législation, de veiller à ce que la loi ne soit pas discriminatoire », Frédéric

Pour la Cour, les distinctions ou les différences de traitement de personnes se trouvant dans des situations comparables sont admises s'il y a une *justification objective et raisonnable*<sup>36</sup>. Donc, la différence de traitement doit poursuivre un but légitime et présenter un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé<sup>37</sup>.

La Cour accorde à l'État une certaine marge d'appréciation dans ce domaine pour « déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des différences de traitement »<sup>38</sup>, mais « l'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte »<sup>39</sup>. Toutefois, elle affirme que la différence de traitement fondée sur la nationalité est admise seulement si des considérations très fortes peuvent la justifier<sup>40</sup> du moins dans les affaires concernant les migrants résidant légalement depuis longtemps sur le territoire de l'État et qui respectent les lois nationales. En revanche, sa position devient plus restrictive lorsqu'il s'agit de migrants irréguliers ou de migrants réguliers qui font l'objet de mesures d'éloignement pour des condamnations pénales<sup>41</sup>.

#### 1.4.1 Les dispositions concernant les étrangers

##### a. L'article 16 CEDH : son histoire et son application

Pour bien comprendre la portée de cet article, il faut rappeler que ce fut grâce à une initiative de l'Italie, un pays qui à l'époque était parmi les pays d'émigration en Europe et qui voulait protéger ses ressortissants, qu'il y a eu adoption de cette disposition. En effet, l'Italie avait demandé de changer une phrase de l'article 2 du texte provisoire de la CEDH afin de protéger une catégorie plus large de personnes<sup>42</sup>. Mais, comme cet amendement ne fut pas accepté, les États décidèrent d'introduire, à sa place, cette clause concernant les étrangers<sup>43</sup> « trouvant son origine dans l'idée largement répandue au moment de l'adoption de la Convention que les étrangers n'ont pas à se mêler de la vie politique de leur pays d'accueil »<sup>44</sup>.

L'article 16 consacre une restriction de l'activité politique des étrangers. En réalité, les articles 10 et 11 CEDH sont déjà constitutifs de restrictions, mais l'article 16 donne aux États parties la possibilité de mettre en place des restrictions dans le domaine des activités politiques qui ne visent que les étrangers. Dans ce sens, la disposition permet de restreindre ces activités d'une manière très large. Toutefois, certains aspects

---

SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 423.

<sup>36</sup> Lorsque la distinction est fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique la Cour interprète la notion de *justification objective et raisonnable* de manière très stricte. Voir : ACEDH *D. H. et al. c. République Tchèque*, du 13 novembre 2007, requête n° 57325/00, § 176 ; ACEDH *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], du 22 décembre 2009, requêtes nos 27996/06, 34836/06 §§ 43-44 ; ACEDH *Natchova et al. c. Bulgarie* [GC], du 6 juillet 2005, requête n° 43577/98, § 145.

<sup>37</sup> ACEDH *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], (précité), § 51. Voir aussi : ACEDH *Leyla Sabın c. Turquie* [GC], du 10 novembre 2005, requête n° 44774/98, § 165.

<sup>38</sup> ACEDH *Glor c. Suisse*, du 30 avril 2009, requête n° 13444/04, § 74. Voir aussi : ACEDH *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], du 18 janvier 2001, requête n° 27238/95, §§ 129-130.

<sup>39</sup> ACEDH *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], (précité), § 52.

<sup>40</sup> ACEDH *Gaygusuz c. Autriche*, (précité), § 42. Voir aussi : ACEDH *Andrejeva c. Lettonie* [GC], du 18 février 2009, requête n° 55707/00, § 87.

<sup>41</sup> Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, op. cit., pp. 56-58. Voir : ACEDH *Moustaquin c. Belgique*, du 18 février 1991, requête n° 12313/86, § 49 ; ACEDH *C. c. Belgique*, du 8 août 1996, requête n° 21794/93, § 38 ; ACEDH *Üner c. Pays-Bas* [GC], du 18 octobre 2006, requête n° 46410/99, § 56.

<sup>42</sup> Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, op. cit., p. 42. L'Italie proposait d'utiliser l'expression de ceux qui *living in* plutôt que ceux qui *residing within*.

<sup>43</sup> Voir : *Les travaux préparatoires de l'article 16 CEDH*, p. 9 [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux\\_\(consulté le 11 octobre 2016\)](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux_(consulté le 11 octobre 2016)).

<sup>44</sup> Samantha BESSON, Eleonor KLEBER, « Commentaire des articles 3, 5, 8, 12, 13, 14 et 16 CEDH et du Protocole n° 7 CEDH » in Cesla AMARELLE, Minh Son NGUYEN, (sous la dir. de), *Code annoté de droit des migrations, Volume 1 Droits humains*, Berne, Stämpfli, 2014, p. 64.

en justifient une interprétation restrictive<sup>45</sup>. D'abord, il s'agit d'une disposition ancienne et, en tant qu'anachronisme, elle est considérée comme une clause inutile<sup>46</sup>. D'ailleurs, sa suppression est demandée depuis longtemps<sup>47</sup>. Et pourtant, elle reste en vigueur parce que le Comité de Ministres a décidé qu'il n'était pas opportun de la modifier ou de la supprimer<sup>48</sup>. D'autre part, elle ne concerne pas toutes les « manifestations que peuvent prendre la liberté d'expression et la liberté d'association et de réunion » puisque la notion d'activités politiques couvre les activités « en lien direct avec l'exercice de l'autorité publique »<sup>49</sup>. En outre, la notion d'*étranger* doit être appréhendée à la lumière du droit de l'UE et de la notion de *citoyenneté européenne*. En effet, la Cour européenne s'est prononcée à l'égard de l'article 16 seulement dans une affaire, à savoir l'affaire *Piermont c. France*<sup>50</sup>, où elle a estimé qu'un État membre de l'UE ne pouvait pas opposer cette disposition à une ressortissante d'un autre État membre. En plus, elle a retenu que l'application de cet article devait être soumise à un strict contrôle de proportionnalité car, à la lumière de l'importance de la démocratie et du débat politique, les restrictions imposées par les États doivent être considérées avec circonspection<sup>51</sup>.

En tout cas, selon Laurence Burgorgue-Larsen, l'article 16 dénote à l'intérieur d'un traité visant à garantir la protection des droits de l'homme car il légitime un traitement discriminatoire à l'endroit des étrangers en matière politique<sup>52</sup>.

#### b. Les articles 2 et 4 du Protocole n° 4

Le Protocole n° 4 contient deux articles en matière d'étrangers. L'article 2 consacre le principe de la liberté de circulation et celui de choisir sa résidence, ainsi que de quitter n'importe quel pays, y compris le sien pour ceux qui se trouvent régulièrement sur le territoire d'un État<sup>53</sup>.

Sous l'angle de cette disposition, la Cour s'est prononcée sur la possibilité de la perte du statut de régulier. En effet, elle a retenu que lorsqu'une personne viole « les conditions liées à son autorisation de résidence temporaire émis par l'État, c'est-à-dire l'obligation de demeurer sur le territoire d'une certaine ville », elle ne peut plus être considérée comme se trouvant régulièrement sur ce territoire et, de ce fait, elle ne peut pas bénéficier de la protection garantie par l'article 2 du Protocole n° 4<sup>54</sup>.

La CEDH ne reconnaît pas aux étrangers un droit au séjour sur le territoire des États contractants, donc, l'expulsion des étrangers n'est pas interdite. Toutefois, l'article 4 du Protocole n° 4 exclut les expulsions collectives des étrangers soient-ils réguliers ou irréguliers<sup>55</sup>.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 64. La *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* (ci-après DUDH), adoptée en avril 1948, est plus spécifique car, à son article XXXVIII, elle dispose que : « Toute personne a le devoir de s'abstenir de prendre part aux activités politiques qui, selon la loi, sont réservées aux citoyens de l'État dans lequel elle réside comme étranger ».

<sup>47</sup> En 1977, l'Assemblée parlementaire avait déjà recommandé son retrait (Nuala MOLE, *Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Éd. Conseil de l'Europe, 2008, p. 125).

<sup>48</sup> Laurence BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 162.

<sup>49</sup> Samantha BESSON, Eleonor KLEBER, « Commentaire des articles 3, 5, 8, 12, 13, 14 et 16 CEDH et du Protocole n° 7 CEDH » in Cesla AMARELLE, Minh Son NGUYEN, (sous la dir. de), *Code annoté de droit des migrations, Volume 1 Droits humains*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>50</sup> ACEDH *Piermont c. France*, du 27 avril 1995, requête n° 15773/89. Il s'agissait d'une mesure d'expulsion et d'une interdiction d'entrée prises à l'encontre d'une ressortissante allemande, membre du Parlement européen. BERGER, Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 2014, p. 199.

<sup>51</sup> Samantha BESSON, Eleonor KLEBER, « Commentaire des articles 3, 5, 8, 12, 13, 14 et 16 CEDH et du Protocole no 7 CEDH » in Cesla AMARELLE, Minh Son NGUYEN, (sous la dir. de), *Code annoté de droit des migrations, Volume 1 Droits humains*, *op. cit.*, pp. 66-67. Voir : ACEDH *Parti communiste unifié de Turquie et al. c. Turquie*, du 30 janvier 1998, requête n° 19392/92, § 42 et ss.

<sup>52</sup> Laurence BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 162.

<sup>53</sup> L'article 2 §§ 1-2 Protocole n° 4 (STE n° 046) : « Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien ».

<sup>54</sup> *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013, p. 49. Voir : Déc. *Ommenyeke c. Allemagne*, du 20 novembre 2007, requête n° 44294/04.

<sup>55</sup> Laurence BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 163.

La Cour a défini la notion d'*expulsion collective d'étrangers* comme « toute mesure de l'autorité compétente contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays sauf dans le cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe »<sup>56</sup>.

c. L'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 7

Cette disposition contient des garanties procédurales pour protéger les étrangers réguliers contre toute expulsion arbitraire<sup>57</sup>. Avant tout, la décision d'expulsion doit être prise conformément à la loi et la personne concernée « doit pouvoir : a) faire valoir ses raisons qui militent contre l'expulsion, b) faire examiner son cas, et c) se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité »<sup>58</sup>.

Malheureusement, cette disposition présente plusieurs défaillances et limites puisqu'elle ne mentionne pas les raisons pour lesquelles un étranger peut être expulsé et elle concerne exclusivement les étrangers résidant régulièrement sur le territoire de l'État concerné, en excluant ainsi « les étrangers se trouvant à la frontière et n'ayant pas passé l'immigration, les étrangers se trouvant sur le territoire d'un État sans avoir le statut de résident et les étrangers contre lesquels une procédure est en cours concernant leur autorisation de séjour »<sup>59</sup>.

1.4.2 La Cour européenne et l'extension du champ d'application de la CEDH

À part quelques dispositions marginales, la CEDH ne contient pas de dispositions spécifiques protégeant les étrangers et concernant l'immigration<sup>60</sup>.

Elle vise la protection des droits et libertés de ceux qui relèvent de la juridiction de l'État contractant. Ainsi, la protection des étrangers dépend de la régularité de leur séjour dans le territoire de l'État d'accueil. Cette régularité dépend, quant à elle, du droit interne d'immigration puisque c'est à l'État, souverain en matière migratoire<sup>61</sup>, qu'il appartient « en vertu d'un principe de droit international bien établi, et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, y compris la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux »<sup>62</sup>.

Toutefois, les questions concernant l'entrée, le séjour et d'éloignement des étrangers relèvent d'une construction prétorienne et de la protection *par ricochet*<sup>63</sup>. En effet, la Cour a étendu le champ d'application des articles 2, 3, 5 et 8 CEDH pour trancher des affaires en matière migratoire. Très souvent les droits

<sup>56</sup> ACEDH *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], du 23 février 2012, requête n° 27765/09, § 166. L'article s'applique aussi aux mesures d'interception de migrants en haute mer et à leur renvoi vers le pays de transit ou d'origine. Le rapatriement par groupe d'étrangers, en séjour illégal, est permis « pour autant que la situation individuelle de chaque rapatrié ait, au préalable, fait l'objet d'un examen séparé », Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, op. cit., p. 266. L'examen doit être suffisamment individualisé. Voir, par exemple : ACEDH *Conka c. Belgique*, du 5 février 2002, requête, n° 51564/99, où la Cour a individué une violation de l'article 4 car il n'y avait pas eu d'examen individuel pour la situation de chacun des membres du groupe de demandeurs d'asile roms.

<sup>57</sup> *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, op. cit., p. 49.

<sup>58</sup> Article 1<sup>er</sup> Protocole n° 7 § 1.

<sup>59</sup> Laurence BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 165-166.

<sup>60</sup> Jean-Yves CARLIER, Sylvie SAROLÉA, « Évolutions jurisprudentielles », in Jean-Yves CARLIER, Philippe DE BRUYCKER, (sous la dir. de) *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 11.

<sup>61</sup> Jean-François AKANDJI-KOMBÉ, « Le Conseil de l'Europe et le séjour du migrant irrégulier : L'approche protectrice. Un droit européen protecteur des migrants irréguliers en matière de séjour ? », in Stéphane LECLERC, (sous la dir. de), *Europe(s), droit(s) et migrant irrégulier*, Collection Rencontres européennes, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 103.

<sup>62</sup> ACEDH *Saadi c. Italie* [GC], du 28 février 2008, requête n° 37201/06, § 124.

<sup>63</sup> Samantha BESSON, Eleonor KLEBER, « Commentaire des articles 3, 5, 8, 12, 13, 14 et 16 CEDH et du Protocole n° 7 CEDH » in Cesla AMARELLE, Minh Son NGUYEN, (sous la dir. de), *Code annoté de droit des migrations, Volume 1 Droits humains*, op. cit., p. 3.

procéduraux ont été invoqués et, en l'espèce, les articles 5 § 4, 13 et 6 CEDH<sup>64</sup>.

La protection *par ricochet* permet d'étendre la protection des droits et de « pallier les insuffisances les plus criantes de la CEDH à l'égard des étrangers, catégorie de personnes particulièrement vulnérables »<sup>65</sup>. Ainsi, la Cour réalise une double extension de la Convention : *matérielle* car elle permet une protection de droits qui ne sont pas prévus dans cet instrument par le biais de l'extension de certains droits reconnus, *territoriale* puisque l'application des dispositions s'étend, même si c'est de manière indirecte, aux États qui ne sont pas parties à la Convention<sup>66</sup>. Selon Frédéric Sudre, cette protection est devenue, au fil du temps, une protection spécifique, véritablement catégorielle<sup>67</sup>.

#### a. L'article 2 CEDH

L'article 2 consacre le droit à la vie qui est l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques du CDE. Il s'agit d'un droit suprême puisque son respect est la condition nécessaire à l'exercice des autres droits. Il fait partie du *noyau dur* des droits de l'homme avec l'interdiction de mauvais traitements, l'interdiction de l'esclavage et de la servitude, la non-rétroactivité de la loi pénale et l'interdiction des discriminations<sup>68</sup>.

Selon la Cour, cet article a une incidence importante sur les mesures d'éloignement, d'extradition ou de refoulement des étrangers puisque celles-ci impliquent une violation de l'article 2 lorsqu'il existe « un risque réel et imminent que la vie de l'étranger soit menacée dans le pays de destination »<sup>69</sup>. Ce droit est invoqué, en particulier, dans le cadre de mesures d'expulsion ou d'extradition lorsque la personne qui a fait l'objet d'une telle mesure peut être exposée à un risque d'exécution capitale, une fois renvoyée. La Cour dit qu'il peut y avoir violation de cette disposition « dès lors que l'expulsion intervient malgré un risque avéré de mort<sup>70</sup>. En revanche, il n'y aura pas violation de cet article en cas d'expulsion vers un pays qui n'a pas aboli la peine de mort dès lors que des assurances gouvernementales excluent la peine capitale »<sup>71</sup>.

#### b. L'article 5 alinéa f) CEDH

L'article 5 « consacre un droit fondamental de l'homme, à savoir la protection de l'individu contre les atteintes arbitraires de l'État à sa liberté »<sup>72</sup>. Son alinéa f) permet de restreindre la liberté des étrangers car

<sup>64</sup> L'article 5 § 4 consacre le droit de contester une mesure privative de liberté, l'article 13 consacre le droit à un recours effectif et l'article 6 consacre le droit à un procès équitable. La Cour affirme que ce dernier ne peut pas être invoqué en matière d'asile et de séjour car les procédures administratives et discrétionnaires ne relèvent pas de son domaine d'application. Voir : Déc. Commission *Lukka c. Royaume-Uni*, du 16 octobre 1986, requête n° 12122/86 ; Déc. Commission *Singh Uppal c. Royaume-Uni*, du 2 mai 1979, requête n° 8244/78 ; Déc. *Penafiel Salgado c. Espagne*, du 16 avril 2002, requête n° 65964/01. Cette prise de position serait confirmée, selon la Cour, par l'existence de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 7 (ACEDH *Maaouia c. France* [GC], du 5 octobre 2000, requête n° 39652/98, § 36). Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 543-544. Pour un aperçu des mesures provisoires adoptées par la Cour européenne sur la base de l'article 39 de son Règlement voir § 1.6.

<sup>65</sup> Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 869.

<sup>66</sup> François JULIEN-LAFFÈRIÈRE, « L'application par ricochet de l'article 3 CEDH l'exemple des mesures d'éloignement des étrangers », in Catherine-Amélie CHASSIN, (sous la dir. de), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 142.

<sup>67</sup> Frédéric SUDRE, « L'économie générale de l'article 3 CEDH », in Catherine-Amélie CHASSIN, (sous la dir. de), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>68</sup> Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>69</sup> Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 243.

<sup>70</sup> Voir : ACEDH *Hussun et al. c. Italie*, du 11 novembre 2006, requêtes nos 10171/05, 10601/05, 11593/05, 17165/05.

<sup>71</sup> Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, *op. cit.*, pp. 62-63. Voir : Déc. *Salem c. Portugal*, du 9 mai 2006, requête n° 26844/04 et Déc. *Youb Saoudi c. Espagne*, du 18 septembre 2006, requête n° 22871/06. Mais, l'extradition ou l'expulsion vers un pays où la personne risque d'être soumise à la peine capitale, après un procès inéquitable, constitue une violation de l'article 2. Voir : ACEDH *Bader et Kanbor c. Suède*, 8 novembre 2005, requête n° 13284/04, § 48.

<sup>72</sup> ACEDH *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], du 29 janvier 2008, requête n° 13229/03, § 63.

les États ont « un droit indéniable de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire »<sup>73</sup>. Le corollaire de ce droit est la faculté que les États ont « de placer en détention des candidats à l'immigration ayant sollicité – par le biais d'une demande d'asile ou non – l'autorisation d'entrer »<sup>74</sup>.

La Cour affirme que, sans l'autorisation de l'État, l'entrée d'un migrant est considérée irrégulière et aussi bien pour un demandeur d'asile<sup>75</sup> qui se présente directement de lui-même aux services de l'immigration. Son entrée n'en devient pas régulière et sa détention peut être justifiée sous l'angle de l'article 5 alinéa f)<sup>76</sup>. Cela même si la personne dispose « d'une autorisation de séjour provisoire le temps que sa demande d'asile soit examinée »<sup>77</sup>.

Cette prise de position semble en contraste avec celle adoptée par la Cour dans d'autres affaires concernant l'article 5 où elle a affirmé que : « (l)a privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie que lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention »<sup>78</sup>.

En tout cas, la Cour met en évidence que la détention doit se concilier avec la finalité générale de l'article 5<sup>79</sup> car les États doivent garantir le respect effectif du droit à la dignité humaine et, de ce fait, le respect des droits fondamentaux<sup>80</sup>. En outre, une détention est régulière si elle satisfait à certaines conditions car le fait que la mesure soit parfaitement conforme à la législation nationale ne suffit pas : « encore faut-il qu'elle soit nécessaire dans les circonstances de l'espèce »<sup>81</sup>. La mesure « doit être mise en œuvre de bonne foi » et sans tromperie de la part des autorités. En plus, « la durée de la détention ne doit pas excéder le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi » et « le lieu et les conditions de la rétention doivent être appropriés »<sup>82</sup>.

### c. L'article 8 CEDH

L'article 8 consacre le droit au respect de la vie privée et familiale. C'est la disposition qui donne lieu à la plus abondante jurisprudence de la Cour en matière migratoire<sup>83</sup>, notamment en ce qui concerne la Suisse<sup>84</sup>. En effet, même si la CEDH ne reconnaît pas de droit de séjour et de droit au regroupement familial<sup>85</sup>, l'article 8 peut imposer aux États parties, dans certaines circonstances, de reconnaître aux migrants un statut

<sup>73</sup> *Ibid.*, § 64. L'affaire concernait un irakien qui avait introduit une demande d'asile à son arrivée au Royaume-Uni et fut arrêté et détenu pendant 76 heures. Pour la Cour il n'y avait pas eu de violation de l'article 5 alinéa f).

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> La même réflexion est valable à l'égard des autres migrants irréguliers.

<sup>76</sup> ACEDH *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], (précité), § 65. Laurence BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 60.

<sup>77</sup> Nuala MOLE, *Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 94.

<sup>78</sup> ACEDH *Witold Litwa c. Pologne*, du 4 avril 2000, requête n° 26629/95, § 78.

<sup>79</sup> ACEDH *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], (précité), § 66.

<sup>80</sup> Hélène SURREL, *Le Conseil de l'Europe et l'accès au territoire européen*, in Stéphane LECLERC, (sous la dir. de), *Europe(s), droit(s) et migrant irrégulier*, op. cit., p. 47.

<sup>81</sup> ACEDH *Witold Litwa c. Pologne*, (précité), § 78.

<sup>82</sup> ACEDH *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], (précité), § 74. L'Assemblée parlementaire et le Commissaire aux droits de l'homme estiment que la détention devrait être autorisée dès le début par un juge (Hélène SURREL, *Le Conseil de l'Europe et l'accès au territoire européen*, in Stéphane LECLERC, (sous la dir. de), *Europe(s), droit(s) et migrant irrégulier*, op. cit., pp. 50-51. Voir : Résolution 1509 (2006) (précitée), § 12.1).

<sup>83</sup> Samantha BESSON, Eleonor KLEBER, « Commentaire des articles 3, 5, 8, 12, 13, 14 et 16 CEDH et du Protocole n° 7 CEDH » in Cesla AMARELLE, Minh Son NGUYEN, (sous la dir. de), *Code annoté de droit des migrations, Volume 1 Droits humains*, op. cit., p. 30

<sup>84</sup> Michel HOTTELIER, Hanspeter MOCK, Michel PUÉCHAVY, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Genève, Schulthess, 2011, p. 179.

<sup>85</sup> Même par rapport aux ressortissants des États contractants, la *Charte sociale européenne* ne prévoit pas de droit au regroupement puisqu'elle dispose que les États s'engagent « à faciliter autant que possible le regroupement de la famille du travailleur migrant autorisé lui-même à s'établir sur le territoire » (article 19 alinéa 6) en accordant, de ce fait, un droit conditionnel au regroupement familial, Jean-Yves CARLIER, (sous la dir. de), *L'étranger face au droit Xxes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 57.

spécifique, d'en autoriser le maintien sur le territoire ou de leur délivrer certains documents<sup>86</sup>.

En particulier, le refus de permettre l'entrée d'un migrant peut empêcher l'exercice d'une vie familiale et une mesure de renvoi aussi peut entraver l'exercice d'une vie privée et/ou familiale<sup>87</sup>.

L'article 8, dans son volet *vie familiale*, protège l'unité familiale et impose aux États une obligation négative de ne pas empêcher ou rendre difficile le maintien de la relation familiale, dans le cadre, par exemple, d'une mesure de renvoi. Il impose des obligations positives d'agir de manière à permettre le développement normal des liens familiaux effectifs, par exemple, en autorisant un regroupement familial<sup>88</sup>. Dans son volet *vie privée*, l'article 8 vise à protéger aussi l'identité sociale du migrant et les liens sociaux qu'il a développés dans le pays d'accueil<sup>89</sup>.

Dans chaque affaire, la Cour décide si, vu les circonstances de l'espèce, il convient de mettre l'accent sur le volet *vie familiale* ou sur le volet *vie privée* car, même si le migrant n'a pas de vie familiale, son expulsion peut porter atteinte à sa vie privée<sup>90</sup>.

#### c. 1) L'article 8 CEDH et les migrants réguliers

La Cour affirme que l'article 8 ne garantit pas aux étrangers « le droit de choisir le lieu le plus approprié pour développer une vie familiale »<sup>91</sup> et qu'il ne comporte pas « pour un État contractant l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non-nationaux dans le pays »<sup>92</sup>. En outre, dans chaque affaire, elle vérifie toujours s'il y a un juste équilibre « entre le droit [...] à la protection de la vie familiale et l'intérêt général de la société de l'État hôte »<sup>93</sup>.

En matière de mesures de renvoi, elle adopte une position favorable à l'égard de l'étranger qui est bien intégré ou dispose de liens familiaux solides dans le pays d'accueil<sup>94</sup>, sauf s'il a gravement porté atteinte à l'ordre public ou à la sécurité publique<sup>95</sup>.

En matière d'expulsion d'étrangers délinquants, la Cour admet qu'à la peine d'emprisonnement s'ajoute celle de l'interdiction de séjour<sup>96</sup> et, donc, de la perte du statut de régulier. Elle a défini des critères, les critères

<sup>86</sup> Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration, *op. cit.*, p. 47.

<sup>87</sup> Samantha BESSON, Eleonor KLEBER, « Commentaire des articles 3, 5, 8, 12, 13, 14 et 16 CEDH et du Protocole n° 7 CEDH » in Cesla AMARELLE, Minh Son NGUYEN, (sous la dir. de), *Code annoté de droit des migrations, Volume 1 Droits humains, op. cit.*, p. 30. Voir : ACEDH *Emre c. Suisse*, du 22 août 2008, requête n° 42034/04, § 60.

<sup>88</sup> Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations, op. cit.*, p. 82. Voir : ACEDH *Vautier c. France*, du 26 novembre 2009, requête n° 28499/05, § 59 et ACEDH *Mehemi c. France*, du 10 avril 2003, requête n° 53470/99, § 45.

<sup>89</sup> Le volet *vie privée* « recouvre l'intégrité physique et morale de la personne, le droit au développement personnel, le droit à l'épanouissement personnel et le droit de nouer et d'entretenir des liens avec ses semblables et avec le monde extérieur » (Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration, *op. cit.*, p. 127. Voir aussi : Jean-Luc SAURON, Aude CHARTIER, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme, op. cit.*, p. 235 et ACEDH *Pretty c. Royaume-Uni*, du 29 avril 2002, requête n° 2346/02, § 61).

<sup>90</sup> Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations, op. cit.*, p. 83. Voir : ACEDH *Maslov c. Autriche* [GC], du 23 juin 2008, requête n° 1638/03, § 63 et ACEDH *Üner c. Pays-Bas* [GC], (précité), § 59.

<sup>91</sup> ACEDH *Ahmut c. Pays-Bas*, du 28 novembre 1996, requête n° 21702/93, § 71 et ACEDH *Üner c. Pays-Bas* [GC], (précité), § 52.

<sup>92</sup> Vincent BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 2014, p. 471. Voir : ACEDH *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, requêtes nos 9214/80, 9473/81, 9474/81, § 68.

<sup>93</sup> ACEDH *Emre c. Suisse*, (précité), § 64.

<sup>94</sup> Voir : ACEDH *Üner c. Pays-Bas* [GC], (précité), § 57 et ACEDH *Maslov c. Autriche* [GC], (précité), § 74.

<sup>95</sup> Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations, op. cit.*, p. 87. Voir : ACEDH *Boughanemi c. France*, du 24 avril 1996, requête n° 22070/93, § 44 ; ACEDH *C. c. Belgique*, (précité), § 34 ; ACEDH *Üner c. Pays-Bas* [GC], (précité), § 55.

<sup>96</sup> Il s'agit de la « double peine ». Gauthier DE BECO, « Quels critères pour l'expulsion des étrangers mineurs délinquants ? », in Jean-Yves CARLIER, (sous la dir. de), *L'étranger face au droit X<sup>es</sup> journées d'études juridiques Jean Dabin, op. cit.*, pp. 447-448. Voir : opinion dissidente du juge Costa dans l'affaire *Üner c. Pays-Bas* (ACEDH, du 5

Boultif<sup>97</sup> qui lui permettent d'apprécier l'affaire et d'effectuer le test de proportionnalité.

Pour obtenir la protection de la *vie familiale*, il faut que la relation familiale soit effective et qu'elle concerne un noyau familial constitué en principe, mais non exclusivement, par un couple et ses enfants mineurs. Peu importe si la famille est légitime ou naturelle ou si elle est fondée sur le mariage ou sur une relation *de facto*<sup>98</sup> car la Cour protège aussi d'autres liens familiaux pourvu qu'ils soient suffisamment étroits<sup>99</sup> et, en ce qui concerne les mesures de regroupement familial<sup>100</sup>, elle prend en compte, notamment, les intérêts des enfants et leurs attaches dans le pays d'accueil.

#### c. 2) L'article 8 CEDH et les migrants irréguliers

En principe, la Cour admet que les migrants irréguliers puissent se prévaloir de l'article 8<sup>101</sup>, même s'il s'agit encore d'exceptions au « droit de non-séjour »<sup>102</sup>. Et pourtant, le statut du migrant a un poids important dans son appréciation car un irrégulier qui met l'État devant un fait accompli « ne (peut) d'une manière générale invoquer une espérance légitime qu'un droit de séjour lui sera accordé »<sup>103</sup>.

En outre, si les personnes ont pleine connaissance du statut migratoire irrégulier de l'une d'elles, l'expulsion ne comporte violation de l'article 8 que dans des « circonstances particulièrement exceptionnelles »<sup>104</sup>. De même pour les titulaires d'un permis de séjour temporaire ou précaire<sup>105</sup>.

Par rapport aux personnes qui possédaient un titre de séjour durable mais qui l'ont perdu suite à des condamnations pénales graves, la position de la Cour est très stricte et sévère car « la vie familiale créée pendant le séjour irrégulier est [...] comme non pertinente au sens de l'art. 8 ». La Cour s'appuie sur le

---

juillet 2005, requête n° 46410/99).

<sup>97</sup> ACEDH *Boultif c. Suisse*, du 2 août 2001, requête n° 54273/00. Parmi ces critères, nous pouvons citer : la durée du séjour (seulement de « très solides raisons » peuvent justifier l'expulsion d'une personne qui réside depuis toute sa vie dans le pays d'accueil), la solidité des liens familiaux, sociaux et culturels et la nature et la gravité de l'infraction commise, Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, op. cit., p. 84. Malgré ces critères, selon Gauthier De Beco, la jurisprudence de la Cour reste imprévisible, sauf dans le cas de l'expulsion d'un étranger mineur délinquant où l'approche est toujours très protectrice, Gauthier DE BECO, « Quels critères pour l'expulsion des étrangers mineurs délinquants ? », in Jean-Yves CARLIER, (sous la dir. de), *L'étranger face au droit X<sup>es</sup> journées d'études juridiques Jean Dabin*, op. cit., p. 449). Selon Marie-Bénédicte Dembour, « (t)he highly casuistic (case-by-case) approach of the Court [...] made it impossible for the case law to settle. After Boultif, the case law continued to involve in a haphazard way, with some verdicts of violation and some verdicts of non-violation », Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, op. cit., p. 182.

<sup>98</sup> Le rapport avec un enfant adulte est protégé si « l'existence d'éléments supplémentaires de dépendance, autres que les liens affectifs normaux » est démontrée. Jean-Luc SAURON, Aude CHARTIER, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 237-238.

<sup>99</sup> Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, op. cit., p. 82. Voir : ACEDH *Šlivenko c. Lettonie* [GC], du 9 octobre 2003, requête n° 48321/99, § 94 ; ACEDH *Mikulic c. Croatie*, du 7 février 2002, requête n° 53176/99, § 51 ; ACEDH *Marckx c. Belgique*, du 13 juin 1979, requête n° 6833/74, § 31.

<sup>100</sup> La Cour a pendant longtemps nié la violation de l'article 8 en matière de regroupement familial. En 2001, elle l'a constatée, pour la première fois, dans l'affaire *Sen c. Pays-Bas* (ACEDH, du 21 décembre 2001, requête n° 31465/96).

<sup>101</sup> Voir : ACEDH *Mengesha Kimfe c. Suisse*, du 29 juillet 2010, requête n° 24404/05, et ACEDH *Agraw c. Suisse*, du 29 juillet 2010, requête n° 3295/06. En l'espèce, la Cour a admis l'applicabilité de l'article 8 à des affaires concernant des requérants d'asile.

<sup>102</sup> Jean-François AKANDJI-KOMBÉ, « Le Conseil de l'Europe et le séjour du migrant irrégulier : L'approche protectrice. Un droit européen protecteur des migrants irréguliers en matière de séjour ? », in Stéphane LECLERC, (sous la dir. de), *Europe(s), droit(s) et migrant irrégulier*, op. cit., p. 103.

<sup>103</sup> Déc. *Chandra et al. c. Pays-Bas*, du 13 mai 2003, requête n° 53102/99 et ACEDH *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-bas*, du 31 janvier 2006, requête n° 50435/99, § 43.

<sup>104</sup> ACEDH *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-bas*, (précité), § 39. Voir aussi : Déc. *Mitchell c. Royaume-Uni*, du 24 novembre 1998, requête n° 40447/98.

<sup>105</sup> Comme, par exemple, dans le cadre d'une procédure d'asile. Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, op. cit., p. 98.

caractère précaire ou illégal de la situation pour nier une violation de la disposition<sup>106</sup>.

Toutefois, dans une affaire de 2006, la Cour a reproché à l'État en cause « de faire preuve de « formalisme excessif » en accordant une « importance capitale » au statut irrégulier de la personne concernée<sup>107</sup>. En effet, dans des affaires récentes, la Cour a relativisé la portée de la qualité du séjour puisqu'elle a accordé une grande importance aux attaches sociales que l'intéressé avait tissées dans le pays d'accueil, attaches qui ne sont pas remises en cause par le fait que la personne soit tombée dans l'irrégularité, notamment si la personne n'a pas commis d'infractions<sup>108</sup>.

## 1.5 L'article 3 CEDH

La CEDH ne contient pas le droit d'asile<sup>109</sup> ni le droit des réfugiés<sup>110</sup> et non plus le principe de non-refoulement<sup>111</sup>. Toutefois, l'article 3 qui « consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques » et « prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime »<sup>112</sup>, aussi indésirables ou dangereux soient-ils<sup>113</sup>, a permis à la Cour de réaliser une protection *par ricochet* des migrants et la mise en place d'une sorte de reconnaissance d'un principe de non-refoulement au sein du CDE. Le fondement de cette protection réside dans le fait que les États contractants se sont engagés à reconnaître les droits de la CEDH à toute personne relevant de leur juridiction<sup>114</sup>.

La Cour rappelle qu'elle « accorde un poids important au statut du requérant qui est demandeur d'asile et appartient de ce fait à un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spécifique. Elle note que ce besoin d'une protection spéciale fait l'objet d'un large

---

<sup>106</sup> Voir : ACEDH *Bouchelkia c. France*, du 29 janvier 1997, requête n° 23078/93, § 50 ; ACEDH *El Boujaïdi c. France*, du 26 septembre 1997, requête n° 25613/94, § 33 ; ACEDH *Boujlifa c. France*, du 21 octobre 1997, requête n° 25404/94, § 34. Pour Roswitha Petry, cette prise de position, même si tendant à empêcher aux personnes de se prévaloir de l'article 8 pour contourner la législation nationale en matière d'immigration, est discutable parce que « la Cour fait apparaître la vie familiale des personnes impliquées comme étant moins effective et donc moins digne de protection » en écartant des aspects qui normalement relèvent de l'article 8 dans des affaires où la relation familiale est constituée dans la légalité et avant la notification d'une mesure d'éloignement. La Cour semble « soucieuse de ne pas empiéter sur la souveraineté des États et sur leurs prérogatives en matière de contrôle de l'immigration, même si en résulte une protection amoindrie de la vie familiale », Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, op. cit., p. 90 et p. 91.

<sup>107</sup> ACEDH *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas*, (précité), § 44. Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, op. cit., p. 93. Il faut rappeler, toutefois, que l'enfant était ressortissant néerlandais et que la mère n'avait pas fait objet d'une condamnation pénale.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 98. Voir : ACEDH *Slivenko c. Lettonie* [GC], (précité), et ACEDH *Syssoyeva et autres c. Lettonie* [GC], du 15 janvier 2007, requête n° 60654/00.

<sup>109</sup> Michel HOTTELLIER, Hanspeter MOCK, Michel PUÉCHAVY, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 98. Le CDE a adopté, par contre, plusieurs textes de nature non contraignante qui traitent indirectement de la question du droit d'asile et la *Convention européenne d'extradition* de 1957 et la *Convention européenne de sécurité sociale* de 1972 contenant des dispositions à l'égard des réfugiés, Jean-Michel BELORGEY, *Le droit d'asile*, Paris, LGDJ, 2013, p. 42.

<sup>110</sup> Ce droit est énoncé et régi par la *Convention relative au statut de réfugiés* de 1951, (ci-après CR) à son article 1<sup>er</sup>. Voir : Jean MATRINGE, « La situation de l'exclu au regard de l'extradition », in Vincent CHÉTAIL, Caroline LALY-CHEVALIER, *Asile et extradition. Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 264.

<sup>111</sup> L'article 33 de la CR interdit le renvoi d'un réfugié vers un territoire « où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

<sup>112</sup> Voir : ACEDH *Saadi c. Italie* [GC], (précité), §125 et §138 et ACEDH *Chahal c. Royaume-Uni* [GC], du 15 novembre 1996, requête n° 22414/93, § 79.

<sup>113</sup> « Les agissements, quels qu'ils soient, de la personne concernée (tel un terroriste) sont donc sans pertinence sous l'angle de la protection de l'article 3, la Cour refusant catégoriquement de mettre en balance le risque de mauvais traitements et la dangerosité de l'individu pour la collectivité », Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 874. Voir : ACEDH *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, du 17 janvier 2012, requête n° 8139/09, §185.

<sup>114</sup> Article 1<sup>er</sup> CEDH.

consensus à l'échelle internationale et européenne, comme cela ressort de la Convention de Genève, du mandat et des activités du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (ci-après HCR) ainsi que des normes figurant dans la directive Accueil de l'Union Européenne »<sup>115</sup>.

#### 1.5.1 L'affaire *Soering c. Royaume-Uni*<sup>116</sup>

Un ressortissant allemand, détenu au Royaume-Uni, avait fait l'objet d'une mesure d'extradition de la part de l'État de Virginie car il était soupçonné de meurtre. L'Allemagne demandait aussi l'extradition de son ressortissant. Mais, le Royaume-Uni envisageait de le renvoyer en Virginie puisque la demande d'extradition de cet État était antérieure. Dans sa requête à la Commission, le requérant alléguait la violation de l'article 3 CEDH car son extradition comporterait un risque de condamnation à la peine capitale en Virginie et, en plus, de traitements inhumains et dégradants à cause du syndrome du couloir de la mort<sup>117</sup>.

Dans cette affaire, la Cour a constaté, pour la première fois, grâce à son interprétation extensive et à la protection *par ricochet*<sup>118</sup>, une violation indirecte de l'article 3 imposant à l'État de ne pas renvoyer une personne vers un pays de destination s'il y a « des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle y courra un risque réel d'être soumise à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants » (§ 91)<sup>119</sup>. Sur l'État pèse donc non seulement une *obligation négative* de ne pas infliger de peines de ce type, mais une *obligation positive* aussi de protéger la dignité de la personne en évitant que celle-ci soit placée dans une situation où d'autres États pourraient la soumettre à de telles peines<sup>120</sup>. La Cour a retenu à l'unanimité l'existence d'une violation *virtuelle* puisque, même si l'article 3 n'était pas violé, il y avait un *risque réel* qu'il pourrait l'être en cas d'extradition<sup>121</sup>. Par conséquent, une mesure d'éloignement prise, mais non exécutée, peut constituer une violation de l'article 3<sup>122</sup>. La personne concernée par la mesure est alors une *victime potentielle* ou *éventuelle*<sup>123</sup>.

Pour la Cour : « Un État contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit" auquel se réfère le Préambule, s'il remettrait consciemment un fugitif - pour odieux que puisse être le crime reproché - à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé » (§ 88).

Pour actionner le mécanisme de protection de l'article 3, la Cour demande que soit rempli un ensemble de conditions strictes et cumulatives : le traitement doit atteindre un « seuil minimum de gravité » et impliquer « des lésions corporelles effectives ou une souffrance physique ou mentale intense »<sup>124</sup>, le risque doit être réel et fondé sur des « motifs sérieux et avérés » de subir des traitements contraires à l'article 3<sup>125</sup>.

<sup>115</sup> ACEDH *M. S. S. c. Belgique et Grèce* [GC], du 21 janvier 2011, requête n° 30696/09, § 251. Voir aussi : ACEDH *Oršuš et al. c. Croatie* [GC], du 16 mars 2010, requête n° 15766/03, § 147.

<sup>116</sup> ACEDH *Soering c. Royaume-Uni*, (précité).

<sup>117</sup> Vincent BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 59-61.

<sup>118</sup> Frédéric SUDRE, (sous la dir. de), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 183.

<sup>119</sup> C'est le principe de protection extraterritoriale sur la base duquel la Cour peut évaluer la situation des droits de l'homme dans des pays non parties à la CEDH. Donc, l'État partie est responsable indirectement de la violation. Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, op. cit., pp. 71-77.

<sup>120</sup> Jean-Luc SAURON, Aude CHARTIER, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 56.

<sup>121</sup> Marc BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d'asile : des juges sur un terrain glissant*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 10.

<sup>122</sup> ACEDH *Soering c. Royaume-Uni*, (précité), § 90. Voir aussi : ACEDH *Vijayanathan et Pusparajah c. France*, du 27 août 1992, requêtes nos 17550/90, 17825/91, § 46. Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 872.

<sup>123</sup> Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 304-305.

<sup>124</sup> ACEDH *Pretty c. Royaume-Uni*, (précité), § 52. Le seuil de gravité dépend de l'ensemble des données de la cause : de la durée du traitement, des effets physiques ou mentaux du traitement, de l'âge, du sexe et de l'état de santé de la victime, et des effets cumulatifs, Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, op. cit., p. 245 et Jean-Luc SAURON, Aude CHARTIER, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 48.

<sup>125</sup> ACEDH *Saadi c. Italie* [GC], (précité), § 140.

### 1.5.2 L'affaire *Cruz Varas et al. c. Suède*<sup>126</sup>

Le champ d'application du principe formulé dans l'affaire *Soering* a été élargi dans un arrêt concernant une mesure d'expulsion à l'égard d'un ressortissant chilien qui avait demandé le statut de réfugié avec sa famille. En effet, la Cour a retenu que le principe « s'applique également aux décisions d'expulsion et, a fortiori, aux expulsions effectives »<sup>127</sup>. Toutefois, elle a affirmé que, vu que le comportement du requérant jetait un doute sur sa crédibilité et vu l'évolution démocratique au Chili, son expulsion n'emportait pas de violation de l'article 3.

En tout cas, il est intéressant de remarquer que, dans cet arrêt, la Cour a pu se prononcer sur une affaire concernant un requérant déjà expulsé<sup>128</sup>, donc, *ex post*, en statuant que si « un État contractant assume une responsabilité au titre de l'article 3 pour avoir exposé quelqu'un au risque de mauvais traitements, il faut, pour évaluer l'existence de ce risque, se référer par priorité aux circonstances dont l'État en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion, mais cela n'empêche pas la Cour de tenir compte de renseignements ultérieurs, ceux-ci pouvant servir à confirmer ou infirmer la manière dont la Partie contractante concernée a jugé du bien-fondé des craintes d'un requérant » (§ 76).

### 1.5.3 L'appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme

Pour estimer les *motifs sérieux*, la Cour utilise le critère de la preuve au-delà de tout doute raisonnable. Toutefois, au fil du temps, elle est parvenue à une prise de position pour laquelle la charge de la preuve ne pèse plus sur le requérant<sup>129</sup> et demande souvent à l'État partie de lui donner des assurances que la protection de l'intéressé sera garantie dans le pays de destination<sup>130</sup>.

Pour qu'il y ait une violation de l'article 3, la Cour exige une individualisation du risque et, par conséquent, celui-ci est considéré comme moins grand s'il concerne un nombre élevé de personnes. Donc, si un étranger fait l'objet d'une mesure d'éloignement vers un pays où une grande partie de la population subit le même mauvais traitement, la Cour ne sera pas favorable à admettre une violation de l'article 3<sup>131</sup>.

Dans son appréciation, elle examine cumulativement les trois facteurs suivants : la présence d'un risque réel et prévisible de violation de l'article 3, la situation individuelle de la personne concernée et la situation générale du pays<sup>132</sup>. Mais, si l'intéressé est « membre d'un groupe faisant l'objet de mauvais traitements

<sup>126</sup> ACEDH *Cruz Varas et al. c. Suède*, du 20 mars 1991, requête n° 15576/89.

<sup>127</sup> *Ibid.*, § 70.

<sup>128</sup> Nuala MOLE, *Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 40.

<sup>129</sup> En particulier, par rapport aux demandeurs d'asile, vu leur vulnérabilité, la Cour leur accorde « le bénéfice du doute lorsque l'on apprécie la crédibilité de leurs déclarations et des documents qui les appuient. Toutefois, lorsqu'il manque des informations ou qu'il existe une bonne raison de douter de la véracité des éléments présentés, l'intéressé doit fournir une explication satisfaisante », *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, op. cit., p. 80. Voir : ACEDH *Singh et autres c. Belgique*, du 2 octobre 2012, requête n° 33210/11.

<sup>130</sup> Voir : ACEDH *Chabal c. Royaume-Uni* [GC], (précité) et ACEDH *Chamaïev et al. c. Géorgie et Russie*, du 12 avril 2005, requête n° 36378/02. Si ces assurances n'existent pas, « en s'appuyant au besoin sur des sources extérieures (Nations Unies et ONG), la Cour considère comme établi le risque réel de traitements contraires à l'article 3 », Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 875-876.

<sup>131</sup> Voir : ACEDH *Vihvarajah et al. c. Royaume-Uni*, du 30 octobre 1991, requêtes n°s 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, § 111 ; ACEDH *H. L. R. c. France* [GC], du 29 avril 1997, requête n° 24573/94, § 42 ; ACEDH *Muslim c. Turquie*, du 26 juillet 2005, requête n° 53566/99, § 68 ; ACEDH *Sultani c. France*, du 20 septembre 2007, requête n° 45223/05, § 67. Roswitha PÉTRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, op. cit., pp. 73-74.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 76. Par exemple, dans l'affaire *NA. c. Royaume-Uni* (ACEDH, du 17 juillet 2008, requête, n° 25904/07, §§ 114-117 et § 147), d'après la Cour, « le niveau de violence généralisée au Sri Lanka ne suffisait pas à lui seul pour interdire tous les renvois dans le pays mais que, combiné à la situation personnelle particulière du requérant, il aurait rendu le renvoi de l'intéressé contraire à l'article 3 de la CEDH ». La Cour prend en compte s'il y a une situation de violence généralisée ou un conflit armé ou des violations des droits de l'homme. Dans l'examen de la situation du pays de destination, la Cour a dit quels sont les documents fiables : les rapports du HCR et des autres organisations internationales de défense des droits de l'homme, et les rapports gouvernementaux.

systématiques, il n'est pas forcément nécessaire de fournir la preuve de facteurs de risque personnel »<sup>133</sup>.

Lorsque la Cour estime le risque de violation de l'article 3, si le traitement, auquel la personne a été soumise, atteint le seuil de gravité requis, elle évalue si l'État de destination ou les organisations peuvent offrir une protection à la personne concernée. En particulier, elle vérifie si l'État de destination est, de manière réelle et concrète, apte et disposé à garantir cette protection<sup>134</sup>. Elle ne se contente pas des assurances diplomatiques de l'État de destination car elle ne les considère pas suffisantes, notamment, si « la situation générale en matière de droits de l'homme dans l'État de destination exclut l'acceptation de toute assurance »<sup>135</sup>.

La Cour protège les étrangers soumis à une mesure d'éloignement ou d'extradition aussi du point de vue du volet procédural car l'État enfreint l'article 3 « s'il n'offre pas les garanties requises par l'article 13 de la Convention, à savoir un examen rigoureux et approfondi par les autorités nationales saisies des allégations de risques de mauvais traitements et un effet suspensif systématique de la mesure d'éloignement »<sup>136</sup>.

#### 1.5.4 L'extension du champ d'application de l'article 3 CEDH

La Cour soutient que les États parties violent l'article 3 non seulement lorsque les étrangers sont expulsés ou extradés dans leur pays d'origine, mais aussi dans un pays intermédiaire, en cas de *refoulement indirect*<sup>137</sup>.

En plus, elle affirme que l'État partie est responsable même si l'expulsion et l'extradition ont comme pays de destination un autre État partie. En effet, si pendant longtemps la Commission a jugé irrecevables des requêtes introduites à l'encontre des États parties à la CEDH, car le juge européen présumait que les droits individuels y étaient respectés<sup>138</sup>, la Cour a changé d'avis et a levé l'immunité dont bénéficiait l'État partie<sup>139</sup>.

Dans une décision de 2000<sup>140</sup>, en s'appuyant sur les observations écrites du Haut Commissaire des Nations unies pour les réfugiés indiquant que l'efficacité de la Convention de Dublin « peut être compromise dans la pratique par les approches différentes qu'adoptent les États contractants quant à l'étendue de la protection offerte » (pp. 16-17) elle a dit, pour la première fois, que « le requérant n'(était) pas à proprement parler menacé d'un traitement contraire à l'article 3 en Allemagne. Son refoulement vers l'Allemagne constitue(a)it toutefois un maillon d'une éventuelle chaîne de circonstances pouvant déboucher sur son retour à Sri Lanka, où il est allégué qu'il courrait un risque réel de subir un tel traitement » (pp. 17-18).

En particulier, s'il s'agit d'une mesure de transfert d'un demandeur d'asile vers un autre pays membre, l'État « doit s'assurer à la fois que la procédure d'asile du pays intermédiaire offre des garanties suffisantes protégeant le demandeur d'asile contre un refoulement vers un pays où il encourrait des risques de traitements contraire à l'article 3 [...] et que le demandeur d'asile n'encourt pas directement de tels risques dans l'État membre vers lequel il est transféré pour l'examen de sa demande d'asile en l'exposant à des conditions de détention et d'existence constitutives de traitements dégradants »<sup>141</sup>.

<sup>133</sup> ACEDH, H. et B. c. Royaume-Uni, du 9 avril 2013, requêtes nos 70073/10, 44539/11, § 91. *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, op. cit., p. 75.

<sup>134</sup> Ibid., p. 84. Voir : Déc. Hida c. Danemark, du 19 février 2004, requête n° 38025/02.

<sup>135</sup> Ibid., p. 85. Voir : ACEDH Saadi c. Italie [GC], (précité), §§ 147-148 et ACEDH Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni, (précité), § 189.

<sup>136</sup> Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 875. L'article 13 CEDH consacre le droit à un recours effectif. Voir : ACEDH M. S. S. c. Belgique et Grèce [GC], (précité).

<sup>137</sup> Jean-Luc SAURON, Aude CHARTIER, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 56. Voir : ACEDH Hirsi Jamaa c. Italie [GC], (précité), § 146-147.

<sup>138</sup> Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 873. Voir, par exemple : Déc. Commission K. et F. c. Pays-Bas, du 2 décembre 1986, requête 12543/86.

<sup>139</sup> Ibid. Voir : ACEDH Chamaïev et al. c. Géorgie et Russie, (précité).

<sup>140</sup> Déc. TI c. Royaume-Uni, du 7 mars 2000, requête n° 43844/98 concernant un demandeur d'asile sri-lankais et la possibilité de son refoulement en Allemagne.

<sup>141</sup> Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 881-882. Voir : ACEDH M. S. S. c. Belgique et Grèce [GC], (précité) et ACEDH Tarakhel c. Suisse [GC], du 4 novembre 2014, requête n. 29217/12.

La Cour estime qu'une protection directe, bien qu'il s'agisse d'une hypothèse exceptionnelle, puisse découler de l'article 3 lorsque la mesure d'éloignement « constitue un traitement inhumain en soi et non en raison des risques de mauvais traitements encourus dans le pays d'origine ». Par exemple, elle a suivi ce raisonnement dans une affaire concernant le refoulement d'un enfant de 5 ans en raison de l'extrême angoisse qui lui a été causée et d'un manque flagrant d'humanité<sup>142</sup>.

#### 1.5.5 L'origine du risque

Par rapport à l'origine du risque encouru de mauvais traitements, la Cour a opéré une extension du champ d'application de l'article 3, dans trois hypothèses différentes<sup>143</sup>.

##### a. Le risque émanant des actes intentionnels des autorités publiques de l'État de destination

Le risque peut découler de la responsabilité directe des autorités de l'État de destination par leurs actes intentionnels. Ainsi, lorsque la Cour évalue le risque, elle prend en compte la situation dans l'État de destination. Certes, dans ce cas, le risque peut résulter « d'une situation gravement troublée [...] telle qu'y règne une insécurité générale due principalement aux agissements de forces de sécurité (disparitions, exécutions extrajudiciaires, torture...) et à l'impunité dont bénéficient ces dernières »<sup>144</sup>.

Mais, la Cour n'examine plus, comme elle le faisait auparavant, le *risque réel* à travers un examen au cas par cas en se fondant sur des *facteurs de risque* puisqu'elle a assoupli la condition de mise en jeu de l'article 3 estimant qu'une « situation générale de violence peut, dans des circonstances exceptionnelles, par son intensité même, exposer toute personne qui retourne dans un pays à un risque réel de mauvais traitement »<sup>145</sup>.

En outre, pour la Cour, le risque peut émaner aussi d'une législation nationale prévoyant une peine incompatible avec l'article 3<sup>146</sup>.

##### b. Le risque émanant des actes d'organismes indépendants

La deuxième hypothèse concerne le risque émanant de tiers. En effet, la violation de l'article 3 peut découler de l'action d'organismes indépendants lorsque les autorités publiques du pays de destination ne sont pas en mesure ou elles ne sont pas disposées à garantir une protection adéquate aux personnes concernées. De ce point de vue, la violation peut concerner non seulement la situation individuelle de la personne<sup>147</sup>, mais aussi

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 874. Il s'agit de l'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kanini Mitunga c. Belgique* (du 12 octobre 2006, requête n° 13178/03), plus connue comme l'affaire *Tabitha* du nom de la petite fille concernée. Selon Marie-Bénédicte Dembour, dans cette affaire, la Cour montre « an Inter-American Tipping Point » car elle a adopté une position de « child first, migrant second », Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, *op. cit.*, p. 388. Pour elle, l'emploi de l'expression « manque d'humanité » est « strong and unusual ». En plus, elle trouve remarquable que la Cour ait reconnu la violation même à l'égard de la mère de Tabitha. Malheureusement, l'arrêt reste « a one-off judgment », *ibid.* p. 392.

<sup>143</sup> Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 876.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 877. Voir : ACEDH *Viharajah et al. c. Royaume-Uni*, (précité) et ACEDH *Chahal c. Royaume-Uni* [GC], (précité).

<sup>145</sup> *Ibid.* Voir : ACEDH *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, 28 juin 2011, requêtes nos 8319/07, 11449/07.

<sup>146</sup> La peine perpétuelle qui est incompressible ou « nettement disproportionnée » au crime commis est incompatible avec l'article 3 (ACEDH *Vinter et al. c. Royaume-Uni*, du 9 juillet 2013, requêtes nos 66069/09, 130710, 3896/10). Mais, dans cette catégorie sont en cause, notamment, les peines corporelles prévues par le droit pénal musulman (voir : ACEDH *Jabari c. Turquie*, du 11 juillet 2000, requête n° 40035/98 et ACEDH *D. et al. c. Turquie*, du 22 juin 2006, requête n° 24245/03) et la peine de mort. Cette dernière est considérée par la Cour comme une « sanction inacceptable » en temps de paix comme en temps de guerre qui est prohibée par l'article 2 CEDH (voir : ACEDH *Öcalan c. Turquie* [GC], du 12 mai 2005, requête n° 46221/99). En plus, l'exécution de la peine de mort est considérée en toute circonstance comme un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3. Partant, l'État qui adopte une mesure d'expulsion (ou d'extradition) vers un pays de destination qui pratique la peine de mort enfreint cette disposition (voir : ACEDH *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, du 2 mars 2010, requête n° 61498/08, § 120), Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 878-879.

<sup>147</sup> Voir : ACEDH *N. c. Finlande*, du 26 juillet 2005, requête n° 38885/02.

le groupe minoritaire duquel celle-ci fait partie<sup>148</sup>.

Pour la Cour, le risque peut émaner aussi de simples particuliers<sup>149</sup>. Donc, l'application de l'article 3 a été élargie aux relations interindividuelles. Toutefois, la portée pratique de cet élargissement « est limitée par la difficulté d'établir l'existence de risques sérieux [...], que la Cour s'efforce de pallier en recourant aux statistiques et aux rapports internationaux. De plus, la Cour réduit l'effectivité de la protection offerte lorsqu'elle considère que la mesure d'éloignement du territoire ne viole pas l'article 3 si les intéressés ont la possibilité raisonnable de s'installer dans l'État de destination dans une autre région que dans leur région d'origine où ils courent un risque réel d'être soumis du fait de tiers à des traitements contraires à l'article 3 »<sup>150</sup>.

### c. Le risque émanant des facteurs objectifs

La troisième hypothèse est celle du risque résultant de facteurs objectifs comme dans la situation d'une personne atteinte dans sa santé. Pour un examen de cette hypothèse, nous renvoyons au chapitre II qui est consacré à l'analyse de l'approche de la Cour en matière de protection de migrants malades.

## 1.6 L'article 39 du Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme : une protection préventive des droits conventionnels

À la fin de ce bref aperçu concernant les dispositions en matière migratoire, il nous semble pertinent d'examiner l'article 39 du Règlement de la Cour qui concerne l'adoption de mesures provisoires. En effet, il est très souvent invoqué par les requérants, dans le cadre de mesures d'expulsion et d'extradition<sup>151</sup>, et constitue un moyen de protection d'une importance considérable permettant de protéger de manière préventive les droits de la personne concernée, donc avant qu'ils ne soient violés. En particulier, la mesure provisoire permet que la procédure devant la Cour puisse suivre son cours jusqu'à l'arrêt et que le droit du requérant soit protégé<sup>152</sup>. D'ailleurs, la Cour affirme souvent que les dispositions de la CEDH doivent être interprétées et appliquées « d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives »<sup>153</sup> et que « le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »<sup>154</sup>. En outre, elle retient que « la Convention et ses institutions ayant été créées pour protéger l'individu » et que « les clauses procédurales de la Convention doivent être appliquées d'une manière qui serve à rendre efficace le système des requêtes individuelles »<sup>155</sup>.

Il faut que trois critères soient remplis pour que la Cour adopte une mesure provisoire : « il faut un risque de dommage irréparable très grave, [...] le dommage doit être imminent et irrémédiable [...] il faut au moins un début de prétention défendable »<sup>156</sup>.

La Cour a reconnu le caractère obligatoire aux mesures provisoires qu'elle adopte dans une approche préventive de protection des droits fondamentaux. Toutefois, elle ne les applique pas à la légère car elle les

---

<sup>148</sup> Cela confère une *dimension collective* à la protection de l'article 3. Voir : ACEDH *M. S. S c. Belgique et Grèce* [GC], (précité), Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 882-883.

<sup>149</sup> Déc. *Collins et Akaziebie c. Suède*, du 8 mars 2007, requête n° 23944/05.

<sup>150</sup> Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 883-884. Voir : ACEDH *D. N. M. et al. c. Suède*, du 27 juin 2013, requêtes nos 71680/10, 28379/11, 72413/10, 50859/10, 68411/10, 68335/10 72686/10 66523/10.

<sup>151</sup> Article 39 du Règlement de la Cour du 14 novembre 2016. Sandrine WATTHÉE, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme. La protection des droits conventionnels en puissance ?*, Bruxelles, Nemesis, 2014, p. 87.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 20 et p. 33. Dans la période 2014-2016, sur 5677 demandes de mesures provisoires introduites, seulement 506 ont été accordées par la Cour. 2516 ont été refusées et 2655 ont été considérées non pertinentes. [www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=fre#n1347956700110\\_pointer](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=fre#n1347956700110_pointer)

<sup>153</sup> ACEDH *Soering c. Royaume-Uni*, (précité), § 87.

<sup>154</sup> ACEDH *Von Hannover c. Allemagne*, (précité), § 71.

<sup>155</sup> ACEDH *Klauss et autres c. Allemagne*, du 6 septembre 1978, requête n° 5029771, § 34. Sandrine WATTHÉE, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme. La protection des droits conventionnels en puissance ?*, op. cit., p. 59.

<sup>156</sup> Nuala MOLE, *Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 137.

utilise habituellement en matière de mesures d'éloignement du territoire dans le cadre d'affaires concernant les articles 2 et 3 et, exceptionnellement lorsque l'article 8 ou d'autres droits sont en jeu. En effet, pour la Cour « seules les atteintes aux droits les plus importants peuvent faire l'objet d'une mesure provisoire, parce que leur violation serait plus aiguë »<sup>157</sup>.

Cependant, il faut rappeler que ces mesures « n'ont pas un véritable caractère de chose jugée, elles sont d'ailleurs prises sous la forme administrative et non judiciaire, et toujours dans l'urgence »<sup>158</sup>. En outre, malheureusement, plusieurs États membres se refusent de les mettre en œuvre en entravant ainsi le droit de recours individuel des requérants<sup>159</sup>. Mais la Cour a jugé que le non-respect des mesures provisoires constitue une violation des articles 34 et 46 CEDH<sup>160</sup>. Elle accepte le refus de l'État d'accomplir son obligation seulement si « un obstacle objectif l'a empêché de mettre en œuvre la mesure provisoire »<sup>161</sup>. Certes, si les États pensent que la mesure n'est pas justifiée, ils peuvent en demander la levée, mais ils ne peuvent pas l'ignorer *proprio motu*<sup>162</sup>.

## 1.7 Conclusion

Comme nous avons constaté, dans ce premier chapitre, en ce qui concerne la protection des *migrants réguliers*, la Cour adopte une approche plus protectrice que celle adoptée à l'égard des *migrants irréguliers*. Nous avons vu, en effet, que la qualité du séjour de l'intéressé influe de manière significative sur l'appréciation de la Cour<sup>163</sup>. Par exemple, dans le cadre de l'article 8 CEDH, la Cour semble soucieuse de poser comme un principe le pouvoir souverain de contrôler l'immigration tandis que la protection de la vie privée et familiale semble une exception.

Pour Roswitha Petry, en particulier, il est regrettable que la Cour considère que le lien familial noué pendant le séjour irrégulier ou précaire est en toute hypothèse dépourvu d'intention réelle et sérieuse<sup>164</sup>.

Malgré cela, la protection que la Convention accorde aux migrants irréguliers n'est pas illusoire, même si ces derniers restent des bénéficiaires fragiles vu que l'État peut décider en tout moment une mesure d'éloignement ou bien, revendiquer « avec succès la plupart du temps, devant la Cour EDH, le droit de restreindre l'exercice des droits au-delà de ce qui est permis à l'égard des nationaux et des *migrants réguliers* »<sup>165</sup>. En tout cas, la Cour a mis en place des mécanismes qui lui permettent de contrôler l'action des États contractants et de garantir une forme de protection des migrants au-delà du contenu même des dispositions de la CEDH et par rapport aux États tiers. Par conséquent, elle est arrivée à combler, d'une certaine façon,

---

<sup>157</sup> Sandrine WATTHÉE, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme. La protection des droits conventionnels en puissance ?*, op. cit., p. 210 et pp. 35 et 39. Par rapport au caractère obligatoire des mesures provisoires voir : ACEDH *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, du 6 février 2003, requêtes nos 468227/99, 469551/99 et ACEDH *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], du 4 février 2005, requêtes nos 468227/99, 469551/99.

<sup>158</sup> Jean-Paul COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2013, p. 76.

<sup>159</sup> Sandrine WATTHÉE, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme. La protection des droits conventionnels en puissance ?*, op. cit., p. 343.

<sup>160</sup> Cela même si le risque d'entraver l'exercice effectif du droit au recours ne s'est pas réalisé, Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 295. Voir, dans ce sens : ACEDH *Olaechea Cabuas c. Espagne*, du 10 août 2006, requête n° 24668/03, § 81 et ACEDH *Mostafa et al. c. Turquie*, du 15 janvier 2008, requête n° 16348/05, § 42. Selon Frédéric SUDRE, afin de donner tout son effet utile à la Convention, la Cour a lié le sort de l'article 39 de son Règlement à celui des articles 34 et 46 CEDH et ce faisant elle a promu « une simple règle de procédure au rang de norme conventionnelle. On notera, toutefois, que la portée de la solution adoptée semble limitée à l'hypothèse de la violation de l'un des droits relevant du noyau dur des droits protégés par la Convention », Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 296.

<sup>161</sup> ACEDH *Paladi c. Moldova* [GC], du 10 mars 2009, requête n° 39806/05, § 92.

<sup>162</sup> Sandrine WATTHÉE, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme. La protection des droits conventionnels en puissance ?*, op. cit., p. 361 et p. 373.

<sup>163</sup> Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, op. cit., p. 89.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>165</sup> Jean-François AKANDJI-KOMBÉ, « Le Conseil de l'Europe et le séjour du migrant irrégulier : L'approche protectrice. Un droit européen protecteur des migrants irréguliers en matière de séjour ? », in Stéphane LECLERC, (sous la dir. de), *Europe(s), droit(s) et migrant irrégulier*, op. cit., p. 109.

le vide normatif de la Convention en matière migratoire. En plus, on remarque que, dans sa jurisprudence récente, elle a pris en compte la vulnérabilité particulière des *migrants irréguliers*<sup>166</sup>. Par conséquent, bien que l'évaluation de l'action de la Cour en la matière soit mitigée, elle est tout de même positive puisque cette dernière garantit le respect, à certaines conditions, du droit à la vie privée et familiale et, en matière d'expulsion et d'extradition, la protection des migrants dans des situations qui pourraient conduire à des traitements inhumains ou dégradants ou à la torture.

Toutefois, même si l'article 3 a un *potentiel protecteur* qui n'a pas encore été épuisé et qui pourrait être mis à profit pour protéger de futures catégories de *migrants irréguliers*<sup>167</sup>, pour l'instant la Cour reste prudente dans les domaines sensibles. Par exemple, en ce qui concerne les *migrants irréguliers* qui ont quitté leur pays pour des raisons économiques et qui travaillent illégalement dans le pays d'accueil, cette disposition ne peut pas être invoquée puisque la Cour affirme qu'un « étranger ne pourra pas invoquer l'état de sous-développement de son pays ou les conditions de vie précaires qui l'attendent à son retour pour échapper à l'éloignement du territoire »<sup>168</sup>.

Mais, que se passe-t-il lorsque la Cour doit trancher des affaires qui mettent en jeu le domaine sensible de la santé des *migrants irréguliers* ?

---

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>167</sup> Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>168</sup> *Ibid.* Voir : ACEDH *Bensaid c. Royaume-Uni*, du 6 février 2001, requête n° 44599/98, § 38 et Déc. *Collins et Akaziebie c. Suède*, (précitée).

## Chapitre II

# L'approche de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires concernant des migrants malades

### 2.1 Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme

Les droits sociaux ont la même légitimité et la même importance que les droits civils et politiques, mais des caractéristiques juridiques différentes puisqu'ils « imposent aux États des obligations positives nécessitant des ressources considérables et les obligeant à faire des choix »<sup>1</sup>. Cela implique que leur réalisation peut entrer en concurrence avec la réalisation d'autres droits car les États en choisissant établissent des priorités au détriment d'autres droits ou d'autres catégories de personnes<sup>2</sup>. De ce fait, un juge pourra les faire valoir « uniquement lorsque des règlements suffisamment précis indiquent quel droit, dans quelles conditions et selon quelles modalités doit être accordé à quelles catégories de personnes »<sup>3</sup>. En particulier, étant donné que le contrôle juridictionnel de leur réalisation comporte un large transfert de compétence, les États sont très réticents à la conférer à des cours internationales<sup>4</sup>.

Cela vaut aussi vis-à-vis de la Cour européenne des droits de l'homme car la possibilité que sa compétence couvre aussi les droits sociaux « est difficilement conciliable avec le respect de l'intention des États parties conformément aux règles d'interprétation applicables aux traités »<sup>5</sup>. En tout cas, la CEDH ne garantit pas les droits économiques et sociaux<sup>6</sup> vu qu'elle contient seulement trois droits *hybrides*<sup>7</sup> : l'interdiction du travail forcé, la liberté d'association<sup>8</sup> et le droit à l'instruction<sup>9</sup>. Et pourtant, « la question de la santé se trouve en filigrane de nombreuses dispositions de la Convention » à savoir des articles 2, 3 et 8 CEDH<sup>10</sup>.

En effet, même si la Cour refuse toujours les requêtes invoquant des droits autres que ceux consacrés par les dispositions de la Convention, la protection des droits sociaux peut se réaliser puisqu'elle est « médiatisée par le vecteur de la protection d'un droit de la Convention »<sup>11</sup>. Il s'agit, alors, d'une *protection médiate* car les droits sociaux sont intégrés de manière prétorienne<sup>12</sup>.

Donc, la Cour a permis non seulement le dépassement du « clivage artificiel entre les droits civils et

---

<sup>1</sup> Marc BOSSUYT, « Les droits sociaux : une catégorie spécifique des droits de l'homme ? », in Leif BERG, *Cohérence et impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Liber amicorum Vincent Berger*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2013, pp. 45-46.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pp. 47-48.

<sup>3</sup> *Ibid.* En effet, car « ils imposent des obligations sociales, sont difficilement justiciables », Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 461.

<sup>4</sup> Marc BOSSUYT, « Les droits sociaux : une catégorie spécifique des droits de l'homme ? », in Leif BERG, *Cohérence et impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Liber amicorum Vincent Berger*, *op. cit.*, pp. 47-48.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>6</sup> *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013, p. 199. En effet, dans le cadre du Conseil de l'Europe (ci-après CDE), la consécration des droits sociaux a été réalisée par le biais de l'adoption de la *Charte sociale européenne* (adoptée le 18 octobre 1961, elle a été suivie, le 3 mai 1996, par l'adoption de la *Charte sociale européenne révisée*) qui, cependant, ne garantit pas le même niveau de protection que la CEDH, Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, *op. cit.*, pp. 237-238.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 463.

<sup>8</sup> Articles 4 et 11 CEDH.

<sup>9</sup> Le droit est consacré par l'article 2 du Protocole n° 1 qui contient aussi, à son article 1<sup>er</sup>, le droit de propriété.

<sup>10</sup> Nathanaël PÉTERMANN, *Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse*, Berne, Stämpfli, 2014, p. 230.

<sup>11</sup> Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, *op. cit.*, p. 202.

<sup>12</sup> *Ibid.*

politiques et les droits économiques et sociaux [...] réclamant des prestations de l'État »<sup>13</sup>, mais aussi l'ouverture de la Convention aux considérations sociales<sup>14</sup>. C'est ainsi que la Cour a réalisé une *socialisation* de la CEDH, à savoir un élargissement de son champ d'application à la matière sociale<sup>15</sup> et a favorisé la *perméabilité* de la Convention aux droits sociaux<sup>16</sup>. Toutefois, ces évolutions sont tempérées par le fait que « le moindre prétexte procédural est bon pour soustraire la socialisation de la notion de biens à l'influence du principe de non-régression »<sup>17</sup>.

### 2.1.1 Le droit aux soins de santé

La CEDH ne prévoit pas expressément un droit aux soins de santé. Cependant, les obligations positives qui découlent de son article 2 imposent, sous certaines conditions, aux États contractants la protection de la santé et la mise en place de mesures aptes à préserver la vie<sup>18</sup>. En effet, l'État est responsable si ses autorités « mettent en danger la vie d'une personne par des actes ou l'absence d'actes refusant à cette personne les soins de santé autrement disponibles pour le reste de la population »<sup>19</sup>. En particulier, la Cour reconnaît l'obligation « de dispenser avec diligence des soins médicaux aux personnes gardées à vue comme aux étrangers placés en zone de rétention »<sup>20</sup> et de mettre en place une vigilance médicale impliquant le contrôle régulier de l'état de santé physique et psychique du détenu<sup>21</sup>. Toutefois, elle dit expressément que la Convention ne garantit pas en tant que tel un droit à des soins gratuits et qu'il faut considérer « la marge d'appréciation plus large dont les États bénéficient en matière d'allocations de ressources publiques limitées »<sup>22</sup>.

En ce qui concerne le migrant, en général, l'accès aux droits sociaux, et en l'espèce aux soins médicaux, dépend du caractère régulier de son statut sur le territoire de l'État d'accueil<sup>23</sup>. Par rapport aux *migrants irréguliers*, les questions de soins de santé sont souvent soulevées sous l'angle de la protection contre

<sup>13</sup> Frédéric SUDRE, (sous la dir. de), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, pp. 20-21. C'est dans l'affaire *Airey c. Irlande* (du 9 octobre 1979, requête n° 6289/73) que la Cour pose, pour la première fois, les fondements de la notion d'*obligation positive*.

<sup>14</sup> Elle a garanti, par exemple, la protection du droit à une prestation sociale qui sort manifestement du champ de la Convention et paraît relever de la Charte sociale européenne (*ibid.*, p. 739), dans l'affaire *Gaygusuz c. Autriche* (du 16 septembre 1996, requête n° 17371/90). La Cour, pour permettre l'application de l'article 14, a rattaché le droit à une prestation sociale au droit de propriété (en application de l'article 1er du Protocole n° 1). *Ibid.*, p. 99.

<sup>15</sup> Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, *op. cit.*, p. 202 et p. 211.

<sup>16</sup> Frédéric SUDRE, (sous la dir. de), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 739.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 741 et p. 743. En tout cas, la Cour rappelle très souvent qu'elle ne protège pas les droits économiques et sociaux en tant que tels, Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, *op. cit.*, p. 204.

<sup>18</sup> Frédéric SUDRE, (sous la dir. de), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 141. Voir : ACEDH *Osman c. Royaume-Uni* [GC], du 28 octobre 1998, requête n° 87/1997/871/1083. L'article 2 CEDH est invoqué aussi dans le domaine de la santé publique.

<sup>19</sup> *Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, *op. cit.*, p. 324. Voir : Déc. *Powell c. Royaume-Uni*, du 4 mai 2000, requête n° 45305/99.

<sup>20</sup> Frédéric SUDRE, (sous la dir. de), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 141. Cette obligation comporte une dimension procédurale car en cas de décès suspect « une enquête officielle et effective de nature à permettre d'établir les causes de la mort et d'identifier les éventuels responsables de celle-ci et d'aboutir à leur punition doit, d'office, être conduite » (ACEDH *Slimani c. France*, du 27 juillet 2004, requête n° 57671/00, § 30).

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 172. En plus, l'État est obligé d'empêcher le suicide des détenus. L'article 2 CEDH peut « mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures pratiques pour protéger l'individu (...) dans certaines circonstances particulières, contre lui-même » (ACEDH *Tanribilir c. Turquie*, du 16 novembre 2000, requête n° 21422/93, § 70). Dans ce cas-ci, l'État est responsable de la violation de la Convention lorsque « les autorités pénitentiaires connaissaient le risque réel de suicide chez des détenus souffrant de troubles psychiques », *ibid.*, p. 142.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 144. Voir, par exemple : Déc. *Pentiacova et al. c. Moldavie*, du 4 janvier 2005, requête n° 14462/03.

<sup>23</sup> Voir, par exemple : l'affaire *Belova c. Belgique* (Déc. du 31 mars 2009, requête n° 28057/08) concernant une ressortissante russe enceinte de 37 semaines qui s'est vu refuser l'accès au territoire pour manque de documents requis et a été maintenue en détention pendant cinq jours dans la zone de transit internationale de l'aéroport de Bruxelles afin d'être éloignée.

l'expulsion et, dans des cas très exceptionnels, invoquant l'article 3 CEDH<sup>24</sup>.

## 2.2 Les migrants irréguliers : l'importance de la question des soins de santé

Dans son rapport de 2014, la Commission des migrations, des réfugiés et des personnes déplacées<sup>25</sup> plaide afin que les États accordent une attention particulière à la protection des étrangers gravement malades soumis à des mesures d'expulsion et, en particulier, des migrants atteints du SIDA. En effet, pour rester dans le pays d'accueil, ces migrants doivent démontrer l'impossibilité de recevoir un traitement médical approprié dans leur pays d'origine. Malheureusement, très souvent, les Pays d'origine dressent un tableau de la situation plus positif qu'il ne le soit en réalité encourageant les pays d'accueil à expulser<sup>26</sup>.

Selon la Commission des migrations, les États contractants devraient permettre un accès complet à un traitement et des soins du VIH financièrement accessibles à tous les migrants, y compris les *sans papiers*, les demandeurs d'asile et les réfugiés, et ils ne devraient pas expulser les personnes qui, si renvoyées, ne peuvent pas bénéficier de soins de santé adaptés<sup>27</sup>. Selon l'Assemblée parlementaire, une prise en charge médicale appropriée comprend les soins médicaux d'urgence et les soins de base<sup>28</sup>.

La question de la santé des migrants est importante parce qu'elle ne concerne pas seulement ceux qui arrivent dans le pays d'accueil déjà atteints dans leur santé, mais même ceux qui, juste à cause des politiques d'asile de plus en plus durcies pour empêcher l'accès au territoire de l'État, se retrouvent dans des situations de souffrance sur le plan somatique et psychologique suite à leur arrivée<sup>29</sup>. Les centres d'accueil et les camps situés dans différents pays présentent des situations pareilles. Une étude menée<sup>30</sup> en Italie, dans les centres d'identification et d'expulsion<sup>31</sup> montre que « lo stato italiano si è reso e si sta rendendo responsabile di una grave violazione della legalità »<sup>32</sup> et que, si les conditions de détention sont mauvaises, en matière d'assistance médicale et de questions sanitaires les défaillances sont grandes<sup>33</sup>. En effet, une étude des Nations Unies a montré que la santé physique des migrants se détériore proportionnellement à la durée de la détention<sup>34</sup>.

## 2.3 Le renvoi de migrants malades : la reconstruction de la ligne jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme dans la période 1997-2008

La Cour a très souvent montré sa sollicitude à l'égard des personnes vulnérables car elle a pris en considération le caractère difficile ou encore fragile de la situation personnelle du requérant vulnérable comme l'un des paramètres déterminants pour justifier son choix jurisprudentiel<sup>35</sup>. Elle l'a fait dans les

<sup>24</sup> Frédéric SUDRE, (sous la dir. de), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 190. En particulier, la Cour, grâce à une lecture constructive de l'article 3 CEDH, a également déduit des obligations positives de nature substantielle dans la protection de la santé et du bien-être des détenus. Voir : ACEDH *Kudla c. Pologne* [GC], du 26 octobre 2000, requête n° 30210/96, § 94 ; Béatrice PASTRE-BELDA, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté. Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 121.

<sup>25</sup> Il s'agit d'une des commissions de l'Assemblée parlementaire du CDE.

<sup>26</sup> Doc. 13391 : *La lutte contre le sida auprès des migrants et des réfugiés*, § 46. Le rapport a été suivi par l'adoption de la résolution 1997 (2014) : *Migrants et réfugiés, et la lutte contre le sida*.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Résolution 1637 (2008) § 9.13 : *Les boat people de l'Europe : arrivée par mer de flux migratoires mixtes en Europe du Sud*.

<sup>29</sup> Laurent SUBILIA, « L'impact du durcissement de la politique d'asile sur la santé des requérants », in Marie-Claire CALOZ, Pierre R. DASEN, Vincent CHETAIL (sous la dir. de), *Mondialisation, migration et droits de l'homme*, Volume I, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 321.

<sup>30</sup> L'étude a été menée par l'association des Médecins pour les droits humains, entre 2012 et 2013.

<sup>31</sup> Il s'agit de centres pour les étrangers (CIE) sans permis de séjour et en attente d'expulsion, notamment lorsque la mise en œuvre de la mesure de renvoi n'est pas possible. MEDU, *Arcipelago CIE. Indagine sui centri di identificazione e di espulsione italiani*, Formigine, Infinito edizioni, 2013, p. 18.

<sup>32</sup> « L'État italien s'est rendu et se rend responsable d'une violation grave de la légalité » (traduction personnelle).

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>34</sup> Un quart de ceux qui ont été détenus pendant un mois, mais 72 % de ceux qui ont été détenus entre quatre et cinq mois ont indiqué être en mauvaise santé (Nations Unies – Haut Commissariat aux droits de l'homme, *Les droits économiques, sociaux et culturels des migrants en situation irrégulière*, Genève, Nations Unies, 2016, p. 51).

<sup>35</sup> Aurélia SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, A. Pedone,

affaires concernant les conditions de détention et les traitements de détenus, notamment, lorsque ces derniers étaient malades ou en fin de vie, dans les litiges concernant les enfants, considérés par la Cour comme des sujets particulièrement vulnérables, ou encore les femmes. Mais, même les étrangers sous le coup d'une mesure d'expulsion sont considérés par la Cour comme des personnes vulnérables<sup>36</sup>. Toutefois, après avoir montré une orientation jurisprudentielle favorable à l'étranger malade, dans un arrêt rendu en 1997, la Cour a changé d'avis dans sa jurisprudence successive. En effet, l'*approche compassionnelle*<sup>37</sup> de la Cour des premiers temps a été tempérée par des arguments rationnels forts s'appuyant sur les intérêts mis en cause dans l'affaire à trancher.

Vu le cadre limité de ce travail, nous avons décidé d'examiner les décisions et les arrêts<sup>38</sup> seulement sous l'angle de la violation de l'article 3 CEDH.

### 2.3.1 L'affaire *D. c. Royaume-Uni*<sup>39</sup>: l'élargissement du champ d'application de l'article 3 CEDH

Le requérant, un ressortissant d'une île des Caraïbes, avait été arrêté, à son arrivée, au Royaume-Uni pour trafic de drogue et condamné à une peine d'emprisonnement. À son encontre, une mesure d'éloignement avait été décidée. Mais, ayant découvert, pendant sa détention, qu'il était porteur du VIH et atteint du sida, il demanda un permis de séjour pour des raisons humanitaires. Suite au rejet de sa demande, il saisit différentes juridictions. Devant la Cour EDH il alléguait, entre autres, la violation de l'article 3 pour traitements inhumains et dégradants en cas de renvoi dans son pays d'origine où il aurait passé la fin de sa vie à souffrir dans la solitude et la misère (§ 40). Son espérance de vie, en juin 1996, avait été estimée entre huit et douze mois (§ 41).

Examinant l'affaire, la Commission européenne des droits de l'homme (ci-après Commission) avait conclu que l'expulsion engagerait la responsabilité de l'État sous l'angle de l'article 3 et que le risque découlerait de facteurs dont les autorités de ce pays ne sauraient être jugées de responsables (§ 45). Dans son appréciation, la Cour a affirmé qu'il appartenait ainsi « à l'État défendeur de garantir au requérant les droits énoncés à l'article 3 quelle que soit la gravité de l'infraction qu'il a commise » (§ 48). En plus, elle a dit que vu les circonstances exceptionnelles car le requérant ne pouvait pas bénéficier de soins palliatifs, ni de soutien psychologique dans son pays d'origine et vu le « stade critique de sa maladie fatale, même si l'on ne peut pas dire que la situation qui serait la sienne dans le pays de destination constitue en soi une violation de l'article 3 [...], son expulsion l'exposerait à un risque réel de mourir dans des circonstances particulièrement douloureuses et constituerait donc un traitement inhumain et dégradant » (§ 53).

En l'espèce, le risque dépendait de « facteurs purement objectifs, indépendants des autorités ou du droit interne de l'État de destination » et « l'élément d'intentionnalité présent dans la notion de "traitement" »

---

2014, p. 667.

<sup>36</sup> La Cour a largement utilisé la notion de vulnérabilité, mais sans jamais la définir, depuis l'arrêt *Dudgeon* où elle a affirmé qu'il fallait donner une protection spéciale aux « personnes spécialement vulnérables à cause de leur jeunesse, de leur faiblesse de corps ou d'esprit, de leur inexpérience ou d'une situation de dépendance naturelle, juridique ou économique spéciale » (ACEDH *Dudgeon c. Royaume-Uni*, du 22 octobre 1981, requête n° 7525/76, § 49). Elle considère vulnérables : les victimes de torture (ACEDH *Aydin c. Turquie* [GC], du 25 septembre 1997, requête n° 23178/94, §103), les mineurs (ACEDH *V. c. Royaume-Uni*, du 16 décembre 1999, requête n° 24888/94, § 64 ; ACEDH *Popov c. France*, du 19 janvier 2012, requêtes n°s 39472/07, 39474/07, § 91), les personnes détenues (ACEDH *Chamaïev et al. c. Géorgie et Russie*, du 12 avril 2005, requête n° 36378/02, § 375), les personnes atteintes de troubles mentaux détenues (ACEDH *Keenan c. Royaume-Uni*, du 3 avril 2001, requête n° 27229/95, § 111), la population rom (ACEDH *D. H. et al. c. République Tchèque* [GC], du 13 novembre 2007, requête n° 57325/00, § 176) et les demandeurs de protection internationale (ACEDH *M. S. S. contre Belgique et Grèce* [GC], (précité), § 232). Joanna PÉTIN, « Extradition et troubles mentaux. La prise en compte de la vulnérabilité par la Cour européenne des droits de l'homme », Réseau universitaire européen – Droit de l'espace de liberté, sécurité et justice, 23 avril 2013 [www.gdr-elsj.eu](http://www.gdr-elsj.eu) (consulté le 26 octobre 2016).

<sup>37</sup> Aurélia SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 668-670.

<sup>38</sup> Les décisions et les arrêts ont été choisis sur la base de leur importance et puisqu'ils sont très souvent cités par la Cour elle-même et par la doctrine. Nous sommes conscients du fait que d'autres décisions et arrêts pertinents existent et que nous n'avons que touché à une petite portion de la matière.

<sup>39</sup> ACEDH *D. c. Royaume-Uni*, du 2 mai 1997, requête n° 30240/96.

s'estomp(ait) et ne résid(ait) plus que dans la seule décision d'expulser »<sup>40</sup>. Toutefois, la Cour a mis en évidence que « les non-nationaux qui ont purgé leur peine d'emprisonnement et sont sous le coup d'un arrêté d'expulsion ne peuvent en principe revendiquer le droit de rester sur le territoire d'un État contractant afin de continuer à bénéficier de l'assistance médicale, sociale ou autre, assurée durant leur séjour en prison par l'État qui expulse » (§ 54).

En outre, bien qu'elle ait élargi le champ d'application de l'article 3 à des situations où le risque résulte de facteurs objectifs, elle a cependant fixé un seuil très élevé pour une application ultérieure de cette jurisprudence, exigeant des circonstances exceptionnelles et des *considérations humanitaires impérieuses* (*ibidem*), soit des conditions difficiles à remplir.

### 2.3.2 Les décisions d'irrecevabilité de 1998 à 2008 : quelles motivations ?

Dans plusieurs affaires concernant des mesures d'éloignement à l'encontre de migrants malades ultérieures à l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*, la Cour n'a que très exceptionnellement retenu recevables les requêtes introduites<sup>41</sup> car elle a considéré que compte tenu « du seuil élevé fixé par l'article 3, notamment lorsque l'affaire n'engage pas la responsabilité directe de l'État contractant à cause du tort causé, en l'absence de circonstances exceptionnelles » ou de « considérations humanitaires impérieuses »<sup>42</sup>, les requêtes étaient mal fondées.

Il est vrai que dans l'affaire *B. B. c. France*<sup>43</sup> concernant un ressortissant congolais atteint du virus du SIDA compliqué d'un syndrome de Kaposi ayant sollicité le statut de réfugié, mais sans suite favorable, la Commission avait considéré recevable la requête, mais, vu l'impossibilité de parvenir à un règlement amiable de l'affaire entre les parties, selon la procédure de l'ancien article 31 de la CEDH, elle avait émis un rapport<sup>44</sup> pour établir les faits et formuler un avis sur la violation alléguée. Le requérant avait été condamné pour détention de produits stupéfiants et entrée et séjour irréguliers en France et, à l'expiration de sa peine, mis en rétention administrative en vue de la mise en exécution de son interdiction définitive du territoire. La Commission s'appuyant sur deux rapports des Nations Unies concernant la situation au Zaïre a retenu que, vu la grave détérioration de l'état de santé du requérant, étant donné que dans le pays d'origine plusieurs épidémies étaient en cours, comme celle du virus Ebola, le renvoi « réduirait son espérance de vie, et constituerait un traitement inhumain et dégradant et une atteinte à son intégrité physique » (§ 43). Pour la Commission, « l'exposition à un risque réel et avéré pour la santé, qui atteint un degré de gravité tel qu'il relève de l'article 3 » découlait aussi « d'autres éléments existant dans le pays d'accueil, comme le manque de soins et de services médicaux, ainsi que des facteurs sociaux ou liés à l'environnement » (§ 54).

Dans son opinion séparée jointe au rapport de la Commission, M. I. Cabral Barreto a mis en évidence le fait que la déclaration de la Commission n'apportait aucun changement concret à la situation du requérant qui, restant un irrégulier toujours sous le coup d'une interdiction définitive du territoire français, ne pouvait pas bénéficier du régime de la sécurité sociale. À son avis, « en règle générale, l'exécution d'une Résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ou d'un arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme, constatant une violation de l'article 3 » devrait impliquer l'annulation de la mesure d'expulsion ou d'interdiction. Il soutenait qu'un état de clandestinité permanente comportait lui aussi une violation de l'article 3<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Frédéric SUDRE, (sous la dir. de), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 190. Pour la notion de *risque*, voir le chapitre I de ce travail.

<sup>41</sup> Voir, par exemple, la Déc. *Ahmed v. Sweden*, du 16 mai 2006, requête n° 9886/05 (pour les détails de l'affaire voir en annexe).

<sup>42</sup> Déc. *Dragan et al. c. Allemagne*, du 7 octobre 2004, requête n° 33743/03, p. 18.

<sup>43</sup> Déc. *B. B. c. France*, du 9 mars 1998, requête n° 30930/96.

<sup>44</sup> Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 9 mars 1998 requête n. 30930/96.

<sup>45</sup> Opinion séparée de M. I. Cabral Barreto. La Cour, saisie de l'affaire, (ACEDH *B. B. c. France*, du 7 septembre 1998, requêtes nos 47/1998/950/1165) l'a rayée du rôle puisque la décision d'interdiction du territoire avait été annulée et qu'il y avait eu, entre-temps, un arrêté d'assignation de résidence pris à en faveur du requérant qui faisait disparaître la menace du renvoi, raison pour laquelle il était privé de sa qualité de victime. Malgré l'insistance du requérant de poursuivre l'examen de l'affaire car seulement « un titre de séjour, ne serait-ce que temporaire, lui donnerait pleinement droit au régime de protection sociale » (§ 38), la Cour, vu l'engagement du gouvernement de ne pas renvoyer le requérant, a estimé que la menace de la violation avait cessé (§ 40). Elle a suivi le même

Dans la décision *Karara c. Finlande*<sup>46</sup>, le requérant, un ressortissant ougandais, marié à une ressortissante finlandaise, s'était vu refusé un permis de résidence à la suite d'une condamnation pour viol et pour avoir eu des contacts sexuels avec des femmes en sachant qu'il était atteint d'une infection VIH. Devant la Commission, il alléguait une violation de l'article 3 puisque son renvoi en Ouganda aurait comporté un risque de détérioration de sa santé et l'aurait donc exposé à un traitement inhumain et dégradant vu que les médicaments, dans son pays d'origine, ne seraient que limitativement disponibles et à un coût élevé. En plus, il mit en évidence un manque de support psychosociologique car il n'avait pas d'amis en Ouganda.

La Commission, après avoir rappelé l'affaire *D. c. Royaume-Uni* et la portée très exceptionnelle des circonstances de la cause, dit que « aliens who have served their prison sentences and are subject to expulsion cannot in principle claim any entitlement to remain on the territory of a Contracting State in order to continue to benefit from medical, social or other forms of assistance provided by the expelling State during their stay in prison »<sup>47</sup>. En l'espèce, la maladie du requérant n'était pas à un stade avancé qui impliquerait une violation de l'article 3.

Ce raisonnement est repris et employé dans d'autres décisions de recevabilité qui ont suivi. Ainsi, dans l'affaire *Amegnigan c. Pays-Bas*<sup>48</sup>, où un ressortissant togolais atteint du VIH, à la suite de plusieurs demandes d'asile rejetées et ayant été l'objet d'une mesure de renvoi, alléguait la violation de l'article 3 car son renvoi dans son pays d'origine, où il n'aurait pas accès aux soins adaptés, « would accelerate the course of his HIV infection and considerably reduce his life expectancy ». Vu que la situation du requérant était stable même si elle pouvait évoluer vers un stade avancé de la maladie si le traitement anti-HIV était arrêté et donc, avec « a direct threat for his life », la Cour a retenu qu'un traitement approprié était, en principe, disponible au Togo, même si à un coût éventuellement considérable, et qu'il ne semblait pas que le requérant ait atteint le stade avancé de la maladie et qu'il n'ait pas de support familial<sup>49</sup>.

Dans l'affaire *Ndangoya c. Suède*<sup>50</sup>, la Cour a jugé que, d'après l'avis médical, la situation du requérant n'était pas grave et qu'il n'était pas dans un stade avancé du SIDA. En plus, même si faute de soins adéquats il pouvait voir détériorer sa situation dans l'espace d'un ou de deux ans, elle a estimé qu'un traitement approprié était disponible en Tanzanie, même si à un coût élevé et que, s'il était vrai qu'un « treatment might be difficult to come by in the countryside where the applicant apparently would prefer to live upon return », le recourant pouvait en principe déménager dans un autre endroit où le traitement était disponible. La Cour a remarqué, en outre, qu'il avait résidé pendant trois ans en Tanzanie alors qu'il était déjà malade et qu'il aurait pu avoir le support de ses proches.

La Cour a suivi le même raisonnement en matière de mesures d'éloignement décidées à l'encontre de couples ou de familles avec enfants estimant que les conditions de l'arrêt de 1997 ne sont jamais remplies<sup>51</sup>. De même lorsque quelques ou tous les membres des familles étaient atteints dans leur santé<sup>52</sup>, la Cour a accepté les assurances fournies par les ambassades des Pays d'origines des migrants et a fait confiance aux avis de médecins des ambassades des Pays d'accueil à l'égard de la possibilité de recevoir des soins appropriés dans les Pays d'origine et, de même, vis-à-vis de familles d'apatrides<sup>53</sup>.

---

raisonnement dans l'affaire *Kamaco c. Suisse* (du 7 janvier 2010, requête n° 21010/08) à la suite d'une admission provisoire décidée en faveur du requérant sierra-léonais atteint de grave insuffisance rénale et de diabète.

<sup>46</sup> Déc. *Karara c. Finlande*, du 29 mai 1998, requête n° 40900/98.

<sup>47</sup> Un principe qui, depuis cette décision, est toujours repris et cité dans les décisions d'irrecevabilité.

<sup>48</sup> Déc. *Amegnigan c. Pays-Bas*, du 25 novembre 2004, requête n° 25629/04. Voir aussi : Déc. *J. C. C. c. Suède*, du 15 février 2000, requête n° 46553/99.

<sup>49</sup> Voir aussi : Déc. *Arzila Henao c. Pays-Bas*, du 24 juin 2003, requête n° 13669/03. Le requérant était atteint du VIH et de l'hépatite C.

<sup>50</sup> Déc. *Ndangoya c. Suède*, du 22 juin 2004, requête n° 17868/03 (pour les détails de l'affaire voir en annexe).

<sup>51</sup> Voir : Déc. *Meho et al. c. Pays-Bas*, du 20 janvier 2004, requête n° 76749/01 (pour les détails de l'affaire voir en annexe). Voir aussi : Déc. *Osmanov et Osmanova c. Suède*, du 26 juin 2006, requête n° 30977/05.

<sup>52</sup> Voir : Déc. *Salkic et al. c. Suède*, du 29 juin 2004, requête n° 7702/04.

<sup>53</sup> Voir : Déc. *Dragan et al. c. Allemagne*, (précité).

Par exemple, dans l'affaire *Hukic c. Suède*<sup>54</sup> concernant l'expulsion vers la Bosnie-Herzégovine d'une famille musulmane qui alléguait un risque de persécution et soutenait que le plus jeune des enfants atteint d'un syndrome de Down ne recevrait pas les soins médicaux adéquats dans leur pays d'origine, la Cour a affirmé que, bien que les deux certificats médicaux présentés soutenaient que l'enfant serait mieux soigné en Suède ou, au moins, dans un autre pays européen, il pourrait disposer de traitements et de réadaptation spécifiques dans son pays d'origine, même si les prestations n'y étaient pas du même niveau qu'en Suède. Elle a considéré que malgré la gravité du handicap de l'enfant, le syndrome de Down n'était pas comparable aux derniers stades d'une maladie mortelle.

### 2.3.3 L'affaire *Bensaid c. Royaume-Uni*<sup>55</sup> : des puissantes et impérieuses considérations d'humanité ?

Un ressortissant algérien souffrant de schizophrénie et d'une maladie psychotique ayant obtenu un permis de séjour de durée indéterminée à la suite de son mariage avec une ressortissante britannique, s'est vu retiré son titre de séjour parce qu'il l'avait obtenu par une union de convenance. De ce fait, il fut informé de l'intention de le renvoyer en Algérie. Il introduisit plusieurs demandes devant les juridictions nationales compétentes alléguant la violation de l'article 3, mais sans résultat positif. Devant la Cour, il affirma que s'il était renvoyé il ne bénéficierait pas du soutien et de l'accès à des soins médicaux comme ceux qu'il recevait au Royaume-Uni et que, vu la situation de sa région d'origine en proie à des troubles, son renvoi comporterait un grand risque pour sa santé déjà très précaire, notamment, une possibilité de rechute et que, en plus, par manque de moyens, une fois en Algérie, il pourrait être soigné seulement s'il était hospitalisé dans une structure distante d'environ 75 km de son village. Mais ces proches ne disposaient pas de voiture (§ 30).

La Cour, après avoir rappelé que les États ont « le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement de non-nationaux » (§ 32), mais qu'ils sont, toutefois, soumis au respect de l'article 3, a estimé que les médicaments appropriés étaient disponibles en Algérie et que, manquant de moyens financiers, pour le requérant il y aurait probablement d'autres médicaments aptes à traiter sa maladie mentale, cela même si, une fois dans son pays, les souffrances qui accompagneraient une rechute de la maladie pourraient en principe relever de l'article 3 (§ 37), le requérant risquait de même en restant au Royaume-Uni car sa maladie était de longue durée et exigeait un suivi constant (§ 38). Donc, elle a déclaré la non-violation de l'article 3.

Dans son opinion séparée, le juge Sir Nicolas Bratza<sup>56</sup> a affirmé avoir voté avec les autres juges avec bien d'hésitation<sup>57</sup> et que, s'il était vrai que, dans l'affaire, le risque de subir un traitement atteignant le seuil requis pour tomber sous le coup de l'article 3 était moins certain et relevait davantage de la spéculation que celui de l'affaire *D. c. Royaume-Uni*, toutefois, vu les éléments à disposition de la Cour, dans l'affaire « de puissantes et impérieuses considérations d'humanité justifieraient à [ses] yeux que les autorités nationales reconsidèrent la décision de renvoyer le requérant en Algérie »<sup>58</sup>.

Selon Frédéric Sudre, dans cet arrêt, la Cour a entendu étroitement les circonstances très exceptionnelles en raison de *considérations humanitaires impérieuses* et a vidé, ainsi, toute la substance de l'arrêt de 1997, réduisant l'application de l'article 3 à la seule hypothèse d'une maladie incurable en phase terminale<sup>59</sup>.

Dans des affaires concernant des requérant qui avaient essayé plusieurs fois de se suicider, la Cour a affirmé que la situation n'était pas critique car, par exemple, le requérant n'avait pas été enfermé dans un hôpital psychiatrique et il n'avait pas participé aux séances de contrôle<sup>60</sup>. Ou que, étant donné que les tentatives de suicide dépendaient de la mesure d'éloignement, il n'y avait pas de moyens pour établir quel était l'état de

<sup>54</sup> Voir : Déc. *Hukic c. Suède*, du 27 septembre 2005, requête n° 17416/05.

<sup>55</sup> ACEDH *Bensaid c. Royaume-Uni*, du 6 février 2001, requête n° 44599/98.

<sup>56</sup> Les juges M. Costa et Mme Grève se sont ralliés à cette opinion séparée.

<sup>57</sup> Opinion séparée p. 18.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>59</sup> Frédéric SUDRE, (sous la dir. de), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 190. Dans d'autres arrêts la Cour a suivi le même raisonnement. Voir, par exemple : ACEDH *Aoulmi c. France*, du 17 janvier 2006, requête n° 50278/99.

<sup>60</sup> Voir : Déc. *Goncharova and Alekseytsev v. Sweden*, du 3 mai 2007, requête n° 31246/06, p. 11 (pour les détails de l'affaire voir en annexe).

santé du requérant avant la mesure et que le fait qu'il avait été hospitalisé sur base volontaire attestait, encore une fois, la non-gravité de sa situation<sup>61</sup>.

#### 2.3.4 *L'affaire N. c. Royaume-Uni*<sup>62</sup> : un revirement jurisprudentiel dicté par des considérations d'ordre financier ?

Une ressortissante ougandaise, atteinte du VIH et du sarcome de Kaposi dont la demande d'asile avait été rejetée, avait saisi plusieurs juridictions nationales pour défendre ses droits<sup>63</sup>. Devant la Cour EDH, elle alléguait une violation de l'article 3 en raison de la gravité de son état de santé et de l'absence de traitement médical approprié dans son pays d'origine. La Cour a saisi l'occasion pour rappeler toute sa jurisprudence en la matière et pour en déduire un ensemble de principes : « Les non-nationaux qui sont sous le coup d'un arrêté d'expulsion ne peuvent en principe revendiquer un droit à rester sur le territoire d'un État contractant afin de continuer à bénéficier de l'assistance et des services médicaux, sociaux ou autres fournis par l'État qui expulse. Le fait qu'en cas d'expulsion de l'État contractant le requérant connaîtrait une dégradation importante de sa situation, et notamment une réduction significative de son espérance de vie, n'est pas en soi suffisant pour emporter violation de l'article 3. La décision d'expulser un étranger atteint d'une maladie physique ou mentale grave vers un pays où les moyens de traiter cette maladie sont inférieurs à ceux disponibles dans l'État contractant est susceptible de soulever une question sous l'angle de l'article 3, mais seulement dans des cas très exceptionnels, lorsque les considérations humanitaires militent contre l'expulsion sont impérieuses » (§ 42).

Ensuite, en rappelant les circonstances très exceptionnelles de l'affaire *D. c. Royaume-Uni*, elle a, en quelque sorte, dressé une liste, affirmant même qu'il pouvait y avoir « d'autres cas très exceptionnels où les considérations humanitaires soient tout aussi impérieuses » (§ 43) car « le requérant était très gravement malade et paraissait proche de la mort, [...] il n'était pas certain qu'il pût bénéficier de soins médicaux ou infirmiers dans son pays d'origine et [...] il n'avait là-bas aucun parent désireux ou en mesure de s'occuper de lui ou de lui fournir ne fût-ce qu'un toit ou un minimum de nourriture ou de soutien social » (§ 42).

Elle a, ensuite, expliqué qu'il convenait de conserver le seuil élevé fixé puisque « le préjudice futur allégué proviendrait non pas d'actes ou d'omissions intentionnels des autorités publiques ou d'organes indépendants de l'État mais bien d'une maladie survenant naturellement et de l'absence de ressources suffisantes pour y faire face dans le pays de destination » (§ 43).

Dans son raisonnement, la Cour a suivi des considérations d'ordre financier puisqu'à son avis l'article 3 n'oblige pas l'État de compenser les disparités sanitaires et socio-économiques entre les pays en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire et le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les États contractants (§ 44). En l'espèce, la Cour dit que même si « nombre des droits qu'elle énonce ont des prolongements d'ordre économique ou social, la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques », mais avec le souci « d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu » (*ibid.*).

Sur la base de ces considérations, la Cour a dit que le renvoi n'emporterait pas violation de l'article 3, car l'affaire ne présentait pas les circonstances exceptionnelles de l'affaire *D. c. Royaume-Uni* vu que l'état de santé de la requérante était stable et que, si elle continuait de prendre ses médicaments, il n'empirerait pas rapidement. Par rapport aux médicaments, la Cour a dit que l'on en trouvait en Ouganda même si, faute de ressources suffisantes, seule la moitié des personnes qui en ont besoin en bénéficiaient (§ 48). Elle a remarqué, ensuite, que le fait que les autorités britanniques aient fourni à la requérante une assistance

<sup>61</sup> Déc. *A. A. c. Suède*, du 2 septembre 2008, requête n° 8594/04, § 71 concernant un ressortissant sri-lankais dont la demande d'asile avait été déboutée.

<sup>62</sup> ACEDH *N. c. Royaume-Uni* [GC], du 27 mai 2008, requête n° 26565/05.

<sup>63</sup> La Cour des Lords aussi. En l'espèce, Lord Hope avait souligné que « (t)out élargissement des principes dégagés dans *D. c. Royaume-Uni* aurait pour effet de conférer à toutes les personnes se trouvant dans le même état que [la requérante] un droit d'asile dans ce pays jusqu'à ce que le niveau des services médicaux disponibles dans leur pays d'origine pour le traitement de l'infection à VIH/du sida ait atteint celui qui existe en Europe » avec le risque « d'attirer au Royaume-Uni un grand nombre de personnes déjà séropositives » et d'absorber « des ressources très importantes et assurément impossibles à quantifier » (ACEDH *N. c. Royaume-Uni* [GC], (précité), p. 7).

médicale et sociale financée sur fonds publics pendant neuf ans ne comportait pas pour l'État l'obligation de continuer à lui offrir pareille assistance (§ 49).

a. L'opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Bonello et Spielmann

Les juges Tulkens, Bonello et Spielmann ont largement critiqué cet arrêt en soutenant que la Cour est allée à l'encontre du caractère absolu de l'article 3 et des autres droits de la CEDH qui « seraient totalement niés si leur jouissance devait être limitée en vertu de facteurs politiques tels que les contraintes budgétaires » (§ 8). En l'espèce, sur la base de l'analyse approfondie des décisions des juridictions internes (§ 3), les trois juges ont dit que la requérante se trouvait dans une situation de *risque réel*<sup>64</sup> et que, de ce fait, l'affaire présentait une gravité exceptionnelle qui correspondait au critère des circonstances très exceptionnelles de l'affaire *D. c. Royaume-Uni* (*ibidem*).

Ils ont critiqué, en particulier, les principes généraux dégagés par la Cour. Par exemple, en ce qui concerne le principe du *seuil élevé*, ils ont constaté que lorsqu'il y a une souffrance due à une maladie survenant naturellement, qu'elle soit physique ou mentale, la Cour utilise toujours le *seuil Pretty*<sup>65</sup>. Pour les trois juges, ce dernier devrait s'appliquer aussi lorsque le préjudice résulte d'une maladie survenant naturellement et de l'absence de ressources adéquates pour y faire face dans le pays de destination si le niveau minimum de gravité, dans les circonstances de la cause, est atteint<sup>66</sup>.

En effet, sur la base du constat de la Cour on peut déduire que, lorsque le préjudice vient de facteurs naturels et qu'il n'est imputable à personne, l'article 3 confère une protection moindre. En outre, pour les juges ayant exprimé un avis dissident, il était regrettable que la Cour ait occulté la dimension sociale de l'*approche intégrée* adoptée par la Cour telle qu'exprimée dans l'arrêt *Airey c. Irlande*<sup>67</sup> et ait cité l'exercice de mise en balance qui - nous disent les trois juges - a été clairement rejeté, s'agissant de l'article 3 dans l'arrêt *Saadi c. Italie*<sup>68</sup>. Enfin, ils ont affirmé que la véritable préoccupation de la Cour était que l'interdiction du renvoi comporterait une charge trop lourde pour les ressources de l'État. Par conséquent, la Cour avait nié la jouissance d'un droit absolu en le limitant en vertu de facteurs politiques tels que des contraintes budgétaires<sup>69</sup>.

En conclusion, les trois juges ont dit que déclarer une violation potentielle de l'article 3 « n'aurait nullement représenté un élargissement de la catégorie d'affaires exceptionnelles dont l'affaire *D. c. Royaume-Uni* est emblématique »<sup>70</sup> comme avait bien dit la Cour.

---

<sup>64</sup> Les juridictions nationales avaient affirmé, à plusieurs reprises, que sur la base des faits la requérante « mourr[ait] prématurément après une période de très grandes souffrances physiques et morales ». Les trois juges étaient convaincus qu'il existait, en l'espèce, des faits extrêmes emportant des considérations humanitaires impérieuses (*ibid.*, § 23).

<sup>65</sup> *Ibid.*, § 5. « La souffrance due à une maladie survenant naturellement, qu'elle soit physique ou mentale, peut relever de l'article 3 si elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement – que celui-ci résulte de conditions de détention, d'une expulsion ou d'autres mesures – dont les autorités peuvent être tenues pour responsables » (ACEDH *Pretty c. Royaume-Uni*, du 29 avril 2002, requête n° 2346/02 § 52).

<sup>66</sup> ACEDH, *N. c. Royaume-Uni* [GC], (précité), § 5.

<sup>67</sup> *Ibid.*, § 6. Voir : ACEDH *Airey c. Irlande*, (précité), § 26 : « Or si [la CEDH] énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention ».

<sup>68</sup> Voir : ACEDH *Saadi c. Italie* [GC], du 28 février 2008, requête n° 37201/06, § 138 (« la Cour l'a affirmé à plusieurs reprises, [...] [l'article 3] ne souffre aucune exception »). Marie-Bénédicte Dembour apprécie le fait que les trois juges aient cité les arrêts *Pretty* et *Airey* qui ne concernent pas le contentieux migratoire puisque, ce faisant, ils refusent implicitement de tolérer la pratique de la Cour de partir toujours, en matière migratoire, du principe général que les États ont le droit de contrôler l'entrée et la résidence des étrangers pour embrasser « the overarching human rights principles » quel que soit le statut du requérant, Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Human Become Migrants, Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 240.

<sup>69</sup> ACEDH *N. c. Royaume-Uni* [GC], (précité), § 8.

<sup>70</sup> *Ibid.*, § 24 et § 25.

## b. L'évaluation de la doctrine

Roswitha Petry pense que les considérations d'ordre financier de la Cour s'opposent au caractère absolu de l'article 3 et que cet arrêt est regrettable, d'abord, parce que la Cour privilégie l'intérêt de l'État et, ensuite, parce qu'il semble qu'elle attribue une protection réduite à l'article 3 lorsque le risque allégué découle de facteurs objectifs, tels que la maladie<sup>71</sup>.

De la même opinion, François Julien-Lafferrière affirme que la Cour a, de manière profonde, remis en cause sa jurisprudence antérieure puisqu'elle « semble avoir cédé devant des considérations d'ordre économique étrangères à la Convention »<sup>72</sup>. Il remarque, en particulier, qu'elle évalue l'état de santé de la requérante avant son éventuel éloignement estimant qu'il n'était pas critique en omettant de prendre en compte que la détérioration de l'état de santé ne se serait réalisée qu'une fois la requérante éloignée en Ouganda. Et pourtant, la Cour aurait dû faire une comparaison entre son état avant et après l'éloignement pour voir si ce dernier comporterait des souffrances et des douleurs et une réduction de son espérance de vie.

En plus, le fait qu'elle semble émettre des doutes sur la possibilité que la requérante puisse recevoir les soins adaptés, dans son pays d'origine, devrait suffire, vu le caractère absolu de l'article 3, pour déclarer une violation car « il est évident qu'il ne peut être demandé à l'intéressé d'apporter une preuve, quelle qu'elle soit, de ses affirmations en ce sens »<sup>73</sup>.

La Cour a omis de considérer que le traitement, disponible à un coût très élevé, n'était qu'inégalement distribué sur le territoire et que, entre autres, la requérante n'avait personne qui pouvait prendre soin d'elle. Plus que ces aspects, cependant, pour Julien-Lafferrière, c'est la dimension économique de la position de la Cour qui est l'aspect plus discutable de cet arrêt parce que la solution retenue semble « étrangère - voire contraire - à la lettre et à l'esprit de l'article 3 ». En effet, la Cour est proche de retenir, de manière insoutenable, que « l'article 3 ne s'oppose pas à l'éloignement d'un étranger en situation irrégulière, dès lors que son maintien sur le territoire de l'État partie à la Convention constituerait pour celui-ci une charge »<sup>74</sup>. Elle ne prend pas en compte la situation financière difficile de la requérante et, de ce fait, dans son raisonnement, ne tient pas compte du *juste équilibre* qu'elle déclare, au contraire, rechercher. Julien-Lafferrière estime que « (l)a crainte de la prise d'assaut par les étrangers du système de santé des États parties [...] est excessive » et est, en tout cas, « une base bien fragile pour une remise en cause aussi grave de la portée de l'article 3 »<sup>75</sup>.

Selon Caroline Izambert, cet arrêt est l'étape finale d'un processus jurisprudentiel insidieux de la Cour qui a « substitué le droit de mourir dignement à celui de rester en vie, pour maintenir la fiction d'une jurisprudence constante »<sup>76</sup>. La Cour a voulu éviter une charge trop lourde aux États, en matière de soins médicaux, car ces derniers pourraient être l'objet d'une « immigration thérapeutique de masse des pays du Sud qui risquerait de déstabiliser durablement l'équilibre des sociétés et des systèmes de santé des pays du Nord ». Ce faisant, elle a légitimé, d'une manière inquiétante, un autre cliché fort tenace, parmi d'autres, en matière d'immigration<sup>77</sup>.

Selon Luc Leboeuf, bien que l'article 3 permette une protection, même si *par ricochet*, de certains droits économiques et sociaux, malheureusement, il faut que le traitement en cause engendre une souffrance qui dépasse le seuil de gravité fixé. Il estime, cependant, que, vu le caractère absolu et la valeur fondamentale

<sup>71</sup> Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, *op.cit.*, p. 78.

<sup>72</sup> François JULIEN-LAFERRIÈRE, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009/77, p. 263.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 272 et p. 275.

<sup>75</sup> *Ibid.*, pp. 276-277.

<sup>76</sup> Caroline IZAMBERT, « Inhumain, mais pas trop », *Vacarme*, n° 54, 2011/1, p. 90. [En ligne] <http://www.cairn.info/revue-vacarme-2011-1-page-89.htm> (consulté le 4 novembre 2016).

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 91. Et pourtant, en France, où le principe de non-refoulement en faveur des étrangers souffrant de maladies graves et ne pouvant pas recevoir de traitement, dans leur pays d'origine, a été reconnu et un titre de séjour pour soins peut être octroyé, il n'y a pas d'affluence massive d'étrangers sur le territoire, *ibid.*

protégée par l'article 3, l'engagement d'un pronostic vital à court terme en raison de l'absence de soins dans le pays d'origine devrait suffire à mobiliser la protection contre le refoulement<sup>78</sup>. Pour lui, la prise de position de la Cour, dans cette affaire, témoigne du malaise qui affecte les juges de Strasbourg se trouvant devant une extension du principe de non-refoulement aux atteintes à des droits économiques, sociaux et culturels<sup>79</sup>.

Pour Andrea Guazzarotti, la Cour donne plus une garantie « della “buona morte”, [...] che un diritto alla salute inviolabile nel suo nucleo duro »<sup>80</sup> car il lui suffit que, dans le pays d'origine du requérant, il y ait la possibilité abstraite de trouver les soins appropriés. Ce faisant, elle s'intéresse juste « “di riflesso” della salute del ricorrente, che scatta solo come corollario del divieto di infliggere, anche indirettamente e non intenzionalmente, trattamenti disumani all'individuo »<sup>81</sup>.

## **2.4 Le renvoi de migrants malades : la reconstruction de la ligne jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme dans la période 2008-2016**

### *2.4.1 Les affaires dans la période 2008 – 2013*

La Cour a suivi les principes exposés dans l'arrêt *N. C. Royaume-Uni* dans les affaires successives<sup>82</sup> rappelant que l'État n'est pas obligé de dispenser des soins de santé gratuits et illimités et déclarant toujours que la mesure d'éloignement n'emporterait pas de violation de l'article 3.

#### *a. L'affaire Yob-Ekale Mwanje c. Belgique*<sup>83</sup>

Dans cette affaire, les autorités belges avaient différé à dispenser un traitement médical approprié à la requérante, une ressortissante camerounaise atteinte du VIH, en détention car son rapatriement était imminent, et cela bien que son état de santé soit dans une phase à évolution potentiellement et rapidement péjorative et que le traitement approprié s'imposait sans attendre, traitement qu'elle n'aurait pas les moyens de s'offrir au Cameroun (§ 51)<sup>84</sup>. Devant la Cour, la requérante alléguait la violation des articles 2 et 3 CEDH estimant que des circonstances exceptionnelles et que des considérations humanitaires impérieuses plaidaient contre son renvoi (§ 78), vu que son espérance de vie ne serait pas supérieure à douze mois et que, durant sa détention à Bruges, elle avait subi des traitements inhumains et dégradants contraires à l'article 3.

Le Gouvernement, quant à lui, s'opposait à cette thèse s'appuyant sur le constat que l'article 3 n'oblige pas les États à pallier les différences socio-économiques et les disparités quant au niveau des soins et que, de ce

---

<sup>78</sup> Luc LEBOEUF, « Le non-refoulement face aux atteintes aux droits économiques, sociaux et culturels. Quelle protection pour le migrant de survie ? », in *Cahiers du CedIE*, 2012/8, p. 13 et p. 14 [En ligne] [www.uclouvain.be/cedie](http://www.uclouvain.be/cedie) (consulté le 4 novembre 2016).

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>80</sup> Andrea GUZZAROTTI, « Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto », [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) (consulté le 4 novembre 2016), p. 4. Traduction personnelle : « de la bonne mort (...) qu'un droit à la santé inviolable dans son noyau dur ».

<sup>81</sup> Traduction personnelle : « par ricochet de la santé du requérant, qui s'active seulement comme corollaire à l'interdiction d'infliger, même indirectement et non pas intentionnellement, des traitements inhumains à l'individu ».

<sup>82</sup> Voir : ACEDH *Emre c. Suisse*, du 22 mai 2008, requête n° 42034/04, ACEDH *Aborugeze c. Suède*, du 27 octobre 2011, requête n° 37075/09, ACEDH *Senchishak c. Finlande*, du 18 novembre 2014, requête n° 5049/12 (pour les détails des affaires voir en annexe).

<sup>83</sup> ACEDH *Yob-Ekale Mwanje c. Belgique*, du 29 décembre 2011, requête n° 10486/10. La demande d'asile de la requérante avait été déboutée. A la suite de plusieurs déclarations fausses au sujet de son passeport, le permis de se marier avec un ressortissant néerlandais lui avait été refusé deux fois (on craignait un mariage de convenance) et deux ordres de quitter le territoire avaient été émis pour cause de manque de documents valables. Placée deux fois en détention, devant les instances compétentes, elle alléguait la violation de l'article 3 car elle était atteinte du VIH et elle n'avait pas pu être soignée (§ 31).

<sup>84</sup> Le certificat médical de l'unité de traitement des immunodéficiences de l'hôpital Erasme, émis après 4 mois d'attente, demandait une prise en charge de la requérante car le traitement approprié n'était pas disponible dans son pays et qu'elle était, entre autres, en cours de procréation assistée, et il lui fallait un suivi biologique mensuel pour éviter la transmission de la maladie à l'enfant (§ 66).

fait, les autorités belges n'étaient pas obligées de fournir des soins de santé gratuits et illimités à la requérante, qui, en plus, n'était pas proche de la mort ou sans réseau de soutien et sans perspective de traitement dans son pays (§ 79).

La Cour a retenu, à l'unanimité, qu'il n'y avait pas violation des articles 2 et 3 bien que l'accès aux médicaments soit aléatoire au Cameroun et que leur distribution demeure marginale et bénéficie à seulement 1,89 % des patients qui en ont besoin (§ 81). Elle a affirmé que, sur la base des principes dégagés dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, il fallait que des considérations humanitaires encore plus impérieuses caractérisent l'affaire par rapport principalement à l'état de santé de l'intéressée avant l'exécution de la décision d'éloignement.

Or, en l'espèce, l'état de santé de la requérante était stabilisé et il n'était pas critique et, de ce fait, elle pouvait voyager (§ 83). Quant à la question du soutien familial et social, au Cameroun, vu que cet aspect n'avait pas été investigué par les autorités belges, la Cour a estimé qu'il relevait de la pure spéculation et il ne saurait donc pas entrer en ligne de compte (§ 84). Toutefois, elle a déclaré l'État responsable de la violation de l'article 3 par manque de diligence quant à la prise en charge médicale pendant la détention et la mise en place de mesures aptes à protéger la santé de la requérante et empêcher la dégradation de son état de santé<sup>85</sup>.

Dans leur opinion partiellement concordante commune, les juges Tulkens, Jočienė, Popović, Karakaş, Raimondi et Pinto De Albuquerque ont affirmé que, sur la base des constats de la Cour, pour que l'éloignement comporte une violation de l'article 3 il fallait donc des considérations humanitaires encore plus impérieuses et que la personne soit à un stade ultime de la maladie, proche de la mort (§ 4). Ils ont expliqué que, en l'espèce, ces conditions n'étaient pas remplies et que, afin de préserver la sécurité juridique, ils avaient décidé de suivre l'approche de la Grande Chambre dans l'affaire *N. c. Royaume-Uni* (§ 5). Toutefois, à leur avis « un seuil de gravité aussi extrême – être quasi mourant – (était) difficilement compatible avec la lettre et l'esprit de l'article 3 ». Ils souhaitaient, en particulier, que la Cour puisse revoir sa jurisprudence<sup>86</sup>.

#### b. L'affaire *S. H. H. c. Royaume-Uni*<sup>87</sup>

Dans cette affaire concernant un ressortissant afghan handicapé<sup>88</sup>, la Cour a refusé d'apprécier les faits en cause à la lumière de l'arrêt *M. S. S. c. Belgique et Grèce*<sup>89</sup>, comme le requérant l'avait demandé, et a décidé de s'appuyer sur l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*.

Le requérant avait, en effet, estimé que le premier arrêt était plus pertinent par rapport à sa situation, vu qu'il se serait retrouvé, une fois dans son pays, à vivre dans la rue, sans moyens financiers et sans aucun accès aux soins médicaux, incapable de pourvoir à ses besoins essentiels (§ 57). En outre, sa situation « did not involve a naturally occurring illness or merely the consequences of a serious medical condition and the lack of sufficient treatment available for it in Afghanistan » (§ 88) où le manque de logements et de systèmes de protection sociale ne découlait pas de vicissitudes de la vie, mais il était l'héritage de conflits armés qui ravageaient depuis longtemps ce territoire (§ 58).

---

<sup>85</sup> « De l'avis de la Cour, cette situation a porté atteinte à la dignité de la requérante et, combinée avec l'état de détresse résultant de la perspective d'un éloignement, a constitué pour elle une épreuve particulièrement difficile allant au-delà du niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et à l'affection dont elle était atteinte et s'analyse en traitements inhumains et dégradants » (§ 98).

<sup>86</sup> « A cet égard, la différence entre une personne qui est sur son lit de mort ou dont on sait qu'elle est condamnée à bref délai nous paraît infime en termes d'humanité » (§ 6).

<sup>87</sup> ACEDH *S. H. H. c. Royaume-Uni*, du 29 janvier 2013, requête n° 60367/10, § 58. Le requérant avait demandé l'asile à son arrivée, mais sa demande avait été déboutée.

<sup>88</sup> Il avait été gravement blessé pendant le tir d'un lance-roquettes en Afghanistan.

<sup>89</sup> ACEDH *M. S. S. c. Belgique et Grèce* [GC], du 21 janvier 2011, requête n° 30696/09. L'affaire concernait un ressortissant afghan qui, avant d'arriver en Belgique, avait transité par la Grèce. Les autorités belges ont refusé sa demande d'asile, puisque c'était la Grèce qui devait la prendre en charge, et lui ont donné l'ordre de quitter le territoire. Une fois en Grèce, le requérant avait vécu dans des conditions épouvantables. La Cour, qui dans son premier arrêt de chambre avait refusé de décider une mesure provisoire en faveur du requérant en avalisant son renvoi, dans cet arrêt de Grande Chambre, a déclaré la Grèce responsable de traitement humiliant, sous l'angle de l'article 3 ainsi que la Belgique qui avait renvoyé le requérant sachant que sa demande d'asile n'aurait pas été examinée sérieusement.

La Cour, au contraire, a considéré que « it is considered to be significant that in both scenarios the future harm would emanate from a lack of sufficient resources to provide either medical treatment or welfare provision rather than the intentional acts or omissions of the authorities of the receiving State » (§ 89). En outre, l'Afghanistan n'avait pas les mêmes obligations positives que les États contractants et ne pouvait pas être considéré responsable, en vertu de la CEDH, de ne pas dispenser l'assistance sociale adéquate à des personnes handicapées. En effet, la Cour a rappelé que « the Convention does not purport to be a means of requiring Contracting States to impose Convention standards on other States » (§ 90).

Vu que le requérant n'avait pas prouvé le manque de soutien de ses proches dans son pays, où, d'ailleurs, il avait vécu dans son état de santé pendant quatre ans et avait été soigné pour ses blessures et vu que, malgré son handicap, il avait pu gagner le Royaume-Uni, un fait qui témoignait que son état de santé n'était pas si grave, la Cour a dit que le seuil élevé de l'article 3 n'était pas atteint même si cette disposition était interprétée à la lumière de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (§ 94)<sup>90</sup>.

### c. L'affaire *Aswat c. Royaume-Uni*<sup>91</sup>

Cette affaire se détache de manière remarquable des affaires analysées jusqu'à présent. En effet, le juge Pinto De Albuquerque « trouve curieux qu'un terroriste présumé atteint de troubles mentaux bénéficie d'une analyse plus approfondie de sa situation qu'un citoyen ordinaire »<sup>92</sup>.

L'affaire concernait la situation d'un requérant de nationalité inconnue à l'encontre duquel une mesure d'extradition avait été demandée par les États-Unis à motif de ses activités terroristes dans l'État d'Oregon.

En 2012, la Cour s'était déjà prononcée dans une autre affaire où M. Aswat était l'un des six requérants, inculpés de divers chefs de terrorisme aux États-Unis et affectés, eux-aussi, par une mesure d'extradition<sup>93</sup>. Devant la Cour, ceux-ci alléguèrent la violation de l'article 3 au motif de leur détention éventuelle dans la prison américaine de sécurité maximale Florence<sup>94</sup>. La Cour avalisa l'extradition de cinq requérants affirmant que cette mesure n'emporterait pas de violation de l'article 3 et décida d'ajourner l'examen des griefs de M. Aswat à cause de la gravité de son état de santé car, à l'époque, il était enfermé dans un hôpital psychiatrique de haute sécurité<sup>95</sup>.

Dans l'arrêt de 2013<sup>96</sup>, en cause, vu qu'un changement d'environnement aurait pu impliquer une dégradation de la santé du requérant, déjà particulièrement vulnérable, la Cour a retenu que l'extradition emporterait violation de l'article 3 et cela bien que le rapport médical soutînt que la situation du requérant était stable, qu'il devait continuer son traitement médical (§ 51) et que les autorités américaines avaient assuré une prise en charge médicale appropriée dans toutes leurs prisons (§ 54).

Cette approche jurisprudentielle *proactive*, qui laisserait entrevoir une nouvelle perspective en matière de protection des étrangers malades, a été, toutefois, tempérée tout de suite par la Cour qui a bien précisé que, en l'occurrence, il s'agissait d'une extradition et non pas d'une expulsion<sup>97</sup>. En effet, elle a mis l'accent sur la différence entre cette affaire et l'affaire *Bensaid c. Royaume-Uni*<sup>98</sup> précitée. D'ailleurs, pour empêcher

<sup>90</sup> Dans leur opinion dissidente, les juges Ziemele, David Thór Björgvinsson et De Gaetano plaidaient pour « a disability-sensitive approach » dans des affaires pareilles (§ 7).

<sup>91</sup> ACEDH *Aswat c. Royaume-Uni*, du 16 avril 2013, requête n° 17299/12.

<sup>92</sup> ACEDH *S. J. c. Belgique* [GC], du 19 mars 2015, requête n° 70055/10. Opinion dissidente, note 11, p. 18.

<sup>93</sup> ACEDH *Babar Ahmad et al. c. Royaume-Uni*, du 10 avril 2012, requêtes n°s 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09.

<sup>94</sup> En particulier, à cause de la possibilité d'être condamnés à des peines d'emprisonnement à vie incompressibles. Note d'information sur la jurisprudence de la Cour n° 151, avril 2012, p. 1.

<sup>95</sup> ACEDH *Babar Ahmad et al. c. Royaume-Uni*, (précité) §§ 255-256. Le requérant était atteint de schizophrénie paranoïaque aiguë.

<sup>96</sup> Voir : la note 91 ci-dessus.

<sup>97</sup> Joanna PÉTIN, « Extradition et troubles mentaux. La prise en compte de la vulnérabilité par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*.

<sup>98</sup> Voir : la note 55 et le § 2.3.3 ci-dessus.

l'extradition de M. Aswat, la Cour s'est appuyée sur le fait qu'il y avait des incertitudes sur les conditions de détention et que tout changement d'environnement aurait emporté une dégradation de l'état de santé du requérant. Et pourtant ces arguments ne sont pas efficaces lorsqu'il s'agit de l'éloignement des étrangers malades. « En effet, il s'avère que, jusqu'ici, la dégradation de l'état de santé n'a pas été, en soi, suffisante pour violer l'article 3 de la CEDH<sup>99</sup> [...], pas davantage que le risque de mauvais traitements basé sur des spéculations ne peut emporter violation de l'article 3 de la CEDH »<sup>100</sup>.

Pour Joanna Pétin, la Cour se place ainsi dans une tendance croissante de la prise en compte de la vulnérabilité des requérants confirmée par ses arrêts rendus au début de 2013 concernant la problématique des soins médicaux en détention<sup>101</sup>. « La vulnérabilité prend ainsi une place grandissante dans la sphère protectrice des droits de l'homme. Dans l'affaire au principal, le bénéfice du doute tenant à l'incertitude des conditions de détention et du suivi médical futur de M. Aswat profite au requérant, au nom de sa vulnérabilité. La marge d'appréciation du Royaume-Uni se voit ainsi réduite et le recours à la vulnérabilité permet une protection renforcée de l'individu »<sup>102</sup>.

#### 2.4.2 Les décisions récentes

À notre connaissance, la Cour a continué de suivre la même ligne jurisprudentielle dans les décisions d'irrecevabilité des années 2014 et 2016<sup>103</sup>.

Par exemple, en s'appuyant sur un rapport médical qui attestait des pensées suicidaires du requérant, à l'encontre duquel une mesure de renvoi en Italie avait été décidée, mais les estimant peu concrètes, la Cour a considéré que son état de santé n'était pas critique et a rappelé que « the overall situation of the reception arrangements in Italy cannot in itself act as a bar to all removals of asylum-seekers to that country »<sup>104</sup>.

Dans une décision de 2016<sup>105</sup>, la Cour s'est montrée, selon Nicolas Klausser, expéditive et lacunaire<sup>106</sup>. D'abord, elle a effectué un examen parcellaire de la prise en charge médicale se basant exclusivement sur les documents fournis par le Gouvernement français, sans prendre en compte d'autres documents pertinents qui auraient pu l'orienter différemment. Ensuite, elle n'a pas indiqué quels étaient les éléments invoqués par le requérant et, de ce que l'on peut estimer, il n'y a pas eu de débat contradictoire qui, d'après Klausser, vu que l'article 3 était en cause, aurait poussé la Cour à ne pas se contenter uniquement des informations présentées par le Gouvernement français.

Et pourtant, dans d'autres affaires, la Cour a été « plus prolixe dans l'évaluation de la disponibilité des soins dans le pays d'origine »<sup>107</sup> et est allée voir si l'accès aux soins était effectif, même si dans un sens restrictif. En outre, Klausser affirme qu'il est regrettable que la Cour n'ait pas pris en compte que les enfants et la femme du requérant vivaient en France et que sa prise de position à l'égard des migrants malades est « vectrice d'imprévisibilité procédurale et d'insécurité juridique »<sup>108</sup>.

---

<sup>99</sup> Voir : ACEDH *S. H. H. c. Royaume-Uni*, (précité), § 93 et ACEDH *N. c. Royaume-Uni*, (précité), § 42.

<sup>100</sup> Joanna PÉTIN, « Extradition et troubles mentaux. La prise en compte de la vulnérabilité par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.* Voir : ACEDH *Bensaid c. Royaume-Uni*, (précité), § 39.

<sup>101</sup> *Ibid.* Voir : ACEDH *Zarzycki c. Pologne*, du 12 mars 2013, requête n° 15351/03 et ACEDH *Gülay Çeytin c. Turquie*, du 5 mars 2013, requête n° 44084/10.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> Voir : Déc. *S. B. c. Finlande*, du 24 juin 2014, requête n° 17200/11.

<sup>104</sup> Déc. *A. M. c. Suisse*, du 3 novembre 2015, requête n° 37466/13, § 21 (pour les détails de l'affaire voir en annexe). La Cour a rappelé l'affaire *Tarakbel c. Suisse* [GC], du 4 novembre 2014, requête n° 29217/12, §§ 114-115.

<sup>105</sup> Déc. *G. S. c. France*, du 12 novembre 2015, requête n° 39747/15.

<sup>106</sup> Nicolas KLAUSSER, « Rejet expéditif par la CEDH de la requête d'un étranger malade en voie d'expulsion : Une Convention à deux vitesses ? », *La Revue des droits de l'homme*, p. 1, Actualités Droits-Libertés, [En ligne] <http://revdh.revues.org/1788> (consulté le 18 octobre 2016).

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 10.

### 2.4.3 Les affaires récentes

Les affaires récentes<sup>109</sup> suivent la ligne jurisprudentielle de l'affaire *N. c. Royaume-Uni*. Toutefois, elles sont très intéressantes car elles présentent des opinions dissidentes dignes d'attention. D'ailleurs, il est bien connu que les opinions séparées sont un outil précieux pour la Cour et, en particulier, qu'elles peuvent amener le perdant, en lui fournissant des arguments supplémentaires à faire valoir, à poursuivre la procédure<sup>110</sup>.

En effet, selon Aurélia Schahmanèche, elles peuvent ponctuellement être à l'origine d'un changement, d'une évolution du droit<sup>111</sup>. C'est à la lumière de ces opinions que nous nous pencherons sur l'analyse du tout dernier arrêt de la Grande Chambre qui marque un point positif sur le chemin de la reconnaissance d'une protection plus étendue des droits des migrants irréguliers malades.

#### a. L'affaire *S. J. c. Belgique*<sup>112</sup>

Une ressortissante nigériane atteinte du VIH, mère de famille, après une demande d'asile déboutée et plusieurs procédures devant les instances nationales, avait fait l'objet d'un ordre de quitter le territoire pour regagner son pays d'origine. La Cour a retenu que le renvoi n'emportait pas violation de l'article 3, bien que la requérante ait affirmé que son retour « l'exposerait au risque d'une mort à brefs délais dans des conditions de souffrance physique et morale atteignant le seuil de gravité requis par l'article 3 » (§ 111) et que ces trois enfants seraient exposés à devenir orphelins ou livrés à eux-mêmes car la requérante n'avait pas de proches au Nigeria (§ 112). La Cour a affirmé que la requérante n'était pas dans un état critique et qu'elle était apte à voyager (§ 124) et que même si de fortes considérations humanitaires militaient en faveur d'une régularisation de son séjour, celles-ci n'étaient pas tellement impérieuses qu'elles s'opposaient à son renvoi (§ 126).

Dans son opinion concordante, le juge Lemmens<sup>113</sup> a considéré que le seuil de gravité de l'article 3 était très élevé et que, dans cette affaire, il y avait, comme la Cour l'avait d'ailleurs relevé, de fortes considérations humanitaires. Il a rappelé que l'article 53 CEDH permettait aux États contractants d'offrir aux personnes relevant de leur juridiction une protection plus étendue que celle garantie par la CEDH et souhaitait que les autorités belges, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, donnent aux considérations humanitaires relevées le poids qu'elles méritaient, au-delà même des exigences de la Convention (p. 39).

Dans son opinion dissidente, la juge Power-Forde a estimé que l'application de la jurisprudence *N. c. Royaume-Uni* conduirait « presque certainement au décès imminent de la requérante et à la perte pour ses trois jeunes enfants de la présence, de l'amour, de l'attention et du soutien de leur mère »<sup>114</sup>. Elle a regretté que la Cour, dans son examen, n'ait pas pris en compte un élément vital, soit la quasi-certitude d'un décès imminent (p. 40) et, en plus, que, vu la gravité particulière de la situation<sup>115</sup>, le gouvernement belge conscient du risque réel et imminent pour la vie de la requérante ne prenne aucune mesure pour l'éviter (p. 41).

Citant l'arrêt *Asvat c. Royaume-Uni*, elle a estimé que la requérante, une fois renvoyée, se trouverait elle aussi

<sup>109</sup> Voir : ACEDH *A. S. c. Suisse*, du 30 juin 2015, requête n° 39350/13, ACEDH *M. T. c. Suède*, du 26 février 2015, requête n° 1412/12, ACEDH *Tatar c. Suisse*, du 14 avril 2015, requête n° 65692/12. En matière de protection de migrants séropositifs sous l'angle de l'article 8 CEDH voir : ACEDH *Novruk et al. c. Russie*, du 15 mars 2016, requêtes nos 31039/11, 48511/11, 76819/12, 14618/13, 13817/14 et ACEDH *Kiyutin c. Russie*, du 10 mars 2011, requête n° 2700/10 (pour les détails des affaires voir en annexe).

<sup>110</sup> Aurélia SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 123-124.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 134. Avec d'autres facteurs tels que l'évolution des mentalités, des droits internes ou internationaux.

<sup>112</sup> ACEDH *S. J. c. Belgique*, du 27 février 2014, requête n° 70055/10. Elle est connue aussi comme l'affaire *Josef c. Belgique*.

<sup>113</sup> À laquelle se rallie la juge Nussberger.

<sup>114</sup> La requérante de l'affaire *N. c. Royaume-Uni* était morte peu après son renvoi.

<sup>115</sup> Les médicaments n'étaient pas disponibles au Nigeria, au moins dans l'association demandée pour la requérante, la vulnérabilité particulière de la requérante pour son jeune âge et pour ses trois enfants, les souffrances émotionnelles qu'elle devra subir « lorsqu'elle regardera ses trois jeunes enfants assister à la détérioration de l'état et au décès de leur mère à cause d'un manque de médicaments, tout en sachant qu'elle sera incapable de les aider et qu'elle les laissera orphelins après son décès », *ibid.*, p. 40.

dans un environnement hostile (p. 42) et s'est demandé pourquoi si l'article 3 « interdit, fort justement, l'expulsion d'une personne soupçonnée de terrorisme vers un État tiers [...] la même Cour dise que cette disposition n'interdit pas l'expulsion d'une mère vulnérable vers un État tiers où les conditions lui seront fatales » (p. 43). Selon la juge Power-Forde, une divergence aussi manifeste devait être corrigée par la Grande Chambre par une application *plus humaine* du critère des circonstances exceptionnelles afin de sauver la vie de la requérante, puisque la Cour devrait protéger non seulement les mourants mais aussi les vivants contre les traitements prohibés par l'article 3 (*ibidem*).

Pour Jean-Pierre Marguénaud, cet arrêt représente une *débâcle juridique et morale* pour les droits des étrangers malades qui risquent, une fois renvoyés, de ne pas pouvoir se procurer le traitement médical pour rester en vie. Il pense que la Cour a anéanti, en l'espèce, les dernières chances du malade apte à voyager<sup>116</sup> et regrette que celle-ci ait affirmé que la requérante a mis en place un *chantage reproductif*, afin de rester en Belgique, notamment à l'égard du troisième enfant qui avait été conçu après l'adoption des mesures provisoires de la part de la Cour. « Autant dire que, pour endiguer ce risque de chantage reproductif, la Cour impose une obligation de chasteté aux bénéficiaires des mesures provisoires qu'elle indique aux États pour différer leur retour forcé dans leur pays d'origine »<sup>117</sup>.

b. L'affaire *S. J. c. Belgique* [GC]<sup>118</sup>

Nous avons l'impression que la demande touchante de la juge Power-Ford a été reçue par le gouvernement et a poussé la requérante à poursuivre la défense de ses droits. En effet, sur la base de l'article 43 CEDH, le gouvernement ainsi que la requérante ont demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre. Toutefois, avant d'arriver devant la Cour, le gouvernement belge a proposé un règlement amiable soulignant les fortes considérations humanitaires militant en faveur d'une régularisation du séjour de la requérante et de celui de ses enfants<sup>119</sup>. C'est pourquoi l'affaire a été rayée du rôle par la Cour qui a félicité ce règlement car il s'inspire du respect des droits de l'homme tels que les reconnaissent la Convention et ses Protocoles (§ 60).

Dans son opinion dissidente, le juge Pinto De Albuquerque a trouvé regrettable que la Cour n'ait pas poursuivi l'affaire en vertu de l'article 37 §1 CEDH saisissant l'occasion pour s'écarter de la jurisprudence de l'affaire *N. c. Royaume-Uni* afin de garantir une digne protection des droits fondamentaux des personnes gravement malades en Europe (§ 1). Il a dit ne pas pouvoir « souscrire à l'évidente stratégie coût-avantage qui consiste à "acheter" une décision de radiation du rôle et à résoudre ainsi la situation de la présente requérante pour rester libre de continuer à faire comme si de rien n'était avec tous les autres ressortissants étrangers qui sont dans une situation analogue »<sup>120</sup>. En effet, on a l'impression que le gouvernement belge a trouvé une solution confortable pour éviter d'être critiqué devant la Cour.

En outre, selon le juge, les contradictions actuelles de la jurisprudence de Strasbourg se reflètent, malheureusement, sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE (ci-après CJUE) créant une situation paradoxale puisque le juge de Luxembourg offre aux étrangers gravement malades, de manière contradictoire, des garanties procédurales satisfaisantes tout en les privant des garanties matérielles les plus élémentaires<sup>121</sup>. C'est pourquoi, à son avis, il faudrait, avec urgence, revoir le critère de l'arrêt *N. c. Royaume-*

<sup>116</sup> Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « L'éloignement des étrangers malades du sida : la Cour européenne des droits de l'homme sur « les sentiers de la gloire » (Cour. eur. dr. h., arrêt S.J. c. Belgique, 27 février 2014) », in *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, n° 2014/100, p. 981.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 987.

<sup>118</sup> ACEDH *S. J. c. Belgique* [GC], (précité).

<sup>119</sup> Communiqué de presse du Greffier de la Cour - CEDH 088 (2015), du 19 mars 2015. La requérante a demandé, et obtenu, que son séjour et celui de ses trois enfants soient illimités et sans conditions et qu'une compensation pour dommage moral et matériel lui soit versée (ACEDH *S. J. c. Belgique* [GC], (précité), § 57).

<sup>120</sup> *Ibid.*, note 3, p. 12.

<sup>121</sup> *Ibid.*, § 4. Les arrêts de la CJUE *Mohamed M'Bodj c. État belge* [GC] (C-542/13) et *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve c. Moussa Abdida* [GC] (C-562/13), rendus le 18 décembre 2014, manifestent un déséquilibre. Le premier accorde aux migrants réguliers « un niveau de protection inférieur, du point de vue des soins médicaux, à celui octroyé par (le deuxième arrêt) à ceux qui séjournent illégalement » (§ 4). Cette approche contradictoire découlerait de la position prise par la Cour européenne qui a adopté une « une interprétation excessivement

*Uni* à la lumière du droit international des réfugiés et du droit international de la migration (§ 5).

Dans son opinion dissidente, le juge Pinto De Albuquerque a présenté alors, une critique très pointue du principe de base de cette affaire, qui affirme que, si la violation de l'article 3 découle d'une maladie survenant naturellement et d'un manque de ressources adéquates pour la traiter dans l'État de destination, l'État n'a pas l'obligation positive de garantir le traitement médical nécessaire pour une maladie grave ou potentiellement mortelle (§ 6). Selon le juge, ce principe affaiblit la force juridique de l'article 3 puisqu'il se base sur le fondement de *présomptions purement spéculatives* et vise à éviter un afflux censément incontrôlable de migrants médicaux vers les États parties, associé à un coût financier prétendument exponentiel (§ 7).

Le juge a critiqué le fait que l'arrêt ne donne pas de critères juridiques précis pour savoir quand une personne malade en phase terminale peut ou non faire l'objet d'une mesure d'éloignement<sup>122</sup>. À son avis, l'*argumentum ad ignorantiam* soutenu par la Cour qui tire des conclusions en l'absence d'informations pertinentes et complètes est contraire à un principe fondamental du raisonnement juridique (§ 9). Il a regretté que la Cour soit « prête à échanger le traitement scientifique d'une maladie mortelle comme l'infection à VIH qui est en place dans l'État auteur de la mesure d'éloignement contre la foi dans des progrès scientifiques incertains qui pourrait finir un jour par atteindre l'État de destination » (*ibid.*).

Un aspect semble notamment avoir dérangé le juge Pinto De Albuquerque, à savoir le fait que la Cour a imposé en cachette à la requérante une intenable charge de la preuve. En effet, depuis l'arrêt *Soering*<sup>123</sup>, la Cour a fait toujours peser sur l'État auteur de la mesure d'éloignement la charge de la preuve en lui demandant d'obtenir des assurances internationales à lui présenter. Et pourtant, dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, la Cour a exempté le gouvernement de fournir pareilles assurances (§ 9).

Selon le juge, le langage opaque de compassion employé dans l'arrêt trahit le souci réel de la majorité, qui est de renverser l'approche suivie dans *Airey c. Irlande*. Donc, la politique semble avoir remplacé le raisonnement juridique et « (l)a protection du droit à la vie et du droit à l'intégrité physique n'est plus l'objet d'une obligation de l'État, mais d'une politique de miséricorde plus ou moins obscure qui peut varier d'un État à l'autre en fonction de la sensibilité politique du gouvernement au pouvoir » (§ 10).

Et pourtant, la Commission interaméricaine des droits de l'homme, dans une affaire de 2008, s'est opposée au renvoi d'une requérante atteinte du sida, dont l'état de santé était stable même si le risque de décès n'était peut-être pas aussi imminent, mais le fait d'arrêter le traitement antirétroviral pourrait bien s'avérer fatal<sup>124</sup>.

Raison pour laquelle, le juge Pinto De Albuquerque a dit que le niveau européen de protection des droits de l'homme était bien inférieur au niveau américain (§ 11). « Je me demande combien de personnes comme N. ont été envoyées à la mort dans toute l'Europe pendant cette période, et combien d'autres encore devront endurer le même sort jusqu'à ce que la "conscience de l'Europe" s'éveille face à cette brutale réalité et décide de changer de cap. Réfugiés, migrants et ressortissants étrangers sont les premières cibles dans une société déshumanisée et égoïste. Leur situation est encore pire lorsqu'ils sont gravement malades. Ils deviennent alors des parias dont les gouvernements s'emploient à se débarrasser au plus vite [...]. Je ne puis délaissier ces enfants de Dieu laissés pour compte qui, dans leur marche forcée vers la mort, n'ont personne pour plaider en leur faveur » (§ 12).

---

restrictive de la garantie matérielle découlant de l'article 3 (dans *N. c. Royaume-Uni*) et une interprétation procédurale raisonnablement large du droit à un recours effectif pour les demandeurs d'asile (dans *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*) et, moins clairement, pour les migrants sans papiers (dans *De Souza Ribeiro c. France*) » (§ 5). Voir : Nicolas KLAUSSER, « Les étrangers malades et droit de l'Union européenne : Entre accroissement et restriction des garanties juridiques. Droits des étrangers (Directive 2004/83/CE et 2008/115/CE), *La Revue des Droits de l'Homme*, 9 janvier 2015 <http://revdh.revues.org/1044> (consulté le 8 janvier 2017).

<sup>122</sup> « Ainsi, la majorité s'abstient de dire que pour les patients atteints du sida le traitement antirétroviral peut être comparé à un appareil de maintien des fonctions vitales et que l'arrêt de ce traitement dans l'État de destination reviendrait à débrancher un tel appareil et donc à violer l'article 3. Au lieu de cela, elle se focalise sur « l'aptitude [de la requérante] à voyager » comme critère ultime et concret permettant de décider qui peut être éloigné ! » (§ 8).

<sup>123</sup> ACEDH *Soering c. Royaume-Uni*, du 7 juillet 1989, requête n° 14038/88, § 98.

<sup>124</sup> Com. IADH *Andrea Mortlock c. États-Unis*, du 25 juillet 2008, affaire 12 534.

c. L'affaire *Paposhvili c. Belgique*<sup>125</sup>

L'affaire concernait un ressortissant géorgien dont la demande d'asile avait été déboutée et qui avait introduit différentes demandes de régularisation de son séjour et de celui de sa famille, notamment, pour des raisons exceptionnelles de caractère médical. En effet, il était atteint d'hépatite C, de leucémie et de tuberculose. Mais, à la suite de plusieurs condamnations à des peines d'emprisonnement, entre autres, pour atteintes à l'ordre public, les autorités belges avaient refusé ses demandes et émis finalement un arrêté ministériel de renvoi avec une interdiction d'entrée de dix ans. Lors de sa détention, le requérant n'avait pas bénéficié d'un suivi médical suffisant pour sa leucémie et aucun examen n'avait été effectué par rapport à l'hépatite C. C'est pourquoi son état de santé s'était dégradé. Entre-temps, sa femme et ses enfants avaient obtenu une autorisation de séjour illimité. Étant atteint d'une maladie chronique, incurable et mortelle, devant la Cour, le requérant alléguait une violation de l'article 3 car son renvoi et l'arrêt des traitements entraîneraient de lourdes complications et sa mort prématurée. Il soutenait, en particulier, que sa situation était similaire à celle de l'affaire *D. c. Royaume-Uni* (§ 111).

Malgré cet état de santé grave, la Cour a affirmé que, sur la base des certificats médicaux, les affections étaient toutes stabilisées et sous contrôle, qu'il n'y avait pas, donc, de menace imminente pour sa vie et qu'il était capable de voyager (§ 120). Par rapport à la disponibilité de médicaments en Géorgie et au fait que le requérant ne disposait pas de moyens financiers pour les acheter, la Cour a dit qu'il y avait de tels médicaments « même si [...] toutes les personnes qui en ont besoin ne bénéficient pas de l'ensemble de ces médicaments et traitements » et qu'il semblait que le requérant avait un frère en Géorgie et y possédait une parcelle de terrain (§ 122). Donc, vu qu'il n'y avait pas de considérations humanitaires impérieuses s'opposant à l'éloignement du requérant (§ 124), elle a déclaré que son renvoi ne comporterait pas de violation de l'article 3<sup>126</sup>.

d. L'affaire *Paposhvili c. Belgique* [GC]<sup>127</sup>

En décembre 2016, la Grande Chambre s'est prononcée au sujet de cette affaire malgré le décès du requérant car les proches avaient demandé de poursuivre la procédure. La Cour a, de manière explicite, affirmé que l'affaire présentait des enjeux importants, en particulier, par rapport à l'interprétation de la jurisprudence relative à l'expulsion des étrangers gravement malades (§ 133).

Selon le requérant, la charge de la preuve de la disponibilité des soins en Géorgie devait reposer sur les autorités belges disposant des moyens d'investigation plus importants (§ 142). Il souhaitait que la Cour dépasse sa jurisprudence *N. c. Royaume-Uni* et définisse un seuil de gravité réaliste qui ne se limitait plus à consacrer un « droit de mourir dignement » (§ 149).

Pour sa part, le Gouvernement aussi remarquait l'importance de savoir si le seuil de gravité fixé par la Cour était modifié (§ 155). Pour le Centre des droits de l'homme de l'Université de Gand<sup>128</sup> cet arrêt était l'occasion pour la Cour d'abandonner son approche exagérément restrictive (§ 165) car un traitement inhumain et dégradant dépend du renvoi des intéressés du lieu où ils peuvent obtenir un traitement vital vers un lieu où ils ne le peuvent pas et c'est ainsi qu'ils sont exposés à un risque, quasi-certain mais évitable, de souffrance et de décès qui engage la responsabilité de l'État (§ 168). Le Centre des droits de l'homme a suggéré à la Cour d'examiner attentivement toutes les conséquences prévisibles de l'éloignement « afin de déterminer si la réduction de l'espérance de vie et la détérioration de la qualité de vie des intéressés seraient telles que le seuil de gravité requis par l'article 3 est atteint »<sup>129</sup> et d'imposer aux autorités internes de chercher ou

<sup>125</sup> ACEDH *Paposhvili c. Belgique*, du 17 avril 2014, requête n° 41738/10.

<sup>126</sup> Par rapport au grief relatif à l'article 8, la Cour a estimé que, vu qu'aucun membre de la famille n'avait la nationalité belge, il n'y avait pas de violation de la disposition car, l'épouse et leurs enfants ayant un permis de séjour à durée illimitée auraient pu garder le contact avec le père (§ 154). Dans son opinion dissidente, le juge Pejchal a dit qu'il y avait violation de l'article 8 car, sur la base de la situation médicale grave du requérant, « la décision d'expulser le requérant n'a pas ménagé un "juste équilibre" entre les exigences de l'intérêt général de la société et les impératifs de la protection des droits fondamentaux du requérant ».

<sup>127</sup> ACEDH *Paposhvili c. Belgique* [GC], du 13 décembre 2016, requête n° 41738/10.

<sup>128</sup> Tiers intervenant dans l'affaire devant la Cour.

<sup>129</sup> Sur la base des paramètres suivants : « l'état de santé des intéressés, le caractère approprié, en termes de qualité et

d'obtenir des assurances du pays d'origine que les intéressés aient effectivement accès aux traitements dont ils ont besoin (§ 171).

La manière par laquelle la Cour a fait, en quelque sorte, son admission de culpabilité, est très remarquable. En effet, après avoir rappelé sa jurisprudence précédente, en la matière, elle a dit que « l'application de l'article 3 de la Convention aux seules expulsions de personnes se trouvant au seuil de la mort, comme elle l'(avait) fait depuis l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, (avait) eu pour effet de priver les étrangers gravement malades ne se trouvant pas dans un état aussi critique du bénéfice de cette disposition.

Corrélativement, la jurisprudence postérieure à *N. c. Royaume-Uni* n'(avait) fourni aucune indication plus précise au sujet des cas très exceptionnels visés dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, autres que celui envisagé par l'arrêt *D. c. Royaume-Uni* » (§ 181). Ensuite, d'une manière très explicite, en vue de rendre effectives et concrètes et non pas théoriques et illusoires les garanties de la CEDH, elle a clarifié son approche.

Les autres cas très exceptionnels sont ceux dans lesquels la personne gravement malade, sans courir un risque imminent de mourir, dans le pays de destination, serait confrontée « à un risque réel d'être exposée à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie » à cause de l'absence de traitement approprié ou de manque d'accès à celui-ci. Toutefois, la Cour a rappelé que pour l'application de l'article 3 le seuil reste élevé (§ 183).

Du point de vue procédural, vu que la protection garantie par la CEDH est subsidiaire à celle des États, ceux-ci doivent examiner les craintes exprimées par les requérants et évaluer les risques qu'ils encourent en cas de renvoi (§ 184) mettant en place une procédure pertinente pour la réalisation d'un tel examen (§ 185) car l'obligation de protéger l'intégrité des intéressés, qui pèse sur les États, se réalise avant tout par les biais de telles procédures.

En ce qui concerne la charge de la preuve, la Cour a dit qu'il appartenait au requérant de produire les éléments de preuve des risques éventuels, mais sachant qu'une part de spéculation était inhérente à la fonction préventive de l'article 3 et qu'il ne fallait pas qu'il apporte une preuve certaine de ses affirmations (§ 186). Les États, au contraire, devaient dissiper les doutes éventuels au sujet des éléments de preuve présentés par le requérant par le biais d'un contrôle rigoureux (§ 187)<sup>130</sup>.

Par rapport aux conséquences du renvoi sur l'intéressé, selon la Cour, les États doivent les évaluer « en comparant son état de santé avant l'éloignement avec celui qui serait le sien dans l'État de destination après y avoir été envoyé » (§ 188). Toutefois, pour faire cet examen, ils ne doivent pas se référer au niveau de soins existant dans l'État de renvoi (§ 189)<sup>131</sup>. Si malgré cet examen, il y a encore des doutes sérieux sur les risques de la mesure, l'État de renvoi doit « obtenir de l'État de destination, comme condition préalable à l'éloignement, des assurances individuelles et suffisantes que des traitements adéquats seront disponibles et accessibles aux intéressés » (§ 191).

La Cour a affirmé, en tranchant une question qui a été souvent soulevée par la doctrine et par les juges, dans leurs opinions dissidentes, que ce qui engageait la responsabilité de l'État de renvoi sous l'angle de l'article 3 et qui provoquait le traitement inhumain et dégradant n'était pas le manquement par l'État de destination à disposer d'infrastructures médicales, mais la responsabilité « de l'État de renvoi du chef d'un acte, en

---

de promptitude, des traitements médicaux disponibles dans l'État d'accueil ainsi que leur accessibilité effective pour les personnes concernées. Cette dernière pourrait être évaluée en tenant compte du coût effectif des traitements, du soutien familial dont disposent les intéressés, de la distance géographique nécessaire pour accéder aux traitements ainsi que des particularités liées à l'état de santé des intéressés et qui accentueraient leur vulnérabilité » (§ 170).

<sup>130</sup> « Les autorités de l'État de renvoi doivent envisager les conséquences prévisibles du renvoi sur l'intéressé dans l'État de destination, compte tenu de la situation générale dans celui-ci et des circonstances propres au cas de l'intéressé » en s'appuyant aussi sur des rapports pertinents.

<sup>131</sup> « Il ne s'agit pas, en effet, de savoir si les soins dans l'État de destination seront équivalents ou inférieurs à ceux qu'offre le système de santé de l'État de renvoi. Il ne saurait pas non plus être déduit de l'article 3 un droit à bénéficier dans l'État de destination d'un traitement particulier qui ne serait pas disponible pour le reste de la population ».

l'occurrence l'expulsion, qui aurait pour résultat d'exposer quelqu'un à un risque de traitement prohibé par l'article 3 » (§ 192)<sup>132</sup>. La Cour a précisé aussi que le fait que l'État de renvoi soit un État contractant n'était pas déterminant (§ 193).

Appliquant les principes exposés ci-dessus, la Cour a affirmé que le gouvernement belge n'avait pas effectué un examen rigoureux de la situation médicale du requérant dans le cadre des procédures d'éloignement et il n'avait pas, donc, évalué « le risque encouru par le requérant à la lumière des données relatives à son état de santé et à l'existence de traitements adéquats en Géorgie ». C'est pourquoi elle a déclaré que si le requérant avait été éloigné sans un examen pertinent des données de la cause, « il y aurait eu violation de l'article 3 » (§§ 205-206). Ainsi, la Cour a reconnu l'existence d'une lacune dans la protection contre les traitements inhumains et a insisté sur la responsabilité des États dans l'examen des arguments soulevés par le requérant.

## 2.5 Conclusion

À la fin de ce deuxième chapitre, nous ne pouvons que constater que, en matière de protection de *migrants irréguliers* malades, l'approche de la Cour a été, pendant longtemps, caractérisée par une prudence excessive visant à protéger les intérêts étatiques.

Selon la doctrine citée, les décisions de la Cour sonnent comme des *condamnations à mort* qui « doivent être prises pour ce qu'elles sont : des barricades juridiques érigées aux portes de nos sociétés riches »<sup>133</sup>.

Cependant, nous ne pouvons pas oublier que les juges sont sensibles aux critiques et, certes, aux humeurs changeantes des États ainsi qu'aux problèmes politiques, notamment ces dernières années, avec une crise migratoire sans précédent et un phénomène massif d'épisodes de terrorisme<sup>134</sup> qui ont engendré un climat de suspicion générale.

Certes, la lecture des arrêts et des décisions de la Cour, en la matière, nous laisse un grand sentiment de déception puisque l'on aurait préféré la voir, elle la championne des droits de l'homme en Europe, comme un héros, se lancer au secours des catégories les plus vulnérables. Et pourtant, nous nous demandons si elle aurait vraiment pu faire un travail meilleur et comment. En effet, nous devons toujours nous souvenir que ce sont les États qui doivent garantir le respect et la sauvegarde des droits de l'homme et que la protection de la Cour est subsidiaire. À notre avis, la Cour ne peut pas être la panacée. De plus, le sujet des soins médicaux est sensible puisque les droits sociaux imposent à l'État l'adoption de mesures sociales complexes et économiquement lourdes<sup>135</sup> et, de ce fait, les États sont libres de choisir les modalités de mise en place de leur politique sociale et économique<sup>136</sup>. Toutefois, ils doivent certes respecter les droits de l'homme et les obligations internationales auxquelles ils se sont engagés et, en l'espèce, l'article 3 de la CEDH qui consacre un droit absolu.

En lisant ces arrêts et ces décisions, nous avons eu l'impression que la Cour voulait se justifier en se raccrochant à tous les arguments possibles et imaginables<sup>137</sup>, bridée par la peur d'ouvrir la boîte de Pandore en faisant de l'Europe l'infirmière du monde entier et très consciente d'être un modèle pour tous. Mais, les opinions séparées, bien qu'elles aient été souvent des cas isolés<sup>138</sup>, ont, à notre avis, marqué des points positifs sur le chemin d'une protection plus pointue des droits en examen. En effet, le tout dernier arrêt de la Cour, bien qu'il maintienne encore un seuil élevé pour l'application de l'article 3, nous mène à apercevoir entre ses lignes, en quelque sorte, l'influence des toutes les opinions séparées que nous avons citées. Certes,

---

<sup>132</sup> La Cour a précisé que « l'État de renvoi (n'a pas d'obligation) de pallier les disparités entre son système de soins et le niveau de traitement existant dans l'État de destination, en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire ».

<sup>133</sup> Serge SLAMA, Karine PARROT, « Étrangers malades : l'attitude de Ponce Pilate de la Cour européenne des droits de l'Homme », n° 101, *Plein droit*, 2014/2, p. I-VIII, p. 2 DOI 10.3917/pld.101.0027, (consulté le 8 janvier 2017).

<sup>134</sup> Entretien téléphonique avec M. Giorgio MALINVERNI, 10 novembre 2016.

<sup>135</sup> Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, op. cit., p. 461.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 462. La Cour affirme que « le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale » (ACEDH *James et al. c. Royaume-Uni*, du 21 février 1986, requête n° 8793/79, § 46).

<sup>137</sup> L'état de santé n'était pas critique, le requérant pouvait voyager et avait un terrain à vendre, etc.

<sup>138</sup> Entretien avec M. Michel HOTTELIER, 21 décembre 2016.

nous y voyons aussi l'influence des actions menées en Belgique par l'ordre des médecins, le comité de bioéthique et le collège des médiateurs fédéraux qui, depuis longtemps, dénonçaient les pratiques administratives des autorités belges comme contraires aux droits fondamentaux<sup>139</sup>.

Dans cette dernière affaire, la Cour a saisi l'occasion pour admettre les limites de sa jurisprudence précédente et a apporté un éclairage important sur ses principes. Il s'agit, bien sûr, d'un premier petit pas pour lequel il a malheureusement fallu la mort de M. Paposhvili, et, pendant les vingt ans ayant suivi l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, la mort de plusieurs migrants ayant regagné leur pays d'origine.

Mais, y'avait et y aurait-il une approche différente, peut-être plus efficace, pour garantir la protection des *migrants irréguliers* ?

---

<sup>139</sup> Marie-Claire LIEVENS, « Retour sur l'affaire Paposvhili », *La ligue des droits de l'homme*, 13 décembre 2016. <http://www.liguedh.be> (consulté le 8 janvier 2017).

## Chapitre III

# L'approche de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en matière de protection des droits des migrants : quelle évaluation, quelles limites et quelles perspectives pour la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour interaméricaine des droits de l'homme a adopté, en matière de protection des migrants, une démarche *progressive et progressiste* en reconnaissant au principe fondamental d'égalité et de non-discrimination la qualification de norme de droit international impératif dans une perspective d'*humanisation* du droit international des droits de l'homme<sup>1</sup>. En effet, ses arrêts et avis s'inscrivent « dans une conception doctrinale du droit international particulière, dite "universaliste", selon laquelle le système international doit avoir pour fin la protection de la personne humaine »<sup>2</sup>.

Selon Jean-Paul Costa, la jurisprudence de la Cour a été courageuse et souvent audacieuse<sup>3</sup>, car elle a permis de renforcer, au fil du temps, le système de protection et tout cela bien que la Convention interaméricaine des droits de l'homme (ci-après CIDH) sauvegarde le respect maximal de la volonté étatique à travers une clause classique d'acceptation de compétence contentieuse de la Cour<sup>4</sup>.

Avant de nous dédier à l'analyse de l'approche de la Cour en la matière, il nous semble pertinent de résumer, d'une manière brève mais exhaustive, les aspects principaux du système interaméricain de protection des droits de l'homme et de ses organes.

### 3.1 Le système interaméricain de protection des droits de l'homme

Le système interaméricain<sup>5</sup> se caractérise par un *dualisme fonctionnel et normatif*<sup>6</sup> car il comporte deux mécanismes de protection des droits de l'homme. Le premier, conçu dans le cadre de l'Organisation des États américains (ci-après OEA)<sup>7</sup>, se fonde sur l'action de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (ci-après Commission) et est axé sur la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme<sup>8</sup>. Le deuxième mécanisme, institué par la CIDH, prévoit l'action de la Commission ayant une fonction de contrôle du respect des obligations des États parties et statuant sur la recevabilité des recours, et de la Cour qui a une compétence contentieuse et consultative<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> Hélène TIGROUDJA, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de "l'humanisation du droit international public". Propos autour des récents arrêts et avis », in *Annuaire français de droit international*, Volume 52, 2006, p. 619. Pour l'auteur, c'est avec le juge Cançado Trindade que cette conception doctrinale qui prône « l'humanisation » du droit a pris une dimension particulière puisque la pratique a servi cet objectif.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 618.

<sup>3</sup> Jean-Paul COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2013, p. 44.

<sup>4</sup> Article 62 § 1 CIDH. Laurence BOURGORGUE-LARSEN, Amaya UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 10.

<sup>5</sup> Le système concerne l'Amérique du Nord et l'Amérique latine.

<sup>6</sup> Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 86.

<sup>7</sup> L'organisation régionale, créée en avril 1948 par la *Charte de Bogotá*, comporte 35 États membres.

<sup>8</sup> Adoptée à Bogotá en 1948, elle est le premier instrument international à proclamer, plusieurs mois avant l'adoption de la DUDH, les droits et les devoirs de l'homme. Elle a acquis, au fil du temps, une valeur obligatoire, grâce à l'action de la Commission et de la Cour, Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, *op. cit.*, pp. 18 et 25.

<sup>9</sup> Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 97.

### 3.1.1 La Cour interaméricaine des droits de l'homme

La Cour se compose de sept juges, élus par l'Assemblée générale de l'OEA, qui ne siègent pas sur une base permanente, mais qui rendent leurs arrêts en séance plénière<sup>10</sup>. Elle effectue périodiquement des sessions *extra muros* permettant aux fonctionnaires et à la société civile de se familiariser avec le fonctionnement du système interaméricain<sup>11</sup>. Afin de protéger effectivement les victimes, elle a établi, par voie prétorienne, un mécanisme qui lui permet de superviser la mise en œuvre de ses décisions. Il s'agit des audiences de supervision<sup>12</sup>.

Elle est organisée et fonctionne selon un modèle qui s'inspire largement de la Cour européenne, mais avec certaines différences. Elle possède une compétence consultative plus large que celle attribuée à cette dernière<sup>13</sup> car elle peut être saisie par les organes et par tous les États de l'OEA, même s'ils ne sont pas parties à la CIDH. En plus, bien que ses avis n'aient pas d'effets contraignants pour les États et n'impliquent pas l'examen de questions contentieuses<sup>14</sup>, ils lui ont permis de se prononcer sur tout le contenu de la CIDH en éclairant des points d'interprétation très importants<sup>15</sup>. En tout cas, la Cour leur attribue des effets juridiques incontestables<sup>16</sup>. En effet, il s'agit d'une fonction remarquable car la Cour peut se prononcer sur tous les traités internationaux en matière de droits de l'homme et sur la conformité des lois nationales, y compris les projets législatifs, avec ces derniers. Cette compétence suscite l'engouement des États qui préfèrent le dialogue à la procédure contentieuse<sup>17</sup>.

Toutefois, la Cour peut trancher des affaires concernant l'interprétation et l'application de la CIDH seulement si les États ont accepté sa compétence contentieuse<sup>18</sup>. Elle ne peut pas recevoir directement une plainte puisque c'est la Commission qui la reçoit et en examine la recevabilité. En effet, selon la Convention, la victime n'a pas la capacité d'agir. C'est pourquoi la Cour peut être saisie seulement par la Commission et par les États qui ont reconnu sa compétence<sup>19</sup>.

Dans son action, elle s'inspire largement de la jurisprudence de la Cour EDH. En effet, elle la cite souvent et se montre attachée aux principes de la société démocratique et de la prééminence du droit. Elle s'est prononcée sur des questions fort importantes comme les disparitions forcées, la torture et les droits des peuples autochtones. Toutefois, son activité contentieuse est moins importante, par rapport au nombre d'arrêts rendus chaque année<sup>20</sup>, que sa consœur européenne parce que la Commission ne la saisit que de

---

<sup>10</sup> La Cour, qui a commencé son travail en 1979, siège à San José, au Costa Rica. Les juges (trois juges d'Amérique centrale, deux juges d'Amérique du Sud, un juge des Caraïbes et un juge des États-Unis) doivent venir de l'un des pays de l'OEA sans pour autant que leur pays d'origine ait ratifié la CIDH. Sergio GARCÍA RAMÍREZ, « Prologue », in Laurence BOURGORGUE-LARSEN, Amaya UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., p. XVIII et XXXIV.

<sup>11</sup> Éric TARDIF, « Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : particularités, percées et défis », in *Revue des droits de l'homme*, 6/2014, p. 6.

<sup>12</sup> Les audiences se passent en présence des représentants des victimes, de l'État, et de la Commission, devant un comité de trois ou quatre juges qui essaie de faciliter les accords entre les parties et émet un rapport contenant les actions que l'État concerné doit entreprendre pour s'acquitter de ses obligations. Le comité reste saisi de l'affaire jusqu'à la mise en œuvre de ses recommandations, Éric TARDIF, « Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : particularités, percées et défis », in *Revue des droits de l'homme*, op. cit., pp. 14-15. La Cour a la faculté de contrôler l'exécution des décisions qu'elle rend puisqu'elle en doit informer l'Assemblée générale de l'OEA (article 65 CIDH).

<sup>13</sup> Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, op. cit., p. 100. La Cour EDH peut donner des avis seulement sur demande du Comité des Ministres et concernant exclusivement la Convention et ses Protocoles.

<sup>14</sup> Toutefois, les questions examinées doivent être pertinentes dans la pratique et ancrées dans la réalité.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>16</sup> Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, op. cit., p. 334.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>18</sup> Article 62, § 3 CIDH. Soit par une déclaration spéciale, soit par une convention spéciale.

<sup>19</sup> Article 61 CIDH.

<sup>20</sup> Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, op. cit., p. 100 et p. 102. En moyenne, une vingtaine d'arrêts par an.

manière exceptionnelle<sup>21</sup>. Son *corpus iuris*<sup>22</sup> comprend non seulement la Convention et ses Protocoles, mais aussi ses arrêts et ses avis, son statut et son règlement ainsi que ceux de la Commission, les traités spécialisés<sup>23</sup>, les accords ou recommandations des organes du système interaméricain, les recommandations de la Commission<sup>24</sup>.

Pour la Cour, le respect des droits de l'homme a un caractère *erga omnes* puisqu'elle reconnaît le caractère obligatoire et général à tous les droits de l'homme. C'est pourquoi elle est probablement le tribunal international ayant le plus contribué à l'expansion de la notion de *jus cogens*<sup>25</sup>.

### 3.1.2 La Commission interaméricaine des droits de l'homme

La Commission se compose de sept membres élus par l'Assemblée générale de l'OEA<sup>26</sup> et a la fonction principale, en tant qu'organe consultatif, de promouvoir le respect et la défense des droits de l'homme. Elle prépare des études et des rapports sur la base desquels elle adresse aux États parties des recommandations en la matière. En ce qui concerne les États parties à la CIDH, elle a une compétence plus large puisqu'elle peut leur demander des informations pour vérifier si leur droit interne assure le respect des dispositions de la Convention. Ses rapports généraux sur chaque pays et ses rapports thématiques sont très importants puisqu'ils favorisent la promotion des droits de l'homme même dans les États qui n'ont pas ratifié la Convention<sup>27</sup>.

Dans le cadre de la CIDH, elle est l'organe de contrôle du mécanisme de protection parce qu'elle est chargée de recevoir les plaintes individuelles<sup>28</sup> dirigées contre l'un des États parties<sup>29</sup>. Elle exerce cette compétence sans que les États soient obligés de la lui reconnaître<sup>30</sup>, mais son examen n'a pas d'effets obligatoires. Elle statue sur la recevabilité des plaintes, effectue un examen des faits sur le fond et tente un règlement amiable. Si ce dernier ne se réalise pas, alors, elle rédige un rapport préliminaire contenant ses conclusions sur l'affaire qui ont une valeur de recommandation. Elle peut, ensuite, saisir la Cour et l'investir de l'affaire si la réponse de l'État à son rapport n'est pas adéquate<sup>31</sup>.

<sup>21</sup> Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 88.

<sup>22</sup> L'article 29 § d CIDH autorise implicitement l'utilisation de sources externes au système conventionnel. Mais, la Cour est allée au-delà de cette disposition utilisant des textes qui dépassent largement le cadre des droits de l'homme fondant « dans un même ensemble normatif, les droits de l'homme, le droit humanitaire et le droit international pénal », Hélène TIGROUDJA, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de "l'humanisation du droit international public". Propos autour des récents arrêts et avis », in *Annuaire français de droit international*, *op. cit.*, p. 620. La Cour, en effet, pense pouvoir puiser dans d'autres instruments parce que « la plupart des branches du droit international convergent et doivent converger vers la protection de la personne », *ibid.*, p. 622. Toutefois, cette méthode suscite des réserves, notamment, quant à la rigueur et la pertinence avec lesquelles la Cour opère ces emprunts, *ibid.*, p. 623.

<sup>23</sup> Comme, par exemple, la *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture* (1985) et la *Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes* (1994).

<sup>24</sup> Sergio GARCÍA RAMÍREZ, « Prologue », in Laurence BOURGORGUE-LARSEN, Amaya UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. XXI.

<sup>25</sup> Éric TARDIF, « Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : particularités, percées et défis », in *Revue des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>26</sup> Elle a été créée en 1959, mais elle est devenue formellement un organe de l'OEA en 1967. Son siège est à Washington. Sergio GARCÍA RAMÍREZ, « Prologue », in Laurence BOURGORGUE-LARSEN, Amaya UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. XV.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. XV. Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>28</sup> Article 44 CIDH. La CIDH prévoit aussi le mécanisme des communications interétatiques (article 45) qui n'a jamais été utilisé. Mais, il faut que les États concernés aient accepté la compétence de la Commission pour la saisir.

<sup>29</sup> Lorsqu'un État ratifie la CIDH, il accepte la compétence contentieuse de la Commission, Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>30</sup> Dans ce sens, le système est plus contraignant que l'ancien système de la CEDH où la compétence de la Commission européenne était soumise à cette reconnaissance. Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>31</sup> Si après un mois, à dater de la notification du rapport préliminaire, le pétitionnaire invite la Commission à saisir la Cour IDH, la Commission doit le faire si elle estime que l'État ne s'est pas conformé aux recommandations

Puisque sa fonction est dualiste, la Commission exerce un contrôle aussi à l'égard des États qui ne sont pas parties de la CIDH. En effet, elle reçoit aussi les pétitions individuelles relatives à ces derniers concernant des violations aux dispositions de la Déclaration américaine. Si, en général, la Commission exerce des compétences de nature diplomatique et politique, dans cette fonction elle agit en tant qu'organe quasi juridictionnel<sup>32</sup>.

### 3.2 La Convention interaméricaine des droits de l'homme

La Convention, connue aussi comme le *Pacte de San José*, a été ratifiée uniquement par 25 États de l'OEA<sup>33</sup>. Elle a été complétée par l'adoption d'un Protocole additionnel, en 1988, concernant les droits économiques, sociaux et culturels et d'un autre Protocole, en 1990, sur l'abolition de la peine de mort<sup>34</sup>. Elle garantit la protection des droits aux seules personnes physiques<sup>35</sup>.

Le mécanisme de protection est assuré pour tous les droits garantis, sauf pour certains droits économiques, sociaux et culturels pour lesquels il n'est pas prévu de procédure de type contentieux puisqu'il y a seulement un contrôle effectué par le biais de rapports périodiques<sup>36</sup>.

En ce qui concerne la mise en œuvre des arrêts de la Cour, la CIDH garantit un maximum d'efficacité. D'abord, elle prévoit que les États doivent se conformer à l'arrêt en cause<sup>37</sup> et, ensuite, que la Cour peut ordonner des mesures spécifiques de réparation<sup>38</sup>. On remarque, en tout cas, que les États exécutent avec une certaine régularité les arrêts ordonnant une réparation pécuniaire ou une modification législative, mais qu'ils se montrent réticents lorsqu'il s'agit des poursuites judiciaires à l'encontre d'auteurs d'infractions restés impunis<sup>39</sup>.

### 3.3 Les dispositions spécifiques de la CIDH en matière d'étrangers

Le préambule de la CIDH présente déjà la volonté des États parties de considérer que les droits de l'homme « are based upon attributes of the human personality » et qu'ils « are not derived from one's being a national of a certain state »<sup>40</sup>. Cette volonté claire est reprise, ensuite, dans l'article 1<sup>er</sup> disposant que les États s'engagent à garantir le libre et plein exercice des droits à toute personne relevant de leur juridiction sans discrimination « for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition »<sup>41</sup>. Toutefois, la CIDH contient seulement deux dispositions concernant les étrangers et, comme sa consœur européenne, présente un vide normatif en matière migratoire.

---

contenues dans le rapport préliminaire, Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, op. cit., p. 227.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 50 et p. 60.

<sup>33</sup> Elle a été adoptée le 22 novembre 1969 par l'OEA et est entrée en vigueur le 18 juillet 1978. Signée par la plupart des États américains, sauf le Canada, elle n'a pas été ratifiée par les États-Unis. Le traité a été dénoncé, en 1998, par la Trinité-et-Tobago et, en 2012, par le Venezuela. Cuba a été réintégré en 2009. Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, op. cit., p. 98.

<sup>34</sup> Il est connu sous le nom de *Pacte de San Salvador*.

<sup>35</sup> Article 1<sup>er</sup> § 2 CIDH : « For the purposes of this Convention, « person » means every human being ».

<sup>36</sup> Seulement les violations concernant la liberté syndicale et le droit à l'éducation comportent la mise en place du mécanisme de contrôle contentieux, Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, op. cit., p. 99.

<sup>37</sup> Article 68, § 1<sup>er</sup> CIDH. La Cour peut accorder une indemnisation pécuniaire. En plus, l'arrêt est directement exécutoire dans le territoire de l'État en cause.

<sup>38</sup> Article 63, § 1<sup>er</sup> CIDH. Par exemple, l'abrogation d'une loi, ou la réfection d'un procès. La Cour émet régulièrement des listes d'actions à entreprendre pour l'État auteur des violations, contrairement à la Cour EDH qui adopte de mesures de réparation si celles établies par l'État sont considérées comme insuffisantes, Éric TARDIF, « Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : particularités, percées et défis », in *Revue des droits de l'homme*, op. cit., p. 9.

<sup>39</sup> Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, op. cit., p. 101.

<sup>40</sup> Préambule CIDH.

<sup>41</sup> Article 1<sup>er</sup> § 1 CIDH.

### 3.3.1 L'article 20 CIDH

Cette disposition consacre le droit à la nationalité, un droit intangible et indérogeable<sup>42</sup>. Sa portée est remarquable parce qu'elle attribue ce droit à toute personne qui naît sur le territoire d'un État. En effet, elle vise à exclure les cas d'apatridie et reconnaît le *jus soli*. En plus, elle affirme que personne ne peut être privé, de manière abstraite, de sa nationalité ou du droit de la changer.

La Cour s'est prononcée sur le contenu de cette disposition dans des avis consultatifs et dans des arrêts<sup>43</sup>. En l'espèce, elle a estimé qu'un être humain a le droit de jouir d'une nationalité parce que c'est grâce à celle-ci que la personne possède un minimum de protection juridique au niveau international et sa privation arbitraire est interdite car l'individu perdrait la jouissance de tous ses droits politiques et de certains droits civils<sup>44</sup>. Ainsi, s'opposant à la conception classique qui considère l'attribution de la nationalité comme une compétence exclusive de l'État, la Cour soutient que le droit à la nationalité constitue désormais un droit de l'homme<sup>45</sup>. Partant, si l'État est souverain dans la détermination des conditions d'octroi de la nationalité, il doit, toutefois, respecter les exigences de la protection internationale des droits de l'homme<sup>46</sup>.

### 3.3.2 L'article 22 CIDH

Cet article reconnaît le droit de déplacement et de résidence à ceux qui se trouvent légalement sur le territoire de l'État partie qui, toutefois, peut imposer des restrictions légales pour cause d'intérêt public. L'article prévoit aussi le droit de quitter n'importe quel pays y compris le sien. Par rapport aux étrangers, légalement admis sur le territoire de l'État partie, il affirme qu'ils pourront être expulsés seulement en vertu d'une décision conforme à la loi, mais que les expulsions collectives sont interdites. Malgré l'importance de cette liberté, il n'existe que peu de décisions de la Cour en la matière<sup>47</sup>.

Il est remarquable que cet article consacre, à son paragraphe 7, le droit d'asile en cas de persécution pour délits politiques ou pour délits de droits commun connexes à des délits politiques. Certes, la demande doit être introduite dans le respect de la loi de l'État d'accueil et des conventions internationales. L'article prohibe aussi le refoulement et le renvoi d'un étranger « lorsque son droit à la vie ou à la liberté individuelle risque de faire l'objet de violation en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de sa condition sociale ou en raison de ses opinions politiques »<sup>48</sup>.

## 3.4 La Cour interaméricaine et la protection des migrants

La Cour considère les migrants comme une catégorie vulnérable. Par ailleurs, elle porte plus d'attention aux *migrants irréguliers* qui sont dans une situation de fragilité juridique plus importante et risquent de subir des violations graves<sup>49</sup>. En effet, elle a souvent affirmé que « toda persona que se encuentre en una situación de

<sup>42</sup> Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, op. cit., p. 395.

<sup>43</sup> Voir : Avis consultatif, « *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización* », OC-4/84, Série A. n° 4 (la première prononciation de la Cour en matière de migrants) ; ACIDH, *Les filles Yean et Bosico c. République Dominicaine*, du 8 septembre 2005, Série C. n° 130 ; ACIDH *Incher Bronstein c. Pérou*, du 6 février 2001, Arrêt sur le fond, Série C. n° 74.

<sup>44</sup> ACIDH *Castillo Petruzzi c. Pérou*, du 30 mai 1999, Arrêt sur le fond, Série C. n° 52, § 87 et § 100 ; Avis consultatif, « *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización* », (précité), § 34.

<sup>45</sup> Avis consultatif, « *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización* », (précité), § 33.

<sup>46</sup> *Ibid.*, § 38. Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, op. cit., pp. 548-549.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 490. Voir : ACIDH *Blake c. Guatemala*, du 24 janvier 1998, Arrêt sur le fond, Série C. n° 36 ; ACIDH *Ricardo Canese c. Paraguay*, du 31 août 2004, Série C. n° 111 ; ACIDH *Caso de la Comunidad Moivana c. Suriname*, du 15 juin 2005, Série C. n° 124.

<sup>48</sup> Article 22 § 8 CIDH.

<sup>49</sup> Rosmerlin ESTUPINÁN-SILVA, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : esquisse d'une typologie », in Laurence BURGORGUE-LARSEN, (sous la dir. de), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014, p. 106. Voir aussi : Salvatore Fabio NICOLOSI, « The Treatments of Irregular Migrants in the inter-American Human Rights and European Union Case-Law. Two Parallel Lines may

vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos »<sup>50</sup>.

### 3.4.1 *Compétence consultative*

#### a. Le principe d'égalité et de non-discrimination relevant du *jus cogens*

La Cour a rendu un avis consultatif très important en matière de migrants, sur demande du Mexique. Il s'agit de l'avis 18/2003<sup>51</sup> concernant les clandestins et le principe d'égalité et de non-discrimination<sup>52</sup>. En l'espèce, l'avis concernait, même si de manière tacite, la question des immigrés mexicains aux États-Unis<sup>53</sup>. En effet, ces derniers, après une période caractérisée par l'accueil de migrants, à la suite des attentats du 11 septembre 2001, ont commencé à refouler les immigrés et à mettre en place un ensemble très rigoureux de contrôles à la frontière. Malgré cela, les Mexicains continuaient d'entrer dans le pays et étaient engagés dans des conditions de travail défavorables, sans aucun respect pour les règles minima du droit du travail.

La Cour, après avoir rappelé que le contenu d'un avis consultatif s'applique à tous les États membres de l'OEA, même s'ils n'ont pas ratifié la CIDH et ses protocoles, a donné une définition du principe d'égalité/non-discrimination disant que c'est un principe de caractère général qui doit être respecté et reconnu à l'égard de toute personne, y compris les étrangers se trouvant légalement sur le territoire de l'État, mais aussi les migrants irréguliers<sup>54</sup>.

S'inspirant directement de la jurisprudence de la Cour EDH<sup>55</sup>, elle a dit que l'État pouvait faire une distinction, mais, que celle-ci était admissible si elle était raisonnable, objective et proportionnelle<sup>56</sup>. Par contre, la discrimination n'était pas admise. La Cour a affirmé, ensuite, que le principe d'égalité et de non-discrimination relevait du *jus cogens*<sup>57</sup> car c'était sur lui que « descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional et internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico [...] ». Este principio [...] forma parte del derecho internacional general »<sup>58</sup>.

---

even meet », in Yves HAECK, Oswaldo RUIZ-CHIRIBOGA, Clara BURBANO-HERRERA, (ed), *The Inter-American Court of Human Rights : Theory and practise, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 596.

<sup>50</sup> ACIDH *Ximenes Lopes c. Brésil*, du 5 juillet 2006, Série C. n° 149, § 103. « Toute personne se trouvant dans une situation de vulnérabilité est titulaire d'une protection spéciale, à motif des devoirs spéciaux qu'il faut que l'État accomplisse pour respecter les obligations générales de respect et garantie des droits de l'homme » (traduction libre, non officielle).

<sup>51</sup> Avis n° 18/2003, « *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* », du 17 septembre 2003, OC-18/03, Série A. n° 18. Il concernait un arrêt, rendu en mars 2002 par la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. national Labour relations Board* à l'encontre d'un ressortissant mexicain, M. Castro qui avait travaillé clandestinement. En l'espèce, la Cour suprême, saisie par l'employeur, avait déclaré que « la violation de la Loi sur l'immigration devait primer sur la violation du droit du travail et que, par conséquent, M. Castro n'avait pas droit aux salaires impayés ». Donc, la Cour n'avait pas reconnu juridiquement les droits fondamentaux des sans-papiers, Laurence BOURGORGUE-LARSEN, Amaya UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., p. 378.

<sup>52</sup> L'article 1<sup>er</sup> § 1, l'article 24 et l'article 27 CIDH reconnaissent ce principe. Vu qu'il est difficile de séparer l'égalité de la non-discrimination, la Cour les considère comme un seul principe, Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, op. cit., p. 411.

<sup>53</sup> Laurence BOURGORGUE-LARSEN, Amaya UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., p. 372.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 379 et p. 381. La Cour cite, notamment, les articles 1 § 1 et 2 de la CIDH et l'article 2 du Pacte ONU II.

<sup>55</sup> Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, op. cit., p. 412.

<sup>56</sup> Laurence BOURGORGUE-LARSEN, Amaya UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., p. 382.

<sup>57</sup> Avis n° 18/2003, (précité), §§ 100-101.

<sup>58</sup> *Ibid.*, § 101. « C'est sur lui qui repose tout l'échafaudage juridique de l'ordre public national et international et car il constitue un principe fondamental qui imprègne tout l'ordonnement juridique [...] ». Ce principe fait partie du droit international général », traduction reprise de Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, op. cit., p. 414.

Sur la base de ce constat, elle a déclaré que tous les droits de la Convention étaient reconnus à toute personne, sans discrimination, et que chaque État devait les respecter et les garantir. Par rapport à la demande introduite par le Mexique, la Cour a affirmé que le seul fait d'être employé attribuait à la personne la qualité de travailleur et, par conséquent, tous les droits qui découlaient de celle-ci et, cela, même s'il s'agissait d'un travailleur clandestin et que l'État était responsable des violations commises par les entreprises privées<sup>59</sup>. Donc, elle a basé son raisonnement sur la question de l'existence d'une relation de travail et sur le fait que tout travailleur doit être protégé sur le lieu de travail d'une manière égale et respectueuse des droits de l'homme<sup>60</sup>. Ce faisant, elle a développé les bases d'une *protection accrue* à l'égard des *migrants irréguliers* qui acquièrent la qualité de catégorie autonome au sein du système interaméricain<sup>61</sup>.

### 3.4.2 Compétence contentieuse

#### a. Les mesures provisoires

Dans le cadre de sa compétence contentieuse, la Cour a largement adopté des mesures provisoires à l'égard de tous les droits de l'homme afin de les préserver. Elle a fait de cet outil une véritable garantie juridictionnelle de caractère préventif<sup>62</sup>, en particulier, car elle les a adoptées aussi à l'égard des membres de groupes de personnes non individualisées, mais identifiables. Selon la Convention, elle peut les adopter lorsqu'elle est saisie d'une affaire *ex officio* ou sur demande de la Commission ou des représentants des victimes présumées. Elle peut les adopter avant même d'être saisie, mais, dans ce cas seulement sur demande de la Commission.

Même si la Cour exerce sa compétence en la matière de manière discrétionnaire, pour octroyer de telles mesures il faut que trois conditions soient suffisamment établies : l'extrême gravité, l'urgence et le caractère irréparable du préjudice. La Cour soutient que la mesure provisoire est un mécanisme de nature extraordinaire et qu'il convient d'en faire usage dans des circonstances exceptionnelles<sup>63</sup>.

#### b. L'article 22 § 9 CIDH et l'interdiction d'expulsions collectives

En 2000, la Cour s'est prononcée en matière d'expulsions collectives de travailleurs clandestins en raison de la couleur de leur peau<sup>64</sup>. Même si les questions relatives à la politique de l'immigration relèvent du domaine de la souveraineté de l'État, et que, aux termes de l'article 22 § 6 de la Convention, les *migrants réguliers* ne peuvent pas être expulsés sauf par une décision fondée sur la loi, la Cour a estimé que la compétence de l'État n'était pas sans limites<sup>65</sup>.

Avant tout, selon l'article 22 § 9, les expulsions collectives sont interdites malgré le statut des étrangers et, donc, même vis-à-vis des *irréguliers*. Selon la Cour, la politique sur l'immigration doit être compatible avec le respect des droits de l'homme comme définis dans la CIDH. C'est pourquoi elle a déclaré les expulsions incompatibles avec l'article 1<sup>er</sup> de la Convention et a ordonné à la République Dominicaine d'arrêter les

<sup>59</sup> Laurence BOURGORGUE-LARSEN, Amaya UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., p. 384 et p. 385.

<sup>60</sup> Salvatore Fabio NICOLSI, « The Treatments of Irregular Migrants in the inter-American Human Rights and European Union Case-Law. Two Parallel Lines may even meet », in Yves HAECK, Oswaldo RUIZ-CHIRIBOGA, Clara BURBANO-HERRERA, (ed), *The Inter-American Court of Human Rights : Theory and practise, Present and Future*, op. cit., p. 597. Voir : article 63 § 2 CIDH.

<sup>61</sup> Laurence BOURGORGUE-LARSEN, Amaya UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., p. 467.

<sup>62</sup> Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, op. cit., p. 199. Voir aussi : Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Human Become Migrants, Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 296-300.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 202. Voir : ACIDH *Affaire Chunima*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 1<sup>er</sup> août 1991.

<sup>64</sup> Les ordonnances datent du 18 août et du 12 novembre 2000 et concernent l'expulsion en masse de travailleurs clandestins haïtiens et dominicains d'origine haïtienne de la part de la République Dominicaine. Mariangela SCALABRINO, « Les travailleurs clandestins dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », in Vincent CHETAIL, (sous la dir. de.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, volume II, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 363.

<sup>65</sup> *Ibid.*, pp. 368-369.

expulsions des personnes identifiées, de préserver leur droit à la vie et à l'intégrité physique, de réadmettre au plus tôt les expulsés identifiés, notamment, s'ils avaient laissé des enfants dans le pays, afin de reconstituer leur famille<sup>66</sup>.

En République Dominicaine, la haine contre les Haïtiens s'est accrue à la suite l'adoption en 2004 d'une nouvelle loi sur l'émigration déniait la nationalité dominicaine aux enfants des Haïtiens nés sur le territoire<sup>67</sup>. En 2005, dans l'affaire *Filles Yean et Bosico*<sup>68</sup>, la Cour s'est prononcée à l'encontre des actions de la République Dominicaine qui visait à empêcher l'enregistrement des enfants haïtiens et à maintenir la situation irrégulière de la communauté haïtienne. Elle a dit que, s'il était vrai que la réglementation de la nationalité appartenait à l'État, le droit international imposait à ce dernier certaines limites y compris les exigences de la *protection intégrale* des droits de l'homme<sup>69</sup>. Notamment, elle a déclaré que « (t)he migratory status of a person is not transmitted to the children and (t)he fact that a person has been born on the territory of a State is the only fact that needs to be proved for the acquisition of nationality »<sup>70</sup>.

### c. L'article 22 § 8 CIDH et le principe de non-refoulement

Dans une affaire récente<sup>71</sup> concernant une demande d'asile, la Cour s'est prononcée, pour la première fois, sur le principe de non-refoulement et a établi, s'inspirant largement de sa jumelle européenne, un ensemble de critères minima que les États doivent respecter en matière d'asile et d'expulsion. Notamment, elle a déclaré que l'individu était protégé contre le refoulement sur la base de l'article 22 § 8 CIDH consacrant le droit d'asile, en dépit de son statut légal et de sa situation migratoire<sup>72</sup>. Toutefois, cela n'empêche pas les États de mettre en place des actions à l'encontre de migrants qui violent les lois nationales. Mais, dans l'exercice de cette compétence, ils doivent respecter les droits de l'homme, sans discrimination<sup>73</sup>. En particulier, la mesure doit être individualisée, non discriminatoire et respecter les garanties minimales<sup>74</sup>.

Dans cette affaire, la Cour a pu développer, entre autres, un ensemble de principes concernant la participation des enfants à la procédure d'asile et à l'expulsion. En l'espèce, à son avis, les enfants ont le droit de participer et d'exprimer leurs avis et de recevoir des garanties procédurales spécifiques lorsqu'ils sont non accompagnés. Elle a, ainsi, examiné avec une attention particulière la situation vulnérable des enfants qui, dans l'affaire en examen, avaient été traités par la Bolivie comme des objets conditionnés et limités par rapport aux droits de leurs parents et non pas comme des sujets de droits<sup>75</sup>.

Pour Salvatore Fabio Nicolosi, cette prise de position de la Cour confirme que les droits des migrants et des demandeurs d'asile deviennent de plus en plus un problème important au sein de l'OEA<sup>76</sup>. D'ailleurs grâce

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 370.

<sup>67</sup> Laurence BOURGORGUE-LARSEN, Amaya UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., p. 613.

<sup>68</sup> ACIDH *Les filles Yean et Bosico c. République Dominicaine*, (précité). L'État avait refusé aux deux filles le certificat de naissance en les laissant sans nationalité et sans statut légal. Pour la Cour l'État a violé le droit à la nationalité, le droit au nom et l'article 5 à motif des traitements inhumains subis par les filles.

<sup>69</sup> Laurence BOURGORGUE-LARSEN, Amaya UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., p. 613 et p. 615.

<sup>70</sup> Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint*, Oxford University Press, 2015, p. 328.

<sup>71</sup> ACIDH *Familia Pacheco Tineo c. Bolivie*, du 23 novembre 2013, Série C. n° 272 concernant un couple de ressortissants péruviens et leurs trois enfants.

<sup>72</sup> *Ibid.*, § 152.

<sup>73</sup> Lourdes PERONI, « On the Road to Substantive Equality : Due Process and Non-discrimination at San José », in Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint*, op. cit., p. 491.

<sup>74</sup> *Ibid.* La Cour a déclaré la violation des garanties procédurales (art. 8 CIDH), du droit d'asile (art. 22 § 7 CIDH), du principe de non-refoulement (art. 22 § 8 CIDH), et du droit à la protection judiciaire (art. 25 CIDH).

<sup>75</sup> Lourdes PERONI, « On the Road to Substantive Equality : Due Process and Non-discrimination at San José », in Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint*, op. cit., p. 497.

<sup>76</sup> Salvatore Fabio NICOLOSI, « The Treatments of Irregular Migrants in the inter-American Human Rights and European Union Case-Law. Two Parallel Lines may even meet », in Yves HAECK, Oswaldo RUIZ-CHIRIBOGA,

à son approche, la Cour a élargi ses compétences par rapport à la matière, dans un avis récent, et a donné un message clair soulignant que la protection des enfants devrait primer sur toute considération relative à la nationalité ou au statut migratoire. L'avis mentionne, en particulier, l'obligation pour un État de respecter les droits de l'homme de toute personne relevant de sa juridiction, en dépit de son statut et de la motivation de son entrée<sup>77</sup>.

#### d. L'article 7 CIDH et le droit à la liberté personnelle

En 2010, la Cour s'est prononcée d'une manière spécifique à l'égard des droits des *migrants irréguliers* dans l'affaire *Vélez Looz c. Panama*<sup>78</sup> concernant un ressortissant équatorien, M. Vélez Looz, qui, en 2002, avait essayé d'entrer illégalement au Panama. Pour ce crime, une mesure de détention de deux ans fut décidée à son encontre par le Directeur de l'office national des migrations pour entrée illégale. Avant d'être renvoyé en Équateur, M. Vélez Looz était resté pendant 10 mois en prison. Devant la Cour, il déclara avoir été soumis à des traitements inhumains et dégradants, ne pas avoir eu la possibilité de se défendre et avoir vécu dans des conditions de détention épouvantables<sup>79</sup>.

La Cour a dit que la privation de la liberté comportait en soi la violation d'autres droits de l'homme et a établi le principe fondamental que l'imposition arbitraire de peines de prison pour punir la migration irrégulière est incompatible avec la Convention<sup>80</sup>. En l'espèce, elle a rappelé l'importance de prendre en compte la vulnérabilité particulière des migrants irréguliers et, vu que l'État n'avait pas considéré les circonstances particulières de la victime, elle l'a retenu responsable de la violation de l'article 7, car la détention était arbitraire, et a estimé que la loi nationale était incompatible avec la Convention. En effet, la période maximale de détention doit être établie par la loi et elle ne peut pas être sans limites ou d'une durée excessive<sup>81</sup>. En principe, la détention n'est pas interdite dans toutes les circonstances, mais il faut que des conditions strictes soient respectées<sup>82</sup>.

### 3.5 L'article 5 CIDH et la protection par ricochet

La Cour n'a jamais tranché d'affaires concernant les migrants sur la base de l'article 5. Toutefois, vu la portée de l'article et le fait que la Cour a, par le biais de sa jurisprudence, permis un élargissement de son champ d'application, il nous semble pertinent de l'analyser, puisqu'il pourrait être utilisé comme base pour une protection éventuelle des migrants à l'avenir. Cet article consacre le droit à l'intégrité physique, psychique et

---

Clara BURBANO-HERRERA, (ed), *The Inter-American Court of Human Rights : Theory and practise, Present and Future*, *op. cit.*, p. 604.

<sup>77</sup> Il s'agit de l'avis consultatif 21/14, « *Rights and Guaranteed of Children in the Contexte of Migration and/or in Need of International Protection* » contenant un large catalogue d'obligations pour les États fondé sur un vaste *corpus iuris*, Lourdes PERONI, « On the Road to Substantive Equality : Due Process and Non-discrimination at San José », in Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint*, *op. cit.*, p. 502.

<sup>78</sup> ACIDH *Vélez Looz c. Panama*, du 23 novembre 2010, Série C. n°218.

<sup>79</sup> Salvatore Fabio NICOLOSI, « The Treatments of Irregular Migrants in the inter-American Human Rights and European Union Case-Law. Two Parallel Lines may even meet », in Yves HAECK, Oswaldo RUIZ-CHIRIBOGA, Clara BURBANO-HERRERA, (ed), *The Inter-American Court of Human Rights : Theory and practise, Present and Future*, *op. cit.*, p. 593.

<sup>80</sup> Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint*, *op. cit.*, p. 374. Dans le cadre de cet arrêt, la Cour a reconnu aussi un droit à l'assistance consulaire.

<sup>81</sup> Salvatore Fabio NICOLOSI, « The Treatments of Irregular Migrants in the inter-American Human Rights and European Union Case-Law. Two Parallel Lines may even meet », in Yves HAECK, Oswaldo RUIZ-CHIRIBOGA, Clara BURBANO-HERRERA, (ed), *The Inter-American Court of Human Rights : Theory and practise, Present and Future*, *op. cit.*, p. 601. La Cour a déclaré aussi une violation de l'article 5 car la victime avait été détenue avec des criminels. En effet, « in the case of migrants, detention and imprisonment [...] solely for their irregular migratory status should only be used as necessary and proportionate to a specific case, only for the shortest period of time possible » (ACIDH *Vélez Looz v. Panama*, (précité), § 208).

<sup>82</sup> Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint*, *op. cit.*, p. 360.

morale de la personne et interdit la torture, les peines ou traitements cruels, inhumain ou dégradants<sup>83</sup>.

Pour Laurence BURGORGUE-LARSEN, la lecture de cette disposition donne toute la mesure de la richesse de son libellé puisqu'elle préserve sous un angle général, l'intégrité de toute personne contrairement à la CEDH qui ne contient pas de telle disposition. En plus, l'article 5 présente un nouveau droit, celui d'être détenu dans des conditions conformes à la dignité humaine tandis que la Cour EDH a consacré le même droit mais de manière prétorienne créant un *article 3 bis*<sup>84</sup>.

De par sa jurisprudence, la Cour a élargi la portée *ratione materiae* et *ratione personae* de cette disposition. En effet, elle a travaillé sur le versant matériel du concept de *torture* et sur le versant procédural aussi, notamment dans des affaires concernant des disparitions forcées.

Elle s'est prononcée en la matière, pour la première fois, dans une affaire de 1988. Étant donné qu'il s'agissait d'actes présumés, elle a, d'abord, élaboré la théorie de la *présomption de décès*<sup>85</sup>. Ensuite, pour interpréter le terme de *torture* et donner une qualification juridique aux faits soumis à son appréciation, elle a fait appel aux instruments internationaux pertinents<sup>86</sup>. Elle a largement puisé aussi à la jurisprudence de la Cour EDH<sup>87</sup> pour délimiter les contours du concept de traitement cruel, inhumain et dégradant<sup>88</sup>.

Du point de vue procédural, la Cour a élargi le champ d'application *ratione materiae* en appliquant non seulement la CIDH, et, en particulier, les articles 8 et 25<sup>89</sup>, mais aussi d'autres conventions<sup>90</sup>.

Par rapport à l'élargissement *ratione personae*, la Cour a mis en place une construction prétorienne pour adapter le droit aux faits<sup>91</sup>. Il s'agit de la théorie de la double perspective, sur la base de laquelle, la Cour apprécie la violation de l'article 5 toujours sous deux angles, sous deux perspectives, celle de la victime directe et celle de ses proches et/ou des ayants droit<sup>92</sup>.

---

<sup>83</sup> Laurence BURGORGUE-LARSEN, « La prohibition de la torture et ses équivalents dans le système interaméricain des droits de l'homme », in Catherine-Amélie CHASSIN, (sous la dir. de) *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 23.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>85</sup> ACIDH *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, du 29 juillet 1988, Arrêt sur le fond, Série C. n° 4. La théorie « se base sur la présence d'un ensemble d'indices concordants et laissant raisonnablement supposer que la personne disparue, non seulement a été torturée, mais a également été éliminée ». *Ibid.*, pp. 31-32.

<sup>86</sup> *La Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture* (1985), la *Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumain et dégradants* des Nations Unies (1984).

<sup>87</sup> Elle s'est inspirée, notamment, de l'ACEDH *Irlande c. Royaume-Uni* (du 18 janvier 1978, requête n° 5310/71).

<sup>88</sup> Voir : ACIDH *Loaysa Tamayo c. Pérou*, du 17 septembre 1997, Arrêt sur le fond, Série C. n° 33 concernant l'arrestation d'une professeure universitaire et d'un membre de sa famille. À la suite d'une délation, elle avait été suspectée de faire partie d'un groupe subversif. En détention pendant dix jours, sans communiquer avec quelqu'un, néanmoins son avocat, la Cour a dit qu'il y avait eu violation de l'article 5.

<sup>89</sup> Concernant respectivement les garanties judiciaires et la protection judiciaire.

<sup>90</sup> La Cour applique directement trois conventions : la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, la Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes, le Protocole additionnel à la Convention américaine en matière de droits économiques, sociaux et culturels, Laurence BURGORGUE-LARSEN, « La prohibition de la torture et ses équivalents dans le système interaméricain des droits de l'homme », in Catherine-Amélie CHASSIN, (sous la dir. de), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>91</sup> Il s'agit des victimes *par ricochet* ou collatérales. C'est dans l'affaire *Blake c. Guatemala*, (du 24 janvier 1998, Arrêt sur le fond, Série C. n° 36) que la Cour a consacré le principe que la disparition forcée provoque une souffrance et une angoisse devant la non-action des autorités publiques en matière d'enquête, Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 468.

<sup>92</sup> Laurence BURGORGUE-LARSEN, « La prohibition de la torture et ses équivalents dans le système interaméricain des droits de l'homme », in Catherine-Amélie CHASSIN, (sous la dir. de), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 40.

### 3.6 La protection des droits des migrants entre l'approche pro-homine de la Cour interaméricaine et l'approche pro-imperio de la Cour européenne

L'analyse des approches de la Cour interaméricaine et de la Cour européenne nous a montré que leur position par rapport à la protection des droits des migrants, notamment si *irréguliers*, est tout à fait différente.

Selon Marie-Bénédicte Dembour, pour la Cour EDH un migrant est avant tout un étranger qui est assujéti au contrôle de l'état plutôt qu'un être humain<sup>93</sup>, tandis que, pour la Cour IDH, il est d'abord un être humain et comme tel il est traité<sup>94</sup>. Donc, le juge européen serait plus respectueux du principe de souveraineté étatique, tandis que le juge interaméricain serait plus militant dans la protection des droits de l'homme<sup>95</sup>.

Au soutien de son point de vue, Marie-Bénédicte Dembour cite, par exemple, le fait que la Cour EDH est restée longtemps accrochée au vide normatif de la CEDH en matière de migration. En effet, ce n'est qu'en 1985, après presque trente ans de décisions d'irrecevabilité pour les requêtes introduites en la matière<sup>96</sup>, que la Commission a retenu recevable une requête. Il s'agissait de l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*<sup>97</sup> qui reste aujourd'hui la base sur laquelle la Cour EDH s'appuie dans son contentieux migratoire et, dans laquelle, elle a établi deux principes cités très souvent dans sa jurisprudence : un État contractant n'est pas obligé d'admettre sur son territoire les membres de la famille d'un migrant régulier<sup>98</sup> et le contrôle sur l'entrée et la résidence des étrangers est une prérogative étatique<sup>99</sup>. Pour Marie-Bénédicte Dembour, ce dernier principe est devenu une pierre angulaire dans la jurisprudence de Strasbourg en matière migratoire à tel point que l'on a l'impression qu'elle « conveys of the rights guaranteed in the convention as exceptions which temper the general principle of state sovereignty regarding migration control, rather than the Court conveys the state control prerogative as tempering human rights norms which would themselves be the foundational principle »<sup>100</sup>.

Au premier abord, donc, on pourrait très facilement se pencher plus favorablement vers la Cour IDH et tomber sous le charme de son approche *pro-homine* plutôt que vers la Cour EDH qui, pourtant championne des droits de l'homme, en Europe, renvoie, sans hésitation, un migrant irrégulier malade dans son pays

<sup>93</sup> Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint*, op. cit., p. 4.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 302.

<sup>95</sup> *Ibid.*, pp. 304-305.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 96 et p. 165. En réalité, la première requête introduite en matière de regroupement familial fut déclarée recevable par la Commission en 1967. Il s'agissait de l'affaire *Alam and Khan c. Royaume-Uni* (Déc. Commission *Mohamed Alam et Mohamed Khan c. Royaume-Uni*, du 17 décembre 1968, requête n° 2991/66). En l'espèce, un ressortissant pakistanais s'opposait au refus du gouvernement de faire entrer sur le territoire son fils. L'affaire fut tranchée grâce à un accord à l'amiable en faveur du requérant. Dans l'affaire *H. S. c. Royaume-Uni* où un ressortissant anglais d'origines indiennes se voyait refuser l'accès de son père, la Commission décida (Déc. Commission, du 15 juillet 1967, requête n° 2992/66) de rejeter la requête parce qu'il s'agissait du regroupement familial d'un père avec son fils majeur, Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint*, op. cit., p. 102.

<sup>97</sup> *Ibid.*, pp. 2-3. ACEDH *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, requêtes nos 9214/80, 9473/81, 9474/81. Il s'agissait de trois étrangères, légalement établies au Royaume-Uni, qui étaient privées ou menacées d'être privées de la compagnie de leur conjoint non britannique, Vincent BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 2014, p. 469. Pour la Cour EDH les trois requérantes avaient subi une discrimination fondée sur le sexe (violation de l'article 14 CEDH). Mais le jugement de la Cour EDH n'a pas changé la situation des migrants au Royaume-Uni puisque le gouvernement a seulement appliqué sa loi restrictive à tous les migrants sans discrimination, Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint*, op. cit., p. 115.

<sup>98</sup> ACEDH *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, (précité), § 68.

<sup>99</sup> Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint*, op. cit., p. 3 et pp. 119-120. ACEDH *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, (précité), § 67. Marie-Bénédicte Dembour remarque qu'il y a eu de rares affaires où la Cour de Strasbourg a changé d'avis et a reconnu une violation de l'article 8 CEDH et une responsabilité de l'État. Elle cite, par exemple, l'affaire *Sen c. Pays-Bas* (ACEDH, du 21 décembre 2001, requête n° 31465/96) où la Cour EDH a reconnu une violation puisque les enfants étaient nés et avaient grandi aux Pays-Bas.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 4.

d'origine et s'accroche à une approche *pro-imperio*<sup>101</sup>. L'hypothèse de départ de cette recherche semblerait alors confirmée. À savoir que la Cour EDH est attachée à une approche centrée sur le respect de la souveraineté des États contractants. Donc, presque à la fin de ce travail, nous pourrions affirmer qu'elle n'a pas effectivement garanti la mise en place d'un système complet de protection des migrants au détriment de la souveraineté des États contractants et qu'elle présente un fort point faible en matière de *migrants irréguliers* malades. D'ailleurs, les opinions séparées que nous avons examinées, dans le chapitre II, montrent que des juges plaident depuis longtemps en faveur d'une protection plus large et complète des droits des migrants. Par conséquent, nous pourrions, de façon sommaire, affirmer que la raison de la position de la Cour EDH à l'égard des migrants dépend de son orientation vers une approche *pro-imperio*.

Et pourtant, il nous semble pertinent de mettre en perspective les approches des deux Cours et de dresser un bilan plus médité et profond car, au fur et à mesure de nos recherches, nos lectures et nos entretiens avec des juristes<sup>102</sup>, nous nous sommes aperçus que l'on remarque en filigrane des aspects qui, même s'ils ne renversent pas notre hypothèse de départ, peuvent au moins la tempérer.

Pour appréhender les deux approches, il nous a semblé utile et pertinent d'utiliser deux paradigmes : le premier est constitué par « les droits de l'homme comme limite à la souveraineté des États » et le deuxième est celui de « la souveraineté des États comme limite aux droits de l'homme »<sup>103</sup>.

### 3.6.1 L'approche *pro-homine* de la Cour interaméricaine : « les droits de l'homme comme limite à la souveraineté des États » ?

En déclarant que le principe d'égalité et de non-discrimination est un principe de *jus cogens*, la Cour IDH a choisi de centrer son approche sur la personne humaine<sup>104</sup>. D'ailleurs, lorsqu'elle a interprété la CIDH, elle a toujours mis en évidence que les États parties l'ont conclue non pas pour « se concéder des droits et des obligations réciproques utiles à la poursuite de leur intérêt national mais bien d'octroyer des droits à tous les êtres humains sans discrimination ». C'est pourquoi elle applique systématiquement l'interprétation la plus favorable au profit de l'individu<sup>105</sup>.

Les mécanismes des mesures provisoires et des mesures de réparation attestent l'efficacité de l'action de la Cour IDH dans la sauvegarde de la personne humaine qui est placée au centre de ses intérêts. Par exemple, lorsqu'elle ordonne des mesures de réparation, elle vise non seulement la préservation, mais aussi « la restauration des droits et des libertés fondamentaux à l'égard des maillons les plus vulnérables du système »<sup>106</sup>. L'objectif de reconstituer vis-à-vis de la victime, d'une certaine manière, l'intégralité de la jouissance des droits avant la violation, l'a amenée à élargir les catégories classiques du dommage à réparer. En effet, grâce à son esprit inventif, elle a introduit le dommage au *projet de vie* qui n'a pas d'équivalent dans la jurisprudence de la Cour EDH<sup>107</sup>. En plus, elle garantit la protection des droits de l'homme par le biais d'une jurisprudence qui « sans sacrifier la rigueur juridique, révèle des trésors d'originalité mettant en avant une conception jusnaturaliste souvent en rupture avec le positivisme juridique classique »<sup>108</sup>.

<sup>101</sup> Le choix de cette expression est tout à fait personnel et vise à distinguer la perspective de la Cour EDH de manière nette et claire par rapport à celle de la Cour IDH.

<sup>102</sup> Entretiens avec le Professeur Giorgio MALINVERNI (7 novembre 2016) et avec le Professeur Michel HOTTELIER (21 décembre 2016).

<sup>103</sup> Nous avons repris la distinction proposée par Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, op.cit., pp. 22-24.

<sup>104</sup> Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint*, op. cit., p. 7. C'est l'approche *pro-homine*.

<sup>105</sup> Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, op. cit., p. 41.

<sup>106</sup> Rosmerlin ESTUPIÑAN-SILVA, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : esquisse d'une typologie », in Laurence BURGORGUE LARSEN, (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, op. cit., p. 111.

<sup>107</sup> Laurence BURGORGUE-LARSEN, Amaya UBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights. Case law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 229. C'est dans l'affaire *Loaysa Tamayo c. Pérou* (précité) qu'elle l'a employé pour la première fois.

<sup>108</sup> Le *projet de vie* est relatif à la réalisation personnelle de la victime qui est conditionnée par la liberté. Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, op. cit., p. 304 et p. 4.

Donc, nous pouvons constater que l'approche *pro-homine* de la Cour IDH est orientée vers la reconnaissance du fait que les droits de l'homme sont une limite à la souveraineté des États<sup>109</sup>.

#### a. L'approche *pro-homine* : les raisons

Selon Marie-Bénédicte Dembour, le choix de cette approche ne dépend pas strictement du contexte normatif car, si l'on examine les actions des deux Cours, on remarque que celles-ci appliquent des standards similaires en matière de protection des droits de l'homme et travaillent avec des conventions présentant le même vide normatif en matière migratoire. Cependant, il faut mettre en évidence que la Cour IDH « feels no restraint in citing a wide range of international instruments, whether or not these are legally binding » car « every provision that supports its typically wide interpretation of human rights law is one which is worth quoting ». Elle se fonde sur tous ces instruments pour supporter ses interprétations progressistes<sup>110</sup>.

En réalité, il faut tenir compte, avant tout, du contexte historique et humain dans lequel la Cour IDH est née et, certainement, du contexte sociopolitique où elle a opéré et opère actuellement. Si ces dernières années ont vu une transition générale de la dictature à la démocratie, toutefois, l'Amérique latine porte « les stigmates d'un passé difficile marqué notamment par des phénomènes de discrimination, de la pauvreté, de larges fossés entre les couches sociales, l'ignorance, des conditions sanitaires précaires et une tradition de violence toujours latente alimentée par le trafic de drogue à grande échelle ». Il s'agit de facteurs qui rendent l'État de droit *vulnérable* et qui fragilisent le pouvoir judiciaire et donnent lieu à des graves violations de droits de l'homme<sup>111</sup>. Donc, la liquidation du passé reste un problème central pour ces pays<sup>112</sup>.

En outre, il faut prendre en compte le contexte politique et le type de relation que la Cour IDH entretient avec l'État auquel elle adresse son jugement<sup>113</sup> et le fait que la perception sociale de la migration soit différente en Europe et en Amérique. Le premier est plutôt un continent d'immigration tandis que l'Amérique latine est un continent d'émigration<sup>114</sup>.

Dans le cadre d'une recherche plus large, il serait intéressant d'étudier tous ces aspects pour peaufiner la réponse à notre problématique<sup>115</sup>. Pour l'instant, nous nous contentons de mettre en évidence quelques limites du système interaméricain qui nous orientent vers une évaluation plus prudente de son approche et à reconsidérer plus favorablement l'approche de la Cour EDH.

#### b. L'approche *pro-homine* : quelles limites et quelles perspectives

La clause de l'acceptation de la compétence contentieuse de la Cour IDH est une entrave au bon fonctionnement du système interaméricain qui souffre, malheureusement, d'une *réticence étatique endémique* à l'égard d'une protection juridictionnelle effective des droits de l'homme. Il s'agit d'une limite *pathologique* qui est accentuée et favorisée par le fait que, contrairement au système du CDE, les États américains ne sont pas obligés de ratifier la CIDH pour adhérer à l'OEA ou pour en rester membres<sup>116</sup>.

<sup>109</sup> C'est le premier paradigme de notre analyse.

<sup>110</sup> Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint*, op. cit., p. 305, p. 306 et p. 384.

<sup>111</sup> Rusen ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, op. cit., p. 102.

<sup>112</sup> Hélène TIGROUDJA, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de "l'humanisation du droit international public". Propos autour des récents arrêts et avis », in *Annuaire français de droit international*, op. cit., p. 631.

<sup>113</sup> Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint*, op. cit., pp. 9-16.

<sup>114</sup> *Ibid.*, pp. 14-16. En réalité, certains pays de l'Amérique latine ont été des pays d'immigration et, suite à la crise économique de ces dernières années, ils ont vu remonter le nombre de migrants. Pour un aperçu sur le sujet voir : Pierre HENRY, Brigitte MARTINEZ, *Dico Atlas des migrations*, Paris, Bélin, 2013.

<sup>115</sup> Pour un aperçu sur ces aspects voir : Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint*, op. cit., et Marie-Bénédicte DEMBOUR, Tobias KELLY, (ed), *Are Human Rights for Migrants?: Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, London, Routledge, 2012.

<sup>116</sup> Laurence BURGORGUE-LARSEN, Amaya UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine*

Entre autres, selon Laurence Burgorgue-Larsen et Amaya Ubada De Torres, l'automaticité de la compétence contentieuse est loin d'être considérée comme une réforme envisageable à court terme car les États américains, parmi lesquels nous trouvons les États-Unis et le Canada, qui représentent la première destination mondiale d'immigration, ne sont pas prêts à franchir le pas nécessaire pour rendre le contrôle juridictionnel pleinement opérationnel. Par conséquent, bien que ce soit tout à fait étonnant, la championne de l'approche *pro-homine* est bridée, par cette clause, dans le respect du principe de la souveraineté étatique qui « démontre ainsi sa force et met en évidence les faiblesses de la Cour dont le fonctionnement doit prendre en considération la liberté de l'État »<sup>117</sup>.

En outre, la Cour IDH dispose de ressources humaines et financières limitées<sup>118</sup>, si l'on les compare à celles dont dispose la Cour EDH<sup>119</sup>. Elle a été contrainte, par exemple, d'annuler des sessions ordinaires par manque de moyens, et elle ne siège que quatre fois par an<sup>120</sup>.

Bien qu'elle ait contribué à étendre de manière substantielle la portée des mécanismes de protection de la CIDH, le système interaméricain présente deux faiblesses importantes. D'abord, la victime n'a pas, pour l'instant, d'accès direct à la Cour IDH et, même si, au fil du temps, elle a acquis des facultés étendues au niveau procédural qui orientent le système vers l'attribution à la victime d'une capacité d'agir plus étendue, toutefois, le jour où elle pourra présenter des actes de procédures indépendamment de la Commission interaméricaine semble encore loin<sup>121</sup>. Ensuite, le pouvoir discrétionnaire de la Commission dans la saisine de la Cour IDH rend la procédure complexe et incertaine et son rapport de concurrence avec celle-ci impacte négativement le bon fonctionnement du système<sup>122</sup>. En effet, comme nous avons vu, le système conventionnel interaméricain est dualiste et la Commission et la Cour IDH, plutôt que coordonner leurs activités et définir leurs compétences respectives, se superposent et se retrouvent souvent en concurrence sur le plan procédural ainsi que sur le plan de l'interprétation de la CIDH. En plus, la Commission exerce deux compétences parallèles et se retrouve affectée par une sorte de *schizophrénie* car elle est tiraillée entre son rôle de ministère public et celui d'organe quasi juridictionnel<sup>123</sup>.

À part tout cela, à notre avis, la limite la plus importante est représentée par le manque de ratification de la CIDH de la part de plusieurs États américains, y compris, malheureusement, les États-Unis et le Canada<sup>124</sup>. Mais, cette défaillance pourrait être liée, en particulier, à la réputation de produire une jurisprudence visionnaire que la Cour IDH s'est forgée<sup>125</sup>. C'est comme si, paradoxalement, elle était la victime de son grand succès.

Sa jurisprudence est allée bien au-delà d'une simple application de la CIDH en dénonçant des violations graves des droits de l'homme sur la base d'une conception universaliste du droit international car elle « a voulu faire du droit applicable un corpus normatif suffisamment riche et reflétant la gravité des faits reprochés aux États pour être efficace, au nom de la poursuite des fins du traité », mais, tout cela a été fait

---

*des droits de l'homme, op. cit.*, p. 7.

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés, op. cit.*, p. 76. Même le budget annuel dont dispose la Commission est limité, raison pour laquelle la procédure est peu rapide, *ibid.*, p. 62.

<sup>119</sup> Les 7 juges de la Cour IDH sont peu nombreux par rapport aux 47 juges de la Cour EDH. En plus, concernant le personnel engagé à temps plein au siège, le rapport est de 54 personnes contre 652, Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint, op. cit.*, p. 17.

<sup>120</sup> Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés, op. cit.*, p. 77.

<sup>121</sup> Sergio GARCÍA RAMÍREZ, « Prologue », in Laurence BURGORGUE-LARSEN, Amaya UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, op. cit.*, pp. XXVIII-XXIX.

<sup>122</sup> Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés, op. cit.*, p. 621.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 85 et p. 86.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 622.

<sup>125</sup> Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-America Counterpoint, op. cit.*, p. 308 et p. 311.

au prix « de contorsions juridiques de plus en plus audacieuses et qui peuvent susciter la critique »<sup>126</sup>. En effet, très souvent, même lorsqu'elle pourrait facilement trancher une affaire en appliquant les dispositions pertinentes de la CIDH, elle s'appuie sur la jurisprudence du Tribunal pénal international ainsi que sur le droit pénal comparé, par exemple, pour qualifier – au sens pénal – le comportement des agents de l'État<sup>127</sup>.

### 3.6.2 L'approche *pro-imperio* de la Cour européenne : « la souveraineté des États comme limite aux droits de l'homme » ?

Pour vérifier si la Cour EDH est vraiment bloquée dans le deuxième paradigme proposé dans le cadre de ce chapitre, soit celui de « la souveraineté comme limite aux droits de l'homme », il nous semble pertinent de distinguer deux façons différentes de considérer le principe de la souveraineté étatique : la souveraineté-pouvoir et la souveraineté-devoir<sup>128</sup>.

La première façon implique que la souveraineté est un pouvoir absolu capable de limiter les droits de l'homme, qui seraient des exceptions. Et pourtant, nous ne pouvons pas oublier que la reconnaissance de ces droits, au niveau international, a contribué, au contraire, à l'émergence de limites à la souveraineté. D'ailleurs, ces droits sont traditionnellement présentés comme une limitation au pouvoir étatique<sup>129</sup>. En plus, il faut prendre en compte que les 47 États européens du CDE ont accepté de se soumettre au contrôle et à la compétence contentieuse de la Cour EDH renonçant ainsi à une large partie de leur autonomie et de leur liberté en la matière. En effet, l'État « est de plus en plus confronté à un contrôle supranational qui se mêle au contrôle interne pour former un système pluraliste tant de normes que de structures. Parmi ces normes, les droits de l'homme se singularisent par une forme d'indisponibilité, qui limite la maîtrise de l'État sur la norme »<sup>130</sup>.

C'est pourquoi, à notre avis, cette première façon de considérer la souveraineté étatique n'est pas efficace, ni pertinente pour décrire la portée de l'approche *pro-imperio* de la Cour EDH.

La deuxième façon implique que la souveraineté étatique est un ensemble de compétences et, donc, consiste dans le pouvoir de faire (ou ne pas faire) quelque chose et non pas dans un *pouvoir désinvesti de toute mission*. D'ailleurs, pour cette deuxième perspective, les droits de l'homme sont l'expression de la souveraineté de l'État qui, au niveau interne, choisit son mode de fonctionnement en le centrant sur le respect de ceux-ci et, au niveau international, décide de participer à la création de textes internationaux de protection des droits de l'homme et de s'y lier<sup>131</sup>.

À notre avis, donc, cette deuxième façon de considérer la souveraineté étatique semble plus pertinente pour décrire l'approche de la Cour EDH car les États sont formellement source et acteurs principaux de la mise en œuvre des droits de l'homme, mais leur pouvoir est lié<sup>132</sup>.

#### a. L'approche *pro-imperio* : la position de la doctrine

Un aperçu rapide de la doctrine suffit pour nous mener rapidement à une position tout à fait négative par rapport à l'approche de la Cour EDH.

<sup>126</sup> Hélène TIGROUDJA, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de "l'humanisation du droit international public". Propos autour des récents arrêts et avis », in *Annuaire français de droit international*, op. cit., p. 630.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 633. En l'espèce, il s'agissait de l'affaire *Prison Miguel Castro-Castro c. Pérou* (du 25 novembre 2006, Série C. n° 160), dans laquelle la Cour IDH « n'agit plus exactement comme un juge de droit international "classique", c'est-à-dire chargé de statuer sur l'existence d'un fait internationalement illicite à la charge de l'État au sens du droit de la responsabilité, mais agit comme une juridiction pénale l'aurait fait et qualifie pénalement le comportement imputable aux agents de l'État ».

<sup>128</sup> Sylvie SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 607 et p. 133. Le cadre restreint de ce travail nous empêche d'aborder largement ce principe.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 473.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 133 et p. 46.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 139.

Selon Roswitha Petry, en matière migratoire, le principe de souveraineté « garde pour l'heure toute sa force, ni la mondialisation ni les droits de l'homme n'ayant fondamentalement bouleversé l'essence de ce principe » et la Cour EDH qui débute ses arrêts en la matière en affirmant que, « en vertu d'un principe bien établi, les États peuvent contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux » montre accorder à celui-ci une valeur de principe directeur. La souveraineté prend « la valeur d'une norme supérieure, d'un principe, auquel les droits de l'homme constituent l'exception »<sup>133</sup>.

Du même avis, Sylvie Saroléa affirme, en plus, que, dans le cadre du CDE, le niveau de protection des migrants est inférieur, pour les mêmes droits, que celui des personnes qui ne se déplacent pas. La jouissance des droits de l'homme « est comme conditionnée par le pouvoir souverain de l'État ou comme n'étant susceptible d'être envisagée qu'à la lumière de celui-ci » et, de ce fait, la protection des migrants est limitée, voire inexistante puisque leurs « droits sont marginalisés et relégués du rang de principe à celui d'exception »<sup>134</sup>.

Selon Idil Atak, le migrant irrégulier ne bénéficie pas d'une protection effective de ses droits et libertés en Europe<sup>135</sup> car, à part les considérations sécuritaires qui sont au cœur des contrôles migratoires, si les États sont tenus de respecter les droits de l'homme, la marge d'appréciation et « les exceptions prévues par la jurisprudence peuvent leur servir d'échappatoire dans l'application de leurs obligations internationales »<sup>136</sup> et, en plus, très souvent, les migrants irréguliers n'ont pas les moyens pour saisir la Cour de Strasbourg<sup>137</sup>.

Jean-Paul Costa critique la jurisprudence de la Cour EDH, qu'il trouve « abondante et nuancée, pour ne pas dire contrastée » et estime qu'elle « pourrait être plus libérale, plus "généreuse" avec les étrangers ». En effet, il remarque qu'elle « cède souvent devant la souveraineté des États, et sur la distinction qui reste fondamentale en droit international entre nationaux et non-nationaux »<sup>138</sup>.

Malgré ces opinions négatives, nous pensons que, s'il est vrai que la souveraineté ne peut pas être contestée puisque les États sont souverains dans la réglementation de la migration, leur pouvoir ne doit pas, ou encore mieux il ne peut pas, s'exercer au détriment des droits de l'homme. Si aujourd'hui, à cause du terrorisme et de l'augmentation de la migration irrégulière, le concept de la *compétence nationale exclusive* est invoqué par les États pour justifier leurs politiques migratoires, on sait très bien que cette compétence est délimitée par le droit international et qu'il existe des restrictions<sup>139</sup>. Par conséquent, les États ne jouissent plus d'une *discretion absolue* en matière d'admission et d'expulsion<sup>140</sup>.

En effet, les droits reconnus par la CEDH sont « également "bien établis" et aucune hiérarchie ne permet pas de les placer à un niveau inférieur à cet autre principe "bien établi" que serait la souveraineté des États en matière migratoire »<sup>141</sup>. Par conséquent, malgré les limites de l'action de la Cour EDH, que nous avons mises en évidence tout au long de ce travail, il nous semble important de remarquer que le juge européen a contribué au respect et à la sauvegarde des droits de l'homme en Europe. Il ne faut pas oublier, en effet, que

---

<sup>133</sup> Roswitha PETRY, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, op. cit., p. 31.

<sup>134</sup> Sylvie SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, op. cit., pp. 607-608.

<sup>135</sup> Idil ATAK, *L'eupéanisation de la lutte contre la migration irrégulière et les droits humains. Une étude des politiques de renvois forcés en France, au Royaume-Uni et en Turquie*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 6.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 158. Une tension similaire existe dans le cadre du droit de l'UE.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 168. Les migrants irréguliers ne disposent souvent pas de moyens nécessaires.

<sup>138</sup> Jean-Paul COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 114-115. La distinction affecte, notamment, le droit au séjour, le droit de ne pas être expulsé de son pays, le droit de vote, l'éligibilité (tous réservés aux nationaux).

<sup>139</sup> Des obligations juridiques « dérivées du droit coutumier, du droit des traités, ainsi que des droits de l'homme et des libertés fondamentales universellement acceptés » (*ibidem*). Voir aussi : Sylvie SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, op. cit., pp. 614-615.

<sup>140</sup> Richard PERRUCHOUD, « Souveraineté des États et liberté de circulation », in Brian OPESKIN, Richard PERRUCHOUD, Jillyanne REDPATH-CROSS, (sous la dir. de), *Le droit international de la migration*, Genève, Schulthess – Éditions romandes, 2014, p. 147.

<sup>141</sup> Sylvie SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, op. cit., p. 475.

la CEDH représente un standard minimal de protection, qu'elle est l'*extrema ratio* pour des violations caractérisées<sup>142</sup>. Toutefois, la Cour EDH a été en mesure d'assurer une protection, en matière migratoire, plus élargie que celle à laquelle l'on pouvait s'attendre sur la base d'un instrument incomplet présentant un vide normatif en la matière, tel que l'est la CEDH.

Certes, la lecture de certains arrêts nous pousse à être très critiques sur la démarche adoptée par la Cour EDH. Et pourtant, puisque son action est subsidiaire à celle exercée par les États, nous ne pouvons que la saluer favorablement parce qu'elle a établi des limites que l'on ne pourra plus éradiquer. En outre, certaines dispositions de la CEDH laissent tout ouverte la possibilité d'une éventuelle future application plus étendue et, de ce fait, d'une protection plus large. Par exemple, l'article 3 pourrait encore bien être employé dans le domaine de la protection des certains droits sociaux<sup>143</sup>. D'ailleurs, si la Cour a toujours affirmé qu'elle vise un développement cohérent de la jurisprudence<sup>144</sup>, cependant, elle ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures, donc, elle pourrait s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander<sup>145</sup>. « (L)a jurisprudence n'étant pas immuable mais au contraire évolutive par essence, la Cour estime que le principe d'une bonne administration de la justice ne saurait s'entendre comme imposant une exigence stricte de constance jurisprudentielle »<sup>146</sup>.

Donc, pour elle, un revirement jurisprudentiel est possible et justifiable « s'il servait à garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles »<sup>147</sup>.

#### b. L'approche *pro-imperio* : les raisons

La Cour de Strasbourg est née dans un contexte historique et humain particulier et a opéré dans un contexte sociopolitique qui la distingue clairement de son homologue américain<sup>148</sup>. Sans entrer dans les détails, car cela sortirait du cadre de ce travail, nous pouvons affirmer sans aucun doute qu'elle n'a pas eu affaire avec des violations massives des droits de l'homme comme la Cour de San José<sup>149</sup>.

Par contre, la plupart des affaires devant la Cour EDH ont concerné un phénomène qui a largement impacté les pays européens. À savoir les flux de migrants qui ne cessent pas d'arriver sur les côtes de la Méditerranée et de traverser illégalement les frontières des États.

Juste pour donner l'idée de la portée de ce phénomène et de l'impact qu'il a eu, et qu'il a encore sur la politique migratoire des États, de l'UE, et sur l'action de la Cour EDH, qui se voit de plus en plus saisie

---

<sup>142</sup> Entretien avec le Professeur Michel HOTTELIER (21 décembre 2016).

<sup>143</sup> *Ibid.* Selon Carole Nivard, « la protection *par ricochet* devrait [...] permettre à la Cour d'appréhender la plupart des droits sociaux par le vecteur des droits conventionnels » notamment par le biais des articles 2, 3 et 8 CEDH car ils ouvrent le champ à de nombreuses possibilités. « Une utilisation plus audacieuse de ces outils pourrait généraliser et intensifier la justiciabilité des droits sociaux devant la Cour européenne », Carole NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 293 et pp. 351-352.

<sup>144</sup> Victoria CHERNIYCHUK, « L'objectif de cohérence énoncé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Leif BERG, (sous la dir. de), *Cohérence et impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Liber amicorum Vincent Berger*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2013, pp. 107-108.

<sup>145</sup> ACEDH *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre, 1990, requête n° 10843/84, § 35.

<sup>146</sup> ACEDH *Nejdet Sabin et Perihan Sabir c. Turquie* [GC], du 20 octobre 2011, requête n° 13279/05, § 84.

<sup>147</sup> ACEDH *Cossey c. Royaume-Uni*, (précité), § 35.

<sup>148</sup> Dans le cadre restreint de ce travail, nous n'aborderons pas ce sujet. Il nous suffit simplement de rappeler que les travaux préparatoires de la CEDH montrent que les États voulaient protéger leurs ressortissants et empêcher ce qui s'était passé en 1933 avec l'Allemagne Nazie, Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants, Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>149</sup> Même si certains pays, malheureusement, se distinguent pour avoir largement empiété sur le respect des droits de l'homme. Les requêtes introduites devant la Cour concernent pour la plupart cinq pays spécifiques : la Russie, la Turquie, la Roumanie, l'Italie et l'Ukraine, Anthony BRADLEY, « Introduction : The need for both international and national protection of human rights – the European challenge », in Spyridón PHLOGAITES, Tom ZWART, Julie FRASER, (ed), *The European Court of Human Rights and its Discontents : turning criticism into strength*, Cheltenham, E. Elgar, 2013, p. 5.

pour des affaires concernant cette matière, on peut rappeler que FRONTEX<sup>150</sup>, entre 2006 et 2011, a vu son budget passer de 6 à 88 millions d'euros<sup>151</sup>. En outre, la crise économique de ces dernières années, ainsi que les actions terroristes qui se multiplient, créent un contexte de méfiance et de peur à l'égard du migrant. « Le contrôle des flux migratoires est devenu un tel enjeu de sécurité intérieure et extérieure [...] que le monde s'est couvert de murs ou des clôtures pour stopper les migrants »<sup>152</sup>.

Les États ne savent pas comment gérer ces flux et comment subvenir aux besoins de toutes ces personnes. Certes, on plaide fortement et avec conviction pour que les États respectent et sauvegardent les droits de l'homme, mais comment ceux-ci doivent-ils agir dans une situation de forte pression migratoire ? Comment distinguer les migrants de survie des demandeurs d'asile ? Et de telles questions pourraient se multiplier sans fin.

Si le respect des droits de l'homme est un acquis sur lequel on n'accepte pas de discussions ou de limites, un regard objectif sur ce qui se passe, à l'heure actuelle, en Europe, nous mène à considérer que l'attitude négative des États au sujet des *migrants irréguliers* se déploie aussi sur la position de la Cour de Strasbourg. Il y a des enjeux importants, auxquels les États sont systématiquement confrontés, qui demandent une concertation politique qui, malheureusement, n'a pas encore été atteinte. Et pourtant, ces derniers temps, on remarque que, dans certains États européens, il y a eu des attaques sur la légitimité de la Cour EDH, des critiques augmentées pendant la crise qui ont engendré aussi une sorte de méfiance déjà à l'égard du processus d'intégration de l'UE. L'une des critiques récurrentes concerne, notamment, le fait que « some of its decisions, many of which are based on an enhanced interpretation of the bare Convention rights, trespass too far into the authority of national institutions, whether legislative, executive or judicial »<sup>153</sup>.

### c. L'approche *pro-imperio* : quelles perspectives

Comme nous avons vu, au chapitre II, dans le tout récent arrêt *Paposhvili c. Belgique*<sup>154</sup>, la Grande Chambre a reconnu l'existence d'une lacune à combler dans le système de protection des droits du migrant malade. Elle a insisté sur l'obligation des États contractants d'effectuer un examen approfondi et rigoureux de la situation du requérant afin de vérifier qu'il n'y aurait pas de violations de l'article 3 une fois renvoyé. Si auparavant il fallait que le migrant soit au seuil de la mort pour invoquer efficacement la disposition, maintenant, la Cour EDH a élargi la protection du migrant malade qui doit montrer qu'un « déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie »<sup>155</sup> se passerait dans le pays de destination. Donc, malgré le maintien d'un seuil élevé de l'article 3, il ne faut pas que le migrant coure un risque imminent de mourir pour recevoir la protection prévue dans la disposition. Certes, dans les mois à venir, il sera intéressant de voir quelles seront les réactions de la doctrine à ce sujet. En tout cas, l'arrêt représente, en quelque sorte, un revirement jurisprudentiel, et témoigne d'un changement qui est en cours grâce, en particulier, à l'influence des certaines institutions, en l'espèce belges, et de la société civile.

Ce changement de cap se place, d'ailleurs, sur le même chemin entrepris par la Grande Chambre, en mai 2016, lorsqu'elle a renversé le jugement de la Chambre dans l'affaire *Biao c. Danemark*<sup>156</sup>.

<sup>150</sup> L'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures de l'UE.

<sup>151</sup> Pierre HENRY, Brigitte MARTINEZ, *Dico Atlas des migrations*, op. cit., p. 34.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> Anthony BRADLEY, « Introduction : The need for both international and national protection of human rights – the European challenge », in Spyridon PHLOGAITES, Tom ZWART, Julie FRASER, (ed), *The European Court of Human Rights and its Discontents : turning criticism into strength*, op. cit., p. 3 et p. 5.

<sup>154</sup> ACEDH *Paposhvili c. Belgique* [GC], du 13 décembre 2016, requête n° 41738/10.

<sup>155</sup> *Ibid.*, § 183.

<sup>156</sup> ACEDH *Biao c. Danemark* [GC], du 24 mai 2016, requête n° 38590/10. Dans le premier arrêt (ACEDH *Biao c. Danemark*, du 25 mars 2014, requête n° 38590/10) concernant un ressortissant togolais naturalisé danois et sa femme ressortissante ghanéenne et leur fils ressortissant danois, la Cour, après avoir invoqué encore une fois le principe bien établi (§ 53) statuant à l'unanimité avait déclaré la non violation de l'article 8. De ce fait, elle avait estimé correctes les règles danoises des « attaches » et des 28 ans de nationalité pour effectuer un regroupement familial. Elle avait déclaré aussi la non violation de l'article 14.

Selon le juge Pinto De Albuquerque, bien qu'elle n'ait pas franchi le pas pour affirmer qu'il faut reconnaître un traitement spécial à ceux dont les attaches avec un pays découlent de leur naissance sur son territoire<sup>157</sup>, elle a mis en évidence l'émergence d'une norme européenne dans ce sens<sup>158</sup> et a dit que « les États membres disposent d'une marge d'appréciation assez limitée en matière de regroupement familial »<sup>159</sup>. Certes, elle n'a pas saisi « l'occasion idéale de mettre fin à son approche casuistique de l'épineuse question de la protection de la vie familiale dans le contexte des politiques d'immigration, particulièrement en matière de réunification ou de regroupement familial »<sup>160</sup>, mais, pour le juge Pinto De Albuquerque, la Cour érode le principe selon lequel l'article 8 n'oblige pas l'État de « respecter le choix, par les familles, de leur pays de résidence et de permettre le regroupement familial sur le territoire de ce pays »<sup>161</sup>. Ensuite, très positivement, il arrive à dire que « (l)e jour viendra – et le plus tôt sera le mieux – où la Cour fera la démarche simple mais courageuse de conclure sans ambages que le droit à la vie familiale justifie le regroupement familial ».

### 3.7 Conclusion

La Cour interaméricaine est plus protectrice que la Cour européenne. Et pourtant, même si elle « contribue à la construction du nouveau *jus gentium* du 21<sup>ème</sup> siècle qui se définit par une rupture avec le volontarisme étatique au profit d'une protection réellement universelle des droits de l'homme »<sup>162</sup>, nous avons constaté que la présence de plusieurs limites entrave le bon fonctionnement de son système de protection.

Par rapport à la Cour EDH, s'il est vrai que le système de protection des droits de migrants n'est pas complet, nous devons remarquer qu'il y a, toutefois, des aspects positifs, et que des perspectives de changement sont ouvertes et possibles. Selon Marie-Bénédicte Dembour, le développement d'une approche plus *pro-homine* dépendrait de la volonté de la plupart de juges européens<sup>163</sup>. À notre avis, les motivations sont plus complexes et la question ne peut pas être tranchée seulement au niveau de la juridiction européenne parce qu'il y a des enjeux politiques, sociaux que l'on ne peut pas éviter de prendre en compte.

Selon, Sylvie Saroléa, il faut inverser les priorités et restaurer les droits de l'homme comme principes pour les sortir de leur *exil juridique* afin que la souveraineté devienne l'exception<sup>164</sup> et cela par le biais d'une lecture non discriminatoire des droits du migrant<sup>165</sup>. Mais un tel effort et engagement devraient être supportés par les États, d'abord et, ensuite, par la Cour EDH.

Personnellement, nous doutons que cela se passera tôt car la situation politique ne plaide pas en faveur de cette question, du moins, pour l'instant. D'ailleurs, la Cour « (t)el un navire » ne vogue pas « à contre-courant du flot tumultueux de la rhétorique populiste » comme le souhaiterait le juge Pinto De Albuquerque<sup>166</sup>.

<sup>157</sup> Opinion dissidente, § 88 et § 1.

<sup>158</sup> *Ibid.*, § 38.

<sup>159</sup> *ACEDH Biao c. Danemark* [GC], (précité), § 138.

<sup>160</sup> Opinion dissidente (précitée), § 30.

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 619.

<sup>163</sup> Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants, Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, *op. cit.*, p.17.

<sup>164</sup> Sylvie SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, *op. cit.*, p. 472.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 628.

<sup>166</sup> Opinion dissidente (précitée), § 35.

## Conclusion générale

Nous avons commencé ce travail avec la certitude que nos recherches auraient confirmé notre hypothèse de départ, soit que la Cour européenne des droits de l'homme était focalisée sur le paradigme de « la souveraineté comme limite aux droits de l'homme ». D'ailleurs, si elle a permis la protection des droits des migrants à certaines conditions, comme nous avons vu, et, donc, avec des défaillances engendrées par sa jurisprudence casuistique, la protection des droits des *migrants irréguliers* malades a été pendant longtemps un vrai point faible dans sa jurisprudence. Donc, nous sommes partis avec une vision négative de l'approche de la Cour et certains que, à la fin de notre recherche, notre déception aurait été confirmée.

Au fur et à mesure de nos lectures, nous avons pris connaissance d'autres détails sur les affaires et les décisions qui nous ont, souvent, laissés perplexes, d'un point de vue humain. En plus, nous avons toujours regardé les faits et les récits à travers le filtre de notre statut de migrants et, donc, étant, en quelque sorte, concernés. Certes, on ne peut que rester touché par les histoires difficiles et la détresse de tous ces migrants qui souhaitaient seulement avoir une nouvelle vie, une vie meilleure pour eux et, souvent, pour leurs enfants. Et pourtant, au fil du temps, notre attitude au sujet des choix de la Cour est devenue de plus en plus moins tendue. En effet, nous avons changé de perspective et avons réfléchi à ce sujet de manière plus objective rejetant la thèse du verre moitié vide car, malgré les points négatifs dans l'approche de la Cour que nous avons relevés, tout au long de ce travail, et, malheureusement, il y en a encore beaucoup, nous ne pouvons pas négliger ses acquis qui sont, en tout cas, remarquables et qui en font un modèle pour toutes les autres juridictions au niveau national et international, y compris pour la Cour interaméricaine. C'est grâce à la jurisprudence de la Cour européenne que, comme nous dit Frédéric Sudre, « si l'État partie possède un pouvoir discrétionnaire en matière de police des étrangers, il n'est pas affranchi pour autant du respect de la Convention de sauvegarde ; dans un État de droit, l'ordre public national ne saurait justifier l'arbitraire ou l'inhumain »<sup>1</sup>. Donc, si l'État peut exercer de manière légitime son pouvoir sur la détermination de son droit interne, devant le migrant irrégulier, qui met au défi sa prérogative étatique traversant ses frontières illégalement, il doit respecter certaines limites<sup>2</sup>.

La Cour a étendu le champ d'application de certaines dispositions de la CEDH et, ce faisant, elle a comblé le vide normatif de celle-ci en matière migratoire. Il est vrai que beaucoup de migrants sont morts à cause des mesures de renvoi retenues légitimes avec son aval. Mais, il ne faut pas oublier, et nous l'avons rappelé souvent, au cours de ce travail, que son action est subsidiaire et que ce sont les États, en premier lieu, qui doivent garantir la sauvegarde et le respect des droits de l'homme.

Malheureusement, comme nous dit Vincent Chetail, même si les droits de l'homme sont désormais une partie intégrante du droit public international, il y a encore un défi majeur « its implementation at the domestic level » à cause du fait que cette branche du droit se trouve au carrefour entre la souveraineté des États et les droits individuels<sup>3</sup>. En plus, « les droits fondamentaux de l'étranger font souvent figures de parents pauvres des droits de l'homme »<sup>4</sup>. Mais, selon Vincent Chetail, « (l) le respect dû aux droits fondamentaux de l'étranger est le critère ultime de l'effectivité des droits de la personne, peut-être même la dernière grande conquête des libertés publiques ; car c'est bien l'universalité des droits de l'homme qui est posée, de manière radicale et sans possibilité d'esquive, par le traitement réservé à l'étranger. L'étranger n'a pas fini d'être l'aiguillon du droit international »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 869.

<sup>2</sup> Idil ATAK, *L'eupéanisation de la lutte contre la migration irrégulière et les droits humains. Une étude des politiques de renvois forcés en France, au Royaume-Uni et en Turquie*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1.

<sup>3</sup> Vincent CHETAIL, « The Human Rights of Migrants in General International Law : from Minimum Standards to Fundamental Rights », in Mary CROCK, (ed) *Migrants and Rights*, Aldershot, Ashgate, 2015, p. 32.

<sup>4</sup> Vincent, CHETAIL, « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », in Vincent, CHETAIL (sous la dir. de) *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Volume II, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 131.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 133.

D'ailleurs, les droits de l'homme appartiennent à tous les êtres humains, y compris les migrants. Si l'on regarde l'article 2 de la DUDH, on comprend que la jouissance des droits de l'homme appartient à toute personne puisqu'il n'y a pas de distinction entre les nationaux et les étrangers. En plus, cette jouissance est liée au fait que l'article 1<sup>er</sup> de la DUDH utilise le terme *dignité*. Donc, les droits de l'homme émanent de la dignité de la personne humaine et doivent être reconnus à toute personne<sup>7</sup>.

Malheureusement, pour l'instant, les États gardent leur prérogative en matière migratoire, même si, comme nous dit Bas Schotel, « admission policies regarding normal migrant constitute a practice of exclusion without justification »<sup>8</sup>, une pratique de l'exclusion se basant avant tout sur le principe de la souveraineté de l'État.

Certes, on pourrait embrasser l'approche extrême, mais intéressante, proposée par Édouard Delruelle, qui plaide pour la réalisation d'une troisième forme de démocratie, la démocratie *cosmopolitique ou transculturelle* avec un nouveau droit fondamental, soit le droit à l'hospitalité qui, même si les États gardent leur pouvoir en matière migratoire, ne peut être aboli car il est « né de la cosmopolitisation du monde – droit d'hospitalité qui rejoint lui-même le droit tout aussi fondamental à la diversité des points de vue et des modes de vie »<sup>10</sup>. Ou encore, embrasser la position d'Olivier De Frouville qui pense qu'il faudrait reconnaître un nouveau droit de l'homme qui serait le droit à la migration découlant de la « reconnaissance du caractère avant tout humain de la migration, qui doit primer sur ses aspects économiques ou sécuritaires », « un droit plus complet à la liberté de circulation qui ne se limite plus au droit de sortir de son pays, mais également au droit de migrer vers un autre pays et de s'y établir, de manière temporaire ou permanente »<sup>11</sup>.

En tout cas, notre syllogisme de départ reste inchangé et toujours valable nonobstant les faiblesses du système de protection des droits de l'homme au niveau européen et malgré la méfiance des États à l'égard des migrants irréguliers. Heureusement, un rôle très important est joué par d'autres acteurs, comme nous avons vu dans l'affaire *Paposhvili c. Belgique* [GC]. En effet, selon Upendra Baxi, « the despair and distress about the failure of human rights law and jurisprudence [...] is partially overcome as well by messages of hope emanating from global social action challenging the somnolence of sovereign power »<sup>12</sup>.

Les êtres humains sont titulaires des droits de l'homme. Les migrants sont des êtres humains. Alors, les migrants sont titulaires des droits de l'homme.

---

<sup>6</sup> Eleanor Roosevelt, interpellée au sujet de l'emploi de ce terme, dit qu'il avait été utilisé afin de « emphasize that every human being is worthy of respect », Mary Ann GLENDON, *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York, Random House, 2001, p. 146.

<sup>7</sup> Marie-Bénédicte DEMBOUR, Tobias KELLY, (ed), *Are Human Rights for Migrants?: Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, London, Routledge, 2012, p. 1.

<sup>8</sup> Bas SCHOTEL, *On the right of exclusion: Law, Ethics and Immigration Policy*, London, Routledge, 2012, p. 8. Pour *normal migrant*, il entend « migrants that do not have right to admission ». Donc, il sort de la catégorie de ceux qui ont « a right to admission (e.g. a refugee, family member of permanent resident, national of a party to a bi-lateral (labor) migration treaty) », *ibid.*, p.12.

<sup>9</sup> Édouard DELRUELLE, « Démocratie, cosmopolitisme et hospitalité », in Jean-Yves CARLIER, (sous la dir. de), *L'étranger face au droit Xxes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 113.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 121-122.

<sup>11</sup> Olivier DE FROUVILLE, « Les instruments universels de protection : quelle effectivité ? », in Habib GHERARI, Rostane MEHDI, *La société internationale face aux défis migratoires. Colloque des 13 et 14 janvier 2011*, Pedone, Paris, 2012, p. 115.

<sup>12</sup> Upendra BAXI, « The struggle for sans-papiers human rights », in Marie-Bénédicte DEMBOUR, Tobias KELLY, (ed), *Are Human Rights for Migrants?: Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, *op. cit.*, p. 223.

# Annexe<sup>1</sup>

## Les résumés des affaires citées au chapitre II

- <sup>41</sup> Déc. *Abmed v. Sweden*, du 16 mai 2006, requête n° 9886/05. Un somalien, atteint du HIV, dont la demande d'asile avait été déboutée à la suite de plusieurs condamnations, avait reçu une mesure d'expulsion à vie. Le gouvernement soutenait que le requérant était issu du Kenya. La Cour a estimé la requête recevable. Dans son arrêt du 22 février 2007, elle a constaté que le gouvernement avait octroyé au requérant un permis de résidence temporaire, raison pour laquelle, elle a rayé l'affaire du rôle.
- <sup>50</sup> Déc. *Ndangoya c. Suède*, du 22 juin 2004, requête n° 17868/03. Un ressortissant tanzanien atteint du HIV avec un permis régulier de résidence permanente, obtenu à la suite de son mariage avec une ressortissante suédoise, avait été condamné à six ans d'emprisonnement pour avoir eu des rapports sexuels non protégés avec trois femmes qui méconnaissaient son état de santé. À son encontre une mesure d'éloignement avait été décidée.
- <sup>51</sup> Déc. *Meho et al. c. Pays-Bas*, du 20 janvier 2004, requête n° 76749/01. Les requérants, ressortissants kosovars albanais, avaient introduit une demande d'asile et, ensuite, une demande de permis de séjour pour « humanitarian reasons or, in the alternative, medical treatment ». Le premier requérant, atteint de graves problèmes de dépression et de troubles psychotiques, avait été condamné pour viol et enlèvement et avait été, de ce fait, l'objet d'une mesure de renvoi.
- <sup>60</sup> Déc. *Goncharova and Alekseytsev v. Sweden*, du 3 mai 2007, requête n° 31246/06. La décision concernait deux ressortissants russes demandeurs d'asile, une mère et son fils adulte, qui se prétendaient victimes de persécution politique, en Russie. La demande d'asile du deuxième requérant avait été déboutée. Il était atteint dans sa santé mentale et avait essayé deux fois de se suicider. La Cour a estimé que, pendant son premier éloignement, il n'y avait pas eu de risques dans ce sens. En plus, le Gouvernement a affirmé « that a deportation would be carried out in such a way as to minimise the suffering of the second applicant, having regard to his medical condition » (p. 11).
- <sup>82</sup> ACEDH *Emre c. Suisse*, du 22 mai 2008, requête n° 42034/04. Un ressortissant turc résidant de longue durée en Suisse, condamné plusieurs fois pour des infractions pénales et atteint de troubles psychiques, avait reçu deux mesures d'expulsion à durée indéterminée. Ces mesures avaient été mises en place.
- ACEDH *Ahorugeze v. Sweden*, du 27 octobre 2011, requête n° 37075/09. Un ressortissant rwandais avait reçu une mesure d'extradition car soupçonné de génocide et de crimes contre l'humanité. Il alléguait, entre autres, la violation de l'article 3 pour l'impossibilité d'être opéré au cœur, dans son pays d'origine.
- ACEDH *Senchishak c. Finlande*, du 18 novembre 2014, requête n° 5049/12. Une ressortissante russe, âgée et atteinte dans sa santé, s'était vu refuser un permis de séjour, même si sa fille, naturalisée finlandaise, était la seule personne pouvant la prendre en charge.
- <sup>104</sup> Déc. *A. M. c. Suisse*, du 3 novembre 2015, requête n° 37466/13. Un ressortissant syrien d'origines kurdes, arrivé en Italie et enregistré sous EURODAC, était arrivé ensuite à Genève et y avait demandé l'asile. L'OPM estimant que le requérant devait demander l'asile en Italie a rejeté sa demande d'asile. Soumis à traitement médical car il était atteint de troubles mentaux, il se refusait de retourner en Italie, où à son dire il avait été abusé par la police.
- <sup>105</sup> Déc. *G. S. c. France*, du 12 novembre 2015, requête n° 39747/15. Un ressortissant arménien, atteint d'une pathologie psychique, avait eu la reconnaissance de mesures provisoires, de la part de la Cour, pour la durée de la procédure devant elle. Mais, sur la base des assurances du gouvernement français concernant une prise en charge médicale en Arménie, elle les avait levées.

---

<sup>1</sup> Les chiffres correspondent aux notes de bas de page où les affaires résumées sont citées.

<sup>109</sup> ACEDH *A. S. v. Switzerland*, du 30 juin 2015, requête n° 39350/13. Un ressortissant syrien d'origines kurdes dont la demande d'asile avait été déboutée, car ses empreintes avaient été enregistrées par EURODAC, en Grèce et en Italie, bien que ses deux sœurs résidassent à Genève, se refusait d'aller en Italie. Cette dernière avait accepté de prendre en charge le requérant, atteint dans sa santé mentale et à risque de suicide. Selon la Cour, « (i)t does not disclose very exceptional circumstances, such as in *D. v. United Kingdom* » (§ 37). Le risque de suicide n'a pas impacté la décision de la Cour qui a cité, entre autres, des décisions où les requérants avaient des records de suicides traités.

ACEDH *M. T. c. Suède*, du 26 février 2015, requête n° 1412/12. L'affaire, actuellement pendante devant la Grande chambre, concernait un ressortissant kirghize d'origine ouïgoure, atteint d'une insuffisance rénale demandant une dialyse trois fois par semaine, dont la demande d'asile avait été déboutée. Dans son opinion dissidente, le juge De Gaetano a estimé que le requérant « has [...] convincingly shown that he stands very little chance of receiving the required haemodialysis immediately upon his return [...] ». The Court, in coming its conclusion, has regrettable glossed over with hypotheses and conjectures » (§ 4). Pour lui le *seuil Pretty* avait été atteint.

ACEDH *Tatar v. Switzerland*, du 14 avril 2015, requête n° 65692/12. L'affaire concernait un ressortissant turc ayant obtenu un permis de séjour qui, à la suite du meurtre de sa femme et à sa condamnation, avait perdu son statut de réfugié et risquait d'être renvoyé. Il était atteint de schizophrénie. La Cour a décidé la non violation de l'article 3. En l'espèce, elle a estimé que le médicament approprié pouvait être trouvé, même si à 150 km du village du requérant et que, pour le risque de rencontrer les proches de sa femme, pour la Cour « relocating to a different part of country remains an option » (§ 51). Dans son opinion dissidente, le juge Lemmens a estimé que le fait que le requérant avait vécu pendant 28 ans en Suisse et qu'il ne pouvait pas vivre de soi-même le distinguait de l'affaire *Bensaid* et qu'il était une personne extrêmement vulnérable et, de ce fait, ayant besoin d'une protection spéciale. D'après lui, le renvoi comporterait violation de l'article 3.

En matière de protection de migrants séropositifs sous l'angle de l'article 8 CEDH voir :

ACEDH *Novruk et al. c. Russie*, du 15 mars 2016, requêtes nos 31039/11, 48511/11, 76819/12, 14618/13, 13817/14. L'affaire concernait cinq étrangers qui avaient vu leur demande de permis temporaire rejetée parce qu'ils étaient séropositifs. Ce rejet avait été fait dans le respect de la législation pertinente russe. La Cour a admis à l'unanimité la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. Pour trois requérants mariés avec des ressortissantes russes et avec des enfants russes de naissance, la Cour a estimé qu'ils avaient une vie familiale en Russie. Pour un autre requérant vivant depuis 2007 avec son compagnon, nonobstant les autorités russes ne reconnaissent pas cette union, la Cour a relevé qu'il y avait une relation stable relevant de la notion de vie privée et de vie familiale. Enfin, pour la dernière requérante vivant avec son fils et sa sœur, sa situation était couverte par la notion de vie privée. En l'espèce, la Cour a retenu que les autorités avaient fondé leur décision sur la seule raison qu'ils étaient séropositifs. Donc, sauf leur état de santé, il n'y avait pas d'autres obstacles à l'octroi d'un permis de séjour car la Cour « considers that the applicants can claim to be in a situation analogous to that of other, HIV-negative aliens » (§ 97). En plus, compte tenu du consensus européen et international pour l'abolition des limitations posées aux étrangers séropositifs à l'entrée et au séjour, la Russie « n'a pas justifié par des motifs impérieux ni par des éléments objectifs la différence de traitement dont les requérants ont fait l'objet » (§§ 99 et 101).

ACEDH *Kiyutin c. Russie*, du 10 mars 2011, requête n° 2700/10. L'affaire concernait un ressortissant ouzbek, marié avec une ressortissante russe et père d'un enfant, qui, ayant demandé un permis de séjour, avait reçu un refus à cause de sa séropositivité. La Cour a retenu que, vu que l'expulsion systématique de ressortissants étrangers séropositifs ne permettait pas un examen individualisé et était objectivement injustifiée, le requérant avait subi une discrimination sur la base de son état de santé, et, de ce fait, cela emportait violation de l'article 14 combiné avec l'article 8.

# Bibliographie

## - MONOGRAPHIES

ATAK, Idil, *L'eupéanisation de la lutte contre la migration irrégulière et les droits humains*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

BOSSUYT, Marc, *Strasbourg et les demandeurs d'asile : des juges sur un terrain glissant*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *The Inter-American Court of Human Rights. Case-law and commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

CARLIER, Jean-Yves, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2007.

COSTA, Jean-Paul, *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2013.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte, *When Humans Become Migrants, Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

GLENDON, Mary-Ann, *A world made new : Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York, Random House, 2001.

HENNEBEL, Ludovic, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

LACROIX, Thomas, *Migrants. L'impasse européenne*, Malakoff, Armand Colin, 2016.

MOLE, Nuala, *Le droit d'asile et la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Éd. Conseil de l'Europe, 2008.

NIVARD, Carole, *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

PASTRE-BELDA, Béatrice, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté : contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

PÉTERMANN, Nathanaël, *Les obligations positives de l'État dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : théorie générale, incidences législatives et mise en oeuvre en droit suisse*, Berne, Stämpfli, 2014.

PETRY, Roswitha, *La situation juridique des migrants sans statut légal. Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations*, Genève, Paris, Schulthess, LGDJ, 2013.

SAROLÉA, Sylvie, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

SAURON, Jean-Luc, CHARTIER, Aude, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 2014.

SCHOTTEL, Bas, *On the right of exclusion : Law, Ethics and Immigration Policy*, London, Routledge, 2012.

SCHAHMANECHE, Aurélia, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, A. Pedone, 2014.

WATTHÉE, Sandrine, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme. La protection des droits conventionnels en puissance ?*, Bruxelles, Nemesis, 2014.

#### - MANUELS INSTITUTIONNELS

*Manuel de droit suisse des migrations. Bases légales européennes et fédérales du droit suisse des étrangers et de l'asile*, Centre suisse de compétence pour les droits humains, Berne, Stämpfli, 2015.

*Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2013.

Nations Unies – Haut Commissariat aux droits de l'homme, *Les droits économiques, sociaux et culturels des migrants en situation irrégulière*, Genève, Nations Unies, 2016.

#### - MANUELS

BELORGEY, Jean-Michel, *Le droit d'asile*, Paris, LGDJ, 2013.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2012.

ERGEC, Rusen, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2014.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2016.

RENUCCI, Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, Paris, LGDJ, 2013.

SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 2015.

#### - OUVRAGES COLLECTIFS

AMARELLE, Cesla, NGUYEN, Minh Son, (sous la dir. de), *Les renvois et leur exécution. Perspectives internationale, européenne et suisse*, Berne, Stämpfli, 2011.

AMARELLE, Cesla, NGUYEN, Minh Son, (sous la dir. de), *Code annoté de droit des migrations, Volume 1 Droits humains*, Berne, Stämpfli, 2014.

BERG, Leif, (sous la dir. de), *Cohérence et impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : Liber amicorum Vincent Berger*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2013.

BERGER, Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 2014.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, (sous la dir. de), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2014.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte, KELLY, Tobias, (ed), *Are Human Rights for Migrants ? : Critical Reflections on the Status of Irregular Migrants in Europe and the United States*, London, Routledge, 2012.

CALOZ, Marie-Claire, DASEN, Pierre R., CHETAIL, Vincent, (sous la dir. de), *Mondialisation, migration et droits de l'homme*, Volume I, Bruxelles, Bruylant, 2007.

CARLIER, Jean-Yves, DE BRUYCKER, Philippe, (sous la dir. de), *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

CARLIER, Jean-Yves, (sous la dir. de), *L'étranger face au droit X<sup>es</sup> journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

CHASSIN, Catherine-Amélie, (sous la dir. de), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

CHÉTAIL, Vincent, (sous la dir. de), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, Volume II, Bruxelles, Bruylant, 2007.

CHÉTAIL, Vincent, BAULOZ, Céline, (ed), *Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014.

CHÉTAIL, Vincent, LALY-CHEVALIER, Caroline *Asile et extradition. Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

CLOCHARD, Olivier, (sous la dir. de), *Atlas des migrants en Europe : géographie critique des politiques migratoires*, Paris, Armand Colin, 2009.

CROCK, Mary, (ed), *Migrants and Rights*, Aldershot, Ashgate, 2015.

GHERARI, Habib, MEHDI, Rostane, (sous la dir. de), *La société internationale face aux défis migratoires. Colloque des 13 et 14 janvier 2011*, Paris, Pedone, 2012.

HAECK, Yves, RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo, BURBANO-HERRERA, Clara, (ed), *The Inter-American Court of Human Rights : theory and practice, present and future*, Cambridge, Intersentia, 2015.

HENRY, Pierre, MARTINEZ, Brigitte, *Dico Atlas des migrations*, Paris, Belin, 2013.

HOTTELIER, Michel, MOCK, Hanspeter, PUÉCHAVY, Michel, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Genève, Schulthess, 2011.

LECLERC, Stéphane, (sous la dir. de), *Europe(s), droit(s) et migrants irréguliers*, Collection Rencontres européennes, Bruxelles, Bruylant, 2012.

OPESKIN, Brian, PERRUCHOUD, Richard, REDPATH-CROSS, Jillyanne, (sous la dir. de), *Le droit international de la migration*, Genève, Schulthess – Éditions romandes, 2014.

PHLOGAITES, Spyridôn, ZWART, Tom, FRASER, Julie, (ed), *The European Court of Human Rights and its Discontents : turning criticism into strength*, Cheltenham, E. Elgar, 2013.

SUDRE, Frédéric, (sous la dir. de), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 2011.

#### - RECUEIL DE TEXTES

MELANDER, Goran, ALFREDSSON, Gudmundur, HOLMSTRÖM, (ed), *The Raoul Wallenberg Institute Compilation of Human Rights Instruments*, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

#### - ARTICLES DE REVUES SCIENTIFIQUES

BYRNE, Iain, « Guaranteeing the Economic and Social Rights 1 of Migrants: Not just Duty but Self Interest », in *Interights Bulletin, Human Security and Migration*, 2012, Vol. 17, n° 1, pp. 11-14.

CARENS, Joseph H., « The Right of Irregular Migrants », in *Ethics & International Affairs*, 2008, Vol.22(2), pp. 163-186.

CRÉPEAU, François, « Migrants Rights are Human Rights », in *Interights Bulletin, Human Security and Migration*, 2012, Vol. 17, n° 1, pp. 4-5.

GUZZAROTTI, Andrea, « Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto », [En ligne], [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) (consulté le 4 novembre 2016), pp. 1-15.

IZAMBERT, Caroline, « Inhumain, mais pas trop », *Vacarme*, n° 54, 2011/1, [En ligne], <http://www.cairn.info/revue-vacarme-2011-1-page-89.htm> DOI 10.3917/vaca.054.0089 (consulté le 4 novembre 2016), pp. 89-91.

JULIEN-LAFERRIÈRE, François, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009/77, pp. 261-277.

KLAUSSER, Nicolas, « Rejet expéditif par la CEDH de la requête d'un étranger malade en voie d'expulsion : Une Convention à deux vitesses ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 09 février 2016, URL : <http://revdh.revues.org/1788> ; DOI : 10.4000/revdh.1788, (consulté le 30 septembre 2016), pp. 1-15.

KLAUSSER, Nicolas, « Étrangers malades et droit de l'Union européenne : Entre accroissement et restriction des garanties juridiques », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 09 janvier 2015, URL : <http://revdh.revues.org/1044> ; DOI : 10.4000/revdh.1044 (consulté le 08 janvier 2017), pp. 1-13.

KOENIG Matthias, « Mondialisation des droits de l'homme et transformation de l'État-nation. Une analyse néo-institutionnaliste », in *Droit et société* [En ligne] n°67, 3/2007, [www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2007-3-page-673.htm](http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2007-3-page-673.htm) (consulté le 4 novembre 2016), pp. 673-694.

HERVIEU, Nicolas, « Conventionalité du renvoi d'étrangers atteints par le VIH et dilemme de la dissidence perpétuelle », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 12/ 2011.

LEBOEUF, Luc « Le non-refoulement face aux atteintes aux droits économiques, sociaux et culturels. Quelle protection pour le migrant de survie ? », in *Cahiers du CeDIE* [En ligne], 2012/8, [www.uclouvain.be/cedie](http://www.uclouvain.be/cedie) (consulté le 16 octobre), pp. 1-33.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, « L'éloignement des étrangers malades du sida : la Cour européenne des droits de l'homme sur « les sentiers de la gloire » (Cour. eur. dr. h., arrêt S.J. c. Belgique, 27 février 2014) », in *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, n° 2014/100, p. 977-989

PÉTIN, Joanna, « Extradition et troubles mentaux. La prise en compte de la vulnérabilité par la Cour européenne des droits de l'homme », Réseau universitaire européen – Droit de l'espace de liberté, sécurité et justice [En ligne], 23 avril 2013 [www.gdr-elsj.eu](http://www.gdr-elsj.eu) (consulté le 26 octobre 2016).

SLAMA, Serge, PARROT, Karine, « Étrangers malades : l'attitude de Ponce Pilate de la Cour européenne des droits de l'Homme », n° 101 *Plein droit* 2014/2 [En ligne], DOI 10.3917/pld.101.0027 (consulté le 8 janvier 2017), pp. I-VIII.

TARDIF, Eric, « Le système inter-américain de protection des droits de l'homme : particularités, percées et défis », in *RDH*, 6/2016, pp. 1-28.

TIGROUDJA, Hélène, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de "l'humanisation du droit international public". Propos autour des récents arrêts et avis », in *Annuaire français de droit international*, 2006, Volume 52, pp. 617-640.

- ARTICLES DE PRESSE

Forteresse Europe

[www.amnesty.ch/fr/themes/asile-et-migrations/forteresse-europe/forteresse-europe](http://www.amnesty.ch/fr/themes/asile-et-migrations/forteresse-europe/forteresse-europe).  
Accord UE-Turquie. Un coup sans précédent aux droits des réfugiés. 21 mars 2016.  
<https://www.amnesty.ch/fr/themes/asile-et-migrations/docs/2016/>

Union Européenne. Reloger les réfugiés bloqués sur les îles grecques. 14 novembre 2016.  
[www.amnesty.ch/fr/pays/europe-asie-centrale/grece/docs/2016/](http://www.amnesty.ch/fr/pays/europe-asie-centrale/grece/docs/2016/)

Grèce. Réfugiés détenus dans des conditions effroyables, suite à l'accord entre l'UE et la Turquie. 8 avril 2016.  
[www.amnesty.ch/fr/pays/europe-asie-centrale/grece/docs/2016/](http://www.amnesty.ch/fr/pays/europe-asie-centrale/grece/docs/2016/)

## - JURISPRUDENCE

### I. DÉCISIONS ET ARRÊTS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Déc. *A. A. c. Suède*, du 2 septembre 2008, requête n° 8594/04.

Déc. *Ahmed v. Sweden*, du 16 mai 2006, requête n° 9886/05.

Déc. *Amegnigan c. Pays-Bas*, du 25 novembre 2004, requête n° 25629/04.

Déc. *A. M. c. Suisse*, du 3 novembre 2015, requête n° 37466/13.

Déc. *Arcila Henao c. Pays-Bas*, du 24 juin 2003, requête n° 13669/03.

Déc. *B. B. c. France*, du 9 mars 1998, requête n° 30930/96.

Déc. *Belova c. Belgique*, du 31 mars 2009, requête n° 28057/08.

Déc. *Chandra et al. c. Pays-Bas*, du 13 mai 2003, requête n° 53102/99.

Déc. *Collins et Akażiebie c. Suède*, du 8 mars 2007, requête n° 23944/05.

Déc. *Dragan et al. c. Allemagne*, du 7 octobre 2004, requête n° 33743/03.

Déc. *Goncharova and Alekseytsev v. Sweden*, du 3 mai 2007, requête n° 31246/06.

Déc. *G. S. c. France*, du 12 novembre 2015, requête n° 39747/15.

Déc. *Hida c. Danemark*, du 19 février 2004, requête n° 38025/02.

Déc. *Hukic c. Suède*, du 27 septembre 2005, requête n° 17416/05.

Déc. *Karara c. Finlande*, du 29 mai 1998, requête n° 40900/98.

Déc. *Meho et al. c. Pays-Bas*, du 20 janvier 2004, requête n° 76749/01.

Déc. *Mitchell c. Royaume-Uni*, du 24 novembre 1998, requête n° 40447/98.

Déc. *Ndangoya c. Suède*, du 22 juin 2004, requête n° 17868/03.

Déc. *Omwenyeki c. Allemagne*, du 20 novembre 2007, requête n° 44294/04.

Déc. *Osmanov et Osmanova c. Suède*, du 26 juin 2006, requête n° 30977/05.

Déc. *Penafiel Salgado c. Espagne*, du 16 avril 2002, requête n° 65964/01.

Déc. *Pentiacova et al. c. Moldavie*, du 4 janvier 2005, requête n° 14462/03.

Déc. *Powell c. Royaume-Uni*, du 4 mai 2000, requête n° 45305/99.

Déc. *Salem c. Portugal*, du 9 mai 2006, requête n° 26844/04.

Déc. *Salkic et al. c. Suède*, du 29 juin 2004, requête n° 7702/04.

Déc. *S. B. c. Finlande*, du 24 juin 2014, requête n° 17200/11.

Déc. *S. C. C. c. Suède*, du 15 février 2000, requête n° 46553/99.

Déc. *TI c. Royaume-Uni*, du 7 mars 2000, requête n° 43844/98.

Déc. *Z. et T. c. Royaume-Uni*, du 28 février 2006, requête n° 27034/05.

Déc. *Youb Saoudi c. Espagne*, du 18 septembre 2006, requête n° 22871/06.

ACEDH *Affaire linguistique belge c. Belgique*, du 23 juillet 1968, requêtes nos 1474/62, 1677/66, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64.

ACEDH *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, du 28 mai 1985, requêtes nos 9214/80, 9473/81, 9474/81.

ACEDH *Agram c. Suisse*, du 29 juillet 2010, requête n° 3295/06.

ACEDH *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, du 2 mars 2010, requête n° 61498/08.

ACEDH *Abmut c. Pays-Bas*, du 28 novembre 1996, requête n° 21702/93.

ACEDH *Ahorugeze c. Suède*, du 27 octobre 2011, requête n° 37075/09.

ACEDH *Airey c. Irlande*, du 9 octobre 1979, requête, n° 6289/73.

ACEDH *Andrejeva c. Lettonie* [GC], du 18 février 2009, requête n° 55707/00.

ACEDH *Aoulmi c. France*, du 17 janvier 2006, requête n° 50278/99.

ACEDH *A. S. c. Suisse*, du 30 juin 2015, requête n° 39350/13.

ACEDH *Aswat c. Royaume-Uni*, du 16 avril 2013, requête n° 17299/12.

ACEDH *Aydin c. Turquie* [GC], du 25 septembre 1997, requête n° 23178/94.

ACEDH *Babar Ahmad et al. c. Royaume-Uni*, du 10 avril 2012, requêtes nos 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 et 67354/09.

ACEDH *Bader et Kanbor c. Suède*, du 8 novembre 2005, requête, n° 13284/04.

ACEDH *B. B. c. France*, du 7 septembre 1998, requête n° 47/1998/950/1165.

ACEDH *Bensaid c. Royaume-Uni*, du 6 février 2001, requête n° 44599/98.

ACEDH *Biao c. Danemark*, du 25 mars 2014, requête n° 38590/10.

ACEDH *Biao c. Danemark* [GC], du 24 mai 2016, requête n° 38590/10.

ACEDH *Bouhelkia c. France*, du 29 janvier 1997, requête n° 23078/93.

ACEDH *Boughanemi c. France*, du 24 avril 1996, requête n° 22070/93.

ACEDH *Bonjlifa c. France*, du 21 octobre 1997, requête n° 25404/94.

ACEDH *Boultif c. Suisse*, du 2 août 2001, requête n° 54273/00.

ACEDH *C. c. Belgique*, du 8 août 1996, requête n° 21794/93.

ACEDH *Chabal c. Royaume-Uni* [GC], du 15 novembre 1996, requête n° 22414/93.

ACEDH *Chamaïev et al. c. Géorgie et Russie*, du 12 avril 2005, requête n° 36378/02.

ACEDH *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], du 18 janvier 2001, requête n° 27238/95.

ACEDH *Čonka c. Belgique*, du 5 février 2002, requête n° 51564/99.

ACEDH *Cossey c. Royaume-Uni*, du 27 septembre, 1990, requête n° 10843/84.

ACEDH *Cruz Varas et al. c. Suède*, du 20 mars 1991, requête n° 15576/89.

ACEDH *D. c. Royaume-Uni*, du 2 mai 1997, requête n° 30240/96.

ACEDH *D. et al. c. Turquie*, du 22 juin 2006, requête n° 24245/03.

ACEDH *D. H. et al. c. République Tchèque*, du 13 novembre 2007, requête n° 57325/00.

ACEDH *D. N. M. et al. c. Suède*, du 27 juin 2013, requêtes nos 71680/10, 28379/11, 72413/10, 50859/10, 68411/10, 68335/10, 72686/10, 66523/10.

ACEDH *Drożd et Janousek c. France et Espagne*, du 26 juin 1992, requête n° 12747/87.

ACEDH *Dudgeon c. Royaume-Uni*, du 22 octobre 1981, requête n° 7525/76.

ACEDH *El Boujaïdi c. France*, du 26 septembre 1997, requête n° 25613/94.

ACEDH *Emre c. Suisse*, du 22 août 2008, requête n° 42034/04.

ACEDH *Gaygusuz c. Autriche*, du 16 septembre 1996, requête n° 17371/90.

ACEDH *Glor c. Suisse*, du 30 avril 2009, requête n° 13444/04.

ACEDH *Gülay Çeytin c. Turquie*, du 5 mars 2013, requête n° 44084/10.

ACEDH *Handyside c. Royaume-Uni*, du 7 décembre 1976, requête n° 5493/72.

ACEDH *H. et B. c. Royaume-Uni*, du 9 avril 2013, requêtes nos 70073/10, 44539/11.

ACEDH *Hirsi Jamaa c. Italie* [GC], du 23 février 2012, requête n° 27765/09.

ACEDH *H. L. R. c. France* [GC], du 29 avril 1997, requête n° 24573/94.

ACEDH *Hussun et al. c. Italie*, du 11 novembre 2006, requêtes nos 10171/05, 10601/05, 11593/05, 17165/05.

ACEDH *Inze c. Autriche* [GC], du 28 octobre 1987, requête n° 8695/79.

ACEDH *Irlande c. Royaume-Uni*, du 18 janvier 1978, requête n° 5310/71.

ACEDH *Jabari c. Turquie*, du 11 juillet 2000, requête n° 40035/98.

ACEDH *James et al. c. Royaume-Uni*, du 21 février 1986, requête n° 8793/79.

ACEDH *Kamaco c. Suisse*, du 7 janvier 2010, requête n° 21010/08.

ACEDH *Keenan c. Royaume-Uni*, du 3 avril 2001, requête n° 27229/95.

ACEDH *Kiyutin c. Russie*, du 10 mars 2011, requête n° 2700/10.

ACEDH *Klauss et autres c. Allemagne*, du 6 septembre 1978, requête n° 5029/71.

ACEDH *Kudla c. Pologne* [GC], du 26 octobre 2000, requête n° 30210/96.

ACEDH *Leyla Şahin c. Turquie* [GC], du 10 novembre 2005, requête n° 44774/98.

ACEDH *Maaonia c. France* [GC], du 5 octobre 2000, requête n° 39652/98.

ACEDH *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, du 6 février 2003, requêtes nos 468227/99, 469551/99.

ACEDH *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], du 4 février 2005, requêtes nos 468227/99, 469551/99.

ACEDH *Marckx c. Belgique*, du 13 juin 1979, requête n° 6833/74.

ACEDH *Maslov c. Autriche* [GC], du 23 juin 2008, requête n° 1638/03.

ACEDH *Mehemi c. France*, du 10 avril 2003, requête n° 53470/99.

ACEDH *Mengesha Kimfe c. Suisse et Agraw c. Suisse*, du 29 juillet 2010, requêtes nos 24404/05. 3295/06.

ACEDH *Mikulic c. Croatie*, du 7 février 2002, requête n° 53176/99.

ACEDH *Mostafa et al. c. Turquie*, du 15 janvier 2008, requête n° 16348/05.

ACEDH *Moustaquin c. Belgique*, du 18 février 1991, requête n° 12313/86.

ACEDH *M. S. S. c. Belgique et Grèce* [GC], du 21 janvier 2011, requête n° 30696/09.

ACEDH *M. T. c. Suède*, du 26 février 2015, requête n° 1412/12.

ACEDH *Mubilanzi Mayeka et Kanini Mitunga c. Belgique*, du 12 octobre 2006, requête n° 13178/03.

ACEDH *Müslim c. Turquie*, du 26 juillet 2005, requête n° 53566/99.

ACEDH *NA. c. Royaume-Uni*, du 17 juillet 2008, requête, n° 25904/07.

ACEDH *N. c. Finlande*, du 26 juillet 2005, requête n° 38885/02.

ACEDH *N. c. Royaume-Uni* [GC], du 27 mai 2008, requête n° 26565/05.

ACEDH *Natchova et al. c. Bulgarie* [GC], du 6 juillet 2005, requêtes n° 43577/98.

ACEDH *Nejdet Şahin et Perihan Şahin c. Turquie* [GC], du 20 octobre 2011, requête n° 13279/05.

ACEDH *Novruk et al. c. Russie*, du 15 mars 2016, requêtes n<sup>os</sup> 31039/11, 48511/11, 76819/12, 14618/13, 13817/14.

ACEDH *Öcalan c. Turquie* [GC], du 12 mai 2005, requête n° 46221/99.

ACEDH *Olaechea Cabuas c. Espagne*, du 10 août 2006, requête n° 24668/03.

ACEDH *Öneryildiz c. Turquie* [GC], du 30 novembre 2004, requête n° 48939/99.

ACEDH *Oršun et al. c. Croatie* [GC], du 16 mars 2010, requête n° 15766/03.

ACEDH *Osman c. Royaume-Uni* [GC], du 28 octobre 1998, requête n° 87/1997/871/1083.

ACEDH *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, du 17 janvier 2012, requête n° 8139/09.

ACEDH *Paladi c. Moldova* [GC], du 10 mars 2009, requête n° 39806/05.

ACEDH *Paposhvili c. Belgique*, du 17 avril 2014, requête n° 41738/10.

ACEDH *Paposhvili c. Belgique* [GC], du 13 décembre 2016, requête n° 41738/10.

ACEDH *Parti communiste unifié de Turquie et al. c. Turquie*, du 30 janvier 1998, requête n° 19392/92.

ACEDH *Piermont c. France*, du 27 avril 1995, requête n° 15773/89.

ACEDH *Popov c. France*, du 19 janvier 2012, requêtes n<sup>os</sup> 39472/07, 39474/07.

ACEDH *Pretty c. Royaume-Uni*, du 29 avril 2002, requête n° 2346/02.

ACEDH *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-bas*, du 31 janvier 2006, requête n° 50435/99.

ACEDH *Saadi c. Italie* [GC], du 28 février 2008, requête n° 37201/06.

ACEDH *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], du 29 janvier 2008, requête n° 13229/03.

ACEDH *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], du 22 décembre 2009, requêtes n<sup>os</sup> 27996/06, 34836/06.

ACEDH *Sen c. Pays-Bas*, du 21 décembre 2001, requête n° 31465/96.

ACEDH *Senchishak c. Finlande*, du 18 novembre 2014, requête n° 5049/12.

ACEDH *S. H. H. c. Royaume-Uni*, du 29 janvier 2013, requête n° 60367/10.

ACEDH *S. J. c. Belgique*, du 27 février 2014, requête n° 70055/10.

ACEDH *S. J. c. Belgique* [GC] - radiation, du 19 mars 2015, requête n° 70055/10.

ACEDH *Slimani c. France*, du 27 juillet 2004, requête n° 57671/00.

ACEDH *Slivenko c. Lettonie* [GC], du 9 octobre 2003, requête n° 48321/99.

ACEDH *Soering c. Royaume-Uni*, du 7 juillet 1989, requête n° 14038/88.

ACEDH *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], du 12 avril 2006, requêtes nos 65731/01, 65900/01.

ACEDH *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, du 28 juin 2011, requêtes nos 8319/07, 11449/07.

ACEDH *Sultani c. France*, du 20 septembre 2007, requête n° 45223/05.

ACEDH *Syssoyeva et autres c. Lettonie* [GC], du 15 janvier 2007, requête n° 60654/00.

ACEDH *Tanribilir c. Turquie*, du 16 novembre 2000, requête n° 21422/93.

ACEDH *Tarakhel c. Suisse* [GC], du 4 novembre 2014, requête n° 29217/12.

ACEDH *Tatar c. Suisse*, du 14 avril 2015, requête n° 65692/12.

ACEDH *Üner c. Pays-Bas*, du 5 juillet 2005, requête n° 46410/99.

ACEDH *Üner c. Pays-Bas* [GC], du 18 octobre 2006, requête n° 46410/99.

ACEDH *V. c. Royaume-Uni*, du 16 décembre 1999, requête n° 24888/94.

ACEDH *Vautier c. France*, du 26 novembre 2009, requête n° 28499/05.

ACEDH *Vijayanathan et Pusparajah c. France*, du 27 août 1992, requêtes nos 17550/90, 17825/91.

ACEDH *Vilho Eskelinen et al. c. Finlande* [GC], du 19 avril 2007, requête n° 63235/00.

ACEDH *Vilvarajah et al. c. Royaume-Uni*, du 30 octobre 1991, requêtes nos 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87.

ACEDH *Vinter et al. c. Royaume-Uni*, du 9 juillet 2013, requêtes nos 66069/09, 130710, 3896/10.

ACEDH *Von Hannover c. Allemagne*, du 24 juin 2004, requête n° 59320/00.

ACEDH *Witold c. Pologne*, du 4 avril 2000, requête n° 26629/95.

ACEDH *Yob-Ekale Mwanje c. Belgique*, du 29 décembre 2011, requête n° 10486/10.

ACEDH *Zarzycki c. Pologne*, 12 mars 2013, requête n° 15351/03.

## II. DÉCISIONS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Déc. Commission *Mohamed Alam et Mohamed Khan c. Royaume-Uni*, du 17 décembre 1968, requête n° 2991/66.

Déc. Commission *H. S. c. Royaume-Uni*, du 15 juillet 1967, requête n° 2992/66.

Déc. Commission *K. et F. c. Pays-Bas*, du 2 décembre 1986, requête 12543/86.

Déc. Commission *Lukka c. Royaume-Uni*, du 16 octobre 1986, requête n° 12122/86.

Déc. Commission *Singh Uppal c. Royaume-Uni*, du 2 mai 1979, requête n° 8244/78.

## III. AVIS ET ARRÊTS DE LA COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

Avis n° 18/2003, « *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* » OC-18/03, Série A. n° 18.

Avis n° 4/1984, « *Propuesta de Modificación à la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la*

*la Naturalización* », OC-4/84, Série A. n° 4.

Avis n°21/2014, « *Rights and Guaranteed of Children in the Contexte of Migration and/or in Need of International Protection* », OC-21/14, Série A. n°21.

ACIDH *Affaire Chunima*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 1er août 1991.

ACIDH *Blake c. Guatemala*, du 24 janvier 1998, Arrêt sur le fond, Série C. n° 36.

ACIDH *Castillo Petruzzi c. Pérou*, du 30 mai 1999, Arrêt sur le fond, Série C. n° 52.

ACIDH *Caso de la Comunidad Moiwana c. Suriname*, du 15 juin 2005, Série C. n° 124.

ACIDH *Prison Miguel Castro-Castro c. Pérou*, du 25 novembre 2006, Série C. n° 160.

ACIDH *Ircher Bronstein c. Pérou*, du 6 février 2001, Arrêt sur le fond, Série C. n° 74.

ACIDH *Loaysa Tamayo c. Pérou*, du 17 septembre 1997, Arrêt sur le fond, Série C. n° 33.

ACIDH *Familia Pacheco Tineo c. Bolivie*, du 23 novembre 2013, Série C. n° 272.

ACIDH *Ricardo Canese c. Paraguay*, du 31 août 2004, Série C. n° 111.

ACIDH *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, du 29 juillet 1988, Arrêt sur le fond, Série C. n° 4.

ACIDH *Vélez Loor c. Panama*, du 23 novembre 2010, Série C. n°218.

ACIDH *Ximenes Lopes c. Brésil*, du 5 juillet 2006, Série C. n° 149.

ACIADH *Les filles Yean et Bosico c. République Dominicaine*, du 8 septembre 2005, Série C. n° 130.

#### IV. DÉCISION DE LA COMMISSION INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME

Com. IADH *Andrea Mortlock c. États-Unis*, du 25 juillet 2008, affaire 12 534.

#### V. ARRÊTS DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UE

CJUE *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve c. Moussa Abdida* [GC] (C-562/13), du 18 décembre 2014.

CJUE *Mohamed M'Bodj c. État belge* [GC] (C-542/13), du 18 décembre 2014.

#### VI. ARRÊT DE LA COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

*Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. national Labour relations Board*, 535 U.S. 137, du 27 mars 2003, n° 00 - 1595

#### - DOCUMENTS OFFICIELS

##### I. RAPPORTS

*Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants*, A 71/40767 (2016).

Rapport de l'Assemblée parlementaire, Doc. 13391 : *La lutte contre le sida auprès des migrants et des réfugiés* (2014)

MEDU, *Arcipelago CIE. Indagine sui centri di identificazione e di espulsione italiani*, Formigine, Infinito edizioni, 2013.

## II. CONVENTIONS

### - CADRE EUROPÉEN

*Statut du Conseil de l'Europe* - STE n° 001 (1949).

*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* - STE n° 005 (1950).

*Protocole n° 1* - STE n° 009 (1952).

*Protocole n° 4* - STE n° 046 (1963).

*Protocole n° 7* - STE n° 117 (1984).

*Protocole n° 12* – STE n° 177 (2000).

*Convention européenne d'extradition* – STE n° 024 (1957).

*Charte sociale européenne* – STE n° 035 (1961).

*Convention européenne de sécurité sociale* – STE n° 078 (1972).

*Charte sociale européenne révisée* – STE n° 163 (1996).

### - CADRE INTERAMÉRICAIN

*Convention américaine relative aux droits de l'homme* – ST n° 36 (1969).

*Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture* (1985).

*Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes* (1994).

*Statut de la Cour interaméricaine des droits de l'homme* (1979).

*Charte de l'Organisation des États américains* (1948).

*Protocole de Buenos Aires* – OAS Treaty Series No 1-A (1970).

*Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels (Protocole de San Salvador)* (1988).

### - CADRE DES NATIONS UNIES

*Pacte international relatif aux droits civils et politique* - 2200 A (XXI) (1966).

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* - 2200 A (XXI) (1966).

*Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumain et dégradants* - ST vol. 1465 n° I- 24841 (1984).

*Convention relative au statut des réfugiés* - ST Vol.189 n° I-2545 (1951).

## III. DÉCLARATIONS

*Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme résolution* (1948).

*Déclaration universelle des droits de l'homme - A/RES/217 (III) (1948).*

*Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent - A/RES/40/144 (1985).*

#### IV. RÉSOLUTIONS de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

Résolution 1509 (2006) : *Droits fondamentaux des migrants irréguliers.*

Résolution 1637 (2008) : *Les boat people de l'Europe : arrivée par mer de flux migratoires mixtes en Europe du Sud.*

Résolution 1997 (2014) : *Migrants et réfugiés et la lutte contre le Sida.*

Résolution 2059 (2015) *La criminalisation des migrants en situation irrégulière : un crime sans victime.*

Résolution 2088 (2016) : *La Méditerranée : une porte d'entrée pour les migrants irréguliers.*

#### IV. RÈGLEMENTS

*Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme – 2016.*

*Règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme – 2009.*

#### V. TRAVAUX PRÉPARATOIRES

*Travaux préparatoires de l'article 16 de la CEDH [En ligne] (consulté le 11 octobre 2016)*  
[www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTTravaux-ART16-CDH%2867%294-BIL1338903.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTTravaux-ART16-CDH%2867%294-BIL1338903.pdf)

#### VI. COMMUNIQUÉS ET NOTES D'INFORMATION

Communiqué de presse du Greffier de la Cour - CEDH 088 (2015), 19 mars 2015.

Note d'information sur la jurisprudence de la Cour n° 151, avril 2012.

#### - SITES INTERNETS

[www.amnesty.ch](http://www.amnesty.ch)

[www.cairn.info](http://www.cairn.info)

[www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org)

[www.echr.coe](http://www.echr.coe)

[www.hudoc.echr.coe.int/](http://www.hudoc.echr.coe.int/)

[www.ohchr.org/fr](http://www.ohchr.org/fr)

[www.unhcr.org/fr](http://www.unhcr.org/fr)

## Table des matières

|                                            |   |
|--------------------------------------------|---|
| <b>Remerciements</b>                       | 2 |
| <b>Sommaire</b>                            | 3 |
| <b>Liste des acronymes et abréviations</b> | 4 |
| <b>Introduction</b>                        | 5 |
| <b>Prémisse méthodologique</b>             | 8 |

### Chapitre I

#### **L'approche de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits des migrants**

|       |                                                                                                                             |    |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.1   | Le système européen de protection des droits de l'homme                                                                     | 10 |
| 1.2   | La Cour européenne des droits de l'homme                                                                                    | 11 |
| 1.3   | La Convention européenne des droits de l'homme                                                                              | 11 |
| 1.4   | Les dispositions en matière de protection des migrants                                                                      | 12 |
| 1.4.1 | Les dispositions concernant les étrangers                                                                                   | 13 |
| a.    | L'article 16 CEDH : son histoire et son application                                                                         | 13 |
| b.    | Les articles 2 et 4 du Protocole n° 4                                                                                       | 14 |
| c.    | L'article 1 <sup>er</sup> du Protocole n° 7                                                                                 | 15 |
| 1.4.2 | La Cour européenne et l'extension du champ d'application de la CEDH                                                         | 15 |
| a.    | L'article 2 CEDH                                                                                                            | 16 |
| b.    | L'article 5 alinéa f) CEDH                                                                                                  | 16 |
| c.    | L'article 8 CEDH                                                                                                            | 17 |
| c. 1) | L'article 8 CEDH et les migrants réguliers                                                                                  | 18 |
| c. 2) | L'article 8 CEDH et les migrants irréguliers                                                                                | 19 |
| 1.5   | L'article 3 CEDH                                                                                                            | 20 |
| 1.5.1 | L'affaire <i>Soering c. Royaume-Uni</i>                                                                                     | 21 |
| 1.5.2 | L'affaire <i>Cruz Varas et al. c. Suède</i>                                                                                 | 22 |
| 1.5.3 | L'appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme                                                                  | 22 |
| 1.5.4 | L'extension du champ d'application de l'article 3 CEDH                                                                      | 23 |
| 1.5.5 | L'origine du risque                                                                                                         | 24 |
| a.    | Le risque émanant des actes intentionnels des autorités publiques de l'État de destination                                  | 24 |
| b.    | Le risque émanant des actes d'organismes indépendants                                                                       | 24 |
| c.    | Le risque émanant des facteurs objectifs                                                                                    | 25 |
| 1.6   | L'article 39 du Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme : une protection préventive des droits conventionnels | 25 |
| 1.7   | Conclusion                                                                                                                  | 26 |

### Chapitre II

#### **L'approche de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires concernant des migrants malades**

|       |                                                                                                                                                       |    |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.1   | Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme                                                                                  | 28 |
| 2.1.1 | Le droit aux soins de santé                                                                                                                           | 29 |
| 2.2   | Les migrants irréguliers : l'importance de la question des soins de santé                                                                             | 30 |
| 2.3   | Le renvoi de migrants malades : la reconstruction de la ligne jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme dans la période 1997-2008 | 30 |

|       |                                                                                                                                                       |    |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.3.1 | L'affaire <i>D. c. Royaume-Uni</i> : l'élargissement du champ d'application de l'article 3 CEDH                                                       | 31 |
| 2.3.2 | Les décisions d'irrecevabilité de 1998 à 2008 : quelles motivations ?                                                                                 | 32 |
| 2.3.3 | L'affaire <i>Bensaid c. Royaume-Uni</i> : des puissantes et impérieuses considérations d'humanité ?                                                   | 34 |
| 2.3.4 | L'affaire <i>N. c. Royaume-Uni</i> : un revirement jurisprudentiel dicté par des considérations d'ordre financier ?                                   | 35 |
|       | a. L'opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Bonello et Spielmann                                                                               | 36 |
|       | b. L'évaluation de la doctrine                                                                                                                        | 37 |
| 2.4   | Le renvoi de migrants malades : la reconstruction de la ligne jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme dans la période 2008-2016 | 38 |
| 2.4.1 | Les affaires dans la période 2008-2013                                                                                                                | 38 |
|       | a. L'affaire <i>Yob-Ekale Mwanje c. Belgique</i>                                                                                                      | 38 |
|       | b. L'affaire <i>S. H. H. c. Royaume-Uni</i>                                                                                                           | 39 |
|       | c. L'affaire <i>Asvat c. Royaume-Uni</i>                                                                                                              | 40 |
| 2.4.2 | Les décisions récentes                                                                                                                                | 41 |
| 2.4.3 | Les affaires récentes                                                                                                                                 | 42 |
|       | a. L'affaire <i>S. J. c. Belgique</i>                                                                                                                 | 42 |
|       | b. L'affaire <i>S. J. c. Belgique</i> [GC]                                                                                                            | 43 |
|       | c. L'affaire <i>Paposhvili c. Belgique</i>                                                                                                            | 45 |
|       | d. L'affaire <i>Paposhvili c. Belgique</i> [GC]                                                                                                       | 45 |
| 2.5   | Conclusion                                                                                                                                            | 47 |

### Chapitre III

#### **L'approche de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en matière de protection des droits des migrants : quelle évaluation, quelles limites et quelles perspectives pour la Cour européenne des droits de l'homme**

|       |                                                                                 |    |
|-------|---------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3.1   | Le système interaméricain de protection des droits de l'homme                   | 49 |
| 3.1.1 | La Cour interaméricaine des droits de l'homme                                   | 50 |
| 3.1.2 | La Commission interaméricaine des droits de l'homme                             | 51 |
| 3.2   | La Convention interaméricaine des droits de l'homme                             | 52 |
| 3.3   | Les dispositions spécifiques de la CIDH en matière d'étrangers                  | 52 |
| 3.3.1 | L'article 20 CIDH                                                               | 53 |
| 3.3.2 | L'article 22 CIDH                                                               | 53 |
| 3.4   | La Cour interaméricaine et la protection des migrants                           | 53 |
| 3.4.1 | Compétence consultative                                                         | 54 |
|       | a. Le principe d'égalité et de non-discrimination relevant du <i>jus cogens</i> | 54 |
| 3.4.2 | Compétence contentieuse                                                         | 55 |
|       | a. Les mesures provisoires                                                      | 55 |
|       | b. L'article 22 § 9 CIDH et l'interdiction d'expulsions collectives             | 55 |
|       | c. L'article 22 § 8 CIDH et le principe de non-refoulement                      | 56 |
|       | d. L'article 7 CIDH et le droit à la liberté personnelle                        | 57 |
| 3.5   | L'article 5 CIDH et la protection <i>par ricochet</i>                           | 57 |
| 3.6   | La protection des droits des migrants entre l'approche <i>pro-homine</i> de la  |    |

|                                                                                                                                      |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Cour interaméricaine et l'approche <i>pro-imperio</i> de la Cour européenne                                                          | 59 |
| 3.6.1 L'approche <i>pro-homine</i> de la Cour interaméricaine : « les droits de l'homme comme limite à la souveraineté des États » ? | 60 |
| a. L'approche <i>pro-homine</i> : les raisons                                                                                        | 61 |
| b. L'approche <i>pro-homine</i> : quelles limites et quelles perspectives                                                            | 61 |
| 3.6.2 L'approche <i>pro-imperio</i> de la Cour européenne : « la souveraineté des États comme limite aux droits de l'homme » ?       | 63 |
| a. L'approche <i>pro-imperio</i> : la position de la doctrine                                                                        | 63 |
| b. L'approche <i>pro-imperio</i> : les raisons                                                                                       | 65 |
| c. L'approche <i>pro-imperio</i> : quelles perspectives                                                                              | 66 |
| 3.7 Conclusion                                                                                                                       | 67 |
| <b>Conclusion générale</b>                                                                                                           | 68 |
| <b>Annexe</b>                                                                                                                        | 70 |
| <b>Bibliographie</b>                                                                                                                 | 72 |
| <b>Table des matières</b>                                                                                                            | 85 |