

EXPULSION DES ÉTRANGERS

[Point 6 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/611*

Cinquième rapport sur l'expulsion des étrangers, par M. Maurice Kamto, Rapporteur spécial

[Original: français]
[27 mars 2009]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	136
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	137
	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION.....	1-9 139
RÈGLES GÉNÉRALES.....	141
Principes généraux.....	141
Droit à exercer dans le respect des règles de droit international**.....	141
Limites tenant à l'exigence du respect des droits fondamentaux de la personne humaine.....	141
a) Prolégomènes.....	10-44 141
i) Protection des droits de tous les hommes.....	10-15 141
ii) Notion de «droits fondamentaux».....	16-27 142
iii) Droits fondamentaux et «noyau intangible» ou «indérogeable» des droits de l'homme.....	28-44 145
a. Définition.....	28-38 145
b. Contenu.....	39-44 146
b) L'obligation générale de respecter les droits de l'homme.....	45-50 147
Projet d'article 8. Obligation générale de respecter les droits de l'homme de la personne en cours d'expulsion.....	50 148
c) Les droits spécialement protégés de la personne en cours d'expulsion.....	51-156 148
i) Le droit à la vie.....	53-67 148
Projet d'article 9. Obligation de protéger le droit à la vie de la personne en cours d'expulsion.....	67 151
ii) Le droit à la dignité.....	68-72 151
Projet d'article 10. Obligation de respecter la dignité de la personne en cours d'expulsion.....	72 152
iii) L'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.....	73-127 152
a. Torture.....	80-100 153
b. Traitements cruels, inhumains ou dégradants.....	101-127 156
i. Situation générale.....	101-120 156
Projet d'article 11. Obligation de protéger la personne en cours d'expulsion contre la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants.....	120 159
ii. Cas particulier des enfants.....	121-127 159
Projet d'article 12. Cas spécifique de protection de l'enfant en cours d'expulsion.....	127 160
iv) Le respect de la vie privée et familiale de la personne en cours d'expulsion.....	128-147 160
Projet d'article 13. Obligation de respecter le droit à la vie privée et à la vie familiale.....	147 164
v) La non-discrimination.....	148-156 164
Projet d'article 14. Obligation de non-discrimination.....	156 166

* Incorporant le document A/CN.4/611/Corr.1.

** Suite de l'*Annuaire... 2007*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/581 (titre de la section modifié).

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (Bogota, 2 mai 1948)	Commission interaméricaine des droits de l'homme, <i>Documents de base concernant les droits de l'homme dans le système interaméricain</i> , OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 à 17 (1992).
Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux («Conventions de Genève de 1949») [Genève, 12 août 1949]	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, nos 970 à 973, p. 31 et suiv.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (Convention I) [12 août 1949]	Ibid., n° 970, p. 31.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (Convention II) [12 août 1949]	Ibid., n° 971, p. 85.
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (Convention III) [12 août 1949]	Ibid., n° 972, p. 135.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Convention IV) [12 août 1949]	Ibid., n° 973, p. 287.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221.
Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, concernant l'abolition de la peine de mort (Strasbourg, 28 avril 1983)	Ibid., vol. 1496, n° 2889, p. 283.
Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Strasbourg, 22 novembre 1984)	Ibid., vol. 1525, n° 2889, p. 198.
Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 2000)	Conseil de l'Europe, <i>Série des traités européens</i> , n° 177.
Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 189, n° 2545, p. 137.
Convention européenne d'établissement (avec Protocole) [Paris, 13 décembre 1955]	Ibid., vol. 529, n° 7660, p. 141.
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 21 décembre 1965)	Ibid., vol. 660, n° 9464, p. 195.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.
Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort (New York, 15 décembre 1989)	Ibid., vol. 1642, annexe A, n° 14668, p. 414.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 993, n° 14531, p. 3.
Convention américaine relative aux droits de l'homme («Pacte de San José de Costa Rica») [San José, 22 novembre 1969]	Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979)	Ibid., vol. 1249, n° 20378, p. 13.
Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981)	Ibid., vol. 1520, n° 26363, p. 217.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	Ibid., vol. 1465, n° 24841, p. 85.
Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989)	Ibid., vol. 1577, n° 27531, p. 3.
Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (Addis-Abeba, 11 juillet 1990)	<i>Droits de l'homme. Recueil d'instruments internationaux</i> , vol. II: <i>Instruments régionaux</i> (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.XIV.1), sect. C, n° 39.
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 2187, n° 38544, p. 3.
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Nice, 7 décembre 2000)	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i> , n° C 364 (18 décembre 2000), p. 1.

Ouvrages cités dans le présent rapport

- ABRAHAM, Ronny
«Article 25», dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir. publ.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 579 à 590.
- ALLAND, Denis (dir. publ.)
Droit international public, Paris, Presses universitaires de France, 2000.
- BENNOUNA, Mohamed
«Remise en cause et contestations de principe», *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-98. Avenir d'un idéal commun*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 243 à 245.
- BOSSUYT, Marc
«Article 14», dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir. publ.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 475 à 488.
- BREITENMOSE, Stephan et Gunter E. WILMS
«Human Rights v. Extradition: The Soering Case», *Michigan Journal of International Law*, vol. 11, n° 3 (1990), p. 845 à 886.
- CABRILLAC, Rémy, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET et Christophe ALBIGÈS (dir. publ.)
Libertés et droits fondamentaux, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2008.
- CALVO, Charles
Le droit international théorique et pratique précédé d'un exposé historique des progrès de la science du droit des gens, 2^e éd., Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1870.
- CARLIER, Jean-Yves
«Et Genève sera... la définition du réfugié. Bilan et perspectives», *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après. Bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 63 à 89.
- CARRILLO-SALCEDO, Juan Antonio
«Article 1», dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir. publ.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 135 à 141.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique
«La notion de "droit fondamental" et le droit constitutionnel français», *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 1995, p. 323 à 329.
- CHETAIL, Vincent
«Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme. Bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants», *Revue belge de droit international*, vol. 37, 2004-1, Bruxelles, Bruylant, p. 161.
- COHEN-JONATHAN, Gérard
La Convention européenne des droits de l'homme, Paris, Economica, 1989.
«La responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme», dans *La responsabilité dans le système international, Colloque de la Société française pour le droit international*, Paris, Pedone, 1991, p. 101 à 135.
«Les droits de l'homme, une valeur internationalisée», *Droits fondamentaux*, n° 1 (juillet-décembre 2001), p. 157 à 164.
- COT, Jean-Pierre et Alain PELLET
«Préambule», dans J.-P. COT, A. PELLET et M. FORTEAU (dir. publ.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire, article par article*, 3^e éd. Paris, Economica, 2005, p. 287 à 312.
- COUTURIER, Gérard, Mireille DELMAS-MARTY et Claude LUCAS DE LEYSAC (dir. publ.)
Libertés et droits fondamentaux, Paris, Seuil, 1996.
- DECAUX, Emmanuel (dir. publ.)
Le droit face au racisme, Paris, Pedone, 1999.
- DELMAS-MARTY, Mireille et Claude LUCAS DE LEYSAC (dir. publ.)
Libertés et droits fondamentaux, 2^e éd., Paris, Seuil, 2002.
- DORMENVAL, Agnès
«UN Committee against torture: Practice and perspectives», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 8, n° 1 (1990), p. 26 à 44.
- DUPUY, Pierre-Marie
Droit international public, 8^e éd. Paris, Dalloz, 2004.
- EDELMAN, Bernard
«La dignité de la personne humaine, un concept nouveau», *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 1997, p. 185 à 188.
- FAVOREU, Louis
«Rapport général introductif», *Revue internationale de droit constitutionnel comparé*, vol. 33, n° 2 (avril-juin 1981), p. 255 à 281.
- FAVOREU, Louis et Loïc PHILIP
Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 9^e éd. Paris, Dalloz, 1997.
- FIALAIRE, Jacques et Eric MONDIELLI
Droits fondamentaux et libertés publiques, Paris, Ellipses, 2005.
- FREDMAN, Sandra (dir. publ.)
Discrimination and Human Rights. The Case of Racism, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- GENEVOIS, Bruno et Robert BADINTER
«Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux», *Revue française de droit administratif*, n° 6 (3) [mai-juin 1990], p. 317 à 335.
- HOLMSTRÖM, Leif (dir. publ.)
Conclusions and Recommendations of the UN Committee against Torture: Eleventh to Twenty-Second Sessions (1993-1999), La Haye/Londres/Boston, Martinus Nijhoff, 2000.
- INGELSE, Chris
The UN Committee Against Torture. An Assessment, La Haye, Kluwer, 2001.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL
«Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12, 1892-1894 (Session de Genève, 1892), Paris, Pedone, 1989.
«The protection of human rights and the principle of non-intervention in internal affairs of States», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 63-II (session de Saint-Jacques-de-Compostelle, 1989), Paris, Pedone, 1989, p. 338 à 345.
- JARREAU, Brigitte
«L'éloignement des étrangers: interdiction définitive du territoire français (arrêts *Ezzouhdi* et *Abdouni* des 13 et 27 février 2001)», dans P. Tavernier, *La France et la Cour européenne des droits de l'homme: la jurisprudence de 2001*, Cahiers du CREDHO, n° 8 (2002), Sceaux, p. 145 à 152.
- KAYSER, Pierre
«Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire», *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, Aix-en-Provence, n° XXIII-72 (1998), p. 387 à 432.
- KOLB, Robert
«La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitement inhumains ou dégradants», *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 15, n° 7-10 (15 décembre 2003).

LABORDE, Jean-Pierre

«Conclusion. Les principes et droits fondamentaux en matière sociale en Espagne et en France», *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, Pessac, n° 2 (1994), p. 119 et 120.

LE GUYADER, Alain

«La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'homme», dans D. Maugenest et P.-G. Pougoué (dir. publ.), *Les droits de l'homme en Afrique centrale*, Paris, Karthala, 1995, p. 249 à 265.

LE POURHIET, Anne-Marie

«Le Conseil constitutionnel et l'éthique bio-médicale», dans *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, Paris, LGDJ, 1997, p. 213.

LILLICH, Richard B.

«The *Soering* case», *American Journal of International Law*, vol. 85, n° 1 (janvier 1991), p. 128 à 149.

MARCOUX, Laurent

«Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 35, n° 4 (1983), p. 691 à 733.

MATHIEU, Bertrand

«La dignité de la personne humaine, quel droit? Quel titulaire?», *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 1996, p. 282 à 286.

«La supra-constitutionnalité existe-t-elle? Réflexions sur un mythe et quelques réalités», *Les Petites Affiches*, n° 29 (1995), p. 12 à 17.

McKEAN, Warwick

Equality and Discrimination Under International Law, Oxford, Clarendon Press, 1983.

McRAE, Donald M.

«The contribution of international trade law to the development of international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 260 (1996), Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, p. 166.

MEYER-BISCH, Patrice

«Le problème des limitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme», dans Meyer-Bisch (dir. publ.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Fribourg, Éditions universitaires, 1991, p. 97 à 121.

NEIRINCK, Claire

«La dignité humaine ou le mauvais usage d'une notion philosophique», dans P. Pedrot (dir. publ.), *Éthique, droit et dignité de la personne*, Paris, Economica, 1999, p. 39 à 50.

NOWAK, Manfred

«The implementation functions of the United Nations Committee against Torture», dans M. Nowak, D. Steurer et H. Tretter (dir. publ.), *Progress in the Spirit of Human Rights*. Kehl/Strasbourg/Arlington, N. P. Engel, 1988, p. 493 à 526.

OPSAHL, Torkel

Law and Equality. Selected Articles on Human Rights, Oslo, Ad Notam Gyldendal, 1996.

PAVIA, Marie-Luce

«Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental», *Les Petites Affiches*, n° 54 (1994), p. 6 à 13.

PHILLIMORE, Robert

Commentaries upon International Law, Philadelphie, T. & J. W. Johnson, vol. 1 à 4, 1854-1861.

PILLET, Antoine

«Recherches sur les droits fondamentaux des États dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître», *RGDIP*, vol. 5 (1898), p. 66 et 236.

PONTIER, Jean-Marie

Droits fondamentaux et libertés publiques, 3^e éd., Paris, Hachette Supérieur, 2007.

RICHER, Laurent

«Les droits fondamentaux: une nouvelle catégorie juridique?», *L'actualité juridique. Droit administratif*, 1998, numéro spécial, p. 1.

ROUCOUNAS, Emmanuel

«Facteurs privés et droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 299 (2002), p. 9 à 419.

RUSSO, Carlo

«Article 8 §1», dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir. publ.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 305 à 321.

SAINT-JAMES, Virginie

«Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français», *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, 1997, p. 61 à 66.

SILVERS, Samuel M.

«The exclusion and expulsion of homosexual aliens», *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 15, n° 2 (1983-1984), p. 295 à 332.

SUDRE, Frédéric

«La notion de "peines et traitements inhumains ou dégradants" dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme», *RGDIP*, vol. 88, n° 4 (1984), p. 866 à 868.

«Extradition et peine de mort: arrêt *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 1989», *RGDIP*, vol. 94 (1990), p. 103 à 121.

«Quel noyau intangible des droits de l'homme?», dans D. Maugenest et P. G. Pougoué (dir. publ.), *Les droits de l'homme en Afrique centrale*, Paris, Karthala, 1995, p. 267 à 275.

«Article 3», dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir. publ.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 155 à 175.

Droit international et européen des droits de l'homme, 4^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1999.

TCHAKOUA, Jean-Marie

Dignité et droits fondamentaux des salariés. Réflexion à partir des droits camerounais et français, Université de Yaoundé II, 1999.

THÉRON, Jean-Pierre

«Dignité et liberté. Propos sur une jurisprudence contestable», dans *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 295 à 306.

VAN BOVEN, Théo

«Convention de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales. Commentaire du préambule», dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir. publ.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 125 à 134.

VAN DEN WYNGAERT, Christine

«Applying the European Convention on Human Rights to extradition: Opening Pandora's box?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, n° 4 (1990), p. 757 à 779.

VAN MUYLDER, Céline

«Le droit au respect de la vie privée des étrangers», *Revue française de droit administratif*, n° 17 (4) [juillet-août 2001], p. 797 à 806.

VATTEL, Emer (de)

Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains, Carnegie Institution of Washington, 1916.

VEGLÉRIS, Phedon

«Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme», *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 565 à 588.

VIERDAG, E. W.

The Concept of Discrimination in International Law: with special reference to human rights, La Haye, Martinus Nijhoff, 1973.

WARBRICK, Colin

«Coherence and the European Court of Human Rights: the Adjudicative Background to the *Soering* Case», *Michigan Journal of International Law*, vol. 11, n° 4 (1990), p. 1073 à 1096.

WILT (VAN DER), Harmen G.

«Après *Soering*: the relationship between extradition and human rights in the legal practice of Germany, the Netherlands and the United States», *Netherlands International Law Review*, vol. 42, n° 1 (1995), p. 53 à 80.

ZÜHLKE, Susanne et Jens-Christian PASTILLE

«Extradition and the European Convention – *Soering* Revisited», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 59, n° 3 (1999), p. 749 à 784.

Introduction

1. Dans son quatrième rapport sur l'expulsion des étrangers¹, le Rapporteur spécial a examiné la question de l'expulsion en cas de double ou de multiple nationalité, puis de perte de la nationalité ou de dénationalisation. Bien que ses analyses sur ces questions aient suscité des discussions passionnées au sein de la Commission, la plupart de ses membres ont partagé la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle il n'était pas bien fondé pour la Commission d'élaborer des projets de règles spécifiques sur ces questions, même au titre du développement progressif du droit international², le sujet portant sur l'expulsion des étrangers et non sur le régime de la nationalité des personnes.

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

3. Les représentants des États ont exprimé des positions variées sur le sujet en général, et sur les questions abordées dans le cadre du quatrième rapport sur l'expulsion des étrangers en particulier, lors de l'examen par la Sixième Commission, au cours de la soixante-troisième session de l'Assemblée générale des Nations Unies, du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixantième session. Mais, finalement, il ressort des débats que la plupart des délégations qui se sont exprimées sur ce sujet partagent le point de vue du

Rapporteur spécial, selon lequel la Commission du droit international ne serait pas bien inspirée de s'engager dans l'élaboration de projets d'article sur ces questions de double ou de multiple nationalité, de perte de nationalité et de dénationalisation en relation avec l'expulsion⁴.

4. En ce qui concerne les observations d'ordre général sur le sujet, sur son champ d'application, sur les définitions proposées par le Rapporteur spécial ainsi que sur le droit d'expulsion et ses limitations, quelques rares États ont exprimé, même à ce stade, des doutes sur le point de savoir si le sujet relatif à l'expulsion des étrangers se prêtait à la codification et au développement progressif⁵. D'autres ont déclaré qu'il n'y avait apparemment aucun besoin de codification dans certains domaines tels que celui des travailleurs migrants⁶. D'autres États encore ont déclaré, à propos du champ du sujet, que les questions relatives à la non-admission, à l'extradition et à d'autres formes de transfert de personnes devraient en être exclues⁷, ou encore qu'il devrait en être ainsi des expulsions en situation de conflit armé⁸, des questions relatives au statut des réfugiés, au non-refoulement et au mouvement des populations⁹. En ce qui concerne les définitions, certains États ont trouvé celle du terme «territoire» vague¹⁰, ou encore qu'il n'était pas nécessaire de définir séparément le terme «conduite¹¹». Une autre délégation a proposé que

⁴ Voir, notamment, les interventions de la France [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Sixième Commission*, 19^e séance (A/C.6/63/SR.19), par. 17], de l'Italie [ibid., par. 98], du Canada [ibid., 20^e séance (A/C.6/63/SR.20), par. 34], des Pays-Bas [ibid., par. 16], de la Roumanie [ibid., 21^e séance (A/C.6/63/SR.21), par. 57], du Royaume-Uni [ibid., par. 25], de la Nouvelle-Zélande [ibid., 22^e séance (A/C.6/63/SR.22), par. 9], de la Grèce [ibid., 24^e séance (A/C.6/63/SR.24), par. 5], d'Israël [ibid., par. 77] et de la République islamique d'Iran [ibid., par. 39].

⁵ Voir l'intervention du Royaume-Uni (ibid., par. 25).

⁶ Voir l'intervention du Danemark, au nom des pays nordiques [ibid., 20^e séance (A/C.6/63/SR.20), par. 2].

⁷ Voir l'intervention des États-Unis d'Amérique [ibid., 21^e séance (A/C.6/63/SR.21), par. 9].

⁸ Voir les interventions des États-Unis d'Amérique (ibid.) et d'Israël [ibid., 24^e séance (A/C.6/63/SR.24), par. 76].

⁹ Voir l'intervention d'Israël (ibid.).

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

¹¹ Voir l'intervention d'Israël (ibid.).

¹ *Annuaire... 2008*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/594.

² Ibid., par. 35.

³ Ibid., vol. II (2^e partie), par. 171.

la Commission précise que le terme «réfugié» devrait être défini conformément aux obligations de chaque État en la matière¹². Divers États ont insisté sur la nécessité d'établir un équilibre entre le droit souverain des États d'expulser les étrangers et les limitations imposées par le droit international, en particulier les règles relatives à la protection des droits de l'homme et au traitement des étrangers¹³; certains précisant, dans cet esprit, que le droit d'expulsion implique à l'inverse l'obligation pour les États de réadmettre leurs propres nationaux¹⁴. Par ailleurs, un État a observé que l'expulsion doit être fondée sur des motifs légitimes comme l'ordre public et la sécurité nationale tels que définis dans les législations nationales¹⁵, et un autre qu'un étranger illégal doit pouvoir être expulsé de ce seul chef¹⁶.

5. Comme on peut le constater, ces commentaires et observations des États portent sur des questions qui ont déjà fait l'objet d'intenses débats au sein de la Commission. Ces débats ont permis au Rapporteur spécial d'apporter les clarifications et les précisions nécessaires, et à la Commission de dégager une orientation générale du sujet, à charge pour elle de la réajuster au fur et à mesure de l'avancement dans le traitement du sujet. Par conséquent, le Rapporteur spécial n'y reviendra pas, ce d'autant plus que la plupart des préoccupations ont dûment été prises en compte dès le deuxième rapport sur l'expulsion des étrangers [*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/573].

6. S'agissant plus particulièrement des remarques faites sur les questions de l'expulsion en cas de double ou de multiple nationalité, et de dénationalisation suivie de l'expulsion, objet du quatrième rapport sur l'expulsion des étrangers¹⁷, diverses préoccupations ont été exprimées sur tel ou tel aspect des analyses du Rapporteur spécial. Un État a exprimé des doutes sur le bien-fondé d'introduire un projet d'article sur la non-expulsion des nationaux¹⁸. Cependant, plusieurs autres ont souligné que l'expulsion des nationaux est interdite en droit international¹⁹, le principe de non-expulsion des nationaux étant un droit de l'homme fondamental reconnu par le droit international

coutumier²⁰. Toutefois, alors que certains États estiment que ce principe a un caractère absolu²¹, d'autres, en revanche, sont d'avis qu'il peut faire l'objet de certaines dérogations en des circonstances exceptionnelles²²; mais toute exception à ce principe devrait, estime-t-on, être conçue de façon très étroite et rédigée avec soin²³. Plusieurs États ont soutenu la position de la Commission selon laquelle le principe de non-expulsion des nationaux s'applique également aux personnes ayant légalement acquis plus d'une nationalité²⁴; l'un d'entre eux a suggéré que cela soit expressément reflété dans le projet d'article 4²⁵ et d'autres ont proposé que ce point soit clarifié dans le commentaire²⁶. Dans cet ordre d'idées, on a fait remarquer que le critère de la nationalité «effective» ou «dominante» ne pouvait justifier le fait qu'un État traite son national comme un étranger aux fins de l'expulsion²⁷. Cependant, un État a soutenu un point de vue contraire en déclarant que le principe de non-expulsion des nationaux ne s'applique habituellement pas à la double ou multiple nationalité et qu'il était nécessaire de clarifier la notion de nationalité «effective»²⁸.

7. À propos de la relation éventuelle entre la perte de la nationalité et la dénationalisation, d'une part, et l'expulsion, d'autre part, certains États ont insisté sur le droit de toute personne à la nationalité et sur son droit à ne pas être arbitrairement privé de sa nationalité²⁹. Un État a déclaré que la dénationalisation est interdite en droit international³⁰, cependant que d'autres étaient d'avis que la dénationalisation peut être admise dans certaines circonstances³¹,

²⁰ Voir l'intervention de la Hongrie [ibid., 20^e séance (A/C.6/63/SR.20), par. 30].

²¹ Voir les interventions de la République de Corée [ibid., 19^e séance (A/C.6/63/SR.19), par. 65], de la République tchèque (ibid., par. 93), du Portugal [ibid., 20^e séance (A/C.6/63/SR.20), par. 26], de la République islamique d'Iran (discours) et d'El Salvador [ibid., 23^e séance (A/C.6/63/SR.23), par. 49].

²² Voir les interventions de la Roumanie [ibid., 21^e séance (A/C.6/63/SR.21), par. 57] et du Qatar [ibid., 24^e séance (A/C.6/63/SR.24), par. 77].

²³ Voir l'intervention de la Grèce (ibid., par. 4).

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

²⁵ Voir l'intervention des Pays-Bas [ibid., 20^e séance (A/C.6/63/SR.20), par. 16].

²⁶ Voir les interventions de la France [ibid., 19^e séance (A/C.6/63/SR.19), par. 17] et du Chili [ibid., 22^e séance (A/C.6/63/SR.22), par. 17].

²⁷ Voir les interventions de la République tchèque [ibid., 19^e séance (A/C.6/63/SR.19), par. 93], des Pays-Bas [ibid., 20^e séance (A/C.6/63/SR.20), par. 14], du Portugal (ibid., par. 26), de la Grèce [ibid., 21^e séance (A/C.6/63/SR.21), par. 4] et de la République islamique d'Iran [ibid., 24^e séance (A/C.6/63/SR.24), par. 38].

²⁸ Voir l'intervention de Cuba [ibid., 24^e séance (A/C.6/63/SR.24), par. 27].

²⁹ Voir les interventions du Portugal [ibid., 20^e séance (A/C.6/63/SR.20), par. 26] et de la Roumanie [ibid., 21^e séance (A/C.6/63/SR.21), par. 57].

³⁰ Voir l'intervention de la République islamique d'Iran [ibid., 24^e séance (A/C.6/63/SR.24), par. 37].

³¹ Voir les interventions des Pays-Bas [ibid., 20^e séance (A/C.6/63/SR.20), par. 15] et d'Israël [ibid., 24^e séance (A/C.6/63/SR.24), par. 76].

¹² Voir l'intervention des États-Unis d'Amérique [ibid., 21^e séance (A/C.6/63/SR.21), par. 14]. Curieusement, le même pays a suggéré que le projet d'article 5 relatif aux réfugiés devrait suivre fidèlement le langage de la Convention relative au statut des réfugiés (art. 32 et 33) et tenir compte de la distinction entre les réfugiés légaux et les réfugiés illégaux (ibid.).

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

¹⁴ Voir l'intervention du Danemark, au nom des pays nordiques [ibid., 20^e séance (A/C.6/63/SR.20), par. 3].

¹⁵ Voir l'intervention de la République islamique d'Iran [ibid., 24^e séance (A/C.6/63/SR.24), par. 37].

¹⁶ Voir l'intervention des États-Unis d'Amérique [ibid., 21^e séance (A/C.6/63/SR.21), par. 10].

¹⁷ Voir *supra* la note 1.

¹⁸ Voir l'intervention du Royaume-Uni [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Sixième Commission*, 21^e séance (A/C.6/63/SR.21), par. 25].

¹⁹ Voir notamment les interventions de la République tchèque [ibid., 19^e séance (A/C.6/63/SR.19), par. 93], de la Hongrie [ibid., 20^e séance (A/C.6/63/SR.20), par. 30], de la République islamique d'Iran [ibid., 24^e séance (A/C.6/63/SR.24), par. 37] et d'Israël (ibid., par. 76).

à condition, ont précisé quelques-uns, qu'elle ne conduise pas à l'apatridie³², qu'elle se fasse conformément à la législation nationale³³, qu'elle soit non discriminatoire³⁴ et étant entendu qu'il ne devrait pas y être procédé de manière arbitraire ou abusive³⁵. Sur cette question, un certain nombre d'États étaient d'accord avec la conclusion de la Commission du droit international selon laquelle les États ne devraient pas utiliser la dénationalisation comme un moyen pour contourner le principe de non-expulsion des nationaux³⁶ et il a été proposé d'inclure un projet d'article en ce sens³⁷.

³² Voir les interventions des Pays-Bas [ibid., 20^e séance (A/C.6/63/SR.20), par. 15], de la Grèce (discours) et de Cuba [ibid., 24^e séance (A/C.6/63/SR.24), par. 27].

³³ Voir l'intervention de la Grèce (discours).

³⁴ Ibid.

³⁵ Voir les interventions de la Grèce (discours) et d'Israël [ibid., 24^e séance (A/C.6/63/SR.24), par. 76].

³⁶ Voir les interventions du Portugal [ibid., 20^e séance (A/C.6/63/SR.20), par. 26], des États-Unis d'Amérique [ibid., 21^e séance (A/C.6/63/SR.21), par. 13], de la Pologne (ibid., par. 33), de la Fédération de Russie (ibid., par. 43), du Chili [ibid., 22^e séance (A/C.6/63/SR.22), par. 11], de l'Inde [ibid., 23^e séance (A/C.6/63/SR.23), par. 23] et d'El Salvador (ibid., par. 48).

³⁷ Voir l'intervention de l'Italie [ibid., 19^e séance (A/C.6/63/SR.19), par. 98].

8. Tout cela étant rappelé, il y a lieu de poursuivre maintenant l'étude des règles limitant le droit d'expulsion amorcée dans le troisième rapport sur l'expulsion des étrangers³⁸. Comme nous l'avons indiqué dans ledit rapport, le droit d'expulsion doit s'exercer dans le respect des *règles de droit international*³⁹ qui en fixent les limites. On a examiné dans le troisième rapport les limites tenant aux personnes à expulser. Ainsi a-t-on pu dégager successivement les principes de non-expulsion de son national, de non-expulsion d'un réfugié, de non-expulsion d'un apatride et de non-expulsion collective.

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

³⁸ *Annuaire... 2007*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/581.

³⁹ Dans ses précédents rapports, le Rapporteur spécial parlait des «règles fondamentales de droit international». Au regard du bien-fondé des observations faites au sein même de la Commission et en dehors, il a décidé de supprimer l'épithète «fondamentales», qui restreint l'étendue des règles de droit international concernées en plus du fait qu'il est de nature à susciter de la controverse sur celles des règles de droit international qui sont considérées comme fondamentales et celles qui ne le seraient pas.

RÈGLES GÉNÉRALES

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Droit à exercer dans le respect des règles de droit international

LIMITES TENANT À L'EXIGENCE DU RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX DE LA PERSONNE HUMAINE

a) *Prolégomènes*

i) *Protection des droits de tous les hommes*

10. Un individu qui est sous le coup d'une expulsion, quelles qu'en soient les raisons, demeure une personne humaine qui, comme telle, doit continuer de jouir de tous ses droits fondamentaux. Cette personne est dotée des mêmes attributs et aspire aux mêmes libertés quels que soient sa race, son ethnique, son sexe, ses croyances ou sa nationalité; c'est ce qu'on a appelé «l'identité universelle de la personne humaine⁴⁰». Une certaine centralité de l'homme dans l'éthique internationale a fait de la protection de ces droits fondamentaux une préoccupation majeure du droit international contemporain. Cette protection n'est plus, on le sait, abandonnée au bon vouloir des États au nom d'une doctrine du domaine réservé qui était bâtie sur une improbable souveraineté absolue de l'État. La protection d'une personne qu'un État a décidé d'expulser s'impose d'autant plus que ladite personne est fragilisée par sa condition d'étranger et par la perspective de son expulsion. Cette protection lui est garantie par le droit international et la législation de l'État expulsant, quels que soient son statut juridique et/ou les conditions dans lesquelles il a accédé au territoire de l'État en

question: étranger en situation légale ou en situation illégale – les nationaux n'étant pas ici concernés en raison du principe de non-expulsion par un État de ses propres nationaux.

11. Cette égale protection de toutes les personnes humaines est la pierre angulaire de tous les systèmes de protection des droits de l'homme. Elle résulte aussi bien des textes fondamentaux de caractère universel que des instruments juridiques régionaux. Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'homme⁴¹ proclame, au seuil même de son préambule, que «la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde». Plus spécifiquement, selon l'article 2 de cette chartre fondatrice dispose, en des termes qu'il convient de rappeler *in extenso*:

Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

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

⁴¹ Résolution 217 (III) de l'Assemblée générale du 10 décembre 1948. Les textes des instruments juridiques cités dans le présent rapport sont publiés dans *Droits de l'homme. Recueil d'instruments internationaux*, vol. I (première partie): *Instruments universels* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.XIV.4).

⁴⁰ Dupuy, *Droit international public*, p. 208.

12. Dans le même esprit, les Parties contractantes de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ci-après «Convention européenne des droits de l'homme», reconnaissent, dans l'article 1 introductif, qui s'intitule significativement «Obligation de respecter les droits de l'homme», «à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de [ladite] Convention». Non seulement cette disposition rappelle l'obligation générale du respect des droits de l'homme, mais elle internalise cette obligation en garantissant la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention à toute personne relevant de sa juridiction⁴². Suivant la même inspiration, l'article 1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme – dite «Pacte de San José de Costa Rica» –, intitulé *Obligation to Respect Rights*, dispose en son paragraphe 1:

Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre, d'origine nationale ou sociale, de statut économique, de naissance ou de toute autre condition sociale.

Dans une rédaction différente éclatée entre les articles 1 et 2, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples établit que

[t]oute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance de toute autre situation;

et que les États membres de l'Organisation de l'unité africaine (OUA), qui sont automatiquement parties à la Charte, «reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer». La protection des droits et libertés est très large, globale, et l'obligation des États est à la fois précise et étendue.

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

14. Ainsi, la qualité de national ne confère pas plus de droits que celle d'étranger. De même, le statut d'étranger ne crée pas une infériorité de condition relativement à la protection exigée par les droits de l'homme. Bien plus, même l'illégalité du séjour d'un individu sur le territoire d'un État ne saurait constituer une cause de minoration de ses droits fondamentaux, fût-ce dans le cadre d'une procédure d'expulsion. La Cour européenne des droits de l'homme a

rappelé, dans l'arrêt *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*⁴³, que la compétence souveraine des États de contrôler les frontières, l'accès au territoire et le séjour des étrangers doit s'effectuer dans le respect de leurs engagements internationaux, dont la Convention européenne des droits de l'homme (art. 3, 5 et 8) et la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 3, 10 et 37); autrement dit, dans le respect des droits fondamentaux des étrangers et, en particulier, de ceux des enfants. Selon la Cour, «le souci des États de déjouer les tentatives de contournement des restrictions à l'immigration ne doit pas priver les étrangers de la protection accordée par ces conventions pas plus qu'il ne doit priver le mineur étranger, de surcroît non accompagné, de la protection liée à son état⁴⁴».

15. La protection des droits des étrangers a préoccupé particulièrement l'Assemblée générale des Nations Unies dès les années 1970. Une sous-commission fut créée afin d'étudier la question; elle acheva son travail en 1977⁴⁵. C'est sur la base des résultats de ses travaux que l'Assemblée générale a adopté par consensus, le 13 décembre 1985, la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité des pays dans lesquels elles vivent⁴⁶. La Déclaration couvre tous les individus en question et prescrit le respect des droits fondamentaux des étrangers, en l'occurrence: le droit à la vie; le droit à la vie privée; l'égalité devant les cours et tribunaux; la liberté d'opinion et de religion; le respect de la langue, de la culture et de la tradition⁴⁷. De plus, la Déclaration interdit l'expulsion individuelle ou collective sur des bases discriminatoires⁴⁸ et prévoit les droits syndicaux ainsi que le droit à des conditions de travail sûres et saines, le droit à la protection médicale, à la sécurité sociale et à l'éducation⁴⁹. Toutefois, la Déclaration reste assez générale au regard de l'étendue des droits protégés. Ainsi convient-il de resserrer l'analyse pour essayer de dégager à travers les instruments internationaux des droits de l'homme et les pratiques judiciaires des organes universels et régionaux de contrôle, voire des juridictions nationales, les règles spécifiques des droits de l'homme dont le respect s'impose plus particulièrement en cas d'expulsion.

ii) Notion de «droits fondamentaux»

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

17. Selon le Rapporteur spécial, il paraît irréaliste de prescrire qu'une personne en cours d'expulsion peut

⁴³ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, arrêt du 12 octobre 2006, CEDH 2006-XI.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 254, par. 81.

⁴⁵ Étude de la baronne Elles, «Le problème de l'applicabilité aux personnes qui ne sont pas des ressortissants du pays dans lequel elles vivent des dispositions internationales en vigueur relatives à la protection des droits de l'homme» (E/CN.4/Sub.2/L.628 et Add.1).

⁴⁶ Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent, résolution 40/144 de l'Assemblée générale du 13 décembre 1985.

⁴⁷ *Ibid.*, art. 5.

⁴⁸ *Ibid.*, art. 7.

⁴⁹ *Ibid.*, art. 8.

⁴² Voir Carrillo-Salcedo, «Article 1», p. 135.

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

18. Bien que cette notion de droits fondamentaux relève du langage juridique, sa signification est singulièrement embrouillée par l'emploi d'autres notions tenues pour voisines ou équivalentes. Ainsi note-t-on dans la littérature juridique l'utilisation indifférenciée des notions de droits de l'homme, de libertés publiques, de libertés fondamentales, de droits et libertés fondamentaux, de principes fondamentaux, sans qu'il soit sûr qu'elles renvoient à une même réalité juridique⁵⁰.

19. La notion de droits fondamentaux correspond à plusieurs conceptions en droit interne. D'abord, certains droits seraient fondamentaux en raison de leur place dans la hiérarchie des normes. Seraient considérés comme tels des droits et libertés constitutionnellement protégés⁵¹. On a même exposé que les droits fondamentaux seraient «par essence» constitutionnels⁵², ce qui les démarque de la catégorie plus large des libertés publiques. Ensuite, les droits fondamentaux seraient ceux exprimés ou garantis par les normes supérieures d'un ordre juridique donné ou qui sont essentiels à l'existence et au contenu d'autres droits de cet ordre⁵³.

20. L'une et l'autre conception prennent dans l'ordre juridique les éléments de définition des droits fondamentaux, s'exposant de la sorte aux contingences de la construction juridique, à l'arbitraire du législateur. Or, la question de la contingence des droits fondamentaux est au cœur d'une importante controverse. Selon certains auteurs, ces droits seraient supérieurs à l'ordre juridique parce qu'exprimant des valeurs qui dépassent celui-ci⁵⁴. Cette position rappelle l'idée du droit naturel, sans cesse enterrée et toujours ressuscitée⁵⁵. À cette conception s'opposent ceux qui pensent que «l'existence de règles supra-constitutionnelles en droit interne est une impossibilité “quasi-ontologique” [...] une impossibilité absolue⁵⁶», notamment parce que cette existence priverait le peuple de sa souveraineté (législative). Le Conseil constitutionnel français partage cette analyse⁵⁷, même si un examen précis de sa terminologie⁵⁸ suggère

que, sans peut-être en être toujours conscient, le Conseil, reprenant la terminologie de la Constitution, se borne à «constater» des règles (pré)existantes plus qu'il ne fait valoir des règles créées pour les autorités investies du pouvoir normatif. On comprend dès lors que la Cour constitutionnelle fédérale allemande affirme pour sa part que la substance des droits fondamentaux est hors d'atteinte du pouvoir constituant, fût-il originaire⁵⁹. Cette position peut être rapprochée d'un arrêt de la Cour constitutionnelle italienne qui a affirmé expressément:

La Constitution italienne comprend quelques principes suprêmes qui ne peuvent être renversés ou modifiés dans leur contenu essentiel même pas par une loi de révision constitutionnelle ou par d'autres lois constitutionnelles⁶⁰.

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

22. L'approche fondée sur la notion de droits fondamentaux ne va pas sans difficultés, la question étant de savoir ce qu'il faut entendre par «droits fondamentaux». La terminologie est bien établie en doctrine qui l'a promue sans toutefois que l'on puisse y trouver une définition précise de la notion⁶¹. De même, on relève çà et là l'épithète «fondamental» dans les intitulés de certains instruments internationaux. Il en va ainsi de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de ses onze Protocoles; de la Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus⁶²; ou des Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus⁶³.

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

⁵⁰ Voir décision du 23 avril 1991.

⁶⁰ Arrêt cité par Favoreu et Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, p. 826.

⁶¹ Le moteur de recherche Google indique quelques milliers de références sur «droits fondamentaux». Voir, à titre purement indicatif, la revue numérique *Droits fondamentaux* (www.droits-fondamentaux.org), n° 1 (juillet-décembre 2001). Dans l'éditorial signé par le professeur Emmanuel Decaux, une seule fois est utilisée l'expression: «Aujourd'hui comme hier, les droits fondamentaux restent un défi.» Mais aucune explication sur le sens de cette notion ni sur son choix. «Les droits universels et indivisibles proclamés en 1945 par la Charte des Nations Unies [...] ne doivent pas être des vœux pieux»: seule cette phrase suggère vaguement ce que l'on pourrait en penser; Cabrilac, Frison-Roche, Revet et Albigès, *Libertés et droits fondamentaux*; Pontier, *Droits fondamentaux et libertés publiques*; Delmas-Marty et Lucas de Leyssac (dir. publ.), *Libertés et droits fondamentaux*; Couturier, Delmas-Marty et Lucas de Leyssac (dir. publ.), *Libertés et droits fondamentaux*; Fialaire et Mondielli, *Droits fondamentaux et libertés publiques*; voir aussi, notamment, Carlier, «Et Genève sera...», qui parle de «[la] contextualisation des droits fondamentaux» (p. 79).

⁶² Adoptée par l'Assemblée générale par sa résolution 53/144 du 9 décembre 1998.

⁶³ Adoptés et proclamés par l'Assemblée générale par sa résolution 45/111 du 14 décembre 1990.

⁵⁰ Voir Tchakoua, *Dignité et droits fondamentaux des salariés...*, p. 5.

⁵¹ Voir Favoreu, «Rapport général introductif», p. 271.

⁵² Voir Genevois et Badinter, «Normes de valeur constitutionnelle...», p. 317.

⁵³ Marcoux, «Le concept de droits fondamentaux...», p. 691.

⁵⁴ Voir notamment Laborde, «Conclusion...», p. 119 et 120.

⁵⁵ Voir Kayser, «Essai de contribution au droit naturel...», p. 387.

⁵⁶ Voir Mathieu, «La supra-constitutionnalité existe-t-elle?...», p. 12.

⁵⁷ Voir, par exemple, décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Journal officiel*, 3 septembre 1992, p. 12095.

⁵⁸ La Constitution française de 1958, comme celle de plusieurs autres pays, utilise les verbes «reconnaître» et «proclamer» lorsqu'elle

23. La notion de droits fondamentaux de la personne humaine rappelle vaguement la théorie des droits fondamentaux des États, qui apparaît au XVIII^e siècle dans la pensée juridique de Vattel⁶⁴. La notion de droits fondamentaux des États, qui provient en effet directement de la théorie des droits et devoirs parfaits des États de Vattel, sera systématisée au XIX^e siècle par des auteurs tels que le diplomate argentin Carlos Calvo⁶⁵, l'universitaire français Antoine Pillet⁶⁶ ou le juge anglais Robert Phillimore⁶⁷. Cette théorie repose sur l'idée selon laquelle les États sont, du simple fait de leur existence, titulaires de droits innés, permanents et fondamentaux, dans leurs rapports avec les autres. Ces droits, qui sont alors à la base du droit des gens et de l'ensemble des relations internationales, en temps de paix comme en temps de guerre, doivent impérativement être respectés par tous les États; corrélativement, ce sont ceux dont la violation justifiera le recours à la force. Le contenu de ces droits fondamentaux des États varie d'un auteur à l'autre, mais on retrouve le plus souvent ce qu'on appelle à cette époque le «droit de conservation», le droit au respect de la souveraineté, le droit au commerce et le droit à l'égalité. La doctrine origininaire considérait que ces droits fondamentaux des États étaient issus du droit naturel. Aussi cette théorie sera-t-elle abandonnée sous l'influence profonde et durable du positivisme sur la pensée juridique internationale⁶⁸.

24. On ne peut transposer mécaniquement cette théorie dans le domaine des droits de l'homme. Mais on voit bien que dans l'un et l'autre cas prévaut l'idée qu'il y aurait un ensemble de droits essentiels à l'existence même de l'État comme à celui de l'individu. Au demeurant, c'est la Charte des Nations Unies elle-même qui introduit formellement la notion de droits fondamentaux de la personne humaine en proclamant d'entrée de jeu, «à nouveau [la] foi» des «peuples des Nations Unies» «dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes⁶⁹». On trouve également cette expression dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, dont les articles 5, paragraphe 2, respectifs disposent: «Il ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux *droits fondamentaux** de l'homme reconnus ou en vigueur» dans un État Partie. La Charte des Nations Unies indique par ailleurs que l'un des buts des Nations Unies est de réaliser la «coopération internationale» entre autres «en encourageant le respect des droits de l'homme et des *libertés fondamentales** pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion⁷⁰». Cette expression, «droits de l'homme et libertés fondamentales», est reprise à l'article 55, alinéa c, de la Charte⁷¹.

⁶⁴ Voir Vattel, *Le droit des gens...*

⁶⁵ Voir Calvo, *Le droit international théorique et pratique...*

⁶⁶ Voir Pillet, «Recherche sur les droits fondamentaux des États...».

⁶⁷ Voir Phillimore, *Commentaries upon International Law*.

⁶⁸ Pour une synthèse récente de cette théorie, voir Alland (dir. publ.), *Droit international public*, p. 78 et 79.

⁶⁹ Préambule de la Charte des Nations Unies.

⁷⁰ Article 1, paragraphe 3, de la Charte.

⁷¹ Sans prétendre à l'exhaustivité, on mentionne également le point 15 de la Déclaration et Programme d'action de Vienne adoptés par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme à Vienne, le 25 juin 1993 [A/CONF.157/24 (Part I)].

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

26. Rien ne permet de tirer une telle conclusion. À la vérité, aucun instrument international ne propose un contenu à la notion de droits fondamentaux ou même à celle de libertés fondamentales, qui figure, comme on l'a vu, dans l'intitulé de plusieurs conventions internationales. On aurait pu espérer une clarification de la Commission ou de la Cour européenne des droits de l'homme, au moins en ce qui concerne les libertés fondamentales dont il est question dans la Convention européenne des droits de l'homme. Certes, la Commission et la Cour se sont référées explicitement ou implicitement au cinquième alinéa du préambule de cette Convention comme reflétant une caractéristique essentielle de celle-ci, qui tend à établir «un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers⁷³». Bien qu'il s'intitule expressément Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁷⁴, l'instrument adopté le 7 décembre 2000 au Sommet de Nice par le Parlement européen, le Conseil et la Commission de l'Union européenne n'est d'aucun secours sur cette question de la définition de la notion des droits fondamentaux: rien ni dans le préambule ni dans le dispositif ne suggère la moindre signification. On pourrait aussi bien en conclure que ce sont tous les droits édictés dans les cinquante-quatre articles de la Charte qui sont les droits fondamentaux au sens de ce texte. L'intitulé de l'instrument y autorise. Mais est-ce bien l'intention de ses auteurs?

27. La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt relatif à l'affaire *Golder c. Royaume-Uni*, a adopté un raisonnement qui pourrait aider dans la détermination du contenu de la notion de droits fondamentaux. Dans cette affaire, la Cour n'a pas écarté l'observation du Gouvernement britannique selon laquelle les auteurs de la Convention européenne des droits de l'homme avaient adopté un «processus sélectif»: «la Convention ne chercherait pas à protéger les droits de l'homme en général, mais uniquement “certains des droits énoncés

⁷² Voir le commentaire de Cot et Pellet, «Préambule», p. 290.

⁷³ *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» c. Belgique (fond)*, arrêt du 23 juillet 1968, par. 5, série A n° 6; voir aussi l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, par. 87, série A n° 161; et Van Boven, «Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentales», p. 130.

⁷⁴ Voir *Journal officiel des Communautés européennes*, n° C364, 18 décembre 2000.

dans la Déclaration universelle⁷⁵). On peut en tirer le raisonnement suivant: de même que chaque instrument international des droits de l'homme cible un aspect particulier des droits de l'homme (droits de l'enfant, droits de la femme, droits des travailleurs migrants, esclavage, etc.) ou uniquement certains droits et libertés, on peut convenir aisément que tous les droits de l'homme ne peuvent pas être exercés en même temps tout le temps. L'éventail des droits fondamentaux peut varier en fonction de la condition des personnes, de la situation dans laquelle elles se trouvent; la variation devant cependant se faire autour d'un «noyau dur» tenu pour intangible. Rarement les juristes abordent-ils de front cette question.

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

a. Définition

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

29. Selon la doctrine académique, une certaine hiérarchisation des droits de l'homme permet une meilleure garantie d'un noyau de ces droits, qui paraît fondamental aux yeux de la communauté internationale. Cette notion de «noyau dur» est employée aussi bien en droit international des droits de l'homme qu'en droit international humanitaire pour désigner «un ensemble de droits qui ne sauraient souffrir aucune dérogation. Leur liste varie selon les conventions, mais elles s'accordent sur un petit nombre qui représente un minimum visant à protéger l'intégrité et la sûreté de la personne. On les qualifie également de droits intangibles, et on parle alors de noyau intangible⁷⁷». Dans le même sens, un autre auteur écrit que «certaines règles se sont vu conférer une force particulière et une reconnaissance coutumière. Elles forment un «noyau dur» des droits de l'homme. Celui-ci comprend [...] les droits dits intangibles, auxquels aucune dérogation n'est en effet autorisée, même en cas de guerre⁷⁸». Un autre conclut encore: «En tout cas, il est un noyau dur au sein des droits de l'homme qui garantit le respect de la

dignité et de l'intégrité physique de la personne humaine, et qui est exigible en tout lieu de la part de n'importe quel pouvoir. Il s'agit en réalité de la garantie des valeurs qui fondent la civilisation de l'universel, ce que le préambule du Statut de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998) appelle «l'héritage commun de toutes les cultures, une délicate mosaïque qui risque à tout moment d'être détruite⁷⁹».

30. L'idée d'un noyau dur de droits indérogables n'est cependant pas à l'abri de la critique. L'objection classique qui lui est faite est qu'elle reviendrait à établir une hiérarchie entre les droits de l'homme, contrevenant de la sorte au principe d'indivisibilité desdits droits. Mais on estime aussi qu'elle a un «caractère subjectif, évolutif, sinon contingent, qui va précisément à l'encontre de l'universalité⁸⁰», ou encore qu'elle entérine un état de fait interétatique et par suite «ne ferait qu'exprimer un préjugé positiviste⁸¹».

31. La critique paraît plus idéologique que juridique et technique. Elle est fondée sur les principes d'universalité et d'indivisibilité des droits de l'homme qui véhiculent l'idée improbable que tous les droits sont d'égale importance et ont une égalité de statut juridique. Comme on l'a observé avec justesse, l'idée d'un noyau dur constitue «une réponse à la prolifération individualiste des droits qui peut mettre en danger l'idée de droits de l'homme⁸²».

32. Contrairement à ce que cette idée pourrait suggérer de prime abord, elle permet de faire face au relativisme culturel justificateur des dérogations voire des atteintes aux normes universelles et contestataires de l'universalisme en matière de droits de l'homme. En effet, l'universel apparaît sous ce rapport comme un noyau dur⁸³. Le problème crucial ici est celui de la détermination d'un critère opérationnel d'identification, permettant de définir le contenu du noyau dur. Sur cette question, le professeur Frédéric Sudre a apporté d'utiles clarifications. Selon cet auteur,

qui dit «noyau dur» implique nécessairement une «enveloppe molle» et conduit à tracer une ligne de partage entre des droits fondamentaux et d'autres qui le sont moins, entre des droits prioritaires et d'autres qui seraient secondaires, entre des droits de premier rang et d'autres de second rang. En bref, faire l'hypothèse d'un «noyau dur» pose inmanquablement la question, en droit, de la hiérarchie des droits de l'homme⁸⁴.

33. Une telle approche est jugée épouvantable, en tout cas blasphématoire, par une large partie de la doctrine parce qu'elle irait directement à l'encontre des principes fondateurs de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits de l'homme⁸⁵.

⁷⁵ *Goldner c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1975, par. 34, série A n° 18.

⁷⁶ Quand on parle, par exemple, de la revue numérique *Droits fondamentaux* ou du réseau de chercheurs «Droits fondamentaux», on ne vise rien de moins que l'ensemble des droits de l'homme sans exception. Il en est ainsi des nombreux ouvrages consacrés aux libertés et droits fondamentaux dont on a cité quelques-uns à la note 61 *supra*.

⁷⁷ Le Guyader, «La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'homme», p. 249. Le philosophe se démarque cependant de cette acception, qu'il qualifie de «juridique étroite» et enrichit la discussion sur cette notion de réflexions philosophiques. Il va sans dire que c'est l'acception juridique que retiendra le Rapporteur spécial.

⁷⁸ Cohen-Jonathan, «Les droits de l'homme, une valeur internationalisée», p. 159.

⁷⁹ Bennouna, «Remise en cause et contestations de principe», p. 245, communication présentée au Colloque organisé à la Sorbonne par la Commission nationale consultative des droits de l'homme française à l'occasion du 50^e anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

⁸⁰ Dupuy, *Droit international public*, p. 234.

⁸¹ Le Guyader, «La question philosophique d'un noyau dur des droits de l'homme», p. 253.

⁸² *Ibid.*, p. 255.

⁸³ *Ibid.*, p. 266.

⁸⁴ Sudre, «Quel noyau intangible des droits de l'homme?», p. 271.

⁸⁵ Voir, par exemple, Meyer-Bisch, «Le problème des limitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme», p. 101.

34. L'idée qu'il peut y avoir un noyau dur des droits de l'homme n'est pourtant pas infondée d'un strict point de vue juridique. Au-delà du discours philosophique ou d'une approche idéologique et essentiellement morale de la question, il faut bien voir en effet que «le droit des droits de l'homme ne protège pas tous les droits de la même manière». Si l'on ne confond pas *lex ferenda* et *lex lata* comme c'est souvent le cas dans certains discours militants sur les droits de l'homme, on peut à la fois constater que le droit des droits de l'homme «ne dote pas tous les droits proclamés d'un même régime juridique, et s'accorder sur le principe d'une application cumulative et complémentaire des droits proclamés⁸⁶».

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

36. La notion de *jus cogens* ne peut être un critère satisfaisant⁸⁷. D'une part, en dépit de sa consécration tant conventionnelle que jurisprudentielle, elle continue d'être controversée du fait de l'indétermination de son contenu. D'autre part, en matière de droits de l'homme, elle fait l'objet de conceptions opposées: une conception large qui considère que les droits de l'homme en général font partie du *jus cogens*, comme le suggèrent les projets de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite [*Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26 et suiv., par. 76 et 77] et sur un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité [*Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 17 et suiv., par. 50]; et une conception restrictive qui estime que seuls quelques droits de l'homme en font partie. Frédéric Sudre relève que l'examen des conventions internationales protectrices des droits de l'homme montre, à la seule exception de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, un «dédoublement du régime juridique des droits de l'homme»: certains droits que cet auteur a nommé «*droits conditionnels*⁸⁸» «peuvent faire l'objet de restrictions et/ou de dérogations et sont donc susceptibles d'application imparfaite et/ou de non application temporaire; au contraire, d'autres droits – les *droits intangibles* – ne sont pas passibles de ces limitations, ce sont des droits absolus applicables à toute personne, en tout temps et en tout lieu⁸⁹».

37. Le critère opérationnel d'identification du noyau dur des droits de l'homme est donc l'*intangibilité* des droits concernés. On ne peut nier que cette notion de «noyau dur» ou «intangible» introduit une certaine hiérarchisation dans les droits de l'homme. Mais il s'agit assurément d'une hiérarchisation de fait découlant de l'analyse des instruments juridiques internationaux plutôt que d'une règle formelle: on constate en effet qu'un noyau dur de droits intangibles bénéficiant d'une protection absolue se dégage des principaux traités de protection des droits de l'homme tels que la Convention européenne des droits de l'homme (art. 15), la Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 27, par. 2), le Pacte international

relatif aux droits civils et politiques (art. 4, par. 2) – seule la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples faisant exception.

38. Derrière cette idée de «noyau dur» de droits de l'homme, ce sont bien les droits dits universels qui sont sous-jacents: «la question du “noyau dur” postule l'existence d'un fonds commun irréductible des droits de l'homme sur lequel partout l'accord se ferait, en admettant implicitement une diversité de conceptions en matière de droits de l'homme⁹⁰»; et, du point de vue de la mise en œuvre des droits de l'homme, l'idée d'un noyau dur tire la conséquence pragmatique de ce que la liste sans cesse évolutive des droits de l'homme est ignorée par beaucoup d'États ou regardée comme une simple pétition de principe et qu'il convient dès lors «d'assurer la garantie du minimum indispensable, sorte de standard en dessous duquel on ne saurait parler de droits de l'homme⁹¹».

b. Contenu

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

40. De manière générale, on considère que ces droits fondamentaux formant le «noyau dur» des droits de l'homme sont constitués du droit à la vie, de l'interdiction de la torture, des peines et traitements inhumains, de l'esclavage et de la servitude. Certains y ajoutent les principes de l'égalité et de non-rétroactivité de la loi. Mais ce contenu est susceptible de varier dans le temps et même dans l'espace. On note à cet égard que le Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ajoute à la liste des droits intangibles contenue dans la Convention un nouveau droit: le principe *non bis in idem* (art. 4). Dans le même ordre d'idées, on a relevé que la liste des droits formant le «noyau dur» n'est pas la même d'un continent à l'autre. Alors que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ne contient pas de droits indérogeables, le nombre de tels droits est de 5 en Europe, 11 en Amérique et 7 au plan universel⁹².

41. Le professeur Cohen-Jonathan propose une liste encore plus étendue. Selon lui, la comparaison de l'article 4, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 15, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme permet de relever que constituent des droits dits intangibles le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements ou peines inhumains ou dégradants, et l'interdiction de l'esclavage – ce qui correspond à peu près à la teneur de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Convention de Genève relative à

⁸⁶ Sudre, «Quel noyau intangible des droits de l'homme?», p. 271.

⁸⁷ Ibid., p. 272; du même auteur, *Droit international et européen des droits de l'homme*, p. 59, par. 42.

⁸⁸ Sudre, «Quel noyau intangible des droits de l'homme?», p. 272.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid., p. 267.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid., p. 274.

la protection des personnes civiles en temps de guerre)⁹³. Mais il ajoute que, selon la jurisprudence internationale, il faut y adjoindre l'interdiction du déni de justice flagrant et la détention arbitraire. Bien plus, l'auteur estime qu'il faut également inclure dans cette liste l'interdiction de la discrimination raciale et de la discrimination à l'égard des femmes, déjà visée spécifiquement à l'article 55 c de la Charte des Nations Unies, sans oublier la liberté de pensée, de conscience et de religion considérée comme un droit également intangible par l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁹⁴.

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

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

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

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

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

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

Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale. Certains droits de protection correspondants se sont intégrés au droit international général (*Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime*

⁹³ Voir Cohen-Jonathan, «Les droits de l'homme, une valeur internationalisée», p. 159.

⁹⁴ Ibid., p. 160.

⁹⁵ Ibid.; Meyer-Bisch (dir. publ.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*; Dupuy, *Droit international public*, p. 235.

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

de génocide, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 23); d'autres sont conférés par des instruments internationaux de caractère universel ou quasi universel⁹⁷.

46. Dans le même esprit, la Cour a relevé, dans son arrêt du 27 juin 1986 en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, que «l'inexistence d'un [...] engagement [en matière de respect des droits de l'homme] ne signifierait pas qu'un État] puisse violer impunément les droits de l'homme⁹⁸».

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

48. Les projets d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, tels qu'ils avaient été adoptés par la Commission en première lecture en 1996, consacraient très clairement cette idée d'obligations *erga omnes* s'agissant des normes en matière de «protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales», ainsi que la possibilité de l'action publique que cette idée induit. En effet, selon le projet d'article 40¹⁰⁰, l'expression «État lésé» s'entend

e) si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un traité multilatéral ou d'une règle de droit international coutumier, tout autre État partie au traité multilatéral ou lié par la règle de droit international coutumier, lorsqu'il est établi:

[...]

iii) que le droit a été créé ou est reconnu pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans la version finale du projet d'articles, adopté par la Commission en seconde lecture en 2001, et dont l'Assemblée générale des Nations Unies a «pris note» dans sa résolution 56/83 du 12 décembre 2001, la solution semble rester fondamentalement la même, bien que l'expression «État lésé» ne soit plus utilisée par rapport à de tels cas de figure, et en dépit du fait que le texte du projet d'articles ne contienne plus, dans le présent contexte, une référence explicite aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. En effet, aux termes de l'article 48, paragraphe 1, dans sa version de 2001, «un État autre qu'un État lésé» est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, conformément au paragraphe 2 dudit article, si:

a) l'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe; ou

b) l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.

⁹⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt du 5 février 1970, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33 et 34.

⁹⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, par. 267.

⁹⁹ Institut de droit international, «The protection of human rights...»; voir, sur cet aspect des travaux de l'Institut, Cohen-Jonathan, «La responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme», p. 120.

¹⁰⁰ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 66 et 67.

À ce propos, il convient de souligner que, s'agissant de l'alinéa *a*, le commentaire de cet article mentionne, à titre d'exemple, le cas «d'un système régional de protection des droits de l'homme¹⁰¹»; alors que, s'agissant de l'alinéa *b*, le commentaire se réfère notamment au passage de l'arrêt de la Cour internationale de Justice en l'affaire de la *Barcelona Traction*, citant comme exemples d'obligations *erga omnes* «[les] principes et [les] règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale¹⁰²».

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

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

«Projet d'article 8. Obligation générale de respecter les droits de l'homme de la personne en cours d'expulsion

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

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

51. En tant qu'être humain, l'étranger présent sur le territoire d'un État bénéficie de la protection de ses droits de l'homme. Dans sa condition d'étranger en cours d'expulsion, il bénéficie, en plus de cette protection générale, d'une protection spécifique de certains de ces droits. Comme l'Institut de droit international le proposait déjà à la fin du XIX^e siècle dans l'article 17 de sa résolution de Genève du 9 septembre 1892 relative aux «Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers»: «L'expulsion, n'étant pas une peine, doit être exécutée avec tous les ménagements possibles, en tenant compte de la situation particulière de la personne¹⁰³.»

52. La protection spéciale des droits en question de la personne sous le coup de l'expulsion lui est offerte par les droits du «noyau dur», ces droits intangibles de l'expulsé

résultant des instruments juridiques internationaux et confortés par la jurisprudence internationale. Ce sont:

- le droit à la vie;
- le droit à la dignité;
- le droit à l'intégrité de la personne;
- la non-discrimination;
- le droit de ne pas être soumis à la torture et à des peines ou traitements inhumains ou dégradants;
- le droit à la vie familiale.

i) Le droit à la vie

53. Le droit à la vie qui, selon le paragraphe 1 de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques «est inhérent à la personne humaine», est proclamé, certes sous des formules variables, par les principaux instruments internationaux des droits de l'homme de caractère tant universel¹⁰⁴ que régional¹⁰⁵.

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

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

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

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

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

56. Comme on peut le constater, cette conception du droit à la vie n'emporte pas exclusion de la peine de mort comme possible sanction de certaines infractions criminelles prononcées par un tribunal en vertu de la loi. Cette approche est suivie par le Pacte international relatif aux droits civils

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

¹⁰⁵ Voir l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme; l'article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne; l'article 4 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969; l'article 1 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme; et l'article 4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

¹⁰¹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 136, paragraphe 7 du commentaire.

¹⁰² *Ibid.*, p. 137, paragraphe 9 du commentaire.

¹⁰³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12 (session de Genève, 1892-1894), Paris, Pedone, 1892, p. 222.

et politiques à travers la formule de la troisième phrase de l'article 6, paragraphe 1, selon laquelle: «Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie.» Ce qui signifie, suivant une formule non négative, qu'une personne peut être privée de sa vie, à condition que ce ne soit pas de manière arbitraire. La formule précitée du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est reprise à la lettre dans les articles 4 respectifs de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

57. C'est le Deuxième Protocole facultatif de 1989 se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, qui modifie radicalement la portée de la règle déclarant le droit à la vie en disposant ce qui suit en son article 1:

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

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

Dans le même sens, l'article 1 du Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, concernant l'abolition de la peine de mort, dispose:

1. La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté.

La structure de l'article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne montre bien que la prohibition de la peine de mort et de l'exécution se conçoit comme le corollaire du droit à la vie. Ainsi, après le rappel au paragraphe 1 de cet article que «[t]oute personne a droit à la vie», la Charte dispose au paragraphe 2 dudit article que «[n]ul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté». Le droit à la vie emporte donc, d'après cette Charte européenne, prohibition de la peine capitale et de l'exécution.

58. Toutefois, une telle prohibition se heurte encore à la législation contraire de plusieurs pays hors de l'Europe et ne constitue nullement une norme coutumière universelle en dépit du moratoire sur l'application de la peine de mort voté par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 62/149 du 18 décembre 2007¹⁰⁶. Certes, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies avait, au cours des dix dernières années précédant la résolution en question, adopté à toutes ses assises des résolutions engageant «les États qui maintiennent encore la peine de mort à [l']abolir définitivement [...] et, en attendant, [à] instituer un moratoire sur les exécutions¹⁰⁷». Mais il s'agit simplement dans ce cas, comme dans celui de la résolution de l'Assemblée

générale elle-même, de recommandations sans aucune force contraignante et ne traduisant pas une *opinio juris communis* en la matière, la résolution 62/149 n'ayant pas été adoptée à l'unanimité.

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

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

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

Pour ces raisons le Comité considère que le Canada, en tant qu'État partie qui a aboli la peine capitale, indépendamment du fait qu'il n'a pas encore ratifié le deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte, visant à abolir la peine de mort, a commis une violation du droit à la vie garanti, au paragraphe 1 de l'article 6 en expulsant l'auteur vers les États-Unis alors qu'il est sous le coup d'une condamnation à mort, sans demander l'assurance qu'il ne serait pas exécuté. Le Comité reconnaît que le Canada n'a pas prononcé lui-même la peine capitale mais estime qu'en renvoyant l'auteur vers un pays où il est condamné à mort, il a établi le lien essentiel de la chaîne de causalité qui rendrait possible l'exécution de l'auteur¹⁰⁹.

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

¹⁰⁷ Commission des droits de l'homme, Rapport sur la soixante et unième session (14 mars-22 avril 2005), Supplément n° 3 (E/2005/23 - E/CN.4/2005/135), p. 257. La dernière résolution de ladite Commission avant l'adoption de la résolution de l'Assemblée générale du 18 décembre 2007 fut celle du 20 avril 2005 (résolution 2005/59).

¹⁰⁸ Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 40* (A/49/40), annexe IX, section CC, communication n° 469/1991. Voir aussi *ibid.*, *quarante-huitième session, Supplément n° 40* (A/48/40), annexe XII, sect. U, communication n° 470/1991, *Kindler c. Canada* (1993); et *ibid.*, *cinquantième session, Supplément n° 40* (A/50/40), annexe X, sect. M, communication n° 539/1993, *Cox c. Canada* (1995). Voir également les commentaires de ces affaires dans *Revue universelle des droits de l'homme*, 1994, p. 150; *ibid.*, p. 165; et *ibid.*, 1995, p. 13, respectivement.

¹⁰⁹ Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 40*

62. Il résulte de cette décision que:

a) un État qui abolit la peine de mort ne peut pas extraditer ou expulser ou, de façon générale, livrer une personne condamnée à la peine de mort dans un État dans lequel cette peine existe, sans obtenir au préalable la garantie que ladite peine ne lui sera pas appliquée ou qu'elle ne sera pas exécutée;

b) les États qui n'ont pas encore aboli la peine de mort et continuent de la pratiquer en vertu des dispositions de l'article 6, paragraphe 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne sont pas soumis à cette obligation, qui ne vaut que pour les États abolitionnistes.

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

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

(Suite de la note 109.)

(A/58/40), annexe VI, sect. G, communication n° 829/1998, constatations adoptées le 5 août 2003, par. 10.6.

¹¹⁰ *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, série A n° 161.

¹¹¹ N° 526-03, rapport n° 57/06, 20 juillet 2006, *Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme 2006* (OEA/Ser.L/V/II.127), doc.4 rev.1, par. 2.

¹¹² N° 499-04, rapport n° 86/06, 21 octobre 2006, *ibid.*, par. 2.

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

1. De ratifier l'ordonnance du Président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en date du 5 octobre 2005, par laquelle il a été demandé à l'État d'adopter et de mettre en œuvre toutes mesures nécessaires à la protection de la vie et de l'intégrité personnelle des quatre enfants de M^{me} Solain Pie ou Solain Pierre ou Solange Pierre.

2. De réaffirmer le contenu des ordonnances de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en date du 18 août 2000, du 12 novembre 2000 et du 26 mai 2001, en ce sens que l'État doit maintenir toutes mesures qu'il pourrait avoir adoptées et prendre immédiatement toutes celles qui pourraient se révéler nécessaires à la protection effective de la vie et de l'intégrité personnelle de MM. Benito Tide-Méndez, Antonio Sension, Janty Fils-Aime, William Medina-Ferreras, Rafaelito Pérez-Charles, Berson Gelin, du Père Pedro Ruqoy et de M^{mes} Andrea Alezy et Solain Pie ou Solain Pierre ou Solange Pierre.

3. De demander à l'État de créer les conditions voulues pour que Solain Pie ou Solain Pierre ou Solange Pierre et ses quatre enfants rentrent chez eux en République dominicaine et, dès que ce retour aura eu lieu, d'adopter toutes mesures nécessaires à la protection de leur vie et de leur intégrité personnelle¹¹⁴.

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

a) premièrement, le droit à la vie de toute personne humaine est un droit inhérent, consacré formellement en droit international des droits de l'homme. Comme tel, il s'applique aux personnes en situation de fragilité comme les étrangers sous le coup de l'extradition, de l'expulsion ou du refoulement. À cet égard, il peut s'entendre aussi comme une obligation pour l'État expulsant de protéger la vie des personnes en question, tant dans le pays d'accueil qu'au regard de la situation dans l'État de destination. Tel est l'esprit de l'article 22, paragraphe 8, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme qui impose d'importantes restrictions à l'expulsion et transforme le droit à la vie de l'étranger en obligation de l'État expulsant d'assurer la protection de ce droit. Cet article dispose:

En aucun cas l'étranger ne peut être refoulé ou renvoyé dans un autre pays, que ce soit son pays d'origine ou non, 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.

L'article 33, paragraphe 1, de la Convention relative au statut des réfugiés contient une disposition similaire;

¹¹³ *Haitiens et Dominicains d'origine haïtienne en République dominicaine*, décision du 2 février 2006, par. 1 à 3.

¹¹⁴ *Ibid.*, partie décision.

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

c) troisièmement, un État qui a aboli la peine de mort ne peut pas extraditer ou expulser une personne condamnée à mort vers un pays sans s'entourer de garanties préalables relativement à l'inapplication de la peine capitale sur cette personne; cette obligation ne valant toutefois que pour les États ayant aboli la peine capitale.

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

«Projet d'article 9. Obligation de protéger le droit à la vie de la personne en cours d'expulsion

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

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

ii) *Le droit à la dignité*

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

¹¹⁵ Voir notamment Mathieu, «La dignité de la personne humaine, quel droit? Quel titulaire?», p. 282 et suiv.; Saint-James, «Réflexions sur la dignité de l'être humain...», p. 61 et suiv.; Edelman, «La dignité de la personne humaine, un concept nouveau», p. 185 et suiv.; Richer, «Les droits fondamentaux: une nouvelle catégorie juridique?», p. 1 et suiv.; Champeil-Desplats, «La notion de "droit fondamental"...», p. 323 et suiv.; Pavia, «Éléments de réflexion sur la notion de droit fondamental», p. 6 et suiv.; Marcoux, «Le concept de droits fondamentaux...»; ainsi que Tchakoua, *Dignité et droits fondamentaux des salariés...*, p. 11 et suiv.

¹¹⁶ Voir notamment Théron, «Dignité et liberté...», p. 295 et suiv.; Le Pourhiet, «Le Conseil constitutionnel et l'éthique bio-médicale», p. 213 et suiv.; Neirinck, «La dignité humaine ou le mauvais usage...».

¹¹⁷ Voir notamment Edelman, «La dignité de la personne humaine, un concept nouveau», p. 185 et suiv., et Mathieu, «La dignité de la personne humaine, quel droit? Quel titulaire?», p. 282 et suiv.

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

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

70. On peut dire qu'en dépit de la puissance de son énonciation la référence à la dignité humaine restait jusque-là au niveau du préambule, sans qu'il soit besoin ici d'entrer dans le débat sur la valeur du préambule d'un texte juridique¹¹⁹. La notion reçoit une formule plus ferme dans la partie substantielle de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, dont l'article 5 dispose:

Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique.

Plus récemment, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée en 2000 s'ouvre sur cette notion. L'article 1, intitulé «Dignité humaine», énonce ceci: «La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée.»

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

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

citera notamment les décisions du Conseil constitutionnel français du 27 juillet 1994 et du 25 janvier 1995 (*Journal officiel*, 29 juillet 1994, p. 11024, et *ibid.*, 31 janvier 1995, p. 1651), celle du Conseil d'État français du 27 octobre 1995 (*Recueil des décisions du Conseil d'État*, 1995, p. 372) et celle de la cour d'appel de Paris du 28 mai 1996 (*Daloz, Jurisprudence*, 1996, p. 617 et suiv., note, Edelman). Sur le processus d'apparition de la dignité comme un nouveau droit et le trouble qu'il a jeté dans la doctrine française, voir Tchakoua, *Dignité et droits fondamentaux des salariés...*, p. 12 à 26.

¹¹⁹ Sur cette question, voir notamment Cot et Pellet, «Préambule», p. 287 à 312; et Van Boven, «Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales...», p. 125 à 134.

but de protéger l'être humain de toute atteinte à sa dignité personnelle, que celle-ci découle de violences corporelles, d'humiliations ou de coups portés à l'honneur, au respect de soi ou au bien-être mental d'une personne. Qu'une violence sexuelle aussi grave que la pénétration orale forcée soit qualifiée de viol est dans le droit fil de ce principe¹²⁰.

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

«Projet d'article 10. Obligation de respecter la dignité de la personne en cours d'expulsion

«1. La dignité humaine est inviolable.

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

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

73. Cette interdiction fait l'objet d'une large consécration conventionnelle. Ainsi, selon l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme: «Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.» Cette disposition est reprise à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme¹²¹, à l'article 5, paragraphe 2, première phrase, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et à l'article 7, première phrase, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants reprend cette disposition au paragraphe 4 de son préambule, d'après lequel les États parties déclarent tenir compte de l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples consacre la même règle, mais dans une formulation où elle est associée à d'autres catégories d'atteintes prohibées à la dignité humaine. En effet, elle dispose à son article 5, deuxième phrase, que

¹²⁰ *Le Procureur c. Anto Furundžija*, n° IT-95-17/1-T, Chambre de première instance II, jugement du 10 décembre 1998, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Recueils judiciaires* 1998, par. 183.

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

[t]outes formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme, notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdites¹²².

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

75. Il découle de cette interprétation extensive et téléologique des obligations à la charge des États parties à cette Convention que l'article 3 ne se borne pas à interdire aux États contractants d'infliger la torture ou tout autre traitement inhumain ou dégradant, mais qu'il leur impose aussi l'obligation corrélative de ne pas placer un individu relevant de leur juridiction dans une situation où il pourrait être victime d'une telle violation, fût-elle commise par un État tiers¹²⁵. Selon la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Kirkwood c. Royaume-Uni*, cette interprétation

repose sur le libellé très large de l'article 3 de la Convention et sur l'obligation faite par cet article combiné à l'article 1^{er} aux Parties contractantes de la Convention de protéger «toute personne relevant de leur juridiction» contre le risque réel d'un tel traitement compte tenu de son caractère irrémédiable¹²⁶.

76. Le raisonnement de la Cour a été systématisé en doctrine à travers la théorie de la «protection par ricochet¹²⁷», qui permet de se prévaloir de «droits dérivés de la Convention, non garantis comme tels par celle-ci mais bénéficiant de sa protection indirecte par attraction d'un autre droit garanti¹²⁸». L'interdiction de renvoyer un étranger à ses tortionnaires ou vers un pays où il risque

¹²² Dans le même esprit, la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent (voir *supra* la note 46) dispose en son article 6 qu'«[a]ucun étranger ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.»

¹²³ Signalons que la CIDH a déclaré la recevabilité de plusieurs requêtes dans lesquelles des États membres de l'OEA étaient mis en cause pour mauvais traitement (violation de l'article 5 du Pacte de San José de Costa Rica), sans cependant examiner ces affaires au fond: voir les affaires *Sebastián Echaniz Alcorta et Juan Victor Galarza Mendiola c. Venezuela*, n° 562-03, rapport n° 37/06, 15 mars 2006, *Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme* (OEA/Ser.L/V/II.127), doc. 4, par. 2; *Jesús Tranquilino Vélez Loor c. Panama*, n° 92-04, rapport n° 95/06, 23 octobre 2006, *ibid.*, par. 1; *Hugo Armendáriz c. États-Unis et Marino López et al. c. Colombie* (notes 111 et 112 *supra*).

¹²⁴ *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, par. 73 et 74, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V.

¹²⁵ Voir Chetail, «Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme...», p. 161.

¹²⁶ *Kirkwood c. Royaume-Uni*, requête n° 10479/83, décision du 12 mars 1984, Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et rapports*, vol. 37, p. 215 et 216. Et pour des observations sur les motifs de l'interprétation en question, voir Chetail, «Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme...», p. 161 et 162.

¹²⁷ Sudre, «La notion de "peines et traitements inhumains ou dégradants"...», p. 866 à 868; voir aussi Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, p. 84 et 304.

¹²⁸ Sudre, «Extradition et peine de mort...», p. 108.

la torture ou des traitements inhumains ou dégradants est une obligation implicite qui découle de la nature même du droit protégé.

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

a) l'indifférence de la responsabilité internationale de l'État tiers, car il ne s'agit pas d'une application extraterritoriale de l'article 3 visant à s'assurer qu'un État tiers respecte les dispositions d'un traité auquel il n'est pas nécessairement partie;

b) la prévalence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les autres engagements conventionnels des États parties;

c) l'obligation implicite contenue dans l'article 3 de s'opposer à l'extradition ou à l'expulsion d'une personne exposée aux risques de torture ou de traitements inhumains ou dégradants.

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

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

droits de l'homme et des peuples (art. 5). C'est donc elle qui sera retenue aux fins du présent rapport.

a. Torture

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

81. Aux termes de l'article 1, paragraphe 1, de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants,

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

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

a) un élément matériel ou physique: le fait d'infliger, par un acte ou une omission, une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales;

b) un élément psychologique: l'acte ou l'omission doit être intentionnel;

c) une finalité: la torture doit avoir pour but d'obtenir des renseignements ou des aveux, ou de punir, d'intimider, d'humilier ou de contraindre la victime ou une tierce personne ou encore de les discriminer pour quelque raison que ce soit;

d) un élément instrument ou de moyen: au moins l'une des personnes associées à la séance de torture doit être un responsable officiel ou, en tout cas, agir non pas à titre privé mais, par exemple, en tant qu'organe de fait d'un État ou de toute autre entité investie d'un pouvoir.

83. Au regard de ces éléments, il n'est pas douteux qu'une personne expulsée ou en cours d'expulsion puisse être victime des actes de torture, que ce soit dans l'État expulsant ou dans l'État de destination. Au demeurant, le Comité contre la torture, établi par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et qui n'a commencé à fonctionner qu'en 1991, a reçu plusieurs centaines de communications individuelles concernant en quasi-totalité des cas d'expulsion ou d'extradition d'un individu vers un État où il risque d'être soumis à la torture ou à des mauvais traitements¹³³.

¹²⁹ *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, par. 86, série A n° 161.

¹³⁰ Outre les références déjà citées, voir également Van Den Wyngaert, «Applying the European Convention on Human Rights to extradition...»; Warbrick, «Coherence and the European Court of Human Rights...»; Breitenmoser et Wilms, «Human Rights v. Extradition»; Lillich, «The *Soering* case»; Wilt, «Après *Soering*...»; Zühlke et Pastille, «Extradition and the European Convention...»; voir aussi Chetail, «Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme...», p. 165.

¹³¹ Voir Kolb, «La jurisprudence internationale en matière de torture...», p. 225.

¹³² *Furundžija* (voir *supra* la note 120), par. 162.

¹³³ Voir Kolb, «La jurisprudence internationale en matière de torture...», p. 261 et 266.

Les solutions adoptées par le Comité dans ces affaires sont sensiblement identiques et plutôt répétitives¹³⁴. Il suffira donc de s'appuyer sur quelques cas à titre illustratif¹³⁵.

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

85. Contre cette décision d'expulsion fut invoquée la violation de l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui dispose:

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

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

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

Le but de cet exercice est toutefois de déterminer si l'intéressé risquerait personnellement d'être soumis à la torture dans le pays dans lequel il serait renvoyé. Il s'ensuit que l'existence, dans un pays, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives ne constitue pas un motif suffisant en soi pour affirmer qu'une personne risquerait d'être soumise à la torture à son retour dans ce pays; il doit exister des motifs supplémentaires de penser que l'intéressé serait personnellement en danger. De même, l'absence d'un ensemble de violations systématiques et flagrantes des droits de l'homme ne signifie pas qu'une personne ne peut pas être considérée comme risquant d'être soumise à la torture dans sa situation particulière¹³⁶.

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

diffamatoires pour le Zaïre dans sa demande d'asile, le tout ajouté à une situation de violations systématiques des droits de l'homme dans ce pays¹³⁷.

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

Dans le cas en question, le Comité estime que les origines de l'auteur, son affiliation politique présumée, ses antécédents judiciaires – détention et exil intérieur – sont autant d'éléments dont il faut tenir compte pour déterminer s'il risque d'être soumis à la torture à son retour. L'État partie fait état d'incohérences et de contradictions dans le récit de l'auteur, mais le Comité considère qu'on peut rarement attendre des victimes de la torture une exactitude sans faille, que les éventuelles incohérences dans la présentation des faits par l'auteur ne sont pas graves en l'espèce et ne mettent pas en cause, de manière générale, la véracité des allégations de l'auteur¹³⁹.

89. Puis, rappelant un certain nombre de mauvais traitements invoqués par M. Alan, le Comité affirme que, dans ces circonstances, il «considère que l'auteur a démontré de façon convaincante qu'il risquait d'être torturé s'il retournait en Turquie¹⁴⁰». Il «conclut que l'expulsion ou le retour de l'auteur en Turquie dans les circonstances actuelles constituerait une violation de l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁴¹».

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

rappelle que la protection qu'accorde l'article 3 de la Convention est absolue. Chaque fois qu'il y a des motifs sérieux de croire qu'un individu risque d'être soumis à la torture s'il est expulsé vers un autre État, l'État partie est tenu de ne pas renvoyer l'intéressé dans cet État. La nature des activités auxquelles l'intéressé s'est livré n'est pas une considération pertinente dans la prise d'une décision conformément à l'article 3 de la Convention¹⁴².

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

¹³⁷ Ibid., par. 9.4.

¹³⁸ *Alan c. Suisse*, communication n° 21/1995, Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 44 (A/51/44)*, annexe V, sect. A, p. 67 et suiv.

¹³⁹ Ibid., p. 74, par. 11.3.

¹⁴⁰ Ibid., par. 11.4.

¹⁴¹ Ibid., par. 11.6.

¹⁴² *Aemei c. Suisse*, communication n° 34/1995, Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 44 (A/52/44)*, annexe V, sect. B.2, p. 75 et suiv., à la page 84, par. 9.8.

¹⁴³ *A.D. c. Pays-Bas*, communication n° 96/1997, *ibid.*, cinquante-cinquième session, *Supplément n° 44 (A/55/44)*; *G.T. c. Suisse*,

¹³⁴ Sur l'activité de ce Comité, voir notamment Ingelse, *The UN Committee Against Torture...*; Holmström (dir. publ.), *Conclusions and Recommendations of the UN Committee Against Torture...*; voir aussi Dormenval, «UN Committee against torture...»; Nowak, «The implementation functions of the United Nations Committee against Torture».

¹³⁵ Kolb en donne une synthèse («La jurisprudence internationale en matière de torture...», voir spécialement p. 268 à 273) dont les présents développements s'inspirent.

¹³⁶ *Mutombo c. Suisse*, communication n° 13/1993, Comité contre la torture, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 44 (A/49/44)*, annexe V, sect. B, p. 50 et suiv., à la page 56, par. 9.3.

92. On commencera par la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Ce tribunal s'est exprimé sur la question de la torture pour la première fois dans l'affaire *Delalić (Čelebići)* (1998). Si, s'agissant de la définition, la Chambre de première instance du Tribunal s'en remet à celle de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁴⁴, sa décision retient particulièrement l'attention en ce qu'elle affirme que la prohibition de la torture est de nature coutumière et qu'elle s'applique aussi bien en temps de paix qu'en périodes de conflit armé, interne ou international¹⁴⁵. Elle le confirmera quelques mois plus tard dans l'affaire *Furundžija*¹⁴⁶, après avoir rappelé clairement la doctrine qui gouverne cette règle:

Tout d'abord, compte tenu de l'importance que la communauté internationale attache à la protection des individus contre la torture, l'interdiction de cette pratique est particulièrement rigoureuse et large. Les États sont tenus non seulement d'interdire et de sanctionner le recours à la torture mais encore de la prévenir. Il ne suffit pas d'intervenir après coup, quand il a été porté irrémédiablement atteinte à l'intégrité physique et morale d'êtres humains. Les États sont tenus de prendre toutes les mesures qui peuvent prévenir le recours à la torture. Comme l'a fait observer avec beaucoup d'autorité la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Soering*, le droit international vise à interdire non seulement les transgressions effectives mais aussi les transgressions potentielles (ainsi que tout traitement inhumain et dégradant potentiel). Il en résulte que les règles internationales non seulement interdisent la torture mais condamnent également (i) le fait de ne pas prendre les mesures nécessaires au niveau national pour que l'interdiction ne reste pas lettre morte, et (ii) le fait que demeurent en vigueur ou que soient adoptées des lois qui sont contraires à l'interdiction¹⁴⁷.

communication n° 137/1999, *ibid.*; *H.A.D. c. Suisse*, communication n° 126/1999, *ibid.*; *J.A. Arana c. France*, communication n° 63/1997, *ibid.*; *K.M. c. Suisse*, communication n° 107/1998, *ibid.*; *K.T. c. Suisse*, communication n° 118/1998, *ibid.*; *S.C. c. Danemark*, communication n° 143/1999, *ibid.*; *T.P.S. c. Canada*, communication n° 99/1997, *ibid.*; *V.X.N. et H.N. c. Suède*, communications nos 130 et 131/1999, *ibid.*; *C.R. Núñez Chipana c. Venezuela*, communication n° 110/1998, *ibid.*, cinquante-quatrième session, Supplément n° 44 (A/54/44); *H.D. c. Suisse*, communication n° 112/1998, *ibid.*; *J.U.A. c. Suisse (I)*, communication n° 100/1997, *ibid.*; *M.B.B. c. Suède (2)*, communication n° 104/1998, *ibid.*; *N.P. c. Australie*, communication n° 106/1998, *ibid.*; *S.M.R. et M.M.R. c. Suède*, communication n° 103/1998, *ibid.*; *A.L.N. c. Suisse*, communication n° 90/1997, *ibid.*, cinquante-troisième session, Supplément n° 44 (A/53/44); *E.A. c. Suisse*, communication n° 28/1995, *ibid.*; *I.A.O. c. Suède*, communication n° 65/1997, *ibid.*; *K.N.C. c. Suisse*, communication n° 94/1997, *ibid.*; *P.Q.L. c. Canada*, communication n° 57/1996, *ibid.*; *X., Y. et Z. c. Suède*, communication n° 61/1996, *ibid.*; *X. c. Suisse*, communication n° 27/1995, *ibid.*, cinquante-deuxième session, Supplément n° 44 (A/52/44); *X. c. Suisse*, communication n° 38/1995, *ibid.*; *X. c. Pays-Bas*, communication n° 36/1995, *ibid.*, cinquante et unième session, Supplément n° 44 (A/51/44).

¹⁴⁴ La Chambre du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a fait un revirement de sa jurisprudence relative à la définition de la torture dans l'affaire *Kunarac, Kovac et Vukovic*: «Vu les instruments internationaux et la jurisprudence analysés jusqu'ici, la Chambre de première instance estime que la définition de la torture donnée dans la Convention sur la torture ne peut être retenue en droit international coutumier, lequel est contraignant quel que soit le contexte [...]. Par conséquent, la Chambre de première instance estime que la définition de la torture figurant à l'article premier de la Convention sur la torture peut uniquement lui servir de fil conducteur» (*Kunarac, Kovac et Vukovic*, n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 février 2001, par. 482; voir aussi par. 496).

¹⁴⁵ *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravo Mucić alias «Pavo», Hazim Delić et Esad Landžo alias «Zenga» (affaire Čelebići)*, n° IT-96-21-T, jugement du 16 novembre 1998, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Recueils judiciaires 1998*, vol. II, par. 446 et 454.

¹⁴⁶ *Furundžija* (voir *supra* la note 120), par. 155.

¹⁴⁷ *Ibid.*, par. 148.

93. Cette décision de la Chambre de première instance a été confirmée par la Chambre d'appel, qui «trouve inconcevable que l'on puisse même soutenir qu'une fois prouvés, les actes incriminés au paragraphe 25 de l'acte d'accusation modifié – à savoir le fait de frotter un couteau contre les cuisses et le ventre d'une femme tout en la menaçant d'introduire ce couteau dans son vagin – n'étaient pas suffisamment graves pour constituer des actes de torture¹⁴⁸».

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

Normalement, le maintien en vigueur ou l'adoption de lois internes contraires aux règles internationales n'engage la responsabilité de l'État en cause et, partant, n'ouvre un droit à la cessation et à la réparation (au sens large) que lorsque lesdites lois sont appliquées dans les faits. En revanche, s'agissant de la torture, le simple fait de maintenir en vigueur ou d'adopter une loi contraire à l'interdiction internationale de la torture engage la responsabilité internationale de l'État. L'abolition de la torture a une telle valeur qu'il est vital d'interdire toute loi nationale qui autorise ou tolère cette pratique ou, en tout cas, pourrait avoir cet effet¹⁴⁹.

95. Par ailleurs, dans le sillage de l'affaire *Delalić*, la chambre de première instance affirme:

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

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

153. Alors que la nature *erga omnes* dont il vient d'être question ressortit au domaine de la coercition internationale (au sens large), l'autre trait majeur du principe interdisant la torture touche à la hiérarchie des règles dans l'ordre normatif international. En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier «ordinaire». La conséquence la plus manifeste en est que les États ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative.

154. Clairement, la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale. En outre, cette interdiction doit avoir un effet de dissuasion en ce sens qu'elle rappelle à tous les membres de la communauté internationale et aux individus sur lesquels ils ont autorité qu'il s'agit là d'une valeur absolue que nul ne peut transgresser¹⁵⁰.

96. Cette position selon laquelle l'interdiction de la torture est une norme impérative a été suivie par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Aldsani c. Royaume-Uni*. La Cour relève que «selon plusieurs décisions de justice, l'interdiction de la torture a désormais valeur de norme impérative, c'est-à-dire de *jus*

¹⁴⁸ *Le Procureur c. Anto Furundžija*, n° IT-95-17/1-A, Chambre d'appel, arrêt du 21 juillet 2000, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 114.

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

¹⁵⁰ *Ibid.*, par. 151 à 154.

cogens»; elle déclare «sur la foi des précédents jurisprudentiels que l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international¹⁵¹».

97. Bien avant cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme avait eu l'occasion de se prononcer sur l'interdiction de l'expulsion d'un demandeur d'asile pour risque de torture dans l'affaire *Cruz Varas et autres c. Suède*. L'affaire portait sur l'expulsion de ressortissants chiliens vers leur pays d'origine, à l'époque où le général Pinochet était encore au pouvoir dans ce pays. Transposant littéralement les énoncés de l'arrêt *Soering* à la présente espèce, la Cour a admis que la décision d'expulser un requérant demandant l'asile pouvait engager la responsabilité de l'État expulsant au titre de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants lorsqu'il y a des «motifs sérieux et avérés» de croire que l'intéressé courra, dans le pays de destination, «un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants¹⁵²». En l'espèce, la Cour a considéré que l'expulsion du requérant vers son pays d'origine ne lui avait pas fait courir un risque réel de subir de tels traitements et que, dès lors, il n'y avait pas eu, de la part de la Suède, de manquement aux exigences de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

98. La Cour européenne des droits de l'homme a eu à confirmer cette jurisprudence dans l'affaire *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*. Était en cause la décision du Royaume-Uni de refouler cinq demandeurs d'asile sri-lankais vers leur pays. La Cour a rappelé que l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme interdit de refouler un réfugié qui risquerait réellement de subir des mauvais traitements dans son pays, tout en considérant cependant qu'en l'espèce les personnes refoulées ne courraient pas un tel risque. Appliquant ici un «standard national» plutôt qu'un «standard minimum» international, la Cour a estimé qu'il n'était pas établi que «la situation personnelle des intéressés fût pire que celle de la généralité des membres de la communauté tamoule ou des autres jeunes Tamouls de sexe masculin qui regagnaient leur pays¹⁵³». Certes, en raison de l'instabilité de la conjoncture, «ils se trouvaient devant un certain risque de détention ou de mauvais traitements, qui s'était apparemment déjà réalisé pour certains d'entre eux par le passé»; mais leur expulsion ne constituait pas une infraction à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

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

Primo: il doit y avoir des motifs sérieux et avérés de croire que la mesure d'expulsion fait courir à l'intéressé un risque réel de traitements contraires à l'article 3. *Secundo*: l'optique est subjective, ce qui compte étant que l'intéressé craint personnellement ce risque. *Tertio*: la situation objective dans l'État tiers a valeur d'indice, la pratique généralisée de mauvais traitements rendant plus vraisemblable également le risque pour l'intéressé. Vice-versa, si la situation de l'intéressé ne paraît pas

¹⁵¹ *Al-Aldsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, par. 60 et 61, CEDH 2001-XI.

¹⁵² *Cruz Varas et autres c. Suède*, arrêt du 20 mars 1991, CEDH, série A n° 201; arrêt publié dans la *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 3, n° 6 (1991), p. 209, par. 69 et suiv.

¹⁵³ *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 octobre 1991, par. 104 et suiv., en particulier par. 111, CEDH, série A n° 215; arrêt publié dans la *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 3, n° 12 (1991), p. 537.

se distinguer de celle de l'ensemble de la communauté dont il relève, sur le sol de l'État vers lequel l'expulsion doit avoir lieu, il y a là un argument contre un risque subjectif suffisant¹⁵⁴.

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

b. Traitements cruels, inhumains ou dégradants

i. Situation générale

101. Comme on l'a déjà indiqué, l'interdiction des «peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants» (formule de la Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 5) est consacrée avec quelques nuances de vocabulaire dans la formulation par les principaux instruments internationaux de protection des droits de l'homme.

102. Les instruments juridiques en question ne définissent pas les différentes catégories constitutives de cette partie de la norme prohibitive d'atteintes aux droits de la personne, et limitative du droit d'expulsion de l'État. La jurisprudence internationale y a suppléé, notamment à travers la direction du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Delalić (Čelebići)* déjà citée. La Chambre de première instance y définit le «traitement inhumain» comme suit:

[L]es traitements inhumains impliquent des actes ou des omissions qui causent de graves souffrances physiques ou morales ou portent gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale ou à la dignité humaine.

[...]

En résumé, la Chambre de première instance considère qu'un traitement inhumain est un acte ou une omission intentionnel, c'est-à-dire un acte qui, jugé objectivement, apparaît délibéré et non accidentel, et qui cause de graves souffrances mentales ou physiques ou constitue une atteinte grave à la dignité humaine¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Kolb, «La jurisprudence internationale en matière de torture...», p. 270. L'auteur rappelle que ce critère de «non-discrimination» a été critiqué par la doctrine; voir notamment Sudre, «Article 3», p. 174.

¹⁵⁵ Voir Kolb, «La jurisprudence internationale en matière de torture...», p. 273.

¹⁵⁶ *Furundžija* (voir *supra* la note 120), par. 148 à 150.

¹⁵⁷ *Ibid.*, par. 151 à 153.

¹⁵⁸ *Ibid.*, par. 153 à 157.

¹⁵⁹ *Le Procureur c. Zejnil Delalić...* (voir *supra* la note 145), par. 442 et 543; voir aussi *Le Procureur c. Tihomir Blaškić*, n° IT-95-14-T, jugement du 3 mars 2000, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Recueils judiciaires*, 2000, vol. 1, par. 154.

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

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

[L]e traitement cruel constitue un acte ou une omission intentionnel, c'est-à-dire un acte qui, objectivement, est délibéré et non accidentel, qui cause de grandes souffrances ou douleurs physiques ou mentales ou qui constitue une atteinte grave à la dignité humaine. À ce titre, il a la même signification et donc la même fonction résiduelle, aux fins de l'article 3 du Statut, que le traitement inhumain en tant qu'infraction grave aux Conventions de Genève. Dès lors, le crime de torture aux termes de l'article 3 commun aux Conventions de Genève est également inclus dans la notion de traitement cruel. Tout traitement qui ne remplit pas les conditions posées quant au but pour être qualifié de torture, en vertu de l'article 3 commun, est un traitement cruel¹⁶⁰.

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

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

pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc.¹⁶².

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

¹⁶⁰ *Le Procureur c. Zejnil Delalić...* (voir *supra* la note 145), par. 552.

¹⁶¹ *Le Procureur c. Zlatko Aleksovski*, n° IT-95-14/1-T, jugement du 25 juin 1999, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Recueils judiciaires*, 1999, par. 56; voir aussi *Blaškić* (voir *supra* la note 159), par. 681.

¹⁶² *Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, par. 162, série A n° 25; voir également, dans le contexte de l'extradition et de l'expulsion, *Soering c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 129), par. 100; *Cruz Varas et autres c. Suède* (voir *supra* la note 152), par. 83.

À cette question la Cour a répondu, dans son arrêt du 7 juillet 1989, que la Convention ne consacre pas en soi un droit à ne pas être extradé; néanmoins,

quand une décision porte atteinte, par ses conséquences, à l'exercice d'un droit garanti par la Convention, elle peut, s'il ne s'agit pas de répercussion trop lointaines, faire jouer les obligations d'un État contractant au titre de la disposition correspondante¹⁶³.

108. Comme on l'a déjà indiqué au paragraphe 76 du présent rapport, la doctrine qualifie ce mécanisme de «protection par ricochet¹⁶⁴», dont le principe trouverait son origine dans l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et dans l'engagement général des Parties contractantes à reconnaître les droits définis par la Convention à «toute personne relevant de leur juridiction¹⁶⁵».

109. On pourrait soutenir, comme l'a fait le Gouvernement défendeur dans l'affaire *Soering*, que l'État qui procède à l'expulsion ou à l'extradition ne pourrait être tenu pour responsable de la violation de la Convention, cette violation ne pouvant être opposable qu'à l'État destinataire où le mauvais traitement serait infligé. Tel n'était pas le point de vue de la Commission européenne des droits de l'homme, qui, dans son rapport, a reconnu que l'expulsion ou l'extradition peut, dans certains cas, engager la responsabilité de l'État partie à la Convention qui y procède si, par exemple, cette personne est à coup sûr soumise à la torture ou à un traitement inhumain, ou en est gravement menacée. La responsabilité de l'État partie, insistait le rapport de la Commission, «se fonderait sur le fait que la personne expulsée ou extradée se trouverait exposée dans un autre pays à un traitement inhumain ou dégradant¹⁶⁶». Cela dit, la Commission était fidèle à sa jurisprudence antérieure, qu'elle a du reste rappelée dans son rapport¹⁶⁷.

110. La jurisprudence *Soering* a été confirmée postérieurement dans d'autres arrêts de la Cour¹⁶⁸, dont l'un des plus récents a été rendu le 26 juillet 2005 dans l'affaire *N. c. Finlande* concernant l'expulsion d'un ex-membre des forces spéciales de Mobutu, ancien chef d'État du Zaïre, devenu République démocratique du Congo. La Cour a considéré que l'intéressé ayant participé «à diverses opérations visant à identifier les dissidents considérés comme une menace» pour Mobutu, «il y a des raisons de penser que le requérant se trouverait peut-être dans une situation pire que la plupart des autres anciens partisans de Mobutu»; de plus, en raison d'un éventuel

¹⁶³ *Soering c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 129), par. 85.

¹⁶⁴ Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, p. 84 et 304; voir aussi Sudre, «Extradition et peine de mort...», p. 108.

¹⁶⁵ Sudre, «Extradition et peine de mort...», p. 109.

¹⁶⁶ *Affaire Soering c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 129), requête n° 14038/88, rapport de la Commission du 19 janvier 1989, par. 96.

¹⁶⁷ Voir la décision du 3 mai 1983 dans l'affaire *Altun c. République fédérale d'Allemagne*, requête n° 10308/83, Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et rapports*, vol. 36, p. 209 à 235; décision du 12 mars 1984 dans l'affaire *Kirkwood c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 126), p. 158 à 224.

¹⁶⁸ Voir, par exemple, l'affaire *D. c. Royaume-Uni* (jugement du 2 mai 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III), dans laquelle la Cour a trouvé qu'il y avait un risque de traitement inhumain pour le requérant (et donc violation de l'article 3 de la Convention) si celui-ci était expulsé à Saint-Kitts-et-Nevis malgré son état de santé critique et le manque d'équipements médicaux appropriés sur l'île.

«désir de vengeance» chez les proches des dissidents victimes de ses activités, il existe «des motifs sérieux et avérés de croire que le requérant courrait un risque réel de subir des traitements interdits par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (interdiction des traitements inhumains) s'il était expulsé». La Cour a donc enjoint à la Finlande de ne pas expulser l'intéressé¹⁶⁹.

111. L'obligation ainsi affirmée repose sur les fondements axiologiques de la Convention européenne des droits de l'homme. Comme l'a écrit un ancien juge de la Cour européenne des droits de l'homme:

La prohibition absolue de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants dans la Convention européenne des droits de l'homme consacre des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. En conséquence, un État partie se conduirait de manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention s'il remettait consciemment un fugitif – pour odieux que puisse être le crime reproché – à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture [ou de mauvais traitement] menace l'intéressé¹⁷⁰.

Cette opinion épouse la conclusion à laquelle la Cour est parvenue dans l'affaire *Soering*, en décidant que, malgré l'absence de mention expresse dans le texte de l'article 3 de la Convention,

l'obligation implicite de ne pas extraditer s'étend au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'État de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par ledit article¹⁷¹.

112. La règle vaut pour l'expulsion¹⁷² et ce que l'expulsion ou l'extradition décidée soit exécutée ou pas. Comme l'a relevé un auteur,

à la suite de la Commission, la Cour en a décidé ainsi dans sa décision *Soering* du 7 juillet 1989 (par. 90). Après les arrêts *Soering* (décision d'extradition non réalisée vers les États-Unis), *Cruz Varas* du 20 mars 1991 (expulsion réalisée vers le Chili; [série] A n° 201, par. 70) et *Vilvarajah* du 30 octobre 1991 (refoulement de Tamouls vers le Sri Lanka; [série] A n° 215, par. 102-103) la solution du droit européen est parfaitement nette: dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une décision, les expulsions, extraditions ou refoulements, qu'ils soient effectifs ou virtuels, sont susceptibles de constituer des traitements inhumains ou dégradants¹⁷³.

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

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

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

En raison du caractère absolu du droit garanti, la Cour n'exclut pas que l'article 3 trouve aussi à s'appliquer lorsque le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique. Encore faut-il démontrer que le risque existe réellement et que les autorités de l'État de destination ne sont pas en mesure d'y obvier par une protection appropriée¹⁷⁶.

116. La jurisprudence européenne sur la prohibition de l'expulsion d'une personne vers un État où elle risque des mauvais traitements est suivie par les organes de contrôle des instruments universels des droits de l'homme. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a statué dans ce sens, comme on l'a vu, dans l'affaire *Mutombo c. Suisse*, où la Cour a considéré qu'il y avait «des motifs sérieux de croire que M. Mutombo serait en danger d'être soumis à la torture¹⁷⁷». S'agissant du risque de mauvais traitements en général, incluant donc la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, le Comité a eu à se prononcer à ce sujet dans l'affaire *Alzery c. Suède*¹⁷⁸.

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

118. La première question de fond à laquelle le Comité devait répondre était de savoir si l'expulsion du requérant

¹⁶⁹ *N. c. Finlande*, n° 38885/02, jugement du 26 juillet 2005 (en anglais seulement).

¹⁷⁰ Carrillo-Salcedo, «Article 1», p. 140.

¹⁷¹ *Soering c. Royaume-Uni* (voir *supra* la note 129), par. 88.

¹⁷² Voir Sudre, «Article 3», p. 163.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 173.

¹⁷⁴ *Vijayanathan et Pusparajah c. France*, n°s 17550/90 et 17825/91, rapport de la Commission, 5 septembre 1991, et arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, 27 août 1992, série A n° 241-B.

¹⁷⁵ Voir Abraham, «Article 25», p. 588.

¹⁷⁶ *H.L.R. c. France*, 29 avril 1997, par. 40, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III; voir également *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 9, n° 1 (1997), p. 60.

¹⁷⁷ Voir *supra* la note 136.

¹⁷⁸ *Alzery c. Suède*, communication n° 1416/2005, décision du 25 octobre 2006, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 44 (A/62/44)*, vol. II, annexe VII, sect. II; voir également *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 27, n°s 9 à 12 (2006), p. 391 et suiv.

¹⁷⁹ *Alzery c. Suède* (voir *supra* la note 178), par. 3.2.

de la Suède vers l'Égypte exposait l'intéressé à un risque réel de torture ou à d'autres mauvais traitements dans l'État de destination, constituant de ce fait une violation de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques:

11.4 Le Comité note que dans la présente affaire l'État partie a lui-même admis qu'il y avait un risque de mauvais traitements qui – si rien d'autre n'était fait – aurait constitué un empêchement à l'expulsion de l'auteur, comme l'imposent les obligations internationales souscrites par l'État partie [...]. C'est en fait sur la seule foi des assurances diplomatiques que l'État partie s'est convaincu que le risque de mauvais traitements prohibés était suffisamment réduit pour qu'il ne commette pas un manquement à la règle interdisant le refoulement.

11.5 Le Comité relève que les assurances données ne prévoyaient aucune modalité permettant de vérifier qu'elles étaient bien respectées. Aucune disposition n'avait été prise, en dehors de la lettre des assurances, pour garantir une application effective de l'accord. Les visites de l'Ambassadeur et du personnel de l'ambassade n'ont commencé que cinq semaines après le retour de l'auteur, c'est-à-dire que rigoureusement aucune surveillance n'a été assurée pendant la période où le risque de préjudice était maximal. De plus, la façon dont les visites se déroulaient n'était pas conforme, à bien des égards, à la bonne pratique internationale puisque les visiteurs n'ont jamais insisté pour rencontrer en privé le détenu et qu'aucun examen médical ou médico-légal approprié n'a été effectué, même après que des allégations sérieuses de mauvais traitements eurent été faites. À la lumière de ces éléments, l'État partie n'a pas montré que les assurances diplomatiques qui lui ont été données étaient en effet suffisantes dans le cas d'espèce pour supprimer le risque de mauvais traitements au point que les prescriptions de l'article 7 du Pacte puissent être satisfaites. L'expulsion de l'auteur a donc constitué une violation de l'article 7 du Pacte¹⁸⁰.

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

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

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

«Projet d'article 11. Obligation de protéger la personne en cours d'expulsion contre la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants

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

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

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

¹⁸⁰ Ibid., par. 11.4 et 11.5.

ii. Cas particulier des enfants

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

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

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

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

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

Et l'article 37 précise:

Les États Parties veillent à ce que:

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

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

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

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

122. Sur le plan de la jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme donne une portée étendue à la protection offerte par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme: d'une part, cette protection revêt, comme l'a rappelé la chambre du conseil du tribunal de première instance de Bruxelles dans l'affaire *Cajamarca Arizaga et sa fille Loja Cajamara c. Belgique*, «un caractère absolu, qui ne ménage aucune exception, même tenant à l'attitude éventuellement critiquable de l'étranger

qui l'invoque»; d'autre part, elle s'étend à toute personne humaine, qu'elle soit un adulte ou un enfant. Dans cette affaire, les requérantes arguaient, sur le plan des faits, que cette dernière, âgée de 11 ans, avait subi un traumatisme important en raison de son arrestation et de son enfermement. Elles ont invoqué «des atteintes graves» à la Convention européenne des droits de l'homme et à la Convention relative aux droits de l'enfant. En effet, les requérantes ont été amenées à l'aéroport et détenues au centre INAD. M^{me} Cajamarca Arizaga a déclaré avoir été menottée et séparée de sa fille, Angelica, ce qui a aggravé le traumatisme psychologique de cette dernière. Son conseil et un médecin se sont vu catégoriquement refuser l'accès aux requérantes par la police de Zaventem en dépit de l'autorisation de l'Office des étrangers.

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

124. À cet égard, dans l'arrêt *Mubilanzila Mayeke et Kaniki Mitunga c. Belgique*, sur lequel s'est appuyé le tribunal belge précité, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Belgique pour traitement inhumain et dégradant pour avoir détenu au centre n° 127, pendant deux mois, un enfant de 5 ans. La Cour a également considéré que la détention d'un enfant dans les mêmes conditions que celles des adultes, dans un centre fermé, initialement conçu pour des adultes, et donc non adapté aux besoins de son âge, est constitutive d'un traitement inhumain et dégradant, contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a souligné l'extrême vulnérabilité des enfants et relevé qu'il appartient à l'État belge de les protéger et de les prendre en charge par des mesures adéquates au titre de ses obligations positives découlant de l'article 3 précité¹⁸¹. Elle a précisé que cette vulnérabilité des enfants «doit primer sur leur situation administrative¹⁸²». La Cour argumente:

Eu égard à la prohibition absolue conférée par l'article 3 de la Convention, il convient [...] de garder à l'esprit que c'est cet élément [la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant] qui est déterminant, et que celui-ci prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal¹⁸³.

125. La chambre du conseil du tribunal de première instance de Bruxelles en dégage l'énoncé suivant: «Les enfants doivent être considérés, traités et protégés comme tels, quelle que soit la qualité de leur séjour¹⁸⁴.» C'est la

quintessence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point, laquelle jurisprudence enrichit la portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, en même temps qu'elle explicite indirectement les dispositions de l'article 37 précité de la Convention relative aux droits de l'enfant.

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

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

«Projet d'article 12. Cas spécifique de protection de l'enfant en cours d'expulsion

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

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

«3. Aux fins du présent article, l'enfant s'entend au sens de l'article premier de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.»

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

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

1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille [...].

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

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

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

¹⁸² Formule de la chambre du conseil du tribunal de première instance de Bruxelles.

¹⁸³ *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* (voir *supra* la note 43), par. 55.

¹⁸⁴ Voir *supra* la note 181.

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

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

La séparation d'une personne d'avec sa famille par le biais d'une expulsion pourrait être considérée comme une immixtion arbitraire dans la famille et comme une violation de l'article 17 si, dans les circonstances de la cause, les effets de la séparation sur l'auteur étaient disproportionnés par rapport aux objectifs visés¹⁸⁵.

132. Il se dégage ainsi, par déduction ou raisonnement *a contrario*, un critère de proportionnalité des intérêts de l'État expulsant – qui sont, en matière d'expulsion, l'ordre public et la sécurité – et des intérêts de la famille, en l'occurrence la nécessité de préserver la vie familiale de la personne qui encourt une expulsion. C'est bien ce qui ressort plus clairement de la position adoptée dans une affaire précédente, *Stewart c. Canada*, où le Comité a considéré que

l'immixtion dans les relations familiales de M. Stewart qui résultera inévitablement de son expulsion ne peut être considérée ni comme illégale ni comme arbitraire, dès lors que l'arrêté d'expulsion a été pris en vertu de la loi et conformément à l'intérêt légitime de l'État, et que toute l'attention voulue a été portée au cours de la procédure aux liens familiaux de l'intéressé¹⁸⁶.

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

[I]l s'agit d'un domaine dans lequel [les États contractants] jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention¹⁸⁷,

¹⁸⁵ *Giosue Canepa c. Canada*, communication n° 558/1993, constatations adoptées le 3 avril 1997, Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 40 (A/52/40)*, vol. II, annexe VI, sect. K, par. 11.4.

¹⁸⁶ *Charles E. Stewart c. Canada*, communication n° 538/1993, constatations adoptées le 1^{er} novembre 1996, *ibid.*, sect. G, par. 12.10.

¹⁸⁷ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, CEDH, série A n° 94, par. 67.

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

déterminer si l'expulsion litigieuse a[vait] respecté un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir, d'une part, le droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale, et, d'autre part, la protection de l'ordre public et la prévention des infractions pénales¹⁸⁸.

134. L'intérêt de l'État expulsant relativement à la préservation de l'ordre public et de la sécurité semble ainsi constituer l'aune à laquelle la jurisprudence apprécie s'il y a eu atteinte ou non à la vie privée ou familiale. Suivant ce critère, la Cour a considéré dans les affaires *Moustaquim*¹⁸⁹, *Beldjoudi*¹⁹⁰ et *Nasri*¹⁹¹ qu'indépendamment du crime pour lequel l'individu était mis en accusation l'expulsion était illégale en ce qu'elle portait atteinte à la vie privée et familiale. Elle avait déjà statué dans le même sens en l'affaire *Berrehab*. Dans cette affaire, la question était de savoir si la décision de rapatrier un père au Maroc, malgré son droit de visite à sa fille de 14 ans dont la garde avait été confiée à son ex-femme néerlandaise, constituait une violation de son droit au respect de la vie familiale. Considérant les difficultés pour le requérant de se rendre du Maroc aux Pays-Bas pour exercer son droit de visite, la Cour en conclut que la mesure d'expulsion empêchait, en pratique, l'exercice de ce droit et qu'il y avait donc violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹².

135. En revanche, dans les affaires *Boughanemi*¹⁹³, *C. c. Belgique*¹⁹⁴, *Bouchelkia*¹⁹⁵ et *Boujlifa*, la Cour, en faisant le test de proportionnalité entre intérêts de la famille et intérêts de l'État expulsant en matière d'ordre public et de sécurité, semble avoir donné un poids décisif aux crimes commis par les requérants dans l'appréciation de la décision d'expulsion. Dans l'affaire *Boujlifa*, qui est particulièrement instructive sur la tendance forte de la jurisprudence de la Cour, le requérant était un Marocain vivant et éduqué en France depuis l'âge de 5 ans, de même qu'y vivaient ses parents ainsi que ses huit frères et sœurs. Il avait été condamné pour vol et vol à main armée, et les autorités françaises avaient décidé de l'expulser vers le Maroc. En dépit de sa longue résidence en France et du fait que s'y trouvait toute sa famille, la Cour européenne des droits de l'homme considéra que: «les impératifs de l'ordre public l'emportent, en l'espèce, sur les considérations de caractère personnel ayant motivé la requête¹⁹⁶». Autrement dit, toute atteinte au respect de la vie privée et

¹⁸⁸ *C. c. Belgique*, arrêt du 7 août 1996, p. 924, par. 32, CEDH, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III.

¹⁸⁹ *Moustaquim c. Belgique*, arrêt du 18 février 1991, par. 41 à 46, CEDH, série A n° 193.

¹⁹⁰ *Beldjoudi c. France*, arrêt du 26 mars 1992, par. 71 à 80, CEDH, série A n° 234-A.

¹⁹¹ *Nasri c. France*, arrêt du 13 juillet 1995, par. 34 à 46, CEDH, série A n° 320 B.

¹⁹² *Berrehab c. Pays-Bas*, arrêt du 21 juin 1988, par. 29, CEDH, série A n° 138; voir également les remarques de Carlo Russo, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme, «Article 8 §1», p. 318.

¹⁹³ *Boughanemi c. France*, arrêt du 24 avril 1996, par. 44, CEDH, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II.

¹⁹⁴ *C. c. Belgique* (voir *supra* la note 188), p. 924 et 925, par. 35.

¹⁹⁵ *Bouchelkia c. France*, arrêt du 29 janvier 1997, p. 63, par. 41, CEDH, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I.

¹⁹⁶ *Boujlifa c. France*, arrêt du 21 octobre 1997, p. 2264 et 2265, par. 44, CEDH, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI.

familiale d'un individu, et en l'occurrence d'une personne en cours d'expulsion, doit être proportionnée aux objectifs poursuivis par l'État expulsant¹⁹⁷.

136. La Cour est allée bien plus loin dans l'affaire *Boughanemi* en ne considérant pas l'expulsion du requérant comme contraire à l'article 8 de la Convention européenne, motif pris de ce que M. Boughanemi avait conservé sa nationalité tunisienne et n'avait apparemment jamais cherché à devenir français; qu'il aurait maintenu des liens avec la Tunisie au-delà du simple fait de sa nationalité, comme le faisait valoir le Gouvernement de l'État expulsant; que devant la Commission européenne des droits de l'homme il n'avait pas fait valoir qu'il ne savait pas parler arabe ou qu'il avait coupé tout lien avec son pays de naissance, ou qu'il n'y était pas retourné¹⁹⁸.

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

138. Jusqu'à l'arrêt *Ezzouhdi* (2001), sur lequel on reviendra, de nombreux commentaires distinguaient deux périodes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relativement à cette matière. Une première période a été inaugurée par l'arrêt *Moustaquim c. Belgique*¹⁹⁹, qui fut le premier à considérer l'expulsion d'un étranger comme une violation de l'article 8. Il fut suivi par les arrêts *Beldjoudi c. France*²⁰⁰ et *Nasri c. France*²⁰¹ allant dans le même sens. La Cour fut alors considérée comme particulièrement bienveillante en ce qui concernait les immigrés de deuxième génération, lesquels bénéficiaient ainsi de sa protection contre l'expulsion.

139. Une seconde période de cette évolution jurisprudentielle aurait débuté en 1996 avec l'arrêt *Boughanemi c. France* précité qui exclut toute violation de l'article 8 pour cause d'expulsion. Il sera suivi des arrêts ou décisions sur la recevabilité dans les affaires *C. c. Belgique*²⁰²,

*Bouchelkia*²⁰³, *El Boujaïdi*²⁰⁴, *Boujlifa*²⁰⁵, *Dalia*²⁰⁶, *Benrachid*²⁰⁷, *Baghli*²⁰⁸, *Farah*²⁰⁹, *A. c. Norvège*²¹⁰, tous allant dans le même sens. On en a déduit un durcissement de la Cour. Or c'est oublier que, dans le cours de cette tendance jurisprudentielle, la Cour avait retenu dans l'arrêt *Mehemi c. France*, du 26 septembre 1997 (*Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI), une violation de l'article 8 sur une requête présentée par un étranger né en France, marié et père de trois enfants, condamné à six ans de prison et à une interdiction définitive du territoire pour trafic de haschich. Sans doute la Cour a-t-elle fait en l'espèce une distinction entre le cannabis et le haschich, d'une part, et l'héroïne, d'autre part, substance qui était en cause dans les affaires *El Boujaïdi*, *Dalia*, *Baghli*, *Farah* et *A. c. Norvège* précitées.

140. L'arrêt rendu le 13 février 2001 dans l'affaire *Ezzouhdi c. France*²¹¹ a permis à la Cour de compléter sa jurisprudence sur cette question de l'expulsion en rapport avec le respect du droit à la vie privée et familiale tout en montrant la cohérence d'une jurisprudence que l'on croyait faite de ruptures alors qu'elle est simplement tout en nuances²¹². M. Ezzouhdi est un Marocain, né en 1970, qui vit en France depuis l'âge de 5 ans. Il y a effectué sa scolarité jusqu'à l'âge de 16 ans avant de quitter le collège. Son père est décédé en 1995, mais sa mère ainsi que ses deux sœurs vivent en France. Entre 1993 et 1997, il a fait l'objet de trois condamnations pénales, dont l'une pour détention, acquisition et usage de stupéfiants, plus précisément de cannabis. En 1997, il a été condamné par le tribunal correctionnel de Bourg-en-Bresse à dix-huit mois de prison et à une interdiction définitive du territoire français pour acquisition et consommation d'héroïne, de cocaïne et de haschich. La Cour d'appel confirme l'interdiction du territoire et aggrave la peine privative de liberté, qu'elle porte à deux ans. M. Ezzouhdi fait un pourvoi en cassation, mais celui-ci ne prospère pas. Il saisit alors la Cour européenne des droits de l'homme au motif de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme par la France.

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

142. En ce qui concerne le paragraphe 1, la question était de savoir si le requérant pouvait se prévaloir en France d'une vie privée et familiale à laquelle il aurait été porté atteinte par la mesure d'interdiction. La Cour

¹⁹⁷ Un juge du tribunal de première instance de Bruxelles, désigné pour remplacer le Président, s'est montré rigoureusement fidèle à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à ce sujet, en soulignant dans son ordonnance du 30 juillet 2007 en l'affaire *Cajamarca Arizaga et sa fille Loja Cajamarca c. Belgique*: «Que toute atteinte en droit au respect de la vie privée et familiale d'un individu doit, notamment, être nécessaire dans une société démocratique, à savoir, être proportionnée aux objectifs poursuivis, conformément à l'article 8 de la CEDH» (R.R. n° 07/5726/B Req. *Cajamarca Arizaga Ana*).

¹⁹⁸ *Boughanemi c. France* (voir *supra* la note 194). Voir aussi les décisions du Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans l'affaire *Ngoc Si Truong c. Canada*, communication n° 743/1997, CCPR/C/77/D/743/1997; et dans l'affaire *Benjamin Ngambi et Marie-Louise Nébol c. France*, communication n° 1179/2003, CCPR/C/81/D/1179/2003, où l'on ne pouvait parler d'atteinte à la vie familiale, pour défaut de famille en l'occurrence, le requérant ayant fait valoir un faux acte de mariage, le regroupement familial demandé ne pouvait donc avoir lieu.

¹⁹⁹ Voir *supra* la note 189.

²⁰⁰ Voir *supra* la note 190.

²⁰¹ Voir *supra* la note 191.

²⁰² Voir *supra* la note 188.

²⁰³ Voir *supra* la note 195.

²⁰⁴ *El Boujaïdi c. France*, arrêt du 26 septembre 1997, CEDH, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI.

²⁰⁵ Voir *supra* la note 196.

²⁰⁶ *Dalia c. France*, arrêt du 19 février 1998 CEDH, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I.

²⁰⁷ *Benrachid c. France* (déc.), 8 décembre 1998, n° 39518/98, CEDH 1999-II.

²⁰⁸ *Baghli c. France*, arrêt du 30 novembre 1999, n° 34374/97, CEDH 1999-VIII.

²⁰⁹ *Farah c. Suède*, arrêt du 24 août 1999, n° 43218/98.

²¹⁰ *A. c. Norvège*, arrêt du 21 mars 2000.

²¹¹ *Ezzouhdi c. France*, n° 47160/99, arrêt du 13 février 2001.

²¹² Sur cet arrêt, voir notamment les observations de Jarreau, «L'éloignement des étrangers: interdiction définitive du territoire français...».

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

doit être entendu au sens large, pour inclure toutes les personnes qui composent une famille dans la société concernée. L'absence de lien officiel de mariage, en particulier dans les sociétés où existent les mariages coutumiers ou les mariages de *common law*, ne compromet pas forcément le droit à la protection de la famille. De même, la séparation géographique, l'infidélité ou l'absence de relations conjugales ne remettent pas automatiquement en cause le droit à la protection de la vie familiale. Toutefois, il faut qu'il y ait un lien familial à protéger²¹³.

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

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

144. La Cour se livre ensuite à un contrôle de proportionnalité consistant à vérifier si la mesure d'expulsion a respecté un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir, d'une part, le droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale et, d'autre part, la protection de l'ordre public, la prévention des infractions pénales et la protection de la santé. Selon la Cour, un élément essentiel pour l'évaluation de cette proportionnalité est la gravité des infractions commises par le requérant. En l'espèce, elle minimise la portée des infractions reprochées à M. Ezzouhdi, relevant que celui-ci a été condamné pour des faits d'usage et de consommation de drogues et non pour leur cession à titre onéreux. Pour elle, ces faits ne constituent pas une menace grave à l'ordre public, malgré le constat de l'état de récidive. La Cour en conclut qu'il n'y a pas proportionnalité entre les infractions commises par le requérant et l'atteinte à sa vie privée et familiale du fait de la mesure d'expulsion, trouvant en ultime considération que «le caractère définitif de l'interdiction apparaît comme particulièrement rigoureux».

145. L'arrêt *Ezzouhdi* renouait ainsi, quelque trois ans après l'arrêt *Mehemi* précité, le fil de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme retenant la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une mesure d'expulsion. Pour autant, il n'est pas sûr que cet arrêt marque vraiment une évolution, et encore moins une rupture de

la jurisprudence de la Cour en faveur des requérants. Il s'agirait dans le fond «d'une décision cohérente avec les précédentes, en sens contraire certes, mais uniquement parce que les faits de l'espèce l'exigeaient²¹⁴». Ce que la Cour exige dans tous les cas – et sans faire de différence entre famille «légitime» et famille «naturelle» –, c'est que, quelle que soit l'étendue des liens, la «vie familiale» en résultant soit préexistante et effective, et caractérisée par des relations réelles et suffisamment étroites parmi ses membres²¹⁵: ces relations peuvent prendre la forme de vie en commun, de dépendance financière (par exemple dans le cas des enfants mineurs²¹⁶), d'un droit de visite exercé régulièrement²¹⁷, ou encore de relations continues entre un père et ses enfants illégitimes²¹⁸.

146. S'agissant du paragraphe 2 de l'article 8, la doctrine²¹⁹ et certains juges de la Cour dans leurs opinions dissidentes s'interrogeaient sur la place du droit au respect de la vie privée par rapport à celle du droit à la vie familiale. C'est dans l'arrêt rendu le 21 octobre 1997 dans l'affaire *Boujlifa* déjà citée que la Cour s'est penchée spécifiquement sur le droit à la vie privée bien qu'il en soit sorti peu pour le requérant. La question demeure donc: y a-t-il une fusion de la vie privée et de la vie familiale? celle-ci n'est-elle qu'une composante de celle-là? L'arrêt *Ezzouhdi* a confirmé sur ce point la formulation de l'arrêt *Baghli* précité, sans véritablement trancher la question. Pourtant, il est indéniable que la vie privée et la vie familiale ne coïncident pas toujours, un célibataire par exemple pouvant avoir une vie privée distincte de sa vie familiale, laquelle existe malgré le célibat, comme l'a montré l'affaire *Ezzouhdi*. Aussi conviendrait-il qu'un point équivalent soit donné à ces deux composantes des droits prévus à l'article 8, paragraphe 1, dans le contrôle de proportionnalité en matière d'expulsion.

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

²¹⁴ Jarreau, «L'éloignement des étrangers: interdiction définitive du territoire français...», p. 148.

²¹⁵ Voir Russo, «Article 8 §1», p. 316.

²¹⁶ *Alam et Khan c. Royaume-Uni*, requête n° 2991/66, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, n° 2 (1968), p. 789; *Singh Uppal c. Royaume-Uni*, requête n° 8244/78, *Décisions et rapports*, vol. 17, p. 149, et *ibid.*, vol. 20, p. 29.

²¹⁷ *Berrehab et Koster c. Pays-Bas*, requête n° 10730/84, décision du 8 mars 1985, *Décisions et rapports*, vol. 41, p. 196.

²¹⁸ *X. v. the Federal Republic of Germany*, *Décisions et rapports*, vol. 27, p. 77 à 96; *X. c. Suisse*, requête n° 8924/80, *Décisions et rapports*, vol. 24; *X et Y c. Suisse*, requêtes n°s 7289/75 et 7349/76, *Décisions et rapports*, vol. 9, p. 57.

²¹⁹ Voir, par exemple, Van Muylder, «Le droit au respect de la vie privée des étrangers», p. 797.

²¹³ *Benjamin Ngambi et Marie-Louise Nébol c. France* (voir *supra* la note 198), par. 6.4.

«**Projet d'article 13. Obligation de respecter le droit à la vie privée et à la vie familiale**

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

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

v) *La non-discrimination*

148. À la différence des règles exposées précédemment, la non-discrimination «n'a pas son origine dans le noyau primaire des droits de l'homme²²⁰». Présent dans divers domaines du droit international, ce «principe» diffère dans ses éléments constitutifs et ses modes d'application suivant qu'il s'applique aux rapports entre États, à ceux des États avec les personnes privées, ou à ceux de celles-ci entre elles. Les rapports entre États et personnes privées correspondent à la situation qui prévaut en cas d'expulsion. Dans ce type de rapport, le principe de non-discrimination est apparu d'abord dans les traités de paix sous la forme de normes destinées à la protection des minorités et des populations et territoires sous mandat. À ce sujet, la Cour permanente de justice internationale précisait, dans son avis consultatif concernant les *Colons d'origine allemande en Pologne*, qu'«il faut qu'il y ait égalité de fait et non seulement égalité formelle en droit en ce sens que les termes de la loi évitent d'établir un traitement différentiel²²¹». Elle clarifiera encore sa position dans l'arrêt rendu en l'affaire des *Écoles minoritaires en Albanie* en ajoutant que «l'égalité en droit exclut toute discrimination; l'égalité en fait peut, en revanche, rendre nécessaires des traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes²²²».

149. Dans le domaine des droits de l'homme et des libertés publiques, la règle de non-discrimination apparaît comme un corollaire du principe général de l'égalité en droit entre les personnes²²³, sachant cependant que les deux notions seraient distinctes²²⁴. La règle de la non-discrimination est ainsi consacrée, sous des formulations variables, dans divers instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Ainsi, l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose:

Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination.

²²⁰ Roucouas, «Facteurs privés et droit international public», p. 159.

²²¹ *Colons d'origine allemande en Pologne*, avis consultatif du 10 septembre 1923, C.P.J.I. série B n° 6, p. 24.

²²² *Écoles minoritaires en Albanie*, avis consultatif du 6 avril 1935, C.P.J.I. série A/B, p. 19.

²²³ Voir Vegléris, «Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme», p. 565; McKean, *Equality and Discrimination Under International Law*; Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law*; ainsi que Roucouas, «Facteurs privés et droit international public», p. 160 et 161.

²²⁴ Voir McRae, «The contribution of international trade law...», p. 166; T. Opsahl, *Law and Equality...*, p. 171 et suiv.

L'article 2, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose pour sa part que les États parties au Pacte

s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

L'article 2, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant est de la même inspiration, cependant que le paragraphe 2 du même article stipule que les États parties

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

S'agissant de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes²²⁵, elle dispose en son article 2 que les États Parties «condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes» et s'engagent à prendre toutes sortes de mesures pour interdire, éliminer ou sanctionner une telle discrimination. Elle définit en son article 1^{er} l'expression «discrimination à l'égard des femmes» comme

toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine.

Les autres instruments juridiques internationaux tendant à protéger des catégories de populations données de la discrimination sont conçus dans le même esprit: ils visent à prémunir des actes ou comportements qui ont soit pour but, soit pour résultat la discrimination. Il en est ainsi de la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction²²⁶, et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale²²⁷.

150. La règle de non-discrimination figure également dans les principaux instruments régionaux de protection des droits de l'homme. Ainsi de la Convention européenne des droits de l'homme dont l'article 14 consacre l'idée sans employer le mot; le Protocole n° 12 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales élargit le champ d'application de cet article 14. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans une formulation différente de celles de la Convention européenne et du Protocole n° 12, qui consacrent le droit à la jouissance des droits et libertés énumérés, sans discrimination, met d'emblée l'accent sur l'idée de prohibition de la discrimination. Aux termes de son article 21, paragraphe 1,

²²⁵ Entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

²²⁶ Article 2. Proclamée par l'Assemblée générale le 25 novembre 1981 (résolution 36/55).

²²⁷ Article 2. Entrée en vigueur le 4 janvier 1969. Sur cette convention et la règle de la non-discrimination, voir notamment Decaux (dir. publ.), *Le droit face au racisme*, et S. Fredman (dir. publ.), *Discrimination and Human Rights...*

[e]st interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

On relèvera que s'agissant de l'orientation sexuelle, l'état du droit dans les pays occidentaux est loin de refléter la situation générale²²⁸. Enfin, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adopte sur la non-discrimination une approche originale dont le référentiel paraît plus axiologique que juridique. L'article 28 de cette Charte dispose en effet que

[c]haque individu a le devoir de respecter et de considérer ses semblables sans discrimination aucune, et d'entretenir avec eux des relations qui permettent de promouvoir, de sauvegarder et de renforcer le respect et la tolérance réciproques.

Cette disposition est la seule, de toutes celles recensées précédemment, qui indique clairement et de manière positive le comportement à adopter pour assurer la non-discrimination. En cela elle est intéressante en matière de droits à préserver s'agissant d'expulsion des étrangers.

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

152. Ainsi, dans l'affaire dite des *Femmes mauriciennes*, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a considéré illégale l'expulsion au motif pris que la législation introduisait une discrimination fondée sur le sexe en protégeant contre l'expulsion les femmes de nationalité mauricienne, mais pas les maris de la même

²²⁸ On note une abondante jurisprudence européenne et des juridictions nord-américaines, en particulier aux États-Unis (voir à ce sujet, Silvers, «The exclusion and expulsion of homosexual aliens», p. 295 à 332). Parallèlement, on observe, d'une part, le maintien de la pénalisation de l'homosexualité dans de nombreux pays en Afrique, dans le monde arabe et en Asie, où cette pénalisation existe déjà, et même l'introduction de cette pénalisation dans certains pays où elle n'existait pas, à l'instar du Burundi, qui a voté une loi en ce sens en mars 2009.

nationalité²²⁹. On peut penser que la non-discrimination entre étrangers en matière d'expulsion trouvera un fondement juridique pertinent dans les différents instruments internationaux cités précédemment, qui consacrent cette règle comme un des éléments de la protection offerte aux catégories spécifiques des personnes qu'elles visent.

153. La Cour européenne des droits de l'homme a suivi la position du Comité des droits de l'homme dans l'affaire des *Femmes mauriciennes* précitée, dans son arrêt rendu le 28 mai 1985 en l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandi*²³⁰. En effet, elle a constaté, à l'unanimité, que chacune des requérantes avait subi une discrimination fondée sur le sexe contraire à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme: contrairement aux hommes immigrés installés au Royaume-Uni, les requérantes n'avaient pas le droit, dans la même situation, d'obtenir pour leurs conjoints non nationaux l'autorisation d'entrer ou de rester dans le pays à demeure. Après avoir relevé que «la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe», la Cour a estimé que «seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe²³¹». Elle a souligné par ailleurs que l'article 14 cherche à «empêcher la discrimination dans la jouissance des droits garantis par la Convention là où il existe diverses manières de se conformer aux obligations découlant de celle-ci²³²». En revanche, elle a estimé que, dans la présente espèce, le fait que les règles applicables frappaient «moins de blancs que d'autres gens» ne constituait pas un motif suffisant pour qu'on leur attribue un caractère raciste puisqu'il n'y avait aucune «clause qui distinguât entre des individus ou des groupes sur la base de leur race ou de leur origine ethnique²³³».

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

a) que la règle de non-discrimination est largement établie en droit écrit des droits de l'homme, et que c'est le propre même desdits droits d'être appliqués, sans discrimination, aux catégories de personnes concernées;

b) qu'elle est consacrée, en matière d'expulsion, par la jurisprudence des organes de contrôle de l'application des instruments relatifs aux droits de l'homme, bien que cette jurisprudence repose encore sur un nombre d'affaires très limité;

c) que l'interdiction de la discrimination en matière de droits de l'homme en général, et d'expulsion en particulier, «n'a pas d'existence indépendante²³⁴» en ce sens qu'elle n'a de signification que pour autant qu'elle se pratique dans un droit ou une liberté énoncé(e);

²²⁹ Position adoptée le 9 avril 1981, communication n° R 9/35, reproduite partiellement dans *Human Rights Law Journal*, vol. 2 (1981) p. 139, par. 9.2.

²³⁰ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume Uni*, arrêt du 28 mai 1985, CEDH, série A n° 94; arrêt rappelé en ses passages pertinents par Bossuyt, «Article 14», p. 482 et 483.

²³¹ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume Uni* (voir *supra* la note 230), par. 78.

²³² *Ibid.*, par. 82.

²³³ *Ibid.*, par. 85.

²³⁴ Bossuyt, «Article 14», p. 478.

d) que les instruments juridiques et la jurisprudence examinés n'entendent pas énumérer de façon exhaustive les différents éléments pouvant servir de fondement à la discrimination.

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

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

«Projet d'article 14. Obligation de non-discrimination

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

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