

0.101

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Conclue à Rome le 4 novembre 1950

Approuvée par l'Assemblée fédérale le 3 octobre 1974

Instrument de ratification déposé par la Suisse le 28 novembre 1974

Entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974

(Etat le 23 février 2012)

Les Gouvernements signataires, membres du Conseil de l'Europe,

considérant la Déclaration Universelle des Droits de l'homme, proclamée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 décembre 1948,

considérant que cette Déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés,

considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses Membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des Droits de l'homme et des libertés fondamentales,

réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des Droits de l'homme dont ils se réclament,

résolus, en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains droits énoncés dans la Déclaration Universelle,

sont convenus de ce qui suit :

Art. 3

Interdiction de la torture Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Table des matières

1. Travaux législatifs et projets en cours.....	2
2. Analyse	3
2.1 La Convention et les migrations.....	3
2.2 Article 3 CEDH en général.....	4
2.3 Applicabilité de l'article 3 CEDH aux mesures d'éloignement	5
2.3.1 Principe.....	5
2.3.2 Conditions formelles.....	6
2.3.3 Mesures provisoires.....	7
2.3.4 Conditions matérielles	8
2.3.5 Preuve.....	11
2.3.6 Cas particulier de l'état de santé.....	12
3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions	13

Bibliographie spécifique

CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éd.), *Le principe de non-refoulement*, Berne 2010 ; ANNE FORNEROD, *L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'éloignement forcé des étrangers : illustrations récentes*, in : *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (ci-après : RTDH), 2010, Vol. 21, no 82, pp. 315 à 339 ; SYMÉON KARAGIANIS, *Expulsion d'étrangers et Convention européenne des droits de l'homme : le risque de mauvais traitements dans l'Etat de destination*, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 2010, Vol. 3, pp. 57 à 115 ; RALPH ALEXANDER LORZ/HEIKO SAUER, *Wann genau steht Art. 3 EMRK einer Auslieferung oder Ausweisung entgegen ? Eine Systematisierung der Rechtsprechung des EGMR zu den Beweisanforderungen*, in : *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2010, Vol. 37, no 14 à 17, pp. 389 à 407 ; FRÉDÉRIC SUDRE, *Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in : HUGUES FULCHIRON (dir.), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : actes des journées de travail organisées à Lyon le vendredi 14 et le samedi 15 novembre 1997*, Paris 1999, pp. 61 à 82.

1. Travaux législatifs et projets en cours

– Message du 4 mars 1974 concernant la CEDH, FF 1974 I 1020 ss

2. Analyse

2.1 La Convention et les migrations

1. Tout jugement de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : CourEDH ou la Cour) en lien avec la migration commence par rappeler que la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH ou Convention) ne régit pas cette matière et que « les Etats contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités internationaux y compris de la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux ». ¹ La Convention ne garantit par ailleurs aucun droit à l'asile politique. ² Les étrangers étant ignorés par la Convention, l'application des dispositions de la Convention à des questions d'entrée, de séjour et d'éloignement relève d'une construction prétorienne plus ou moins protectrice de « l'étranger ». On parle à cet égard de protection « par ricochet » : la Convention s'applique aux mesures d'expulsion, d'extradition ou de refus d'entrer sur le territoire lorsque ces mesures sont susceptibles, de par leurs effets, de porter atteinte à l'un des droits garantis par la Convention.

2. L'application de l'art. 3 CEDH dans les affaires d'expulsion et d'extradition relève de cette logique et reste exceptionnelle. L'art. 3 CEDH peut par contre naturellement trouver à s'appliquer de manière directe et beaucoup plus classique pour contester notamment les conditions de détention dans les centres d'accueil des demandeurs d'asile ³ ou les conditions de détention en vue de l'expulsion, en particulier celles des mineurs. ⁴ La question de la migration est toutefois dans cette hypothèse accessoire, les Etats parties étant tenus de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis par la Convention (art. 1 CEDH).

¹ Arrêt de la CourEDH *Abdulaziz Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, requêtes nos 9214/80, 9473/81, 9474/81, par. 67.

² Arrêt de la CourEDH *Saadi c. Italie* du 28 février 2008, requête no 37201/06, par. 124 et les références.

³ Arrêt de la CourEDH *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011, requête no 30696/09, par. 216 à 222. Sur cet arrêt : MARC BOSSUYT, Belgium condemned for inhuman or degrading treatment due to violations by Greece of EU asylum law, in : *European human rights law review*, 2011, pp. 582 à 597 ; arrêt de la CourEDH *S.D. c. Grèce* du 11 juin 2009, requête no 53541/07, par. 49 à 54.

⁴ Arrêts de la CourEDH *Popov c. France* du 19 janvier 2012, requêtes nos 39472/07 et 39474/07 ; *Kanagaratnam c. Belgique* du 13 décembre 2011, requête no 15297/09 ; *Rahimi c. Grèce* du 5 avril 2011, requête no 8687/08 ; *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique* du 19 janvier 2010, requête no 41442/07, par. 55 à 63 ; *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* du 12 octobre 2006, requête no 13178/03, par. 42 à 63 ; *Dougoz c. Grèce* du 6 mars 2001, requête no 40907/98, par. 45 à 49.

2.2 Article 3 CEDH en général

3. L'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques, ⁵ est absolue et diffère en cela de la majorité des clauses de la Convention. Le caractère particulier de l'art. 3 CEDH est reconnu par le Tribunal fédéral qui considère que cette disposition fait partie des règles impératives du droit international. ⁶

4. Les notions de torture ou des traitements inhumains et dégradants ne peuvent être capturées par une définition précise. ⁷ La CourEDH considère la durée, les effets physiques et mentaux, l'intention des auteurs, le but poursuivi et le contexte pour qualifier un traitement de traitement contraire à l'art. 3 CEDH. ⁸ Un traitement inhumain est celui qui est infligé « avec préméditation pendant des heures et qui cause des lésions corporelles, de vives souffrances physiques ou mentales ». ⁹ Un traitement est dégradant s'il humilie ou avilit un individu, même subjectivement et même en l'absence du but d'humilier ou de rabaisser. ¹⁰ La torture constitue une forme aggravée de mauvais traitement. ¹¹ Elle se distingue des traitements inhumains ou dégradants de par l'intensité des souffrances physiques et/ou mentales infligées. ¹² La torture concernera donc les souffrances les plus graves et cruelles. ¹³

5. Un traitement ne sera constitutif de traitement inhumain ou dégradant que s'il atteint un certain seuil de gravité. Déterminer si ce seuil est atteint est relatif : la Cour tient compte 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 et de l'état de santé, physique ou mental, ¹⁴ de la victime. ¹⁵

⁵ Arrêt de la CourEDH *Aksoy c. Turquie* du 18 décembre 1996, requête no 40907/98, par. 62.

⁶ ATF 111 Ib 138, in : JdT 1986 IV 63 (rés.).

⁷ Arrêt de la CourEDH *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999, requête no 25803/94, par. 101.

⁸ Arrêt de la CourEDH *Gäfgen c. Allemagne* du 1^{er} juin 2010, requête no 22978/05, par. 101.

⁹ Arrêt de la CourEDH *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011, requête no 30696/09, par. 220.

¹⁰ Arrêt de la CourEDH *M.S. c. Royaume-Uni* du 3 mai 2012, requête no 24527/08, par. 45.

¹¹ Arrêt de la CourEDH *Aksoy c. Turquie* du 18 décembre 1996, requête no 21987/93, par. 63.

¹² Arrêts de la CourEDH *Gäfgen c. Allemagne* du 1^{er} juin 2010, requête no 22978/05, par. 108 ; *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, requête no 5310/71, par. 167.

¹³ Arrêt de la CourEDH *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999, requête no 25803/94, par. 96.

¹⁴ Arrêt de la CourEDH *M.S. c. Royaume-Uni* du 3 mai 2012, requête no 24527/08, par. 38.

¹⁵ Arrêts de la CourEDH *Klein c. Russie* du 1^{er} avril 2010, requête no 24268/08, par. 43 ; *Saadi c. Italie* du 28 février 2008, requête no 37201/06, par. 134.

Dès lors que l'art. 3 CEDH vise également la souffrance psychique, la simple menace de traitements contraires à cette disposition peut atteindre le seuil de gravité requis.¹⁶

6. La détention de mineurs étrangers non-accompagnés, ou même accompagnés, dans des centres fermés pour adultes en vue de leur refolement, sans aucun encadrement spécifique, atteint le seuil de l'art. 3 CEDH.¹⁷

7. La CourEDH renverse le fardeau de la preuve et exige une justification du gouvernement défendeur dès qu'une personne arrêtée en bonne santé présente des blessures à sa libération.¹⁸ L'art. 3 CEDH est par ailleurs violé lorsqu'est constatée l'absence d'enquête effective face à des allégations défendables de mauvais traitements (volet procédural de la disposition).¹⁹

2.3 Applicabilité de l'article 3 CEDH aux mesures d'éloignement

2.3.1 Principe

8. Il n'existe pas de droit à ne pas être extradé ou expulsé, mais la mise en œuvre de l'extradition ou de l'expulsion *peut* mettre en cause l'un des droits de la Convention. Selon une formule consacrée, l'Etat partie qui décide d'éloigner un étranger vers un Etat tiers peut voir sa responsabilité engagée sous l'angle de l'art. 3 CEDH s'il « existe 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 dégradants ». ²⁰ Si le risque est avéré,

¹⁶ Arrêt de la CourEDH *Gäfgen c. Allemagne* du 1^{er} juin 2010, requête no 22978/05.

¹⁷ Arrêts de la CourEDH *Popov c. France* du 19 janvier 2012, requêtes nos 39472/07 et 39474/07, par. 91 ; *Kanagaratnam c. Belgique* du 13 décembre 2011, requête no 15297/09, par. 68 à 69 ; *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique* du 19 janvier 2010, requête no 41442/07, par. 55 à 63 ; *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* du 12 octobre 2006, requête no 13178/03, par. 42 à 63.

¹⁸ Arrêt de la CourEDH *Tomasi c. France* du 27 août 1992, requête no 12850/87, par. 40 à 41.

¹⁹ Arrêt de la CourEDH *Labita c. Italie* du 6 avril 2000, requête no 26772/95, par. 131.

²⁰ Arrêts de la CourEDH *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, requête no 14038/88, par. 91 ; *Cruz Varas et autres c. Suède* du 20 mars 1991, requête no 15576/89, par. 75 ; *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* du 30 octobre 1991, requêtes nos 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, par. 103. Sur cet arrêt : ISABELLE LAMMERANT/MARC BOSSUYT, La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme des mesures d'éloignement du territoire de demandeurs d'asile déboutés (observations sur l'arrêt *Vilvarajah* du 30 octobre 1991), in : RTDH, 1993, Vol. 15, pp. 411 à 430 ; arrêt de la CourEDH *Saadi c. Italie* du 28 février 2008, requête no 37201/06, par. 125. Le principe avait déjà été formulé par la Commission dès 1961. Voir pour des requêtes contre la Suisse : décisions de la CommEDH *Lynas c. Suisse* du 6 octobre 1976, requête no 7317/75, p. 144 ; *A. c. Suisse* du 14 avril 1986, requête no 10248/83, p. 257.

l'art. 3 CEDH implique l'obligation de ne pas expulser la personne, et non de lui accorder un titre de séjour.

9. Considérant que les Etats parties n'ont pas à être les « garants indirects » des dispositions de la Convention pour le reste du monde et que l'application par ricochet de l'art. 3 CEDH se justifie, entre autres, par le caractère fondamental de cette disposition, ce n'est qu'à titre tout à fait exceptionnel que la Cour admet que le risque de violation d'autres dispositions puisse faire obstacle à une expulsion. La responsabilité de l'Etat peut être engagée au titre de l'art. 2 CEDH,²¹ exceptionnellement au titre de l'art. 6 CEDH si la personne risque de subir un déni de justice flagrant,²² mais pas au titre de l'art. 8 CEDH.²³ Quant à l'art. 9 CEDH, une violation de cette disposition telle qu'elle s'opposerait au renvoi serait vraisemblablement constitutive d'une violation de l'art. 3 CEDH.²⁴

2.3.2 Conditions formelles

10. Comme pour toute requête portée devant la CourEDH, le requérant doit avoir épuisé les voies de recours internes (art. 35 CEDH). Le fait que l'on soit sur le terrain d'un risque de violation de l'art. 3 CEDH ne change rien à cet égard.²⁵ Cela étant, la Cour tient compte des circonstances spéciales pouvant justifier un manquement aux règles internes. De plus, un recours sans possibilité d'effet suspensif alors qu'un individu allègue que son renvoi l'exposerait à un grave danger ne peut être considéré comme effectif au sens de l'art. 13 CEDH.²⁶ De même, les délais de recours doivent être suffisamment longs et flexibles pour permettre à un demandeur d'asile de prouver ses allégations.

²¹ Arrêt de la CourEDH *Bader et Kanbor c. Suède* du 8 novembre 2005, requête no 13284/04.

²² Reconnu pour la première fois dans l'arrêt de la CourEDH *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* du 17 janvier 2012, requête no 8139/09. Sur le principe, arrêts de la CourEDH *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005, requêtes nos 46827/99, 46951/99, par. 88 ; *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, requête no 14038/88, par. 113 ; refusé dans les décisions de la CourEDH *Kaplan c. Allemagne* du 15 décembre 2009, requête no 43212/05 ; *Bakhtiar c. Suisse* du 18 janvier 1996, requête no 27292/95.

²³ Décision de la CourEDH *F. c. Royaume-Uni* du 22 juin 2004, requête no 17341/03.

²⁴ Décision de la CourEDH *Z. et T. c. Royaume-Uni* du 28 février 2006, requête no 27034/05, p. 7.

²⁵ Arrêt de la CourEDH *Bahaddar c. Pays-Bas* du 19 février 1998, requête no 25894/94, par. 45.

²⁶ Arrêt de la CourEDH *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* du 30 octobre 1991, requêtes nos 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87 ; décisions de la CommEDH *N. A.D.C. c. Suisse* du 30 octobre 1998, requête no 37384/97, p. 8 ; *El Guarti c. France* du 23 avril 1998, requête no 37681/97.

11. Une autre exigence de recevabilité tient à la nature de la décision contestée. La décision d'extradition²⁷ ou d'expulsion²⁸ doit être définitive et exécutoire. L'acte de renvoi doit être imminent et le requérant courir un risque direct d'éloignement.²⁹ Cette condition doit se maintenir tout au long de la procédure.³⁰

2.3.3 Mesures provisoires

12. Les mesures provisoires dans le domaine du renvoi des étrangers sont le corollaire indispensable à l'absence d'effet suspensif de la procédure à Strasbourg, d'une part, et à l'exigence d'une décision exécutoire de renvoi, d'autre part.³¹ Leur but est de prévenir l'irréversible. Par conséquent, les mesures provisoires ne sont prononcées par la Cour que dans des domaines limités et qu'en cas de risque imminent de dommage irréparable.³²

13. La Cour a longtemps considéré que les mesures provisoires n'avaient pas valeur de norme contraignante,³³ faute d'une disposition expresse dans la Convention.³⁴ L'effet obligatoire des mesures provisoires ne pouvait pas non plus se déduire du droit de recours individuel (art. 34 CEDH). Très critiquée car

²⁷ Arrêt de la CourEDH *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, requête no 14038/88.

²⁸ Arrêt de la CourEDH *Cruz Varas et autres c. Suède* du 20 mars 1991, requête no 15576/89.

²⁹ Décisions de la CourEDH *Bostani et autres c. Suisse* du 12 novembre 2009, requête no 31530/07 (octroi d'une autorisation de séjour); *Djemailji c. Suisse* du 18 janvier 2005, requête no 13531/03 (recours interne pendant); décision de la CommEDH *Mohammed, Qudsia, Parwez, Ajmal et Tobish c. Suisse* du 14 avril 1998, requête no 33016/96 (admission provisoire octroyée dès le rejet de la demande d'asile).

³⁰ Décisions de la CourEDH *Kamaco c. Suisse* du 7 janvier 2010, requête no 21010/08; *Polgasdeniya c. Suisse* du 12 novembre 2009, requête no 14385/09 (octroi d'admissions provisoires – affaires rayées du rôle).

³¹ VINCENT CHETAIL, Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme : bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants, in : *Revue belge de droit international*, 2004, Vol. 37, pp. 155 à 210, p. 172.

³² Arrêts de la CourEDH *Toumi c. Italie* du 5 avril 2011, requête no 25716/09, par. 68; *Ben Khemais c. Italie* du 24 février 2009, requête no 246/07, par. 80. Voir le rapport de l'ELENA : European Legal Network on Asylum, Research on ECHR Rule 39 Interim Measures, avril 2012, disponible sur : www.ecre.org/component/content/article/56-ecre-actions/272-ecre-research-on-rule-39-interim-measures.html.

³³ Arrêt de la CourEDH *Cruz Varas et autres c. Suède* du 20 mars 1991, requête no 15576/89, par. 94 ss, par. 102 à 103; décision de la CourEDH *Conka et autres, la ligue des droits de l'homme c. Belgique* du 13 mars 2001, requête no 51564/99, p. 25.

³⁴ Les mesures provisoires sont seulement prévues par l'art. 39 du règlement intérieur de la Cour, adopté par elle-même.

vidant de tout intérêt pratique l'éventuel arrêt subséquent de la Cour,³⁵ cette approche a été totalement revue en 2003 et la nouvelle jurisprudence a été confirmée en 2005 par la Grande Chambre.³⁶ Deux motifs ont justifié ce revirement de jurisprudence : la pratique d'autres juridictions internationales³⁷ et l'effectivité du droit de recours individuel. L'inobservation des mesures provisoires ordonnées par la Cour constitue donc désormais une violation de l'art. 34 CEDH.³⁸ Cette violation sera constatée si les autorités de l'Etat partie n'ont pas pris toutes les mesures qui peuvent raisonnablement être exigées pour se conformer à la mesure indiquée par la Cour.³⁹

2.3.4 Conditions matérielles

14. Les éléments matériels s'opposant à une expulsion ou une extradition sont l'existence d'un *risque réel, concret et imminent* que la personne sera soumise à des *traitements contraires à l'art. 3 CEDH*.⁴⁰ Ce qui constitue un traitement contraire à l'art. 3 CEDH ayant été défini plus haut, il importe ici de développer la notion de *risque réel*. Dans son examen, la Cour cherche à déterminer les conséquences prévisibles du renvoi : il doit exister un lien de causalité direct entre l'expulsion ou l'extradition et l'exposition à une violation de l'art. 3 CEDH. L'éventuelle violation de l'art. 3 CEDH est la conséquence

³⁵ Voir l'opinion dissidente des Juges CREMONA, THÖR, VILHJALMSSON, WALSH, MACDONALD, BERNHARD, DE MEYER, MARTENS, FOIGHEL et MORINELLA dans l'arrêt *Cruz Varas* précité.

³⁶ Arrêt de la CourEDH *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie* du 6 février 2003, requêtes nos 46827/99, 46951/99 confirmé par la Grande Chambre dans l'arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005, requêtes nos 46827/99, 46951/99, par. 104. Sur cet arrêt : GÉRARD COHEN-JONATHAN, Sur la force obligatoire des mesures provisoires : l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, in : *Revue générale de droit international public*, 2005, Vol. 109, no 2, pp. 421 à 434 ; PHILIPPE FRUMER, Un arrêt définitif sur les mesures provisoires : la Cour européenne des droits de l'homme persiste et signe (observations sur l'arrêt *Mamatkulov et Askarov* du 4 février 2005), in : *RTDH*, 2005, Vol. 16, no 64, pp. 799 à 826 ; ALASTAIR MOWBRAY, A new strasbourg approach to the legal consequences of interim measures, in : *Human rights law review*, 2005, pp. 377 à 386.

³⁷ Voir en particulier arrêt de la CIJ, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, Rec. 2001, p. 466.

³⁸ Arrêt de la CourEDH *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005, requêtes nos 46827/99, 46951/99, par. 128.

³⁹ Arrêt de la CourEDH *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni* du 2 mars 2010, requête no 61498/08, par. 161.

⁴⁰ La distinction entre torture et traitement inhumain ou dégradant n'a dans ce contexte aucun impact : arrêt de la CourEDH *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni* du 10 avril 2012, requêtes nos 24027/07, 11949/08, 36742/08, par. 176.

directe du renvoi et n'engage que la responsabilité de l'Etat partie,⁴¹ même si la Cour est inévitablement amenée à apprécier la situation dans le pays de destination.⁴²

15. Pour apprécier l'existence d'un risque réel, concret et imminent, la Cour tient compte de la situation générale de violence dans le pays de destination et de la situation personnelle de l'intéressé. Le contexte général d'instabilité ne suffit en principe pas à lui seul à entraîner une violation de l'art. 3 CEDH en cas d'expulsion.⁴³ La situation générale instable dans le pays de destination ne dispense donc pas le requérant de démontrer qu'il est *personnellement* exposé au risque de subir des traitements contraires à l'art. 3 CEDH,⁴⁴ ce que la jurisprudence suisse se plaît d'ailleurs à rappeler.⁴⁵ La CourEDH précise cependant qu'il est des cas exceptionnels où l'art. 3 CEDH s'oppose au renvoi parce que la situation générale de violence dans un Etat est telle que toute personne expulsée vers ce pays encourrait le risque réel d'être soumise à un traitement contraire à l'art. 3 CEDH.⁴⁶ Cette précision était nécessaire après des arrêts où la Cour avait conclu à l'absence d'une violation de l'art. 3 CEDH au motif que la situation du requérant ne différerait pas, en cas d'expulsion, de celle des autres personnes vivant dans le pays de destination.⁴⁷ Cette jurisprudence était très critiquée, car elle impliquait que plus il y avait de violations de l'art. 3 CEDH dans un Etat, moins un individu était à même de démontrer en quoi sa situation personnelle était spécifique.⁴⁸

16. Par ailleurs, l'appartenance à une minorité ou à un groupe systématiquement exposé à une pratique contraire à l'art. 3 CEDH est considéré comme une

⁴¹ Arrêt de la CourEDH *Saadi c. Italie* du 28 février 2008, requête no 37201/06, par. 126.

⁴² Arrêt de la CourEDH *Müslim c. Turquie* du 26 avril 2005, requête no 53566/99, par. 66.

⁴³ Arrêts de la CourEDH *F.H. c. Suède* du 20 janvier 2009, requête no 32621/06, par. 90 ; *N.A. c. Royaume-Uni* du 17 juillet 2008, requête no 25904/07, par. 114 à 115 ; *Sultani c. France* du 20 septembre 2007, requête no 45223/05, par. 67 ; *Müslim c. Turquie* du 26 avril 2005, requête no 53566/99, par. 70.

⁴⁴ Voir par exemple décisions de la CourEDH *Bouhadef c. Suisse* du 12 novembre 2002, requête no 14022/02, p. 5 ; *Sinmarajah c. Suisse* du 11 mai 1999, requête no 45187/99.

⁴⁵ Voir par exemple arrêt du TAF E-6377/2009 du 29 décembre 2011.

⁴⁶ Arrêt de la CourEDH *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni* du 28 juin 2011, requêtes nos 8319/07 et 11449/07, par. 217 à 218.

⁴⁷ Arrêt de la CourEDH *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* du 30 octobre 1991, requêtes nos 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, par. 111 ; décision de la CourEDH *Katani et autres c. Allemagne* du 31 mai 2001, requête no 67679/01, p. 9.

⁴⁸ JEAN-YVES CARLIER, Le droit des étrangers en Europe : la lente évolution du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, in : Annales d'études européennes de l'Université catholique du Louvain, 2000, p. 197.

caractéristique particulière qui distingue le requérant et rend sa situation spécifique.⁴⁹

17. Le risque de traitements contraires à l'art. 3 CEDH peut provenir tant des autorités de l'Etat de destination que de particuliers ou de groupes de particuliers.⁵⁰ La jurisprudence suisse reconnaît ce principe de longue date.⁵¹

18. Le statut du migrant n'a aucune pertinence pour apprécier le risque encouru dans le pays de destination, pas plus que ses agissements personnels. La Cour a maintes fois répété que l'on ne peut mettre en balance le risque de mauvais traitements et le motif invoqué pour l'expulsion.⁵² Les garanties de l'art. 3 CEDH s'appliquent quel qu'ait été le comportement du requérant⁵³ et quel que soit le motif du renvoi.⁵⁴

19. L'éventuel statut d'Etat partie à la Convention de l'Etat de destination du renvoi ne dispense pas l'Etat expulsant de sa responsabilité, mais est un élément auquel la Cour attache de l'importance.⁵⁵ De même, le renvoi vers un Etat partie qui n'est lui-même qu'un intermédiaire (transferts « Dublin ») n'exempte pas l'Etat expulsant de sa responsabilité au regard de l'art. 3 CEDH.⁵⁶ L'Etat intermédiaire, en tant qu'Etat partie à la CEDH, bénéficie tout au plus d'une présomption de conformité aux standards de protection des droits de l'homme dont ne jouira pas un Etat intermédiaire non partie.⁵⁷

⁴⁹ Arrêts de la CourEDH *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* du 23 février 2012, requête no 27765/09, par. 119 ; *Salah Sheek c. Pays-Bas* du 11 janvier 2007, requête no 1948/04, par. 148.

⁵⁰ Arrêts de la CourEDH *N. c. Suède* du 20 juillet 2010, requête no 23505/09 ; *H.L.R. c. France* du 29 avril 1997, requête no 24573/94, par. 40.

⁵¹ ATF 111 Ib 68, in : JdT 1987 I 204.

⁵² Arrêts de la CourEDH *Daoudi c. France* du 3 décembre 2009, requête no 19576/08, par. 64 ; *Saadi c. Italie* du 28 février 2008, requête no 37201/06, par. 137 à 141.

⁵³ Arrêts de la CourEDH *M.S. c. Belgique* du 31 janvier 2012, requête no 50012/08 (actes de terrorisme) ; *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, par. 79 à 80 (actes de terrorisme) ; *Ahmed c. Autriche* du 17 décembre 1996, requête no 25964/94, par. 40 à 41 (condamnation pour vol).

⁵⁴ Arrêt de la CourEDH *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni* du 10 avril 2012, requêtes nos 24027/07, 11949/08, 36742/08, par. 168.

⁵⁵ Décision de la CourEDH *Tomic c. Royaume-Uni* du 14 octobre 2003, requête no 17837/03, p. 11 ; décisions de la CommEDH *Iruetagoiena c. France* du 12 janvier 1998, requête no 32829/96, p. 109 ; *Popescu et Cucu c. France* du 11 septembre 1995, requêtes nos 28152/95 ; 28153/95.

⁵⁶ Arrêt de la CourEDH *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011, requête no 30696/09, par. 342 à 343 ; décisions de la CourEDH *K.R.S. c. Royaume-Uni* du 2 décembre 2008, requête no 32733/08 ; *T.I. c. Royaume-Uni* du 27 mars 2000, requête no 43844/98, p. 18.

⁵⁷ Arrêt de la CourEDH *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* du 23 février 2012, requête no 27765/09, par. 146 à 147. Sur la pratique suisse, voir : CONSTANTIN HRUSCHKA/

2.3.5 Preuve

20. Le degré de preuve exigé par la Cour peut paraître particulièrement élevé, le requérant devant apporter des éléments précis et circonstanciés à l'appui de ses affirmations.⁵⁸ Comme le dit la Cour, il ne s'agit toutefois pas de faire constater ou de prouver la responsabilité du pays de destination au regard de la Convention ou du droit international public général.⁵⁹ La Cour s'appuie sur l'ensemble des éléments fournis ou, au besoin, qu'elle se procure d'office,⁶⁰ notamment si les informations produites par le gouvernement ne lui semblent pas suffisamment étayées. Au nombre des éléments pris en compte figurent les certificats médicaux, les témoignages, les activités passées du requérant, ainsi que l'attitude générale du pays d'accueil en matière de droits de l'homme. La Cour s'appuie à cet égard sur les rapports d'agences gouvernementales et d'ONG réputées.⁶¹

21. Lorsque l'expulsion n'a pas encore eu lieu, le moment pour apprécier le risque encouru est celui de l'examen de l'affaire par la Cour.⁶² Ce sont les circonstances présentes qui sont, par conséquent, déterminantes. Si le renvoi a déjà été exécuté, la Cour examine le risque par rapport aux circonstances dont l'Etat avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion.⁶³ La prise en compte d'éléments ultérieurs n'est cependant pas exclue.⁶⁴

FRANCESCO MAIANI, Le partage des responsabilités dans l'espace Dublin, entre confiance mutuelle et sécurité des demandeurs d'asile, in : *Asyl* 2/11 pp. 12 à 19.

⁵⁸ Décision de la CommEDH *Kilic c. Suisse* 17 octobre 1986, requête no 12364/86, p. 288.

⁵⁹ Arrêt de la CourEDH *Soering c. Royaume-Uni* du 17 juillet 1989, requête no 14038/88, par. 91.

⁶⁰ Arrêts de la CourEDH *Rahimi c. Grèce* du 5 avril 2011, requête no 8687/08, par. 65 ; *Salah Sheek c. Pays-Bas* du 11 janvier 2007, requête no 1948/04, par. 136 ; *Hilal c. Royaume-Uni* du 6 mars 2001, requête no 45276/99, par. 60 ; *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* du 30 octobre 1991, requêtes nos 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, par. 107.

⁶¹ Arrêts de la CourEDH *Klein c. Russie* du 1^{er} avril 2010, requête no 24268/08, par. 47 ; *Ben Khemais c. Italie* du 24 février 2009, requête no 246/07 ; *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, requête no 22414/93.

⁶² Arrêts de la CourEDH *Ahmed c. Autriche* du 17 décembre 1996, requête no 25964/94, par. 43 ; *H.L.R. c. France* du 29 avril 1997, requête no 24573/94, par. 37 ; *Salah Sheek c. Pays-Bas* du 11 janvier 2007, requête no 1948/04, par. 136.

⁶³ Arrêt de la CourEDH *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* du 30 octobre 1991, requêtes nos 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, par. 107.

⁶⁴ Arrêts de la CourEDH *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* du 30 octobre 1991, requêtes nos 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, par. 107 ; *Cruz Varas et autres c. Suède* du 20 mars 1991, requête no 15576/89, par. 76.

22. La question de la preuve est compliquée lorsque le risque de mauvais traitements émane de personnes privées. Le requérant doit alors prouver qu'il est menacé *et* que les autorités ne sont pas à même de le protéger.⁶⁵

23. Les garanties diplomatiques fournies par l'Etat de destination, souvent invoquées par les gouvernements, ne sont pas, sans examen supplémentaire,⁶⁶ une preuve suffisante pour la Cour qu'il n'existe pas de risque de traitements contraires à l'art. 3 CEDH.⁶⁷ Le Tribunal fédéral quant à lui ne les accepte pas en cas d'expulsion et les examine avec soin en cas d'extradition.⁶⁸

2.3.6 Cas particulier de l'état de santé

24. Dans certaines circonstances tout à fait exceptionnelles, le renvoi d'une personne atteinte dans sa santé⁶⁹ dans un Etat où aucun traitement médical approprié ne lui sera prodigué peut entraîner la violation de l'art. 3 CEDH.⁷⁰ La Cour tient compte de la situation personnelle du requérant, en particulier du stade avancé de la maladie et de la différence entre les traitements reçus dans le pays d'accueil et ceux qui pourraient être administrés dans le pays de renvoi.

25. Les autorités suisses estiment que le seul fait qu'une personne puisse bénéficier d'un meilleur traitement dans le pays d'accueil n'engage pas la responsabilité de l'Etat partie.⁷¹ Cette pratique est en accord avec la jurisprudence européenne qui considère qu'il faut des considérations humanitaires impérieuses et

⁶⁵ Arrêts de la CourEDH *F.H. c. Suède* du 20 janvier 2009, requête no 32621/06, par. 97 ; *Bensaid c. Royaume-Uni* du 6 février 2001, requête no 44599/98, par. 34 ; *H.L.R. c. France* du 29 avril 1997, requête no 24573/94, par. 40.

⁶⁶ Pour la liste de critères que doivent remplir ces assurances pour être jugées pertinentes et sur le poids qui doit leur être accordé, voir : arrêt de la CourEDH *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* du 17 janvier 2012, requête no 8139/09, par. 188 à 189.

⁶⁷ Arrêts de la CourEDH *Klein c. Russie* du 1^{er} avril 2010, requête no 24268/08, par. 55 ; *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, par. 105.

⁶⁸ ATF 133 IV 76 consid. 4 ; 134 IV 156, in : *JdT* 2009 IV 59.

⁶⁹ Les affaires portées devant la Cour concernent principalement des cas de personnes malades du SIDA, mais rien n'exclut que d'autres hypothèses entrent dans le cadre de l'art. 3 CEDH : arrêt de la CourEDH *Bensaid c. Royaume-Uni* du 6 février 2001, requête no 44599/98 (schizophrénie).

⁷⁰ Arrêts de la CourEDH *D. c. Royaume-Uni* du 2 mai 1997, requête no 30240/96, par. 49 à 53 (arrêt de principe) ; *N. C. c. Royaume-Uni* du 27 mai 2008, requête no 26565/05 pour un résumé des arrêts portant sur cette question. Sur cet arrêt : FRANÇOIS JULIEN-LAFERRIÈRE, L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? (observations sur l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* du 27 mai 2008), in : *RTDH*, 2009, Vol. 77, pp. 261 à 277.

⁷¹ Arrêt de la CourEDH (radiation du rôle, règlement amiable) *Tatete c. Suisse* du 6 juillet 2000, requête no 41874/98 ; arrêt du TF 2C_300/2011 du 14 novembre 2011 consid. 4.1.

des circonstances tout à fait exceptionnelles pour que se pose une question sous l'angle de l'art. 3 CEDH.⁷² Du fait qu'il n'y a pas de responsabilité directe de l'Etat, le seuil de l'art. 3 CEDH est particulièrement élevé dans ces situations. La rigueur de l'examen auquel se livre la CourEDH est parfois critiquée pour son manque de cohérence avec l'affirmation du caractère absolu de l'art. 3 CEDH.

26. Pour le cas particulier du SIDA, les autorités suisses tiennent compte de l'état d'avancement de la maladie, de l'accès au soin dans le pays de destination et de l'éventuelle présence d'un réseau social.⁷³

3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions

27. La Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (ci-après : CCT)⁷⁴ et le mécanisme de requête individuelle devant le Comité contre la torture⁷⁵ offre une autre voie au particulier afin de contester son éloignement vers un Etat où il existe un risque de torture.⁷⁶ L'art. 3 CCT est plus explicite que l'art. 3 CEDH puisqu'il interdit expressément « d'expulser, de refouler ou d'extrader une personne vers un Etat où il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ». A la différence de l'art. 3 CEDH, cette disposition n'interdit cependant le renvoi qu'en cas de risque de torture et n'est pas applicable lorsque ce risque émane de particuliers (art. 1 CCT). A l'instar de l'art. 3 CEDH, les dispositions de la Convention contre la torture peuvent aussi être invoquées pour contester des conditions de détention. La Suisse a accepté

⁷² Arrêts de la CourEDH *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, requête no 42034/04, par. 91 à 92 ; *N. C. c. Royaume-Uni* du 27 mai 2008, requête no 26565/05, par. 42 ; décision de la CommEDH *N. A.D.C. c. Suisse* du 30 octobre 1998, requête no 37384/97.

⁷³ Arrêt du TF 2C_300/2011 du 14 novembre 2011 ; ATAF 2009/2.

⁷⁴ Entrée en vigueur pour la Suisse le 26 juin 1987 (RS 0.105). Voir MAYA HERTIG RANDALL, La nouvelle loi sur l'asile à l'épreuve des droits de l'homme, Jusletter du 28 avril 2008 ; VINCENT CHETAÏL, Le Comité des Nations Unies contre la torture et l'éloignement des étrangers : dix ans de jurisprudence (1994-2004), in : RSDIE 2006 pp. 63 à 104.

⁷⁵ Art. 22 CCT ; Art. 1 al. 2 de l'arrêté fédéral du 6 octobre 1986 (RO 1987 1306).

⁷⁶ Voir par exemple les décisions suivantes concernant la Suisse : Comité contre la torture, communications *Abolghasem Faragollah et al. c. Suisse* du 21 novembre 2011 (CAT/C/47/D/381/2009) ; *Harminder Singh Khalsa et al. c. Suisse du 26 mai 2011 (CAT/C/46/D/336/2008)* ; *Fuad Jahani c. Suisse* du 23 mai 2011 (CAT/C/46/D/357/2008) ; *Jean Patrick Iya c. Suisse* du 26 novembre 2007 (CAT/C/39/D/299/2006).

le mécanisme de surveillance préconisé par le Protocole à la CCT⁷⁷ en 2009 et la Commission nationale de prévention de la torture a débuté ses travaux en 2010.

28. On pensera également à la Convention européenne du 26 novembre 1987 pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.⁷⁸ Le mécanisme de contrôle non-judiciaire instauré par cette Convention, qui passe par le biais de rapports et de visites du Comité aux personnes privées de liberté, a permis de mettre à jour certaines situations délicates en matière de rétention d'étrangers avant qu'il ne soit statué sur leur droit d'entrer sur le territoire suisse ou avant leur refoulement.⁷⁹

29. La Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés⁸⁰ garantit le principe de non-refoulement à son art. 33. La protection offerte par l'art. 33, et concrétisée par l'art. 25 al. 2 Cst.⁸¹ et l'art. 5 LAsi⁸² est moins large que celle de l'art. 3 CEDH à plusieurs égards. Premièrement, seuls sont titulaires du droit conféré par cette disposition les réfugiés et les requérants d'asile, pour autant qu'ils ne soient pas concernés par un des motifs d'exclusion de la qualité de réfugié, alors que l'art. 3 CEDH est invocable par quiconque relève de la juridiction d'un Etat partie à la Convention. Deuxièmement, le risque s'évalue sous l'angle de la persécution au sens du droit des réfugiés. Si cette notion peut être très proche de celle de la torture ou du traitement inhumain ou dégradant au sens de l'art. 3 CEDH, elle s'en distingue en ce que la persécution doit avoir des motifs propres à l'asile et doit être d'origine étatique ou quasi-étatique. Troisièmement, les art. 32 et 33 de la Convention relative au statut des réfugiés prévoient une exception au principe de non-refoulement pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale, tandis que le comportement de l'individu n'a aucune incidence dans le cadre de l'examen de la violation de l'art. 3 CEDH.

30. Les traitements inhumains ou dégradants sont également interdits par l'art. 7 du Pacte du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques

⁷⁷ Protocole facultatif du 18 décembre 2002 se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, entré en vigueur pour la Suisse le 24 octobre 2009 (RS 0.105.1).

⁷⁸ Entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 1989 (RS 0.106).

⁷⁹ Voir le rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), CPT/Inf (2008) 33.

⁸⁰ Entrée en vigueur pour la Suisse le 21 avril 1955 (RS 0.142.30). Voir : VINCENT CHETAÏL, *op. cit.* 2004.

⁸¹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

⁸² Loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi ; RS 142.31).

(Pacte ONU II).⁸³ Cette disposition assure elle aussi une protection par ricochet contre les risques de torture en cas d'expulsion ou d'extradition.⁸⁴

⁸³ Entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992 (RS 0.103.2). Voir : ROSALYN HIGGINS, Extradition, the right to life, and the prohibition against cruel and inhuman punishment and treatment : similarities and differences under the ECHR and the ICCPR, in : PAUL MAHONEY et al. (éd.), Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Cologne 2000, pp. 605 à 615.

⁸⁴ Comité des droits de l'homme, observation générale no 20 relative à l'art. 7 du 10 mars 1992, Doc. NU HR1/GEN/1/Rev. 9, Vol. 1, par. 9.

Art. 5

Droit à la liberté et à la sûreté

1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :
 - a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;
 - b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;
 - c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;
 - d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;
 - e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;
 - f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.
2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.
3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au par. 1.c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.
4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.
5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.

Table des matières

1. Travaux législatifs et projets en cours.....	17
2. Analyse	17
2.1 Généralités.....	17
2.2 Conformité des privations de liberté	19
2.3 Privation de liberté des non-nationaux en particulier.....	20
2.3.1 Privation de liberté en vue d'empêcher l'entrée irrégulière sur le territoire.....	21
2.3.2 Privation de liberté en vue de l'expulsion ou de l'extradition	22
2.3.3 Privation de liberté des mineurs et personnes particulièrement vulnérables.....	22
2.4 Garanties de procédure.....	23
2.4.1 Droit à l'information.....	23
2.4.2 Droit d'introduire un recours.....	24
2.4.3 Droit à réparation.....	26
3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions	27

Bibliographie spécifique

IAN BRYAN/PETER LANGFORD, The lawful detention of unauthorised aliens under the european system for the protection of human rights, in : Nordic journal of international law, 2011, Vol. 80, no 2, pp. 193 à 218 ; XAVIER-BAPTISTE RUEDIN, Aliens' and asylum seekers' detention under article 5(1)(f), in : Revue suisse de droit international et européen, 2010, Vol. 20, no 4, pp. 483 à 499 ; CATHERINE TEITGEN-COLLY, La détention des étrangers et les droits de l'homme, in : VINCENT CHETAIL (dir.), Mondialisation, migration et droits de l'homme, Bruxelles 2007, Vol. 2, pp. 571 à 618.

1. Travaux législatifs et projets en cours

- Message du 4 mars 1974 concernant la CEDH, FF 1974 I 1020 ss

2. Analyse

2.1 Généralités

1. L'art. 5 CEDH a pour but d'assurer que nul ne soit privé de sa liberté de manière arbitraire.¹ Le droit fondamental à la liberté physique est garanti à toute

¹ Arrêts de la CourEDH *Adamov c. Suisse* du 21 juin 2011, requête no 3052/06, par. 51 ; *Jusic c. Suisse* du 2 décembre 2010, requête no 4691/06, par. 67.

personne, peu importe son statut.² Une privation de liberté ne peut intervenir que si elle s'inscrit dans l'une des six exceptions prévues par l'art. 5 par. 1 CEDH, interprétées de manière étroite par la CourEDH.³ Les différents cas de figure autorisant une privation de liberté sont exhaustifs, mais non mutuellement exclusifs.⁴ Les différentes hypothèses peuvent en effet se réaliser successivement ou simultanément dans un cas donné.⁵

2. L'art. 5 CEDH concerne les privations de liberté, non les restrictions à la liberté de circuler, lesquelles font l'objet de l'art. 2 du Protocole no 4 CEDH.⁶ Pour déterminer si une personne est privée de liberté au sens de l'art. 5 CEDH, la CourEDH tient compte de la situation concrète et analyse un ensemble d'éléments, tels que la nature, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée.⁷ La distinction entre privation de liberté et restriction de liberté tend toutefois à s'estomper en pratique. Comme le dit la CourEDH, entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré d'intensité, non de nature ou d'essence.⁸ Ainsi, le maintien des demandeurs d'asile en zone de transit internationale peut constituer une privation de liberté, notamment s'il se prolonge et même si les personnes sont libres de quitter la zone pour se rendre dans un autre pays.⁹ Pour la Cour, un tel maintien n'est possible que dans le but de lutter contre l'immigration clandestine et ne doit en aucun cas priver le demandeur d'asile du droit d'accéder effectivement à la procédure d'asile.¹⁰ Une liberté surveillée, impliquant d'habiter à une certaine adresse et de se présenter régulièrement à la police locale entraîne en revanche une simple

² Arrêt de la CourEDH *Al-Jedda c. Royaume-Uni* du 7 juillet 2011, requête no 27021/08, par. 99.

³ Arrêt de la CourEDH *M.S. c. Belgique* du 31 janvier 2012, requête no 50012/08, par. 146.

⁴ Arrêt de la CourEDH *Eriksen c. Norvège* du 27 mai 1997, requête no 17391/90, par. 76.

⁵ Arrêt de la CourEDH *Kolompar c. Belgique* du 24 septembre 1992, requête no 11613/85.

⁶ Protocole no 4 reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, STCE no 46, entré en vigueur le 2 mai 1968. La Suisse n'a pas signé ce Protocole.

⁷ Arrêt de la CourEDH *Guzzardi c. Italie* du 6 novembre 1980, requête no 7367/76, par. 92 à 93.

⁸ Arrêt de la CourEDH *Amuur c. France* du 25 juin 1996, requête no 19776/92, par. 41. Sur cet arrêt : NATACHA KAZATCHKINE, Le maintien dans la zone internationale d'un aéroport (observations sur l'arrêt *Amuur* du 25 juin 1996), in : Revue trimestrielle des droits de l'homme (ci-après : RTDH), 1997, Vol. 32, pp. 662 à 688.

⁹ Arrêts de la CourEDH *Shamsa c. Pologne* du 27 novembre 2003, requêtes nos 45355/99, 45357/99, par. 44 à 47 ; *Amuur c. France* du 25 juin 1996, requête no 19776/92.

¹⁰ Arrêt de la CourEDH *Amuur c. France* du 25 juin 1996, requête no 19776/92, par. 43.

restriction à la liberté de circuler.¹¹ Le degré de contrainte exercé et le type de limitations subies permettent donc de délimiter les restrictions des privations de liberté.

2.2 Conformité des privations de liberté

3. La première exigence de l'art. 5 par. 1 CEDH est relative à la légalité. Les termes « selon les voies légales » et « régulièrement » renvoient en effet principalement au respect de la législation nationale.¹² La détention doit être conforme au droit interne, tant de fond que de procédure. Le droit interne doit être suffisamment accessible et précis pour permettre aux justiciables de prévoir les conséquences de leurs actes.¹³ Il n'est à cet égard pas nécessaire que la règle soit fixée par écrit, si elle est suffisamment connue et prévisible. La CourEDH a jugé que l'ancien art. 13b LSEE¹⁴ (actuel art. 76 LEtr,¹⁵ qui autorise entre autres la détention s'il existe des indices concrets que la personne se soustraira au renvoi), ne permet pas de détenir une personne au simple motif que celle-ci a déclaré ne pas vouloir retourner dans son pays.¹⁶ Une telle application n'est pas suffisamment prévisible et ne cadre pas avec l'interprétation stricte qui doit être faite des dispositions autorisant une détention.¹⁷ De manière générale, les motifs de rétention et de détention prévus par la LEtr et leur interprétation sont très larges.¹⁸

4. La deuxième exigence pour qu'une mesure de privation de liberté soit conforme à l'art. 5 CEDH est qu'elle respecte le but de cette disposition, soit la protection contre l'arbitraire.¹⁹ Il n'y a pas de définition globale de

¹¹ Arrêt de la CourEDH *M.S. c. Belgique* du 31 janvier 2012, requête no 50012/08, par. 193 à 194.

¹² Arrêts de la CourEDH *Winterwerp c. Pays-Bas* du 24 octobre 1979, requête no 6301/73, par. 45 ; *Dougoz c. Grèce* du 6 mars 2001, requête no 40907/98, par. 54 à 55.

¹³ Arrêts de la CourEDH *Jusic c. Suisse* du 2 décembre 2010, requête no 4691/06, par. 69 ; *Adamov c. Suisse* du 21 juin 2011, requête no 3052/06, par. 53.

¹⁴ Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007 (RO 49 279).

¹⁵ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr ; RS 142.20).

¹⁶ Arrêt de la CourEDH *Jusic c. Suisse* du 2 décembre 2010, requête no 4691/06. Pour un cas d'application postérieur à l'arrêt *Jusic* voir ATF 137 I 296.

¹⁷ Arrêt de la CourEDH *Jusic c. Suisse* du 2 décembre 2010, requête no 4691/06, par. 75 à 81.

¹⁸ Voir DELPHINE DEPEURSINGE, Les nouveaux motifs de détention administrative prévus par la loi fédérale sur les étrangers, analyse critique, in : *Asyl* 2/09 pp. 3 à 10.

¹⁹ Arrêts de la CourEDH *Adamov c. Suisse* du 21 juin 2011, requête no 3052/06, par. 54 ; *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, par. 118 ; *Amuur c. France* du 25 juin 1996, requête no 19776/92, par. 50 ; *Winterwerp c. Pays-Bas* du 24 octobre 1979, requête no 6301/73, par. 37.

l'arbitraire, mais quelques principes généraux se dégagent de la jurisprudence de la Cour. Il y a notamment arbitraire en cas de mauvaise foi ou de tromperie de la part des autorités.²⁰ Faire croire à des requérants d'asile qu'ils sont convoqués afin de compléter leur demande d'asile alors que le but est d'organiser leur renvoi collectif est par exemple arbitraire.²¹ Utiliser un stratagème pour mieux déjouer une activité criminelle est par contre légitime. En somme, pour ne pas être considérée comme arbitraire, une mesure privative de liberté doit se faire de bonne foi et être étroitement liée au motif de détention invoqué par le gouvernement. En outre, tant l'ordre de placement en détention que l'exécution de la décision doivent être conformes au but visé par l'art. 5 CEDH.²²

5. Les motifs de détention prévus aux let. a à f du par. 1 de l'art. 5 CEDH sont : la détention à la suite d'une condamnation ; la détention sanctionnant l'inexécution d'une ordonnance ou d'une obligation légale ; la privation de liberté provisoire ou préventive en lien avec une infraction ; la détention des mineurs ; la détention des personnes susceptibles de propager une maladie contagieuse, des aliénés, des toxicomanes ou des vagabonds ; la détention aux fins de refoulement, d'expulsion ou d'extradition. C'est sur cette dernière hypothèse que se concentrent les lignes qui suivent. Avec l'art. 16 CEDH, il s'agit de l'unique disposition de la Convention, si l'on excepte les protocoles additionnels, qui vise spécifiquement les étrangers.

2.3 Privation de liberté des non-nationaux en particulier

6. L'art. 5 par. 1 let. f CEDH reconnaît expressément aux Etats le droit de restreindre la liberté des étrangers dans le cadre du contrôle de l'immigration. Cette disposition autorise la détention des non-nationaux dans trois hypothèses : en vue d'empêcher l'entrée irrégulière sur le territoire, en vue d'une expulsion ou en vue d'une extradition. Ces trois situations donnent lieu à un contrôle similaire de la part de la CourEDH.²³ Dans les trois cas, la Cour examine si la mesure privative de liberté prise sur le fondement de l'art. 5 par. 1 let. f CEDH est mise en œuvre de bonne foi ; si la mesure est bien liée au but invoqué par le

²⁰ Arrêt de la CourEDH *Čonka c. Belgique* du 5 février 2002, requête no 51564/99, par. 41 à 42. Sur cet arrêt : JEAN-YVES CARLIER, La détention et l'expulsion collective des étrangers (observations sur l'arrêt *Čonka* du 5 février 2002), in : RTDH, 2003, Vol. 53, pp. 198 à 222 ; arrêt de la CourEDH *Bozano c. France* du 18 décembre 1986, requête no 9990/82, par. 59 à 60 (extradition « déguisée »).

²¹ Arrêt de la CourEDH *Čonka c. Belgique* du 5 février 2002, requête no 51564/99.

²² Arrêt de la CourEDH *Winterwerp c. Pays-Bas* du 24 octobre 1979, requête no 6301/73, par. 39.

²³ Arrêt de la CourEDH *Saadi c. Royaume-Uni* du 29 janvier 2008, requête no 13229/03, par. 73. Sur cet arrêt : JEAN-YVES CARLIER, L'accès au territoire et la détention de l'étranger demandeur d'asile (observations sur l'arrêt *Saadi* du 29 janvier 2008), in : RTDH, 2009, Vol. 79, pp. 802 à 810.

gouvernement (réaliser l'expulsion ou l'extradition ou empêcher l'entrée sur le territoire) ; si le lieu et les conditions de détention sont appropriés ; enfin, si la durée de cette mesure n'excède pas le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but poursuivi.²⁴

7. A noter que le contrôle de la CourEDH dans le cadre de la let. f est moins strict que dans le cadre des autres hypothèses de l'art. 5 par. 1 CEDH. L'examen de la Cour n'inclut en effet pas de contrôle de la *nécessité* de la détention pour réaliser l'objectif d'empêcher l'entrée sur le territoire ou de réaliser l'expulsion ou l'extradition. Cette condition a été expressément rejetée par la CourEDH,²⁵ donnant lieu à de vives critiques de la doctrine,²⁶ en faveur d'un alignement de la let. f sur les autres cas envisagés par l'art. 5 par. 1 CEDH. L'examen de la proportionnalité entre la mesure et le but spécifique visé par l'art. 5 par. 1 let. f CEDH – et non seulement entre la mesure et le but général de l'art. 5 – serait entre autres une exigence découlant de l'art. 18 CEDH.

2.3.1 Privation de liberté en vue d'empêcher l'entrée irrégulière sur le territoire

8. La détention administrative en vue d'empêcher l'entrée sur le territoire suppose l'irrégularité du séjour sur le territoire. A cet égard se pose la question du statut du demandeur d'asile. La Cour considère que le séjour est irrégulier tant qu'il n'y a pas d'autorisation d'entrer sur le territoire, même dans les cas où la présence sur le territoire est due au dépôt d'une demande d'asile.²⁷ Ce résultat soulève la controverse au sein même de la CourEDH, plusieurs juges considérant que le dépôt d'une demande d'asile rend *de facto* légal le séjour sur le territoire.²⁸ Les conséquences de cette approche seraient considérables pour les systèmes des Etats parties, puisque toute détention d'un demandeur d'asile au simple motif qu'il est en attente d'une décision sur sa demande serait contraire à l'art. 5 par. 1 let. f CEDH.

²⁴ Arrêts de la CourEDH *A. et autres c. Royaume-Uni* du 19 février 2009, requête no 3455/05, par. 164 ; *Saadi c. Royaume-Uni* du 29 janvier 2008, requête no 13229/03, par. 74.

²⁵ Arrêts de la CourEDH *Saadi c. Royaume-Uni* du 29 janvier 2008, requête no 13229/03, par. 72 à 73 ; *Conka c. Belgique* du 5 février 2002, requête no 51564/99, par. 38 ; *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, par. 112.

²⁶ BRYAN/LANGFORD, p. 213 ss ; RUEDIN, pp. 490 à 491.

²⁷ Arrêt de la CourEDH *Saadi c. Royaume-Uni* du 29 janvier 2008, requête no 13229/03.

²⁸ Arrêt de la CourEDH *Saadi c. Royaume-Uni* du 29 janvier 2008, requête no 13229/03, opinion partiellement dissidente commune aux Juges ROSAKIS, TULKENS, KOVLER, HAJIYEV, SPIELMANN et HIRVELÄ.

2.3.2 Privation de liberté en vue de l'expulsion ou de l'extradition

9. La détention en vue de l'expulsion ou de l'extradition est autorisée dès lors qu'une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. La détention n'a pas besoin d'apparaître comme nécessaire, par exemple pour empêcher la commission d'une infraction ou la fuite.²⁹ Par conséquent, la CourEDH n'a pas à se prononcer sur le bien-fondé de la décision d'expulsion ou d'extradition initiale.³⁰ Seul le déroulement de la procédure d'expulsion ou d'extradition justifie la détention. Cela signifie que la détention cesse d'être justifiée si la procédure d'expulsion ou d'extradition n'est pas menée avec toute la diligence requise.³¹ Cela signifie aussi que la détention cesse d'être conforme à l'art. 5 CEDH s'il n'y a aucune perspective réaliste d'exécuter le renvoi,³² par exemple parce que celui-ci exposerait la personne au risque de subir des traitements contraires à l'art. 3 CEDH.³³ La procédure doit être menée avec toute la diligence requise, mais l'on ne peut reprocher à l'Etat une durée excessive lorsque la détention se prolonge en raison des manœuvres accomplies par l'étranger pour éviter l'expulsion ou l'extradition.³⁴

2.3.3 Privation de liberté des mineurs et personnes particulièrement vulnérables

10. Les mineurs³⁵ peuvent être détenus sur la base de la let. f de l'art. 5 par. 1 CEDH, la let. d n'énonçant pas une hypothèse exclusive contrairement à ce qu'avaient essayé de plaider les requérantes dans l'affaire *Mubilanzila*.³⁶ La Cour tient néanmoins compte de la vulnérabilité particulière de cette catégorie de personnes. En particulier, la détention d'une mineure non-accompagnée dans

²⁹ Arrêts de la CourEDH *Jusic c. Suisse* du 2 décembre 2010, requête no 4691/06, par. 71 ; *A. et autres c. Royaume-Uni* du 19 février 2009, requête no 3455/05, par. 164 ; *Nasroulloiev c. Russie* du 11 octobre 2007, requête no 656/06, par. 69.

³⁰ Arrêts de la CourEDH *Nasroulloiev c. Russie* du 11 octobre 2007, requête no 656/06, par. 69 ; *Slivenko c. Lettonie* du 9 octobre 2003, requête no 48321/99, par. 146.

³¹ Arrêts de la CourEDH *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, par. 113 ; *Quinn c. France* du 22 mars 1995, requête no 18580/91, par. 48 (détention de deux ans jugée excessive dans le cadre d'une extradition) ; *Kolompar c. Belgique* du 24 septembre 1992, requête no 11613/85, par. 36 ; décision de la CommEDH *Lynas c. Suisse* du 6 octobre 1976, requête no 7317/75, p. 144.

³² Voir ATF 130 II 56 ; 127 II 168.

³³ Arrêt de la CourEDH *M.S. c. Belgique* du 31 janvier 2012, requête no 50012/08, par. 155.

³⁴ Arrêt de la CourEDH *Kolompar c. Belgique* du 24 septembre 1992, requête no 11613/85, par. 42.

³⁵ Il s'agit d'une notion autonome : décision de la CommEDH *X. c. Suisse* du 14 décembre 1979, requête no 8500/79, p. 241.

³⁶ Arrêt de la CourEDH *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* du 12 octobre 2006, requête no 13178/03, par. 100.

un centre fermé pour adultes est incompatible avec l'art. 5 CEDH parce qu'elle ne respecte pas l'exigence d'un lien entre le motif de la détention et le lieu et le régime de la détention.³⁷ Le fait que les mineurs soient accompagnés de leur(s) parent(s) ne change d'ailleurs rien à cette évaluation : un mineur ne saurait être détenu dans les mêmes conditions que les adultes.³⁸

11. Si la nécessité de la détention n'est certes pas une condition nécessaire en cas de détention d'adultes en vue de leur expulsion, la Cour estime que dans le cadre de la détention de mineurs, accompagnés ou non, l'intérêt supérieur de l'enfant tel que consacré par la Convention relative aux droits de l'enfant³⁹ doit primer sur les autres considérations.⁴⁰ Le placement en détention des mineurs ne doit par conséquent être envisagé qu'en dernier ressort.⁴¹

2.4 Garanties de procédure

12. Les par. 2 à 5 de l'art. 5 CEDH concernent les garanties de procédure accordées aux personnes privées de liberté. Excepté le par. 3 qui vise uniquement l'hypothèse de la let. c du par. 1,⁴² ces garanties s'appliquent quelle que soit l'hypothèse sur laquelle la privation de liberté est fondée. Toutes peuvent donc être invoquées en lien avec une privation de liberté au titre de l'art. 5 par. 1 let. f CEDH.

2.4.1 Droit à l'information

13. L'art. 5 par. 2 CEDH ouvre la liste des garanties de procédure par l'obligation d'informer des raisons de l'arrestation dans le plus court délai et dans une langue que la personne comprend. Cette obligation d'information s'applique quelles que soient les raisons de la détention, même si les termes « arrestation » et « accusation » semblent évoquer seulement l'hypothèse c de l'art. 5 par. 1 CEDH. Selon la Cour, « toute personne doit savoir pourquoi elle

³⁷ Arrêt de la CourEDH *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* du 12 octobre 2006, requête no 13178/03, par. 103.

³⁸ Arrêts de la CourEDH *Kanagaratnam c. Belgique* du 13 décembre 2011, requête no 15297/09, par. 86 à 88 ; *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique* du 19 janvier 2010, requête no 41442/07, par. 74 à 75.

³⁹ Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE ; RS 0.107).

⁴⁰ Arrêt de la CourEDH *Rahimi c. Grèce* du 5 avril 2011, requête no 8687/08, par. 109.

⁴¹ Arrêt de la CourEDH *Popov c. France* du 19 janvier 2012, requêtes nos 39472/07 et 39474/07, par. 119.

⁴² Pour un exemple, voir arrêt de la CourEDH *Kaiser c. Suisse* du 15 mars 2007, requête no 17073/04.

est arrêtée ».⁴³ L'information donnée doit être simple et accessible. Elle n'a pas besoin d'être aussi détaillée que dans le cadre de l'art. 6 par. 3 CEDH. Aucune forme spécifique n'est en particulier requise, mais la personne doit comprendre les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté afin de pouvoir le cas échéant en discuter la légalité devant un tribunal.⁴⁴ Les actes de procédure n'ont pas à être libellés dans la langue du requérant, mais celui-ci doit pouvoir être assisté d'un interprète.

14. Le délai le plus court rappelle également une exigence formulée à l'art. 6 par. 3 de la Convention. Dans le cadre de l'art. 5 CEDH, ce délai ne signifie pas que l'information relative aux raisons de l'arrestation doive nécessairement être donnée au moment même de l'arrestation.⁴⁵ L'appréciation du délai dépend des circonstances. Un délai de 76 heures pour informer des motifs de la détention dans le cadre de la détention d'un requérant d'asile est par exemple incompatible avec l'art. 5 par. 2 CEDH,⁴⁶ tout comme un délai de quatre jours dans le cadre d'une détention en vue de l'extradition.⁴⁷

2.4.2 Droit d'introduire un recours

15. L'art. 5 par. 4 CEDH institue un droit de recours devant un tribunal afin qu'il soit statué à bref délai sur la légalité de la détention et que la libération soit ordonnée le cas échéant. La Cour entend par « tribunal » une instance indépendante et impartiale qui a le pouvoir d'ordonner la mise en liberté. Il ne doit pas nécessairement s'agir d'une instance judiciaire. Il n'est pas non plus exigé de double contrôle : si la détention est prononcée par une juridiction et non une autorité administrative, l'art. 5 par. 4 CEDH n'impose pas que cette décision soit revue par une autre juridiction, le contrôle étant « incorporé » à la décision de base, sous réserve néanmoins que la première juridiction présente les garanties d'une procédure judiciaire.⁴⁸ La jurisprudence de la CourEDH est relativement floue quant aux garanties de procédures que le contrôle juridictionnel doit

⁴³ Arrêts de la CourEDH *Murray c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1994, requête no 14310/88, par. 72 ; *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni* du 30 août 1990, requêtes nos 12244/86, 12245/86, 12383/86, par. 40.

⁴⁴ Arrêts de la CourEDH *H.B. c. Suisse* du 5 avril 2001, requête no 26899/95, par. 48 à 49 ; *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni* du 30 août 1990, requêtes nos 12244/86, 12245/86, 12383/86, par. 40.

⁴⁵ Arrêts de la CourEDH *Bordovskiy c. Russie* du 8 février 2005, requête no 49491/99, par. 55 ; *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni* du 30 août 1990, requêtes nos 12244/86, 12245/86, 12383/86, par. 40.

⁴⁶ Arrêt de la CourEDH *Saadi c. Royaume-Uni* du 29 janvier 2008, requête no 13229/03, par. 84.

⁴⁷ Arrêt de la CourEDH *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie* du 12 avril 2005, requête no 36378/02, par. 416.

⁴⁸ Arrêt de la CourEDH *de Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* du 18 juin 1971, requêtes nos 2832/66, 2835/66, 2899/66, par. 76.

offrir, mentionnant seulement que celles-ci doivent être « adaptées à la nature de la privation de liberté dont il s'agit ». ⁴⁹ La procédure doit au minimum respecter le principe du contradictoire, sans que la comparution personnelle de l'intéressé ne soit cependant toujours nécessaire lorsqu'on est dans le cas de figure visé par la let. f du par. 1 de l'art. 5 CEDH. ⁵⁰ Quant à l'exigence de brièveté du délai, elle s'apprécie, comme dans le cadre de l'art. 5 par. 1 let. f, à la lumière des circonstances de l'espèce. ⁵¹ La Cour prend pour point de départ le jour où la demande de mise en liberté est présentée et la période déterminante s'achève le jour de la décision de première instance. ⁵² A titre d'exemple, si un délai de 23 jours pour se prononcer sur une demande de mise en liberté enfreint l'art. 5 par. 4 CEDH, ⁵³ un délai de quatre mois et six jours sera tout à fait incompatible avec la Convention. ⁵⁴ La complexité médicale, alléguée par le Gouvernement suisse dans cette dernière affaire, ne dégage pas les Etats de leurs responsabilités au titre de la Convention. ⁵⁵

16. Le contrôle de la légalité de la détention inclut tant le respect des règles de procédure énoncées à l'art. 5 par. 2, 4 et 5 CEDH que l'examen de la régularité de la détention au sens de la législation nationale et plus généralement au sens de l'art. 5 par. 1 CEDH. Si le contrôle juridictionnel ne doit pas se substituer à l'appréciation de l'autorité dont émane la décision, il doit à tout le moins être suffisamment ample pour que chacune des conditions de la régularité d'une détention soit examinée. ⁵⁶ Enfin, que la détention soit régulière au sens de l'art. 5 par. 1 CEDH ne dispense pas l'Etat de sa responsabilité au regard de

⁴⁹ Arrêts de la CourEDH *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* du 12 octobre 2006, requête no 13178/03, par. 112 ; *de Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* du 18 juin 1971, requêtes nos 2832/66, 2835/66, 2899/66, par. 76.

⁵⁰ Arrêt de la CourEDH *Sanchez-Reisse c. Suisse* du 21 octobre 1986, requête no 9862/8, par. 51. Voir cependant l'opinion concordante commune des Juges GANSHOF, VAN DER MEERSCH et WALSH qui ne voient pas en quoi les particularités de la let. f justifient des différences sous l'angle des garanties de procédure.

⁵¹ Arrêts de la CourEDH *Jusic c. Suisse* du 2 décembre 2010, requête no 4691/06, par. 92 ; *G.B. c. Suisse* du 30 novembre 2000, requête no 27426/95, par. 33 ; *R.M.D. c. Suisse* du 26 septembre 1997, requête no 19800/92, par. 42 ; *Sanchez-Reisse c. Suisse* du 21 octobre 1986, requête no 9862/8, par. 55.

⁵² Arrêts de la CourEDH *E. c. Norvège* du 29 août 1990, requête no 11701/85, par. 64 à 65 ; *Sanchez-Reisse c. Suisse* du 21 octobre 1986, requête no 9862/8, par. 54.

⁵³ Arrêt de la CourEDH *Rehbock c. Slovénie* du 28 novembre 2000, requête no 29462/95, par. 85 à 86.

⁵⁴ Arrêt de la CourEDH *Fuchser c. Suisse* du 13 juillet 2006, requête no 55894/00.

⁵⁵ Arrêt de la CourEDH *Fuchser c. Suisse* du 13 juillet 2006, requête no 55894/00, par. 44.

⁵⁶ Arrêt de la CourEDH *Dougoz c. Grèce* du 6 mars 2001, requête no 40907/98, par. 61.

l'art. 5 par. 4 CEDH. ⁵⁷ Le droit national peut être incompatible soit avec l'un, soit avec l'autre, soit avec les deux.

17. A noter qu'à la suite de l'arrêt *Jusic*, ⁵⁸ le Tribunal fédéral a modifié sa pratique concernant l'intérêt légitime à ce qu'une décision de mise en détention soit revue et la qualité pour recourir qui en dépend. Alors qu'il considérait jusque-là qu'il n'y avait plus d'intérêt actuel et pratique à agir pour le demandeur si le renvoi avait déjà été exécuté ou la mise en liberté ordonnée, il estime désormais que les mises en détention doivent pouvoir être réexaminées même après la mise en liberté ⁵⁹ ou le renvoi ⁶⁰ dès lors qu'une violation de la CEDH est invoquée de manière plausible.

18. L'art. 5 par. 4 CEDH évoque des notions que l'on retrouve à l'art. 6 par. 1 et à l'art. 13 CEDH. L'art. 5 par. 4 CEDH a une portée autonome par rapport à l'art. 6 CEDH, ce qui est de première importance en matière d'éloignement des étrangers, cette dernière disposition n'étant pas applicable à ces affaires. ⁶¹ Quant à l'art. 13 CEDH, la Cour n'examine pas l'affaire sous l'angle de cette disposition si l'art. 5 par. 4 CEDH est applicable, celui-ci étant une *lex specialis*. ⁶²

2.4.3 Droit à réparation

19. Le par. 5 de l'art. 5 CEDH prescrit un droit à réparation pour qui a été privé de liberté dans des conditions, de fond ou de procédure, contraires à l'art. 5 CEDH. L'illégalité de la détention n'a pas besoin d'être constatée préalablement pour que la personne puisse invoquer cette disposition.

20. Qui a obtenu une réparation au titre de l'art. 5 par. 5 CEDH peut aussi se voir accorder une satisfaction équitable au sens de l'art. 41 CEDH. La Cour tiendra compte le cas échéant de la réparation déjà allouée, mais les deux dispo-

⁵⁷ Arrêt de la CourEDH *de Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* du 18 juin 1971, requêtes nos 2832/66, 2835/66, 2899/66, par. 73.

⁵⁸ Arrêt de la CourEDH *Jusic c. Suisse* du 2 décembre 2010, requête no 4691/06.

⁵⁹ ATF 137 I 296 consid. 4.

⁶⁰ Arrêt du TF 2C_548/2011 du 26 juillet 2011 consid. 1.

⁶¹ Arrêts de la CourEDH *Geleri c. Roumanie* du 15 février 2011, requête no 33118/05, par. 60 ; *Lupsa c. Roumanie* du 8 juin 2006, requête no 10337/04, par. 63 ; *Maaouia c. France* du 5 octobre 2000, requête no 39652/98, par. 40 : « les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil du requérant qui n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui, au sens de l'art. 6 par. 1 de la Convention ».

⁶² Arrêts de la CourEDH *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, par. 126 ; *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni* du 26 mai 1993, requêtes nos 14553/89, 14554/89, par. 76 ; *de Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* du 18 juin 1971, requêtes nos 2832/66, 2835/66, 2899/66.

sitions diffèrent en ce sens que l'art. 5 par. 5 CEDH donne un droit à faire valoir contre les autorités nationales tandis que l'art. 41 CEDH prévoit une compétence de la Cour.

3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions

21. L'art. 31 de la Convention relative au statut des réfugiés⁶³ stipule que « les Etats contractants n'appliqueront aux déplacements des réfugiés d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires » et seulement en attendant que le statut de ces réfugiés soit régularisé. La Convention relative au statut de réfugiés est donc très claire : il faut que la détention soit *nécessaire* et elle devrait en principe être évitée.

22. Les recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe posent également le principe selon lequel les demandeurs d'asile ne devraient être détenus qu'en cas de nécessité et si aucun autre moyen ne peut être envisagé.⁶⁴

23. L'art. 9 du Pacte ONU II⁶⁵ est le pendant de l'art. 5 CEDH au niveau international. L'art. 9 du Pacte ONU II interdit l'arrestation et la détention arbitraire, mais contrairement à l'art. 5 CEDH laisse à la législation nationale le soin de définir les motifs de détention. Dans le cadre de la détention des étrangers, le Comité des droits de l'homme se montre plus exigeant que la CourEDH et son interprétation de la notion d'arbitraire est plus large. La détention ne doit pas seulement être légale, elle doit aussi être nécessaire pour atteindre le but visé, tel qu'empêcher l'accès au territoire, et seules les circonstances propres à l'intéressé peuvent justifier que l'on y recoure.⁶⁶

24. Qu'il s'agisse de la détention des demandeurs d'asile ou des migrants en situation irrégulière plus généralement, seule la CourEDH semble donc persister à considérer que la proportionnalité et en particulier la nécessité de la détention n'est pas une condition à remplir.⁶⁷ Les récentes résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe exhortent pourtant encore

⁶³ Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30).

⁶⁴ Recommandation (2003)5 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 16 avril 2003 sur les mesures de détention des demandeurs d'asile.

⁶⁵ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

⁶⁶ Comité des droits de l'homme, communication *A. c. Australie* du 30 avril 1997 (CCPR/C/59/D/560/1993) ; communication *Hugo van Alphen c. Pays-Bas* du 15 août 1990 (CCPR/C/39/D/305/1988).

⁶⁷ Voir l'opinion dissidente des Juges ROZAKIS, TULKENS, KOVLER, HAJIYEV, SPIELMANN et HIRVELÄ dans l'arrêt *Saadli c. Royaume-Uni* du 29 janvier 2008, requête no 13229/03 sur la place de la Convention par rapport aux autres instruments de protection des droits humains.

une fois les Etats membres du Conseil de l'Europe à ne soumettre les migrants et les requérants d'asile à des privations de liberté qu'en dernier recours.⁶⁸

25. La Convention relative aux droits de l'enfant prescrit que nul enfant ne doit être privé de sa liberté de façon illégale ou arbitraire et que l'arrestation, la détention ou l'emprisonnement doivent être des mesures de dernier ressort et être d'une durée aussi brève que possible (art. 37, let. b CDE). De manière plus générale, et comme pour toute décision relative aux enfants, l'intérêt supérieur de ceux-ci doit être une considération primordiale (art. 3 CDE). La CourEDH se réfère expressément à cette disposition dans ses jugements relatifs à la détention des mineurs migrants et se montre plus restrictive sur la possibilité de détenu un mineur.⁶⁹ Les textes des organes du Conseil de l'Europe confirment que la détention des mineurs ne devrait être envisagée qu'en dernier recours.⁷⁰

⁶⁸ Résolution 1707(2010) et résolution 1900(2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 28 janvier 2010.

⁶⁹ Arrêt de la CourEDH *Rahimi c. Grèce* du 5 avril 2011, requête no 8687/08, par. 109 ; *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* du 12 octobre 2006, requête no 13178/03, par. 83.

⁷⁰ Comité des ministres, Vingt principes directeurs sur le retour forcé des étrangers en situation irrégulière, adoptés le 4 mai 2005 (CM[2005]40add), principe 11 ; recommandation 1985 (2011) du 7 octobre 2011 sur les enfants migrants sans papiers en situation irrégulière, pt 9.4.

Art. 8

Droit au respect
de la vie privée
et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Table des matières

1. Travaux législatifs et projets en cours.....	30
2. Analyse	30
2.1 Généralités.....	30
2.2 Conditions d'application de l'article 8 CEDH.....	31
2.2.1 Existence d'une vie privée ou d'une vie familiale.....	31
2.2.2 Atteinte à la vie privée et/ou familiale.....	33
2.2.3 Absence de justification.....	33
2.3 Expulsion des étrangers délinquants et des étrangers délinquants intégrés ou de deuxième génération en particulier.	34
2.4 Mineurs.....	38
2.5 Refus d'entrer ou de séjourner (regroupement familial)	39
2.5.1 Pratique de la CourEDH.....	39
2.5.2 Pratique du Tribunal fédéral.....	40
3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions	42

Bibliographie spécifique

CESLA AMARELLE/NATHALIE CHRISTEN/MINH SON NGUYEN, Migrations et regroupement familial, Berne 2012 ; PETER VAN DIJK, Protection of « integrated » aliens against expulsion under the European Convention on human rights, in : ELSPETH GUILD/PAUL MINDERHOUD (éd.), Security of residence and expulsion : protection of aliens in Europe, La Haye 2001, pp. 23 à 40 ; PIERRE-FRANÇOIS DOCQUIR, Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour ?, in : Revue trimestrielle des droits de l'homme (ci-après : RTDH), 2004, Vol. 64, pp. 921 à 949 ; MICHEL HOTTETIER/HANSPETER MOCK/MICHEL PUÉCHAVY, La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, Genève 2011, pp. 210 à 223 ; DANIEL THYM, Respect for family life under article 8 ECHR in immigration cases : a human right to regularize illegal stay, in : International and Comparative Law Quarterly, 2008, Vol. 57, pp. 87 à 112 ; PETER ÜBERSAX, Die EMRK und das Migrationsrecht aus der Sicht der Schweiz, in : STEPHAN BREITENMOSER/BERNHARD EHRENZELLER (éd.), EMRK und die Schweiz. La CEDH et la Suisse, St-Gall 2010, pp. 203-242.

1. Travaux législatifs et projets en cours

– Message du 4 mars 1974 concernant la CEDH, FF 1974 I 1020 ss

2. Analyse

2.1 Généralités

1. L'art. 8 CEDH est la disposition qui donne lieu à la plus abondante jurisprudence de la CourEDH en lien avec les migrations. Sur le principe, si la Convention ne garantit aucun droit au regroupement familial, le refus d'entrer opposé à un étranger peut empêcher l'exercice d'une vie familiale et par conséquent porter atteinte aux droits protégés par l'art. 8 CEDH.¹ De même, si la Convention ne comporte aucune interdiction de renvoyer un étranger, un tel renvoi est susceptible d'entraver l'exercice d'une vie privée et/ou familiale et donc de poser problème sous l'angle de l'art. 8 CEDH.²

2. Quoi qu'il en soit, la Cour considère qu'il n'existe pas de différence entre le refus d'entrer sur le territoire et l'expulsion du territoire, l'examen de la jurisprudence montre que la Cour a tendance à se montrer moins protectrice en cas de refus d'accès au territoire qu'en cas d'expulsion. Cette différence pourrait s'expliquer par la distinction entre obligations négatives et positives de l'Etat ; tandis que le regroupement familial impose à l'Etat d'autoriser l'accès à son territoire afin de garantir l'effectivité d'une vie familiale, il est seulement tenu de s'abstenir d'entraver l'existence de la vie privée et/ou familiale en cas d'expulsion. La Cour dit pourtant expressément que la frontière entre obligations positives et négatives n'est pas précise et que les principes applicables sont comparables : « dans les deux cas, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble ; de même, dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation ». ³ La différence d'appréciation de la Cour lorsqu'il s'agit d'entrée sur le territoire ou d'expulsion du territoire s'explique mieux par l'étendue des obligations des Etats parties à la Convention au titre de l'art. 1 CEDH : ces derniers ne peuvent être tenus de garantir la jouissance des

¹ Arrêts de la CourEDH *Ahmut c. Pays Bas* du 28 novembre 1996, requête no 21702/93, par. 63, 67 ; *Gül c. Suisse* du 19 février 1996, requête no 23218/94, par. 38.

² Arrêt de la CourEDH *Berrehab c. Pays-Bas* du 21 juin 1988, requête no 10730/84.

³ Arrêts de la CourEDH *Tuquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2005, requête no 60665/00, par. 42 ; *Sen c. Pays-Bas* du 21 décembre 2001, requête no 31465/96, par. 31 ; *Ciliz c. Pays-Bas* du 11 juillet 2000, requête no 29192/95, par. 61 ; *Ahmut c. Pays Bas* du 28 novembre 1996, requête no 21702/93, par. 63 ; *Gül c. Suisse* du 19 février 1996, requête no 23218/94, par. 38.

droits et libertés de la Convention à des personnes qui ne relèvent pas de leur juridiction.

2.2 Conditions d'application de l'article 8 CEDH

2.2.1 Existence d'une vie privée ou d'une vie familiale

3. La vie familiale comprend les relations créées par le mariage ainsi que les relations entre parents et enfants issus du mariage ou non. Ces dernières sont automatiquement constitutives d'une vie familiale du seul fait de la naissance⁴ et même en l'absence de cohabitation.⁵ Au-delà de ce noyau familial, la Cour a pu reconnaître l'existence d'une vie familiale concernant des relations en dehors du mariage, notamment en raison de leur durée, de l'existence d'une vie commune ou de la naissance d'enfants.⁶ Les relations homosexuelles peuvent aussi relever de la notion de vie familiale.⁷ Par ailleurs, il peut y avoir vie familiale entre parents et enfants majeurs, entre frères et sœurs, entre grands parents et petits enfants,⁸ dès lors que les liens affectifs sont réels et effectifs et qu'un rapport de dépendance particulier peut être démontré.⁹ Une vie familiale projetée peut aussi être protégée dans certains cas particuliers.¹⁰ Le lien qui unit les parents à leurs enfants mineurs jouit toutefois d'un statut particulier ; seules des circonstances exceptionnelles sont susceptibles de le remettre en question,¹¹ tandis que l'existence d'une vie familiale dans les autres cas s'apprécie en fonction de la situation concrète des intéressés et de l'effectivité des liens tissés.

4. Si la CourEDH reconnaît donc en principe que la vie familiale peut s'étendre au-delà du « noyau familial » et des relations fondées sur le mariage, elle a, dans un important arrêt de clarification de ces notions dans le contexte de l'éloignement des étrangers ou du regroupement familial, restreint la vie fami-

⁴ Arrêt de la CourEDH *Boughanemi c. France* du 24 avril 1996, requête no 22070/93, par. 35 ; *Berrehab c. Pays-Bas* du 21 juin 1988, requête no 10730/84, par. 21.

⁵ Arrêt de la CourEDH *C. c. Belgique* du 7 août 1996, requête no 21794/93, par. 25.

⁶ Arrêts de la CourEDH *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1986, requête no 9697/82, par. 56 ; *Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994, requête no 16969/90, par. 45

⁷ Arrêt de la CourEDH *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, requête no 30141/04, par. 94.

⁸ Arrêt de la CourEDH *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, requête no 6833/74, par. 45.

⁹ Arrêt de la CourEDH *Ezzouhdi c. France* du 13 février 2001, requête no 47160/99, par. 34. Question du lien familial entre parents et enfants majeurs laissée ouverte dans l'arrêt de la CourEDH, *Berisha c. Suisse* du 30 juillet 2013, requête no 948/12.

¹⁰ Arrêt de la CourEDH *Abdulaziz Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, requêtes nos 9214/80, 9473/81, 9474/81, par. 62.

¹¹ Arrêts de la CourEDH *Sen c. Pays-Bas* du 21 décembre 2001, requête no 31465/96, par. 28 ; *Ciliz c. Pays-Bas* du 11 juillet 2000, requête no 29192/95, par. 60 ; *C. c. Belgique* du 7 août 1996, requête no 21794/93, par. 25 ; *Gül c. Suisse* du 19 février 1996, requête no 23218/94, par. 32.

liale au « noyau familial ».¹² Le Tribunal fédéral considère également que l'art. 8 CEDH dans son volet familial protège avant tout la famille « nucléaire » lorsqu'il est question de regroupement familial.¹³ D'autres relations n'entreront en ligne de compte qu'en cas de rapports de dépendance particuliers et/ou de circonstances spéciales.¹⁴

5. La notion de vie privée couvre l'intégrité physique et morale d'une personne mais aussi la sphère intime des relations personnelles et le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains. La vie privée est donc une notion plus large que celle de vie familiale, impossible à capturer par une définition exhaustive.¹⁵ La Cour la résume par « le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur ».¹⁶

6. Après avoir mis l'accent sur la vie familiale, la CourEDH a peu à peu également pris en compte la vie privée des personnes risquant l'expulsion.¹⁷ La distinction entre vie privée et familiale est importante dans la mesure où une atteinte à l'une ne présuppose pas une atteinte à l'autre et vice versa.¹⁸

7. L'existence d'une vie privée et/ou familiale s'apprécie au moment où la mesure d'interdiction du territoire est devenue définitive.¹⁹ Les événements subséquents, tels que la naissance d'un enfant ou une relation de couple, n'entrent pas en ligne de compte.²⁰

¹² Arrêt de la CourEDH *Slivenko c. Lettonie* du 9 octobre 2003, requête no 48321/99, par. 94 et 97. Voir l'opinion en partie concordante et en partie dissidente du Juge KOVLER sur ce point précisément.

¹³ ATF 135 I 143 consid. 1.3.2, in : RDAF 2010 I, p. 344 (rés.) ; 120 Ib 257, in : JdT 1996 I 306.

¹⁴ Relation entre parents et enfants majeurs, voir ATF 115 Ib 1, in : JdT 1991 I 269 ; relations de concubinage, voir arrêt du TF 2C_97/2010 du 4 novembre 2010, consid. 3.1.

¹⁵ Arrêt de la CourEDH *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, requête no 2346/02, par. 61.

¹⁶ Arrêt de la CourEDH *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, requête no 6339/05, par. 71.

¹⁷ Voir par exemple arrêt de la CourEDH *C. c. Belgique* du 7 août 1996, requête no 21794/93, par. 25.

¹⁸ Arrêt de la CourEDH *Slivenko c. Lettonie* du 9 octobre 2003, requête no 48321/99, par. 97.

¹⁹ Arrêts de la CourEDH *Maslov c. Autriche* du 23 juin 2008, requête no 1638/03, par. 61 ; *Yildiz c. Autriche* du 31 octobre 2002, requête no 37295/97, par. 34, 44 ; *Baghli c. France* du 30 novembre 1999, requête no 34374/97, par. 36 ; *El Boujaïdi c. France* du 26 septembre 1997, requête no 25613/94, par. 33.

²⁰ Arrêts de la CourEDH *Kaya c. Allemagne* du 28 juin 2007, requête no 31753/02, par. 57 ; *Jakupovic c. Autriche* du 6 février 2003, requête no 36757/97, par. 31 ; *Bouchelkia c. France* du 29 janvier 1997, requête no 23078/93, par. 41, 50.

2.2.2 Atteinte à la vie privée et/ou familiale

8. C'est à la Cour qu'il revient de décider si elle se place plutôt sous l'angle de la vie privée ou de la vie familiale. L'apport d'un examen sous l'angle de la vie privée en termes d'atteinte est qu'indépendamment de l'existence ou non d'une vie familiale, tout étranger qui risque l'expulsion peut subir une interférence dans sa vie privée.²¹ L'expulsion de résidents étrangers ayant passé la majeure partie de leur vie sur le territoire de l'Etat contractant porte de manière pratiquement automatique atteinte à leur vie privée en raison du degré d'intégration que présuppose un long séjour.²² Au-delà de la seule durée du séjour, la Cour tient compte de l'ensemble des liens sociaux tissés pour établir l'éventuelle atteinte à la vie privée.²³ A noter que la Cour se réfère souvent à la « vie privée et familiale » sans plus de détails.²⁴

2.2.3 Absence de justification

9. Une ingérence n'est justifiée que si elle est prévue par la loi, qu'elle poursuit un objectif légitime et qu'elle est nécessaire dans une société démocratique (art. 8 par. 2 CEDH).

10. Tout comme dans le contexte des autres dispositions de la Convention, la base légale doit être suffisamment accessible et prévisible.²⁵ Même si la Cour accepte qu'il soit difficile d'assurer la prévisibilité d'une règle en matière de sécurité nationale, elle exige que la loi réponde aux exigences générales de la Convention, soit offre des protections minimales contre l'arbitraire, telle que la

²¹ Arrêts de la CourEDH *Gezginici c. Suisse* du 9 décembre 2010, requête no 16327/05, par. 56 ; *Omojudi c. Royaume-Uni* du 24 novembre 2009, requête no 1820/08, par. 37.

²² Arrêts de la CourEDH *Shala c. Suisse* du 15 novembre 2012, requête no 52873/09, par. 40 ; *Gezginici c. Suisse* du 9 décembre 2010, requête no 16327/05, par. 56.

²³ Arrêts de la CourEDH *Gezginici c. Suisse* du 9 décembre 2010, requête no 16327/05, par. 56 ; *Maslov c. Autriche* du 23 juin 2008, requête no 1638/03, par. 63. Sur cet arrêt : GAUTHIER DE BECO, L'expulsion des étrangers mineurs délinquants : une lueur de clareté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (observations sur l'arrêt *Maslov* du 23 juin 2008), in : RTDH, 2009, Vol. 80, pp. 1091 à 1108 ; *Slivenko c. Lettonie* du 9 octobre 2003, requête no 48321/99, par. 95 ; *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, requête no 46410/99, par. 59. Sur cet arrêt : CÉDRIC RAUX, Les mesures d'éloignement du territoire devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (observations sur l'arrêt *Üner* du 18 octobre 2006), in : RTDH, 2007, Vol. 71, pp. 837 à 853.

²⁴ Voir par exemple arrêt de la CourEDH *Geleri c. Roumanie* du 15 février 2011, requête no 33118/05, par. 28.

²⁵ Arrêts de la CourEDH *Slivenko c. Lettonie* du 9 octobre 2003, requête no 48321/99, par. 100 ; *Amann c. Suisse* du 16 février 2000, requête no 27798/95, par. 50.

garantie d'une procédure contradictoire.²⁶ L'ingérence doit ensuite poursuivre un objectif légitime. L'art. 8 par. 2 CEDH a pour particularité de mentionner le « bien-être économique » du pays au titre des objectifs qu'un Etat peut légitimement poursuivre. Cet objectif est fréquemment invoqué en matière d'immigration et est même le seul argument des Etats défendeurs lorsqu'ils révoquent une autorisation de séjour sans qu'il n'y ait eu d'infraction de la part de la personne concernée.²⁷ La mesure doit enfin être nécessaire dans une société démocratique, soit répondre à un besoin social impérieux et être proportionnée à l'objectif poursuivi.²⁸ L'examen de la Cour consiste à chercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts en présence, en tenant dûment compte de la marge d'appréciation des autorités nationales.²⁹ Il s'agit d'examiner comment s'articulent ces éléments en fonction du type de cas.

2.3 Expulsion des étrangers délinquants et des étrangers délinquants intégrés ou de deuxième génération en particulier

11. La Cour reconnaît toujours un but légitime à l'expulsion des étrangers délinquants, que ce soit la protection de l'ordre public ou la prévention d'infractions pénales. La mesure doit cependant être justifiée par un besoin social impérieux et être proportionnée.³⁰ La Cour cherche si un juste équilibre entre le droit du requérant au respect de sa vie privée et/ou familiale et la protection de l'ordre public a été ménagé.³¹ A noter qu'elle accorde particulièrement de poids au fait que l'infraction concerne les stupéfiants.³²

²⁶ Arrêts de la CourEDH *Geleri c. Roumanie* du 15 février 2011, requête no 33118/05, par. 30 à 36 ; *C. G. et autres c. Bulgarie* du 24 avril 2008, requête no 1365/07, par. 49 ; *Kaya c. Roumanie* du 12 octobre 2006, requête no 33970/05, par. 41 ; *Lupsa c. Roumanie* du 8 juin 2006, requête no 10337/04, par. 37 à 38, 42 ; *Al-Nashif c. Bulgarie* du 20 juin 2002, requête no 50963/99, par. 117 à 129.

²⁷ Arrêts de la CourEDH *Ciliz c. Pays-Bas* du 11 juillet 2000, requête no 29192/95, par. 69 ; *Berrehab c. Pays-Bas* du 21 juin 1988, requête no 10730/84, par. 29.

²⁸ Arrêts de la CourEDH *Benhebbba c. France* du 10 juillet 2003, requête no 53441/99, par. 29 ; *Boughanemi c. France* du 24 avril 1996, requête no 22070/93, par. 41 ; *Beldjoudi c. France* du 26 mars 1992, requête no 12083/86, par. 74.

²⁹ Parmi beaucoup d'autres : arrêts de la CourEDH *Slivenko c. Lettonie* du 9 octobre 2003, requête no 48321/99, par. 113 ; *C. c. Belgique* du 7 août 1996, requête no 21794/93, par. 32 ; *Berrehab c. Pays-Bas* du 21 juin 1988, requête no 10730/84, par. 28.

³⁰ Arrêt de la CourEDH *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, requête no 46410/99, par. 54.

³¹ Arrêts de la CourEDH *Keles c. Allemagne* du 27 octobre 2005, requête no 32231/02, par. 54 à 55 ; *Ezzouhdi c. France* du 13 février 2001, requête no 47160/99, par. 33.

³² Arrêts de la CourEDH *Benhebbba c. France* du 10 juillet 2003, requête no 53441/99, par. 35 ; *Dalia c. France* du 19 février 1998, requête no 26102/95, par. 54 ; *Mehemi c. France* du 26 septembre 1997, requête no 25017/94, par. 37 ; *C. c. Belgique* du 7 août 1996, requête no 21794/93, par. 35.

12. La Cour a dégagé à l'occasion de l'affaire suisse *Boultif*³³ huit « principes directeurs » permettant d'évaluer la proportionnalité d'une mesure d'expulsion, repris depuis avec constance.³⁴ Ces critères sont : la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant (i) ; la durée de son séjour dans le pays d'où il va être expulsé (ii) ; la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période, étant précisé que celle-ci court jusqu'à l'expulsion proprement dite et non seulement jusqu'à la décision définitive d'expulsion (iii) ;³⁵ la nationalité des diverses personnes concernées (iv) ; la situation familiale du requérant, par exemple la durée de son mariage, et d'autres éléments dénotant le caractère effectif de la vie familiale d'un couple (v) ; le point de savoir si le conjoint était au courant de l'infraction au début de la relation familiale (vi) ; la naissance d'enfants et le cas échéant leur âge (vii) ; la gravité des difficultés que risquent de connaître le conjoint ou les enfants du requérant dans le pays vers lequel il sera expulsé (viii).³⁶

13. La question qui se pose est de savoir si l'élément d'intégration particulier des étrangers qui sont nés sur le territoire ou qui y ont passé la majeure partie de leur vie, au-delà de la signification pour la notion d'ingérence, doit jouer un rôle dans l'appréciation de la proportionnalité de la mesure d'expulsion, autrement dit si cet élément influence l'appréciation de la pesée des intérêts. Ce fut le cas dans les premières affaires dont la Cour a eu à connaître.³⁷ La jurisprudence de la Cour tenait en effet compte des liens particuliers tissés au cours des années avec le pays hôte et surtout du manque de liens avec le pays de destination.³⁸ Certains juges appelaient même de leurs vœux une assimilation des

³³ Arrêt de la CourEDH *Boultif c. Suisse* du 2 août 2001, requête no 54273/00, par. 48. Sur cet arrêt : HANSPETER MOCK, Selon que vous serez marié ou misérable... (observations sur l'arrêt *Boultif* du 2 août 2001), in : RTDH, Bruxelles 2002, Vol. 50, pp. 477 à 495.

³⁴ Arrêts de la CourEDH *Udeh c. Suisse* du 16 avril 2013, requête no 12020/09, par. 45 ; *Bousarra c. France* du 23 septembre 2010, requête no 25672/07, par. 43 à 44 ; *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, requête no 46410/99, par. 55 ; *Benhebbba c. France* du 10 juillet 2003, requête no 53441/99, par. 32 ; *Amrollahi c. Danemark* du 11 juillet 2002, requête no 56811/00, par. 35 à 42.

³⁵ Arrêt de la CourEDH *Maslov c. Autriche* du 23 juin 2008, requête no 1638/03, par. 87 à 95.

³⁶ Voir pour l'application de ces critères par le Tribunal fédéral : ATF 139 I 16 ; 139 I 31.

³⁷ Arrêts de la CourEDH *Beldjoudi c. France* du 26 mars 1992, requête no 12083/86 ; *Moustaquim c. Belgique* du 18 février 1991, requête no 12313/86.

³⁸ Arrêts de la CourEDH *Dalia c. France* du 19 février 1998, requête no 26102/95 (*a contrario*) ; *Mehemi c. France* du 26 septembre 1997, requête no 25017/94, par. 37 ; *Nasri c. France* du 13 juillet 1995, requête no 19465/92, par. 44 à 45 ; *Beldjoudi c. France* du 26 mars 1992, requête no 12083/86, par. 77.

étrangers intégrés aux nationaux³⁹ et donc à une interdiction pure et simple des expulsions.⁴⁰ D'autres juges ne rejetaient pas le principe de l'expulsion des étrangers intégrés, mais plaidaient en faveur d'une interprétation étroite des justifications.⁴¹ La première piste a vite été écartée. Accusée de ne pas tenir suffisamment compte des intérêts des Etats contractants, la Cour a peu à peu durci sa jurisprudence⁴² en matière d'étrangers délinquants, fussent-ils résidents de longue durée, voire nés sur le territoire de l'Etat expulsant, de sorte qu'aujourd'hui les mêmes principes s'appliquent « indépendamment de la question de savoir si un étranger est entré dans le pays hôte à l'âge adulte ou à un très jeune âge ou encore s'il y est né ». ⁴³ Les personnes étrangères nées sur le territoire ou qui y ont résidé la majeure partie de leur vie n'ont aucun « droit à ne pas être expulsé » et l'expulsion à la suite d'une sentence pénale ne saurait être assimilée à une « double peine ». ⁴⁴

14. Cela étant, quelques précisions données par la Cour nuancent l'impression « d'équivalence » entre les immigrés de longue durée et les immigrés arrivés depuis peu sur le territoire. Si la personne a fondé une famille dans le pays d'accueil, les critères de l'arrêt *Boultif* s'appliquent à plus forte raison si

³⁹ Voir arrêt de la CourEDH *Nasri c. France* du 13 juillet 1995, requête no 19465/92, opinion dissidente du Juge MORENILLA.

⁴⁰ De nombreux textes interdisent l'expulsion des ressortissants nationaux. L'art. 3 du Protocole no 4 à la CEDH stipule par exemple que nul ne peut être expulsé du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant. L'art. 25 Cst. contient une garantie similaire.

⁴¹ Voir arrêt de la CourEDH *Boughanemi c. France* du 24 avril 1996, requête no 22070/93, opinion dissidente du Juge BAKA ; *Nasri c. France* du 13 juillet 1995, requête no 19465/92, opinion concordante du Juge WILDHABER. Voir plus récemment arrêt de la CourEDH *Benhebbba c. France* du 10 juillet 2003, requête no 53441/99, opinion concordante du Juge COSTA pour qui la « double peine » devrait disparaître.

⁴² Voir les arrêts de la CourEDH *Baghli c. France* du 30 novembre 1999, requête no 34374/97 ; *El Boujaïdi c. France* du 26 septembre 1997, requête no 25613/94 ; *Boughanemi c. France* du 24 avril 1996, requête no 22070/93, qui marquent le tournant dans l'approche de la Cour.

⁴³ Arrêts de la CourEDH *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, requête no 42034/04, par. 66 ; *Kaya c. Allemagne* du 28 juin 2007, requête no 31753/02, par. 52 ; *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, requête no 46410/99, par. 55 ; *Benhebbba c. France* du 10 juillet 2003, requête no 53441/99, par. 33 à 34. De manière intéressante, cette absence de prise en compte spécifique de la durée du séjour de l'étranger dans le pays hôte semble valoir aussi bien à charge qu'à décharge de la personne : que celle-ci n'ait passé que relativement peu d'années sur le territoire avant son expulsion n'exclut pas une violation de l'art. 8 CEDH, voir MOCK, Selon que vous serez marié ou misérable..., in : RTDH, 2002, Vol. 50, pp. 477 à 495 ; voir arrêt de la CourEDH *Udeh c. Suisse* du 16 avril 2013, requête no 12020/09.

⁴⁴ Arrêts de la CourEDH *Kaya c. Allemagne* du 28 juin 2007, requête no 31753/02, par. 52 ; *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, requête no 46410/99, par. 56.

l'étranger a résidé toute ou majeure partie de sa vie dans le pays d'accueil.⁴⁵ L'intérêt et le bien-être des enfants, en particulier les difficultés qu'ils seraient susceptibles de rencontrer si leur parent devait être expulsé, doivent être dûment pris en compte.⁴⁶ Si par contre l'immigré n'a pas de famille, les quatre éléments suivants sont déterminants : la nature et la gravité de l'infraction, la durée de séjour, le laps de temps écoulé depuis l'infraction et jusqu'à l'expulsion effective et la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination.⁴⁷ Dans tous les cas, la durée du séjour et la solidité des liens sociaux apparaissent bien comme des éléments à même de permettre la prise en compte de la situation spécifique des étrangers de longue durée.⁴⁸ La jurisprudence récente est cependant parfois chaotique à cet égard,⁴⁹ reconnaissant dans un cas la particularité de la situation de l'immigré arrivé très jeune sur le territoire,⁵⁰ mais balayant dans un autre l'argument d'un séjour de plus de trente ans.⁵¹

15. Enfin, la Cour tient compte des circonstances particulières du cas d'espèce, par exemple l'état de santé de la personne, ainsi que le caractère définitif ou non de la mesure d'éloignement,⁵² pour évaluer la proportionnalité de la mesure d'expulsion dans son ensemble. De tous les critères énoncés dans l'arrêt *Boultif* et précisés dans l'arrêt *Üner*, la nature et la gravité de l'infraction semblent être toutefois les éléments les plus déterminants.⁵³

⁴⁵ Arrêts de la CourEDH *Keles c. Allemagne* du 27 octobre 2005, requête no 32231/02, par. 57 ; *Mokrani c. France* du 15 juillet 2003, requête no 52206/99, par. 31 ; *Benhebbba c. France* du 10 juillet 2003, requête no 53441/99, par. 33.

⁴⁶ Arrêts de la CourEDH *Udeh c. Suisse* du 16 avril 2013, requête no 12020/09, par. 52 ; *Omojudi c. Royaume-Uni* du 24 novembre 2009, requête no 1820/08, par. 46 ; *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, requête no 46410/99, par. 58.

⁴⁷ Arrêts de la CourEDH *Shala c. Suisse* du 15 novembre 2012, requête no 52873/09, par. 45 ; *Gezginci c. Suisse* du 9 décembre 2010, requête no 16327/05, par. 61 ; *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, requête no 46410/99, par. 57 ; *Benhebbba c. France* du 10 juillet 2003, requête no 53441/99, par. 34.

⁴⁸ Arrêts de la CourEDH *Üner c. Pays-Bas* du 18 octobre 2006, requête no 46410/99, par. 58 ; *Keles c. Allemagne* du 27 octobre 2005, requête no 32231/02, par. 58.

⁴⁹ Comparer les arrêts de la CourEDH *Bousarra c. France* du 23 septembre 2010, requête no 25672/07, par. 46 et *Gezginci c. Suisse* du 9 décembre 2010, requête no 16327/05.

⁵⁰ Arrêt de la CourEDH *Bousarra c. France* du 23 septembre 2010, requête no 25672/07, par. 46.

⁵¹ Arrêt de la CourEDH *Gezginci c. Suisse* du 9 décembre 2010, requête no 16327/05, par. 68 à 71.

⁵² Arrêts de la CourEDH *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, requête no 42034/04, par. 84 et *Emre c. Suisse (no 2)* du 11 octobre 2011, requête no 5056/10 ; *Keles c. Allemagne* du 27 octobre 2005, requête no 32231/02.

⁵³ Voir par exemple arrêts de la CourEDH *Kaya c. Allemagne* du 28 juin 2007, requête no 31753/02 où l'expulsion d'un immigré né sur le territoire est jugée proportionnée en raison de la gravité de l'infraction et de la possibilité de limiter dans le temps

2.4 Mineurs

16. Si la durée du séjour dans un pays donné ne joue désormais qu'un rôle secondaire dans l'appréciation de la proportionnalité de la mesure d'éloignement, il en va en revanche autrement du statut de mineur. Pour la Cour en effet, seules des raisons particulièrement convaincantes peuvent justifier l'expulsion d'une personne mineure, qui plus est lorsqu'elle est renvoyée seule, et ce quel que soit le degré d'intégration du mineur dans le pays hôte.⁵⁴ La gravité des infractions doit être minutieusement examinée et mise en balance avec l'intérêt du jeune.⁵⁵

17. Le fait que les infractions aient été commises pendant la minorité constitue aussi un facteur qui penche en faveur de la personne concernée par la mesure d'expulsion, même si celle-ci intervient une fois la personne devenue majeure⁵⁶ ou que les actes de délinquance se sont poursuivis à la majorité.⁵⁷ L'âge n'est pas prépondérant au point de contrebalancer la gravité de l'infraction,⁵⁸ mais est un facteur pour déterminer la gravité de ladite infraction ainsi que pour apprécier l'ensemble des critères.⁵⁹ Si au final les infractions sont jugées de peu d'importance et que par ailleurs la personne est immigrée depuis longtemps dans le pays hôte, une expulsion ne sera pratiquement pas justifiable.⁶⁰ La marge d'appréciation des Etats parties est d'autant plus étroite qu'ils doivent privilégier avant tout la réintégration du délinquant, au même titre que lorsqu'il s'agit de mineurs délinquants nationaux, en vertu de l'art. 40 de la Convention des droits de l'enfant.⁶¹

l'ordre d'expulsion ; *Ezzouhdi c. France* du 13 février 2001, requête no 47160/99, par. 34 où la gravité de l'infraction est qualifiée d'élément essentiel pour juger de la proportionnalité d'une mesure d'expulsion. Voir cependant arrêt de la CourEDH *Shala c. Suisse* du 15 novembre 2012, requête no 52873/09 où la gravité de l'infraction est discutable et l'expulsion jugée néanmoins proportionnée.

⁵⁴ Arrêts de la CourEDH *Maslov c. Autriche* du 23 juin 2008, requête no 1638/03, par. 75 ; *Jakupovic c. Autriche* du 6 février 2003, requête no 36757/97, par. 29.

⁵⁵ Arrêt de la CourEDH *Jakupovic c. Autriche* du 6 février 2003, requête no 36757/97, par. 30.

⁵⁶ Arrêt de la CourEDH *Moustaquim c. Belgique* du 18 février 1991, requête no 12313/86, par. 44.

⁵⁷ Arrêt de la CourEDH *Emre c. Suisse* du 22 mai 2008, requête no 42034/04.

⁵⁸ Arrêts de la CourEDH *Maslov c. Autriche* du 23 juin 2008, requête no 1638/03, par. 85 ; *Bouchelkia c. France* du 29 janvier 1997, requête no 23078/93, par. 51.

⁵⁹ Arrêts de la CourEDH *Maslov c. Autriche* du 23 juin 2008, requête no 1638/03, par. 72 ; *Yildiz c. Autriche* du 31 octobre 2002, requête no 37295/97, par. 45.

⁶⁰ Arrêt de la CourEDH *Maslov c. Autriche* du 23 juin 2008, requête no 1638/03, par. 84.

⁶¹ Arrêt de la CourEDH *Maslov c. Autriche* du 23 juin 2008, requête no 1638/03, par. 83.

2.5 Refus d'entrer ou de séjourner (regroupement familial)

2.5.1 Pratique de la CourEDH

18. Deux principes clefs peuvent résumer la position de la CourEDH en matière de regroupement familial : la Convention ne confère par le droit de choisir le lieu de la poursuite ou de l'établissement d'une vie familiale⁶² et par conséquent il n'existe pas d'obligation générale à charge des Etats de respecter le choix du pays de résidence des couples mariés et d'autoriser le regroupement familial sur son territoire.⁶³

19. Ce sont donc les circonstances particulières, mises en balance avec l'intérêt général, qui permettent de savoir dans quelle mesure l'Etat a l'obligation d'admettre sur son territoire les membres de la famille d'un immigré installé.⁶⁴

20. Parmi les éléments dont la Cour tient compte pour apprécier les « circonstances particulières », on notera particulièrement la possibilité ou non de mener la vie familiale ailleurs que dans l'Etat hôte.⁶⁵ La Cour met en balance l'intérêt de l'Etat à contrôler l'immigration et les désavantages que la poursuite d'une vie familiale dans le pays d'origine ou dans un autre pays impliquerait.⁶⁶ Lorsqu'il s'agit de la réunification d'enfants avec leurs parents, les critères supplémentaires suivants sont examinés : l'âge des enfants concernés par le regroupement, leur situation dans le pays d'origine, notamment les liens sociaux et culturels développés et la présence d'un entourage pouvant prendre soin d'eux,

⁶² Arrêts de la CourEDH *Slivenko c. Lettonie* du 9 octobre 2003, requête no 48321/99, par. 97 ; *Abdulaziz Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, requêtes nos 9214/80, 9473/81, 9474/81, par. 68.

⁶³ Arrêts de la CourEDH *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays Bas* du 31 janvier 2006, requête no 50435/99, par. 39 ; *Tuquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2005, requête no 60665/00, par. 43 ; *Ahmut c. Pays Bas* du 28 novembre 1996, requête no 21702/93, par. 67 ; *Gül c. Suisse* du 19 février 1996, requête no 23218/94, par. 38.

⁶⁴ Arrêts de la CourEDH *Tuquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2005, requête no 60665/00, par. 43 ; *Ahmut c. Pays Bas* du 28 novembre 1996, requête no 21702/93, par. 67 ; *Gül c. Suisse* du 19 février 1996, requête no 23218/94, par. 38.

⁶⁵ Arrêts de la CourEDH *Gül c. Suisse* du 19 février 1996, requête no 23218/94, par. 41 à 42 ; *Abdulaziz Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, requêtes nos 9214/80, 9473/81, 9474/81, par. 68. Le Juge MARTENS a vivement critiqué dans son opinion dissidente relative à l'arrêt *Gül* l'application de cette condition sans distinction entre les immigrés ayant laissé une famille derrière eux (cas *Gül*) et ceux qui souhaitent créer une famille dans le pays d'accueil (cas *Abdulaziz*), distinction pourtant sous-jacente à l'arrêt *Abdulaziz*.

⁶⁶ Décision de la CourEDH *Benamar c. Pays-Bas* du 5 avril 2005, requête no 43786/04, p. 8 ; arrêt de la CourEDH *Sen c. Pays-Bas* du 21 décembre 2001, requête no 31465/96, par. 40.

et le degré de dépendance aux parents.⁶⁷ Comme l'ensemble de ces critères le montre, l'approche de la Cour est plutôt restrictive puisqu'elle part non d'un droit de la personne à vivre sa vie familiale mais d'une exception en cas d'impossibilité de développer une vie familiale ailleurs.

2.5.2 Pratique du Tribunal fédéral

21. Le Tribunal fédéral estime que l'art. 8 CEDH peut fonder un droit au regroupement familial dans certaines situations.⁶⁸ Ce droit est cependant, en principe,⁶⁹ soumis à la réalisation d'une condition particulière : une personne ne peut se prévaloir de l'art. 8 CEDH pour rejoindre un membre de sa famille en Suisse ou rester auprès de lui que si ce dernier possède la nationalité suisse, un permis d'établissement ou un droit de séjour certain, soit un droit de séjour durable en Suisse.⁷⁰ L'art. 8 CEDH ne saurait donc fonder à lui seul un droit de séjour ou le droit de choisir son lieu de vie.⁷¹

22. A l'origine circonscrite à la question de l'octroi d'un droit de séjour et développée pour des raisons procédurales, cette condition s'est peu à peu imposée dans la jurisprudence fédérale et la pratique des autorités jusqu'à restreindre la titularité de l'art. 8 CEDH aux seules personnes dont les proches jouissent d'un droit de séjour certain. Les récents arrêts *Kimfe* et *Agraw*⁷² ainsi que *Gezginci*⁷³ rendus par la CourEDH confirment pourtant que l'applicabilité de l'art. 8 CEDH ne saurait être conditionnée au droit de séjour des membres de la famille de celui ou celle qui l'invoque. Dans les affaires *Kimfe* et *Agraw*, la CourEDH a en effet constaté une violation de l'art. 8 CEDH dans le chef de requérantes d'asile déboutées à qui le droit de rejoindre leur conjoint dans un

⁶⁷ Arrêts de la CourEDH *Tuquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2005, requête no 60665/00, par. 44 ; *Sen c. Pays-Bas* du 21 décembre 2001, requête no 31465/96, par. 37.

⁶⁸ ATF 109 Ib 183 (*Reneja*), in : JdT 1985 I 595.

⁶⁹ Dans des circonstances exceptionnelles, le Tribunal fédéral a pu reconnaître l'applicabilité de l'art. 8 CEDH en l'absence d'un droit de séjour assuré au sens de la jurisprudence classique : arrêt du TF 2C_639/2012 du 13 février 2013 ; ATF 139 I 37 ; ATF 130 II 281.

⁷⁰ ATF 135 I 143, in : RDAF 2010 I 344 (rés.) ; 130 II 281 ; 116 Ib 353, in : JdT 1992 I 239 ; 109 Ib 183 (*Reneja*), in : JdT 1985 I 595.

⁷¹ ATF 139 I 37 consid. 3.5.1.

⁷² Arrêts de la CourEDH *Mengesha Kimfe c. Suisse* du 29 juillet 2010, requête no 24404/05 ; *Agraw c. Suisse* du 29 juillet 2010, requête no 3295/06. A noter qu'en entrant en matière dans l'arrêt *Gül c. Suisse* du 19 février 1996, requête no 23218/94, la Cour remettait déjà incidemment en question cette pratique.

⁷³ Arrêt de la CourEDH *Gezginci c. Suisse* du 9 décembre 2010, requête no 16327/05. Voir cependant arrêt du TF 2C_1010/2011 du 31 janvier 2012 qui refuse de voir dans l'arrêt *Gezginci* une règle de principe quant à la possibilité d'invoquer l'art. 8 CEDH en cas de séjour irrégulier sur le territoire.

autre canton que le canton auquel elles avaient été attribuées avait été refusé. Les autorités avaient expressément considéré que les requérantes ne pouvait se prévaloir de l'art. 8 CEDH, ni elles ni leurs conjoints ne jouissant d'un droit de présence durable sur le territoire suisse.⁷⁴ La réponse de la Cour est sans appel : les requérantes et leur époux relèvent de la juridiction de l'Etat défendeur (art. 1 CEDH) qui doit dès lors leur reconnaître les droits et libertés inscrits dans la Convention.⁷⁵

23. De manière plus générale, selon le Tribunal fédéral, les enfants ne sont autorisés à rejoindre leur(s) parent(s)⁷⁶ que s'ils sont mineurs, que leur(s) parent(s) bénéficient du droit de séjour durable précité et que les liens noués sont étroits et effectifs.⁷⁷ Le descendant majeur ne sera admis qu'en cas de rapports de dépendance particulier en raison d'un handicap ou d'une maladie grave.⁷⁸ Le Tribunal fédéral entend de plus par « famille » la famille nucléaire ; les concubins ne sont qu'exceptionnellement habilités à invoquer l'art. 8 CEDH,⁷⁹ tandis que les couples homosexuels ne peuvent revendiquer que la protection de la vie privée.⁸⁰

24. Le Tribunal fédéral a longtemps estimé que l'art. 8 CEDH n'était pas violé en cas de refus d'accorder un droit de séjour au parent de l'enfant disposant d'un droit de séjour certain en Suisse dès lors qu'il pouvait raisonnablement être exigé que la vie familiale se poursuive à l'étranger (cas dit du regroupement inversé). Très critiquée en ce qu'elle impliquait dans les faits le renvoi d'enfants suisses de leur propre territoire, cette jurisprudence a été abandonnée au profit d'une pesée des intérêts au sens de l'art. 8 par. 2 CEDH, qui prend notamment en compte l'intérêt supérieur de l'enfant.⁸¹

⁷⁴ Arrêts de la CourEDH *Mengesha Kimfe c. Suisse* du 29 juillet 2010, requête no 24404/05, par. 22 ; *Agraw c. Suisse* du 29 juillet 2010, requête no 3295/06, par. 55.

⁷⁵ Arrêts de la CourEDH *Mengesha Kimfe c. Suisse* du 29 juillet 2010, requête no 24404/05, par. 61 ; *Agraw c. Suisse* du 29 juillet 2010, requête no 3295/06.

⁷⁶ Le regroupement familial « partiel » est plus souvent envisageable depuis que la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr ; RS 142.20) est entrée en vigueur : ATF 136 II 78. Pour la pratique antérieure, voir : ATF 133 II 6 ; 125 II 633, in : JdT 2001 I 331.

⁷⁷ ATF 130 II 281.

⁷⁸ ATF 120 Ib 257, in : JdT 1996 I 306.

⁷⁹ Arrêt du TF 2C_97/2010 du 4 novembre 2010 consid. 3.

⁸⁰ ATF 126 II 425, in : JdT 2002 I 362.

⁸¹ ATF 137 I 247, in : RDAF 2012 I 409 (rés.) ; 136 I 285 ; 135 I 153, in : RDAF 2010 I 351 (rés.) ; 135 I 143, in : RDAF 2010 I 344 (rés.).

3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions

25. L'art. 17 du Pacte ONU II⁸² est le pendant de l'art. 8 CEDH au niveau international. L'art. 23 du Pacte ONU II pose par ailleurs le principe de la protection de la famille en tant qu'institution, ce qui comprend selon le Comité des droits de l'homme le droit au regroupement familial.⁸³ Tout comme la CEDH, le Pacte ONU II ne reconnaît pas le droit d'entrer ou de séjourner sur le territoire d'un Etat partie, mais, tout comme la CourEDH en lien avec l'art. 8 CEDH, le Comité des droits de l'homme estime qu'une mesure d'éloignement ou un refus d'entrer peut porter atteinte aux dispositions précitées.⁸⁴ Le Comité considère que le seul fait qu'un des membres de la famille ait le droit de rester sur le territoire n'entraîne pas automatiquement une ingérence dans la vie familiale en cas d'éloignement d'un des membres ; il faut aussi que la vie familiale soit profondément bouleversée. Une ingérence sera ensuite jugée contraire à l'art. 17 du Pacte si elle est arbitraire. Le Comité procède à une mise en balance des intérêts en présence, tout en reconnaissant une large marge d'appréciation aux Etats parties.

26. L'art. 16 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE)⁸⁵ protège la vie privée et familiale des enfants en des termes calqués sur ceux de l'art. 17 du Pacte ONU II. L'art. 10 de la CDE concerne quant à lui spécifiquement la question du regroupement familial et de l'éloignement. Sans conférer un droit inconditionnel à la réunification des enfants avec leurs parents, cette disposition enjoint les Etats parties à « considérer avec humanité » toute demande aux fins de regroupement familial (par. 1). La Suisse a formulé une réserve à ce paragraphe, la législation suisse ne garantissant pas le regroupement familial à certaines catégories d'étrangers.⁸⁶

27. La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant⁸⁷ charge les Etats contractants d'ordonner le retour de l'enfant enlevé (art. 12) sauf si certaines conditions sont réunies (art. 13). La mise en œuvre des obligations issues de cette Convention peut être incompatible avec celles incombant aux Etats en vertu de l'art. 8 CEDH. Sou-

⁸² Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

⁸³ Comité des droits de l'homme, communication *Ngambi et Nébol c. France* du 16 juillet 2004 (CCPR/C/81/D/1179/2003).

⁸⁴ Comité des droits de l'homme, communications *Madafferi c. Australie* du 26 août 2004 (CCPR/C/81/D/1011/2001) ; *Winata c. Australie* du 16 août 2001 (CCPR/C/72/D/930/2000).

⁸⁵ Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997 (RS 0.107).

⁸⁶ RO 1998 2053.

⁸⁷ Entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1984 (RS 0.211.230.02).

vent confrontée à cette question,⁸⁸ la CourEDH considère que l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 CDE) est l'élément qui permet de délimiter ces obligations concurrentes et de trouver un équilibre. La remarque est d'ailleurs valable plus généralement : pour la Cour, l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer dans toutes les décisions les concernant.⁸⁹

28. A noter enfin que plusieurs textes non contraignants du Conseil de l'Europe visent spécifiquement les immigrés de longue durée et la question du regroupement familial.⁹⁰ Le Comité des Ministres enjoint notamment les Etats parties à respecter le principe de proportionnalité et les critères développés par la jurisprudence de la CourEDH en matière d'expulsion. Sur le principe, les immigrés nés sur le territoire ou qui y ont été admis avant l'âge de 10 ans ne devraient pas être expulsés après l'âge de 18 ans.

⁸⁸ Voir la longue liste d'arrêts mentionnée dans l'arrêt de la CourEDH *Carlson c. Suisse* du 6 novembre 2008, requête no 49492/06, par. 68.

⁸⁹ Arrêt de la CourEDH *Neulinger et Shuruk c. Suisse* du 6 juillet 2010, requête no 41615/07, par. 135 ; voir ATF 137 III 332 pour les suites nationales données à cet arrêt.

⁹⁰ Recommandations (2002)4 du Comité des Ministres du 26 mars 2002 sur le statut juridique des personnes admises au regroupement familial ; (2000)15 du Comité des Ministres du 13 septembre 2000 sur la sécurité de résidence des immigrés de longue durée ; (84)9 du Comité des Ministres du 20 mars 1984 sur les migrants de deuxième génération. Voir aussi : recommandation 1504(2001) de l'Assemblée parlementaire du 14 mars 2001 sur la non-expulsion des immigrés de longue durée.

Art. 12

Droit au mariage **A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.**

Table des matières

1. Travaux législatifs et projets en cours.....	44
2. Analyse	45
2.1 Rapport entre les articles 12 et 8 CEDH.....	45
2.2 Droit de se marier et de fonder une famille	45
2.3 Article 12 CEDH et refus d'entrer sur le territoire ou expulsion	46
2.4 Article 12 CEDH et réglementation des mariages des	
ressortissants étrangers	47
3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions	48

Bibliographie spécifique

LUCIUS CAFLISCH, Marriage and family in the case-law of the European Court of human rights, in : Estudios de derecho internacional, en homenaje al Professor Ernesto Rey Caro, Cordoba 2002, pp. 925 à 940 ; MARTINA CARONI/SIMON SCHÄDLER, Lex Brunner und EMRK, in : Asyl, 2011, Vol. 26, no 4, pp. 23 à 26 ; THOMAS GEISER/MARC BUSSLINGER, Ausländische Personen als Ehepartner und registrierte Partnerinnen, in : PETER UEBERSAX et al. (éd.), Ausländerrecht, eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz von A(syl) bis Z(ivilrecht), Bâle 2009, pp. 657 à 722 ; PHILIPPE MEIER/LAURA CARANDO, Pas de mariage en cas de séjour irrégulier en Suisse ?, in : Jusletter du 14 février 2011, pp. 1 à 8 ; JORG PAUL MÜLLER, Bekämpfung von Scheinehen im Konflikt mit der Ehefreiheit : zur Umsetzung der parlamentarischen Initiative Toni Brunner, in : Asyl, 2009, Vol. 24, no 4, pp. 14 à 16 ; MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN, Le droit au mariage et à la famille : analyse critique des restrictions, in : La pratique du droit de la famille, 2011, Vol. 12, no 3, pp. 589 à 631 ; ANDREAS R. ZIEGLER, Les notions de famille et du mariage dans la pratique du juge européen, in : DENIS PIOTET/DENIS TAPPY (éd.), L'arbre de la méthode et ses fruits civils, recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Berne 2006, pp. 333 à 344.

1. Travaux législatifs et projets en cours

- Message du 4 mars 1974 concernant la CEDH, FF 1974 I 1020 ss

2. Analyse

2.1 Rapport entre les articles 12 et 8 CEDH

1. De par ses termes, l'art. 12 CEDH entretient des liens étroits avec l'art. 8 CEDH. La notion de vie familiale de l'art. 8 CEDH est cependant plus large que la famille protégée par l'art. 12 CEDH : le mariage donnant en principe naissance à une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH, l'art. 12 CEDH s'efface au profit de l'art. 8 CEDH une fois le couple marié. De même, une fois les enfants nés, la relation entre les parents et leurs enfants ne relève plus du droit de fonder une famille, mais du droit à mener une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH.¹

2. Cette relation explique que l'art. 12 CEDH ne soit guère plus invoqué pour s'opposer à une mesure d'expulsion ou à un refus d'entrer sur le territoire. Cette disposition pourrait par contre connaître un regain de vitalité en lien avec les législations des Etats membres relatives aux mariages des ressortissants étrangers, toujours plus restrictives.

2.2 Droit de se marier et de fonder une famille

3. L'art. 12 CEDH garantit le droit fondamental de se marier et de fonder une famille. Formulé en termes absolus, au contraire de la plupart des dispositions de la Convention, l'art. 12 CEDH est néanmoins limité à plusieurs égards. Premièrement, il ne protège que le mariage dit traditionnel, soit l'union d'un homme et d'une femme. Si le mariage homosexuel en est exclu,² la notion d'homme et de femme n'a pas à être comprise en termes uniquement biologiques.³ Deuxièmement, l'art. 12 CEDH réserve le mariage aux personnes ayant atteint l'âge nubile, tel que fixé par la législation nationale. Enfin, il renvoie aux lois nationales en ce qui a trait à l'exercice des droits protégés par cette disposition. Cette disposition laisse donc une large marge d'appréciation aux Etats parties, limitée par l'impératif que leur législation ne restreigne ou ne réduise pas le droit d'une manière ou à un degré qui l'atteindrait dans sa substance même.⁴

¹ Arrêt de la CourEDH *P., C. et S. c. Royaume-Uni* du 16 juillet 2002, requête no 56547/00, par. 142.

² Arrêt de la CourEDH *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, requête no 30141/04.

³ Arrêt de la CourEDH *Goodwin c. Royaume-Uni* du 27 mars 1996, requête no 17488/90, par. 100.

⁴ Arrêts de la CourEDH *Munoz Diaz c. Espagne* du 8 décembre 2009, requête no 49151/07, par. 78 ; *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, requête no 11329/85, par. 32 ; *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, requête no 9532/81, par. 50.

4. Sous l'angle de l'art. 12 CEDH, la Cour n'examine pas si une mesure est nécessaire et répond à un besoin social impérieux comme dans le cadre de l'art. 8 CEDH ; elle détermine plutôt si l'interférence est arbitraire ou disproportionnée. Les restrictions de fond ou de forme fixées par la législation nationale peuvent, par exemple, concerner l'interdiction de la polygamie, des mariages entre consanguins, la nécessité de prouver la capacité de discernement, une exigence de publication des bans ou une obligation de conclure un mariage civil avant une cérémonie religieuse.⁵ Une restriction générale au droit des prisonniers de se marier, du simple fait de leur statut de détenu, est cependant contraire à la Convention.⁶

5. L'art. 12 CEDH protège deux droits distincts : le droit de se marier, d'une part, et le droit de fonder une famille, d'autre part. La réalisation du deuxième n'est pas une condition à la jouissance du premier.⁷ Tout comme le droit de se marier, le droit de fonder une famille est soumis à la législation nationale, aussi longtemps que celle-ci ne porte pas atteinte à la substance du droit.

2.3 Article 12 CEDH et refus d'entrer sur le territoire ou expulsion

6. Si un couple est déjà marié, l'art. 12 CEDH n'impose pas aux Etats membres de respecter leur choix du lieu de résidence ou de faciliter l'installation du conjoint sur le territoire de l'Etat partie.⁸ Si un couple n'est pas encore marié, l'art. 12 CEDH ne peut être invoqué avec succès à l'encontre d'un refus d'entrer sur le territoire que si les personnes rendent plausibles qu'elles ont des plans concrets de se marier et qu'on ne peut attendre d'elles qu'elles les réalisent dans un autre pays.⁹ En effet, le droit de se marier n'implique pas le droit de choisir le lieu du mariage.¹⁰

⁵ Arrêt de la CourEDH *Jaremovicz c. Pologne* du 5 janvier 2010, requête no 24023/03, par. 49 ; rapport de la CommEDH *Hamer c. Royaume-Uni* du 13 décembre 1979, requête no 7114/75, par. 62.

⁶ Arrêt de la CourEDH *Jaremovicz c. Pologne* du 5 janvier 2010, requête no 24023/03, par. 53 ; rapport de la CommEDH *Hamer c. Royaume-Uni* du 13 décembre 1979, décisions et rapports no 24.

⁷ Arrêt de la CourEDH *Goodwin c. Royaume-Uni* du 27 mars 1996, requête no 17488/90, par. 43.

⁸ Décisions de la CommEDH *Yavuz c. Autriche* du 16 janvier 1996, requête no 25050/94 ; *A.K. c. Royaume-Uni* du 6 janvier 1993, requête no 20100/92 ; arrêt de la CourEDH *Abdulaziz Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, requêtes nos 9214/80, 9473/81, 9474/81, par. 68.

⁹ Décision de la CourEDH *Walter c. Italie* du 11 juillet 2006, requête no 18059/06, p. 4 ; décision de la CommEDH *X. c. République fédérale d'Allemagne* du 12 juillet 1976, requête no 7058/75, p. 138.

¹⁰ Décision de la CourEDH *Walter c. Italie* du 11 juillet 2006, requête no 18059/06.

2.4 Article 12 CEDH et réglementation des mariages des ressortissants étrangers

7. La crainte des mariages contractés en vue d'éviter les dispositions relatives au séjour conduit de plus en plus d'Etats à adopter des législations visant spécifiquement à empêcher les mariages de complaisance. La CourEDH juge licite qu'un Etat prenne des mesures tendant à lutter contre de tels mariages, en prescrivant des règles de fond ou de forme à respecter,¹¹ celles-ci relevant de la législation nationale au sens de l'art. 12 CEDH.

8. Cela étant, de telles réglementations ne doivent pas priver une catégorie entière de personnes de leur droit de se marier avec le partenaire de leur choix.¹² Une interdiction générale et automatique de se marier, imposée à une catégorie déterminée de personnes, sans distinction eu égard au sérieux et à la véracité de leur engagement, contrevient à l'art. 12 CEDH en ce qu'elle porte atteinte à l'essence de ce droit.¹³

9. L'art. 12 CEDH et les principes exposés dans l'arrêt *O'Donoghue* ont d'importantes répercussions pour l'interprétation de l'art. 98 al. 4 CC¹⁴ (voir également l'art. 5 al. 4 LPart).¹⁵ L'art. 98 al. 4 CC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, impose aux étrangers d'établir au cours de la procédure préparatoire du mariage la légalité de leur séjour en Suisse. Un délai doit être imparti aux fiancés pour produire l'autorisation de séjour nécessaire. A défaut de ce titre de séjour, la célébration du mariage ne peut avoir lieu. Cette disposition ne laisse aucune marge de manœuvre aux autorités et empêche par conséquent toute une catégorie de personnes d'exercer leur droit au mariage. Directement inspirés de l'arrêt *O'Donoghue*, les premiers jugements suisses relatifs à cette disposition, cantonaux¹⁶ et fédéraux,¹⁷ considèrent qu'une application générale, systématique et automatique de l'art. 98 al. 4 CC ne serait pas conforme aux

¹¹ Arrêts de la CourEDH *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni* du 14 décembre 2010, requête no 34848/07, par. 83, 87 ; *Jaremovicz c. Pologne* du 5 janvier 2010, requête no 24023/03, par. 49 ; décisions de la CommEDH *Klip et Krüger c. Pays-Bas* du 3 décembre 1997, requête no 33257/96, p. 66 ; *Sanders c. France* du 16 octobre 1996, requête no 31401/96, p. 160.

¹² Arrêt de la CourEDH *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni* du 14 décembre 2010, requête no 34848/07, par. 83.

¹³ Arrêt de la CourEDH *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni* du 14 décembre 2010, requête no 34848/07, par. 89.

¹⁴ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

¹⁵ Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (RS 211.231)

¹⁶ CDAP-VD GE.2011.0082 du 30 septembre 2011, in : FamPra.ch 2012 p. 149 ; décision de l'Office communal du canton de Zürich ZW/2011/1037/HL du 11 septembre 2011.

¹⁷ ATF 138 I 41 ; 137 I 351.

art. 12 CEDH et 14 Cst.¹⁸ Tandis que le Tribunal cantonal vaudois estime que l'art. 98 al. 4 CC n'est susceptible d'aucune interprétation conforme avec l'art. 12 CEDH,¹⁹ le Tribunal fédéral a quant à lui élaboré un raisonnement un peu différent. Selon lui, le système mis en place par l'art. 98 al. 4 CC peut effectivement s'avérer contraire à l'art. 12 CEDH²⁰ en cas de refus automatique et sans différenciation de l'accès au mariage à tous les étrangers séjournant illégalement en Suisse. Le Tribunal fédéral considère cependant que l'art. 98 al. 4 CC est susceptible d'une application raisonnable et proportionnée, respectueuse de l'art. 12 CEDH. D'après lui, les autorités administratives sont tenues de délivrer un titre de séjour en vue du mariage lorsqu'il n'y a pas d'indices d'abus et qu'il apparaît clairement que l'intéressé remplira les conditions d'une admission en Suisse après son mariage.²¹ Ce mécanisme permettrait de respecter à la fois la volonté du législateur suisse et la garantie internationale.

3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions

10. L'art. 23 par. 1 du Pacte ONU II²² protège l'institution de la famille, tandis que le par. 2 de cette disposition garantit le droit de se marier et de fonder une famille. Comme mentionné précédemment, le Comité des droits de l'homme considère qu'un droit au regroupement familial peut découler des art. 17 et 23 du Pacte ONU II lus conjointement.

¹⁸ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

¹⁹ CDAP-VD GE.2011.0082 du 30 septembre 2011, in : FamPra.ch 2012, p. 159.

²⁰ ATF 137 I 351 consid. 3.5.

²¹ ATF 137 I 351 consid. 3.7.

²² Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

Art. 13

Droit à un recours effectif Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

Table des matières

1. Travaux législatifs et projets en cours.....	49
2. Analyse	49
2.1 Généralités.....	49
2.2 Grief défendable.....	50
2.3 Instance nationale.....	51
2.4 Effectivité du recours	52
2.5 Auteur de la violation objet du droit à un recours effectif.....	54
3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions	54

Bibliographie spécifique

SYLVIE SAROLÉA, Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des art. 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, in : Revue trimestrielle des droits humains (ci-après : RTDH), 1999, Vol. 37, pp. 119 à 145 ; THOMAS SPIJKERBOER, Subsidiarity and 'arguability' : the European Court of human rights' case law on judicial review in asylum cases, in : International Journal of Refugee Law, 2009, Vol. 21, pp. 48 à 74.

1. Travaux législatifs et projets en cours

- Message du 4 mars 1974 concernant la CEDH, FF 1974 I 1020 ss

2. Analyse

2.1 Généralités

1. L'art. 13 CEDH est une garantie procédurale dépendante et autonome. Le droit à un recours effectif complète les dispositions de la Convention et ne peut être invoqué qu'en lien avec une disposition matérielle de la CEDH (absence d'indépendance). Le constat de violation de la disposition en question n'est en revanche pas requis, la présence d'un « grief défendable de violation » est suffisant pour que la Cour entre en matière (autonomie), contrairement à ce que le

libellé même de la disposition pourrait laisser entendre.¹ Ainsi l'art. 13 CEDH peut-il être violé alors même que la disposition matérielle invoquée initialement ne l'est pas.²

2. Puisque l'art. 13 CEDH n'est pas une clause indépendante, la garantie d'un recours effectif en matière de décisions relatives à l'entrée, au séjour ou à l'éloignement ne peut être revendiquée que si la dite décision porte atteinte à l'un des droits protégés par la Convention, soit un nombre limité d'hypothèses. Cela étant, l'art. 13 CEDH offre une protection bienvenue, l'art. 6 CEDH n'étant pas applicable aux mesures relatives au statut de l'étranger et aux mesures d'expulsion³ et les garanties procédurales de l'art. 1 du Protocole no 7 à la CEDH⁴ ayant une portée limitée.

3. L'art. 13 CEDH s'efface cependant au bénéfice de l'art. 1 du Protocole no 7 si celui-ci est applicable. Il en va de même lorsque d'autres dispositions plus spécifiques de la Convention prévoient un droit de recours (art. 5 par. 4 et 5 CEDH ; art. 6 par. 1 CEDH).⁵ A la suite d'un revirement de jurisprudence intervenu en 2000, l'art. 6 par. 1 CEDH dans son volet relatif à l'exigence d'un délai raisonnable ne constitue par contre plus une *lex specialis* par rapport à l'art. 13 CEDH. Le constat de violation de l'art. 6 par. 1 CEDH en raison d'un manquement à la condition du délai raisonnable ne dispense donc pas la Cour d'examiner le respect de l'art. 13 CEDH.⁶

2.2 Grief défendable

4. La seule allégation de violation de la Convention ne suffit pas pour déclencher l'application de l'art. 13 CEDH. Pour que le mécanisme de

¹ Arrêts de la CourEDH *Boyle et Rice c. Royaume-Uni* du 27 avril 1988, requêtes nos 9659/82, 9658/82, par. 52 ; *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, requête no 5029/71, par. 64.

² Arrêt de la CourEDH *Camenzind c. Suisse* du 16 décembre 1997, requête no 21353/93, par. 53. Sur cet arrêt : GIORGIO MALINVERNI, Variations sur un thème encore méconnu : l'art. 13 CEDH (observations sur l'arrêt *Camenzind* du 16 décembre 1997), in : RTDH, 1998, Vol. 35, pp. 647 à 657.

³ Arrêt de la CourEDH *Geleri c. Roumanie* du 15 février 2011, requête no 33118/05, par. 60.

⁴ Protocole no 7 du 22 novembre 1984 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales (RS 0.101.07).

⁵ Art. 5 par. 4 et 5 CEDH : arrêt de la CourEDH *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, par. 126. Art. 6 par. 1 CEDH : arrêt de la CourEDH *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, requête no 6289/73, par. 35.

⁶ Arrêt de la CourEDH *Kudla c. Pologne* du 26 octobre 2000, requête no 30210/96, par. 147 à 148. Sur cet arrêt : JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, Le droit à un recours effectif au secours de la règle du délai raisonnable : un revirement de jurisprudence historique (observations sur l'arrêt *Kudla* du 26 octobre 2000), in : RTDH, 2002, Vol. 9, pp. 179 à 201.

l'art. 13 CEDH s'impose à l'Etat, il faut que l'individu prétende de manière plausible avoir été victime d'une violation de la Convention, soit démontre qu'il a un « grief défendable ».⁷

5. La notion de « grief défendable » entretient des liens étroits avec les exigences relatives à la recevabilité des requêtes (art. 35 CEDH).⁸ Tout le système de la Convention repose en effet sur l'idée que les instances nationales sont à même de remédier aux violations alléguées de la Convention et que ce n'est qu'en cas de défaillance des recours nationaux, recours qui font l'objet de l'art. 13 CEDH, que les affaires devraient être portées devant la Cour (principe de subsidiarité). Si les notions de « requête manifestement mal fondée » et de « grief défendable » ne se recoupent pas entièrement – la première étant plus large que la seconde –, une requête déclarée manifestement mal fondée au sens de l'art. 35 CEDH ne contiendra pas, en principe, de « grief défendable ».⁹ Quant à l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes, autre condition de recevabilité, elle repose sur le postulat qu'il existe au niveau interne des recours à même de remédier à la violation alléguée de la Convention. Si toutefois de tels recours sont inexistantes ou qu'ils ne sont pas effectifs au sens de l'art. 13 CEDH, on ne saurait reprocher au requérant de ne pas les avoir utilisés avant de porter sa requête devant la Cour.¹⁰

2.3 Instance nationale

6. L'instance nationale visée par l'art. 13 CEDH n'a pas besoin d'être une instance judiciaire au sens strict. Elle doit cependant présenter certaines garanties procédurales, notamment d'indépendance et d'impartialité, et certains pouvoirs similaires à ceux d'un organe judiciaire, tels que celui de rendre des décisions obligatoires, pour que le recours devant elle soit jugé effectif.¹¹ Une double instance n'est pas requise.

⁷ Arrêts de la CourEDH *Boyle et Rice c. Royaume-Uni* du 27 avril 1988, requêtes nos 9659/82, 9658/82, par. 52 ; *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, requête no 9248/81, par. 77 ; *Silver et autres c. Royaume-Uni* du 25 mars 1983, requêtes nos 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, par. 113.

⁸ Arrêts de la CourEDH *Singh et autres c. Belgique* du 2 octobre 2012, requête no 33210/11, par. 59 à 61 ; *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999, requête no 25803/94, par. 74.

⁹ Arrêts de la CourEDH *Powell et Rayner c. Royaume-Uni* du 21 février 1990, requête no 9310/81, par. 33 ; *Boyle et Rice c. Royaume-Uni* du 27 avril 1988, requêtes nos 9659/82, 9658/82, par. 54.

¹⁰ Arrêt de la CourEDH *Aksoy c. Turquie* du 18 décembre 1996, requête no 21987/93, par. 51 à 52.

¹¹ Arrêts de la CourEDH *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, requête no 9248/81, par. 77 ; *Silver et autres c. Royaume-Uni* du 25 mars 1983, requêtes nos 5947/72,

2.4 Effectivité du recours

7. L'effectivité du recours s'apprécie ensuite à l'aune de plusieurs critères dégagés par la jurisprudence. Le premier concerne l'existence d'une voie de recours interne permettant de se prévaloir des dispositions de la Convention.¹² La Cour n'exige pas que la Convention soit directement invocable par les particuliers, mais l'art. 13 CEDH impose que le contenu de la Convention puisse être soumis à un contrôle judiciaire.¹³ Le deuxième critère a trait à l'adéquation du recours interne. L'autorité nationale doit avoir le pouvoir d'accorder une réparation appropriée.¹⁴ Enfin, la Cour juge de l'accessibilité de la voie de recours proposée.¹⁵ L'individu doit en particulier être à même de déclencher la procédure nationale et le recours doit être disponible « en droit comme en pratique », soit ne pas être entravé de manière injustifiée par les autorités.¹⁶ L'observation de délais et/ou une avance de frais judiciaires peuvent être admis, mais ne doivent pas être déraisonnables.¹⁷

8. Pour autant que ces critères soient respectés, l'art. 13 CEDH n'impose aucune forme particulière aux Etats parties à la Convention. Ceux-ci restent donc libres quant à la manière d'assurer la protection des droits garantis par la Convention.¹⁸ L'art. 13 CEDH n'est par ailleurs pas violé si l'ensemble des

6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, par. 113 à 115 ; *Klass et autres c. Allemagne* du 6 septembre 1978, requête no 5029/71, par. 67.

¹² Arrêt de la CourEDH *Baysakov et autres c. Ukraine* du 18 février 2010, requête no 54131/08, par. 70.

¹³ Arrêt de la CourEDH *Abdulaziz Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, requêtes nos 9214/80, 9473/81, 9474/81, par. 93.

¹⁴ Arrêts de la CourEDH *Jabari c. Turquie* du 11 juillet 2000, requête no 40035/98, par. 48 ; *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, requête no 14038/88, par. 120.

¹⁵ Arrêt de la CourEDH *Aksoy c. Turquie* du 18 décembre 1996, requête no 21987/93, par. 95 ss.

¹⁶ Arrêts de la CourEDH *I.M. c. France* du 2 février 2012, requête no 9152/09, par. 130 ; *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011, requête no 30696/09, par. 290 ; *Cakici c. Turquie* du 8 juillet 1999, requête no 23657/94, par. 112.

¹⁷ Voir à cet égard l'affaire *Kathiresu c. Suisse*, radiée du rôle en raison de l'octroi d'une admission provisoire en cours de procédure, mais qui mettait en cause les délais suisses : décision de la CourEDH *Kathiresu c. Suisse* du 18 mars 2010, requête no 16010/08.

¹⁸ Arrêts de la CourEDH *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, par. 145 ; *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* du 30 octobre 1991, requêtes nos 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87, par. 122 ; *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède* du 6 février 1976, requête no 5614/72, par. 50.

recours offerts remplit les conditions d'effectivité alors que pris isolément aucun des recours ne satisfait aux exigences de l'art. 13 CEDH.¹⁹

9. Lorsque un manquement à l'art. 13 CEDH est invoqué en combinaison avec un grief défendable fondé sur un risque avéré de violation de l'art. 2 ou 3 CEDH, les exigences posées sont plus strictes en raison du caractère irréversible de la violation si elle venait à se réaliser.²⁰ L'art. 13 CEDH impose dans les cas d'expulsion où un risque de traitement contraire à l'art. 3 CEDH est invoqué que le risque soit examiné en toute indépendance et de manière rigoureuse,²¹ qu'il ne soit pas tenu compte du comportement de l'intéressé dans cette appréciation²² et que l'examen soit conduit avec célérité.²³ La Cour déduit également de l'art. 13 CEDH couplé à l'art. 3 CEDH une obligation d'enquête impartiale et approfondie.²⁴ L'effectivité du recours requiert en outre, dans l'hypothèse des mesures d'expulsion, que l'autorité nationale puisse empêcher l'exécution de mesures contraires à la Convention.²⁵ Plus précisément, les recours contre les mesures d'éloignement, lorsqu'ils sont fondés sur le grief d'un risque de violation des art. 2 ou 3 CEDH tout du moins,²⁶ doivent être dotés d'un effet suspensif automatique.²⁷ Les transferts « Dublin » n'échappent pas à

¹⁹ Arrêts de la CourEDH *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011, requête no 30696/09, par. 289 ; *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, requête no 9248/81, par. 77.

²⁰ Arrêts de la CourEDH *Muminov c. Russie* du 11 décembre 2008, requête no 42502/06, par. 101 ; *Aksoy c. Turquie* du 18 décembre 1996, requête no 21987/93, par. 98 ; *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, par. 151.

²¹ Arrêts de la CourEDH *Diallo c. République tchèque* du 23 juin 2011, requête no 20493/07, par. 74 ; *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie* du 22 septembre 2009, requête no 30471/08, par. 108 ; *Muminov c. Russie* du 11 décembre 2008, requête no 42502/06, par. 101.

²² Arrêts de la CourEDH *Baysakov et autres c. Ukraine* du 18 février 2010, par. 71 ; *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, requête no 22414/93, par. 151.

²³ Arrêt de la CourEDH *I.M. c. France* du 2 février 2012, requête no 9152/09, par. 134.

²⁴ Arrêt de la CourEDH *Aksoy c. Turquie* du 18 décembre 1996, requête no 21987/93, par. 98.

²⁵ Arrêts de la CourEDH *Gebremedhin c. France* du 26 avril 2007, requête no 25389/05, par. 58 ; *Jabari c. Turquie* du 11 juillet 2000, requête no 40035/98, par. 50.

²⁶ Mais pas de l'art. 8 CEDH : arrêt de la CourEDH *Souza Ribeiro c. France* du 13 décembre 2012, requête no 22689/07, par. 83.

²⁷ Arrêts de la CourEDH *Singh et autres c. Belgique* du 2 octobre 2012, requête no 33210/11, par. 92 ; *Labsi c. Slovaquie* du 15 mai 2012, requête no 33809/08, par. 137 ; *I.M. c. France* du 2 février 2012, requête no 9152/09, par. 134 ; *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie* du 22 septembre 2009, requête no 30471/08, par. 108 ; *Muminov c. Russie* du 11 décembre 2008, requête no 42502/06, par. 101 ; *Gebremedhin c. France* du 26 avril 2007, requête no 25389/05, par. 58.

l'exigence d'effet suspensif.²⁸ La procédure de contrôle doit en outre permettre un examen approfondi et complet des risques encourus en cas de renvoi.²⁹

2.5 Auteur de la violation objet du droit à un recours effectif

10. Hormis la précision selon laquelle le droit à un recours effectif s'applique aussi lorsque la violation alléguée a été commise par des « personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles », l'art. 13 CEDH ne dit rien sur l'auteur de la violation objet du droit à un recours effectif. Les précisions suivantes peuvent être apportées. Premièrement, l'art. 13 CEDH ne s'étend pas aux actes du législateur. Pour la Cour, on ne saurait en effet interpréter l'art. 13 CEDH comme exigeant un recours à l'encontre des lois nationales.³⁰ Deuxièmement, l'art. 13 CEDH ne s'étend pas aux actes des juridictions puisqu'il n'exige pas de double instance. En résumé, l'exigence d'un recours effectif s'impose à l'égard de tout acte de l'exécutif, mais non du législatif et du judiciaire.

3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions

11. L'obligation d'enquête effective en cas d'allégation de torture que la CourEDH déduit de l'art. 13 CEDH dans le contexte de la Convention³¹ s'impose directement aux Etats parties à la Convention contre la torture³² en vertu de son art. 12.

²⁸ Arrêt de la CourEDH *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011, requête no 30696/09, par. 385 ss. Voir pour la position suisse ATAF 2010/1.

²⁹ Arrêt de la CourEDH *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011, requête no 30696/09, par. 388 à 389. Voir pour la position européenne arrêt de la CJUE du 21 décembre 2011 C-411/10 et C-493/10 *N.S. c. Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres c. Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, destiné à la publication au Recueil. D'après la CJUE, les Etats parties au système de Dublin ne doivent pas transférer un demandeur d'asile vers « l'Etat membre responsable » au sens du Règlement 343/2003 lorsqu'il existe des risques sérieux et avérés de croire que la personne courra un risque réel d'être soumis à un traitement inhumain ou dégradant. Aucune présomption irréfragable de respect des droits de l'homme ne saurait être appliquée dans le cadre du Règlement 343/2003.

³⁰ Arrêts de la CourEDH *Lithgow et autres c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1986, requêtes nos 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, par. 206 ; *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, requête no 9248/81, par. 77.

³¹ Arrêts de la CourEDH *Kaya c. Turquie* du 19 février 1998, requête no 22729/93, par. 107 ; *Aksoy c. Turquie* du 18 décembre 1996, requête no 21987/93, par. 98.

³² Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (RS 0.105).

12. La Convention relative au statut des réfugiés³³ ne contient aucune disposition sur la procédure d'asile et les garanties procédurales dont devraient bénéficier les demandeurs d'asile. Le Comité exécutif du Haut Commissaire pour les réfugiés a cependant édicté des lignes directrices sur le sujet.³⁴ Ces documents internationaux sont renforcés au niveau du Conseil de l'Europe par plusieurs textes émanant du Comité des ministres et de l'Assemblée parlementaire.³⁵

13. L'art. 2 par. 3 let. a du Pacte ONU II³⁶ contient une garantie procédurale similaire dans sa formulation et son fonctionnement à celle de l'art. 13 CEDH dont il est directement inspiré. Les let. b et c du même paragraphe sont par contre beaucoup plus détaillées que le texte européen.

³³ Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30).

³⁴ Voir en particulier : Comité exécutif du HCR, conclusion no 8 (XXVIII) 1977 sur la détermination du statut de réfugié du 12 octobre 1977, disponible sur : www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c5e14.html.

³⁵ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Lignes directrices du 1^{er} juillet 2009 sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des procédures d'asile accélérées ; Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, recommandations 1236 du 12 avril 1994 relative au droit d'asile, 1327 du 24 avril 1997 relative à la protection et au renforcement des droits de l'homme des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe et 1727 du 7 octobre 2005 relative aux procédures d'asile accélérées dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.

³⁶ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

Art. 14

Interdiction de discrimination La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

Table des matières

1. Travaux législatifs et projets en cours.....	56
2. Analyse	56
2.1 Généralités.....	56
2.2 Notion de discrimination	58
2.3 Discrimination entre non-ressortissants.....	60
2.4 Discrimination entre nationaux et non-ressortissants	61
3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions	62

Bibliographie spécifique

SAMANTHA BESSON, Evolutions in non-discrimination law within the ECHR and the ESC systems, in : American Journal of Comparative Law, 2012, Vol. 40, no 1, pp. 147 à 180 ; JEAN-YVES CARLIER, Le droit des étrangers en Europe : la lente évolution du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, in : Annales d'études européennes de l'Université catholique du Louvain, 2000, pp. 189 à 209 ; JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, L'étranger, entre souveraineté nationale et droits de l'homme, in : JEAN-YVES CARLIER (dir.), L'étranger face au droit : XX^{es} journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles 2010, pp. 45 à 74.

1. Travaux législatifs et projets en cours

- Message du 4 mars 1974 concernant la CEDH, FF 1974 I 1020 ss
- Motion FRANZISKA TEUSCHER 00.3674 déposée le 13 décembre 2000, BO 2002 CN 74

2. Analyse

2.1 Généralités

1. L'art. 14 CEDH est une clause d'interdiction de la discrimination dépendante, autonome, subsidiaire et non-exhaustive. L'interdiction de la discrimina-

tion énoncée par l'art. 14 CEDH ne s'étend qu'à la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention. Par conséquent, l'art. 14 CEDH ne peut être valablement invoqué que si les faits tombent sous l'empire d'une des dispositions de la Convention ou de ses protocoles (absence d'indépendance).¹ La violation de la disposition matérielle n'est par contre pas un prérequis à l'examen d'une éventuelle discrimination (caractère autonome).² A l'inverse, la Cour ne procède pas à l'examen sous l'angle de l'art. 14 CEDH si elle a par ailleurs déjà constaté la violation de la disposition matérielle, considérant que la démarche serait répétitive sauf cas de claire inégalité de traitement (subsidiarité).³ Les termes « notamment » et « toute autre situation » indiquent enfin que la liste de critères énoncée n'est pas exhaustive,⁴ ce qui a permis à la CourEDH de reconnaître toute une série de critères non énumérés, dont la nationalité⁵ et le statut migratoire.⁶

2. L'absence d'indépendance de l'art. 14 CEDH constitue une limite importante à l'interdiction de la discrimination à laquelle le Protocole no 12 à la CEDH⁷ cherche à remédier. Le Protocole no 12 à la CEDH interdit désormais les discriminations dans la « jouissance de tout droit prévu par la loi » (art. 1). Seuls dix-huit Etats membres du Conseil de l'Europe ont à ce jour ratifié ce texte. La Suisse ne l'a pas encore signé, estimant qu'elle ne saurait le faire si elle ne peut en garantir la ratification ultérieure.⁸

3. Le manque d'indépendance de l'art. 14 CEDH est cependant d'ores et déjà atténué par le fait que l'interdiction de la discrimination s'étend à la jouissance des droits garantis par la Convention mais aussi à tout droit prévu en sus par la législation nationale dès lors que ces droits tombent sous l'empire d'une des

¹ Arrêts de la CourEDH *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, requête no 30078/06, par. 129 ; *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996, requête no 17371/90, par. 36 ; *Rasmussen c. Danemark* du 28 novembre 1984, requête no 8777/79, par. 29.

² Arrêt de la CourEDH *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique* du 23 juillet 1968, requêtes nos 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, par. 30.

³ Arrêts de la CourEDH *Timishev c. Russie* du 13 décembre 2005, requêtes nos 55762/00, 55974/00, par. 53 ; *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999, requêtes nos 33985/96, 33986/96, par. 115 ; *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, requête no 6289/73, par. 30.

⁴ Voir arrêt de la CourEDH *Glor c. Suisse* du 30 avril 2009, requête no 13444/04, par. 80.

⁵ Arrêt de la CourEDH *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996, requête no 17371/90.

⁶ Arrêt de la CourEDH *Bah c. Royaume-Uni* du 27 septembre 2011, requête no 56328/07, par. 45.

⁷ Protocole no 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 2000, STCE no 177, entré en vigueur le 1^{er} avril 2005.

⁸ Voir la réponse du Conseil fédéral à la motion TEUSCHER 00.3674.

dispositions de la Convention, ainsi qu'à toute mesure liée à l'exercice d'un droit garanti.⁹ C'est par ce biais que la Cour s'est prononcée sur l'éventuel caractère discriminatoire de mesures relevant du domaine de la politique sociale d'un Etat, de telles prestations pouvant relever du droit de propriété visé par l'art. 1 du Protocole no 1 à la CEDH¹⁰ ou de la garantie de la vie privée et familiale de l'art. 8 CEDH.¹¹ Le même raisonnement permet de faire entrer dans le champ d'application de l'art. 14 CEDH les règles relatives au droit de séjour et au regroupement familial en tant qu'elles ont un impact sur la vie privée et familiale des personnes visées.¹² Rappelons toutefois que la Suisse se refuse toujours à ratifier le Protocole no 1 à la CEDH.

2.2 Notion de discrimination

4. Il y a discrimination au sens de l'art. 14 CEDH lorsque des personnes placées dans des situations comparables sont traitées de manière différente sans justification objective et raisonnable, c'est-à-dire sans qu'il n'existe de but légitime à la mesure poursuivie ou de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». ¹³ Les Etats jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer dans quelle mesure des différences de traitement se justifient. Cette marge varie en fonction du contexte, du domaine et des circonstances de l'espèce. Les Etats jouissent par exemple d'une large marge d'appréciation dans le domaine social et fiscal,¹⁴ la Cour les estimant mieux à même de déterminer dans quelle mesure des différences de traitement doivent être mises en place. Toutefois, seules des « raisons particulièrement convaincantes » peuvent justifier une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe, l'orientation sexuelle, la naissance hors mariage, la « race »

⁹ Arrêt de la CourEDH *Niedzwiecki c. Allemagne* du 25 octobre 2005, requête no 58453/00, par. 30.

¹⁰ Arrêts de la CourEDH *Andrejeva c. Lettonie* du 18 février 2009, requête no 55707/00 ; *Koua Poirrez c. France* du 30 septembre 2003, requête no 40892/98 ; *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996, requête no 17371/90.

¹¹ Arrêts de la CourEDH *Saidoun c. Grèce* du 28 octobre 2010, requête no 40083/07 ; *Fawis c. Grèce* du 28 octobre 2010, requête no 40080/07 ; *Weller c. Hongrie* du 31 mars 2009, requête no 44399/05 ; *Okpiz c. Allemagne* du 25 octobre 2005, requête no 59140/00.

¹² Arrêt de la CourEDH *Hode et Abdi c. Royaume-Uni* du 6 novembre 2012, requête no 22341/09, par. 43.

¹³ Parmi beaucoup d'autres : arrêts de la CourEDH *Koua Poirrez c. France* du 30 septembre 2003, requête no 40892/98, par. 46 ; *Karlheinz Schmidt c. Allemagne* du 18 juillet 1994, requête no 13580/88, par. 24 ; *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique* du 23 juillet 1968, requêtes nos 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, par. 10.

¹⁴ Arrêt de la CourEDH *Pononyari c. Bulgarie* du 28 novembre 2011, requête no 5335/05, par. 52.

ou l'origine ethnique, la religion, mais aussi, et surtout, dans le contexte de ce commentaire, la nationalité.¹⁵

5. Sont contraires à l'art. 14 CEDH tant les discriminations directes qu'indirectes, soit les mesures qui en apparence neutre conduisent dans les faits à une discrimination.¹⁶ La reconnaissance de la figure de la discrimination indirecte est un pas important en matière de discrimination raciale ou fondée sur l'origine nationale ou ethnique, celles-ci se dissimulant souvent dans des clauses en apparence objectives et dans des dispositions relatives aux non-nationaux. Le glissement entre origine nationale et nationalité est d'ailleurs parfois relevé par la CourEDH.¹⁷ Enfin, un Etat manque aussi à ses obligations au titre de l'art. 14 CEDH s'il manque de différencier des situations sensiblement différentes.¹⁸

6. La CourEDH a durant longtemps appliqué le critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable » aux allégations de discrimination raciale.¹⁹ Constatant la difficulté à amener les éléments de preuve, en particulier en cas d'allégation de discrimination indirecte, la Cour a cependant peu à peu modifié son approche et allégé le fardeau de la preuve des requérants. Ainsi, la CourEDH considère désormais que « lorsqu'un requérant produit un commencement de preuve de discrimination relativement à l'effet d'une mesure ou d'une pratique, la charge de la preuve incombe ensuite à l'Etat défendeur, qui doit démontrer que la différence de traitement est justifiée ».²⁰

¹⁵ Arrêts de la CourEDH *Saidoun c. Grèce* du 28 octobre 2010, requête no 40083/07, par. 37 ; *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996, requête no 17371/90, par. 36.

¹⁶ Arrêt de la CourEDH *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007, requête no 57325/00, par. 184. Sur cet arrêt : EDOUARD DUBOUT, L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme : rénovation ou révolution? (observations sur l'arrêt *D. H* du 13 novembre 2007), in : *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (ci-après : RTDH), Bruxelles 2008, Vol. 75, pp. 821 à 856.

¹⁷ Arrêt de la CourEDH *Zeibek c. Grèce* du 9 juillet 2009, requête no 46368/06, par. 50.

¹⁸ Arrêt de la CourEDH *Thlimmenos c. Grèce* du 6 avril 2000, requête no 34369/97, par. 44.

¹⁹ Arrêts de la CourEDH *Nachova et autres c. Bulgarie* du 6 juillet 2005, requêtes nos 43577/98, 43579/98, par. 157 ; *Bekos et Koutropoulos c. Grèce* du 13 décembre 2005, requête no 15250/02, par. 65 ; *Vellkova c. Bulgarie* du 18 mai 2000, requête no 41488/98, par. 94. En cas de discrimination directe autre qu'une discrimination raciale, le requérant doit établir l'existence de la différence de traitement avant que la charge de la preuve ne passe au Gouvernement : arrêt de la CourEDH *Andrejeva c. Lettonie* du 18 février 2009, requête no 55707/00, par. 84.

²⁰ Arrêts de la CourEDH *Opuz c. Turquie* du 9 juin 2009, requête no 33401/02, par. 183 ; *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007, requête no 57325/00, par. 177 à 180 ; *Hugh Jordan* du 4 mai 2001, requête no 24746/94, par. 154 ; décision de la CourEDH *Hoogendijk c. Pays-Bas* du 6 janvier 2005, requête no 58461/00.

2.3 Discrimination entre non-ressortissants

7. De nombreuses différences de traitement existent dans tous les Etats parties à la Convention entre les non-ressortissants en fonction de leur statut sur le territoire et de leur nationalité. Ces différences entre « catégories » d'étrangers sont dans une certaine mesure admises au regard de l'interdiction de la discrimination. En particulier, la CourEDH considère que l'ordre juridique spécifique créé par l'Union européenne justifie les différences de traitement fondées sur la nationalité au sein de l'Union européenne entre les citoyens de l'UE et les ressortissants d'Etats tiers.²¹ La question qui se pose est de savoir si la Suisse, non partie à cet ordre juridique particulier, peut de la même manière justifier le traitement préférentiel réservé par les Accords bilatéraux aux ressortissants de l'UE. La doctrine²² est d'avis que les Accords bilatéraux créent aussi des relations particulières justifiant les privilèges accordés.

8. Au-delà du cas particulier des différences de traitement entre ressortissants de l'UE et ressortissants d'Etats tiers, la CourEDH considère que les différences de traitement fondées sur le statut migratoire exigent de sa part un contrôle moins strict des justifications avancées que les différences de traitement fondées sur la nationalité.²³ Leur conventionalité dépendra du domaine touché, de l'importance des droits concernés et bien sûr des motifs avancés pour les justifier.²⁴ A titre d'exemple, faire dépendre les frais de scolarité secondaire du statut migratoire a été jugé non-conforme à la CEDH,²⁵ tout comme refuser l'assistance judiciaire à une migrante illégale dans le cadre d'un procès en reconnaissance de paternité.²⁶ En revanche, la Cour admet que les « services et prestations sociales coûteux » puissent ne pas être accordés à certaines catégories d'étrangers.²⁷

9. Quelle que soit l'hypothèse envisagée, seules les différences fondées sur la nationalité ou le statut de l'étranger sur le territoire pourront être éventuelle-

²¹ Arrêt de la CourEDH *Moustaquim c. Belgique* du 18 février 1991, requête no 12323/86, par. 49.

²² MICHEL HOTTETIER/HANSPETER MOCK, Le Tribunal fédéral suisse et la « discrimination à rebours » en matière de regroupement familial, in : RTDH, 2003, Vol. 56, p. 1301 et les références.

²³ Arrêt de la CourEDH *Bah c. Royaume-Uni* du 27 septembre 2011, requête no 56328/07, par. 47.

²⁴ Arrêts de la CourEDH *Hode et Abdi c. Royaume-Uni* du 6 novembre 2012, requête no 22341/09, par. 52 à 56 ; *Niedzwiecki c. Allemagne* du 25 octobre 2005, requête no 58453/00, par. 33.

²⁵ Arrêt de la CourEDH *Ponomaryovi c. Bulgarie* du 28 novembre 2011, requête no 5335/05.

²⁶ Arrêt de la CourEDH *Anakomba Yula c. Belgique* du 10 mars 2009, requête no 45413/07.

²⁷ Arrêt de la CourEDH *Bah c. Royaume-Uni* du 27 septembre 2011, requête no 56328/07, par. 49.

ment admises : des discriminations fondées sur le sexe²⁸ ou sur l'état de santé (VIH)²⁹ entre étrangers ont par exemple été fermement condamnées par la Cour.

2.4 Discrimination entre nationaux et non-ressortissants

10. Nous l'avons dit, seules des considérations très fortes sont à même de justifier des différences de traitement entre nationaux et non-ressortissants fondées exclusivement sur la nationalité.³⁰ La Cour a notamment jugé dans plusieurs affaires où il était question de prestations sociales refusées aux non-nationaux qu'il n'y avait pas de justification objective et raisonnable si la seule raison à l'exclusion de ces prestations était la nationalité.³¹ Encore faut-il pour que cette interdiction ferme de la discrimination fondée sur la nationalité s'applique que la Cour juge que les étrangers et les nationaux sont dans une situation semblable. Cet élément de base fait défaut dans le domaine des mesures d'expulsion à la suite de condamnations pénales, la situation des nationaux et des étrangers n'étant selon la Cour pas comparable.³² Dans une hypothèse comme dans l'autre, les mesures prises ne doivent par contre pas enfreindre l'interdiction de la discrimination fondée sur d'autres critères.

11. Le droit de l'Union européenne et, dans le contexte suisse, l'ALCP,³³ accordent parfois des droits plus étendus aux personnes relevant de leur champ d'application que ce que le droit national des Etats parties réserve aux nationaux. Ces discriminations à rebours ne sont contraires au droit européen ou à l'ALCP que si les personnes qui en subissent les conséquences entrent dans le champ d'application de ces textes. La conformité de ces discriminations à

²⁸ Arrêts de la CourEDH *Losonci Rose et Rose c. Suisse* du 9 novembre 2010, requête no 664/06, par. 41 ; *Abdulaziz Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, requêtes nos 9214/80, 9473/81, 9474/81.

²⁹ Arrêt de la CourEDH *Kiyutin c. Russie* du 10 mars 2011, requête no 2700/10.

³⁰ Arrêts de la CourEDH *Fawsie c. Grèce* du 28 octobre 2010, requête no 40080/07, par. 35 ; *Koua Poirrez c. France* du 30 septembre 2003, requête no 40892/98, par. 46 ; *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996, requête no 17371/90, par. 42.

³¹ Arrêts de la CourEDH *Saidoun c. Grèce* du 28 octobre 2010, requête no 40083/07 ; *Weller c. Hongrie* du 31 mars 2009, requête no 44399/05 ; *Andrejeva c. Lettonie* du 18 février 2009, requête no 55707/00 ; *Okpizis c. Allemagne* du 25 octobre 2005, requête no 59140/00.

³² Arrêt de la CourEDH *Moustaquim c. Belgique* du 18 février 1991, requête no 12313/86, par. 49. Voir cependant arrêt de la CourEDH *Boujlifa c. France* du 21 octobre 1997, requête no 25404/94, opinion dissidente du Juge MORENILLA.

³³ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681).

l'art. 14 CEDH est par contre dans tous les cas contestable.³⁴ L'argument de la spécificité des accords conclus, s'il vaut pour justifier les différences de traitement entre non-nationaux selon qu'ils sont ou non ressortissants de l'UE, est en effet difficilement transposable aux discriminations subies par les propres nationaux d'un Etat.

3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions

12. Les droits civils contenus dans le Pacte ONU II³⁵ doivent être garantis à toute personne, qu'elle soit étrangère ou ressortissante nationale, sans discrimination (art. 2 Pacte ONU II). La règle générale est donc que « chacun des droits énoncés dans le Pacte doit être garanti, sans discrimination entre les citoyens et les étrangers ». ³⁶ Seuls les droits politiques mentionnés à l'art. 25 du Pacte ONU II sont et peuvent être expressément réservés aux citoyens. A la garantie de l'art. 2 du Pacte ONU II s'ajoute une interdiction générale de discrimination, indépendante des droits protégés par le Pacte ONU II (art. 26) et également applicable aux discriminations entre étrangers et nationaux.³⁷ Le traitement préférentiel du national par rapport au non-ressortissant reste par contre largement admis en matière de droits économiques, sociaux et culturels (voir par exemple l'art. 2 par. 3 du Pacte ONU I).³⁸

13. Le terme nationalité est scrupuleusement évité dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD),³⁹ dont l'art. 1 par. 2 précise qu'elle ne s'applique pas aux différences de traitement entre ressortissants et non-ressortissants. Le Comité contre la discrimination raciale insiste cependant sur l'obligation des Etats parties de respecter les droits reconnus par les Conventions internationales de protection des droits humains et d'en reconnaître la jouissance à leurs nationaux comme

³⁴ HOTTELIER/MOCK, *op. cit.*, pp. 1301 à 1302 ; VÉRONIQUE BOILLET, L'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, Bâle 2010, p. 128 ss.

³⁵ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

³⁶ Comité des droits de l'homme, observation générale no 15 relative à la situation des étrangers au regard du Pacte du 11 avril 1986, Doc. NU HR1/GEN1/Rev. 9, Vol. 1, par. 2 et 7.

³⁷ Voir par exemple Comité des droits de l'homme, communication *Mümtaz Karakurt c. Autriche* du 29 avril 2002 (CCPR/C/74/D/965/2000).

³⁸ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1).

³⁹ Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, entrée en vigueur pour la Suisse le 29 décembre 1994 (RS 0.104).

aux ressortissants d'Etats tiers sans discrimination.⁴⁰ En outre, les différenciations fondées sur le statut migratoire constituent des discriminations au sens de la CERD si elles ne sont pas objectivement justifiées.⁴¹

⁴⁰ Comité des droits de l'homme, observation générale no 30 concernant la discrimination contre les non-ressortissants du 10 janvier 2004, Doc. NU HR1/GEN/1/Rev. 9, Vol. II.

⁴¹ Comité des droits de l'homme, observation générale no 30 concernant la discrimination contre les non-ressortissants du 10 janvier 2004, Doc. NU HR1/GEN/1/Rev. 9, Vol. II.

Art. 16

Restriction à l'activité politique des étrangers

Aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes Parties contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers.

Table des matières

1. Travaux législatifs et projets en cours.....	64
2. Analyse	64
2.1 Généralités.....	64
2.2 Restrictions autorisées.....	65
3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions	67

Bibliographie spécifique

MARKUS VASEK, Art. 16 EMRK und die Politische Integration Europas, in : Journal für Rechtspolitik, 2010, Vol. 18, pp. 94 à 107 ; ULRICH WÖLKER, Zu Freiheit und Grenzen der politischen Betätigung von Ausländern : der politische Gebrauch der Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit der Ausländer nach innerstaatlichem Recht, Völkerrecht und Europarecht, Berlin 1987 ; KATJA ZIEGLER, Building a peoples' Europe : political rights of foreigners, in : HARTMUT BAUER/PEDRO CRUZ VILLALÓN/JULIA ILIOPOULOS-STRANGAS (éd.), Die neuen Europäer : Migration und Integration in Europa, Athènes 2009, pp. 385 à 424.

1. Travaux législatifs et projets en cours

– Message du 4 mars 1974 concernant la CEDH, FF 1974 I 1020 ss

2. Analyse

2.1 Généralités

1. Trouvant son origine dans l'idée largement répandue au moment de l'adoption de la Convention que les étrangers n'ont pas à se mêler de la vie politique de leur pays d'accueil, l'art. 16 CEDH est aujourd'hui qualifié d'anachronisme et de clause inutile. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a même demandé sa suppression en 1977.¹ La Commission européenne des droits de l'homme (ci-après : CommEDH) souligne, quant à elle, que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des condi-

¹ Recommandation 799(1977) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 25 janvier 1977 relative aux droits et au statut politique des étrangers.

tions actuelles.² L'art. 16 CEDH étant en outre difficilement conciliable avec le champ d'application de la Convention tel que défini à l'art. 1 CEDH, son interprétation doit être restrictive.

2. Tant la liberté d'expression (art. 10 CEDH) que la liberté de réunion et d'association (art. 11 CEDH) sont déjà susceptibles de restrictions (art. 10 par. 2 et art. 11 par. 2 CEDH), à l'instar de la majorité des droits de la Convention. La particularité de l'art. 16 CEDH réside par conséquent dans la possibilité donnée aux Etats parties de prévoir des restrictions à ces libertés qui ne visent que les étrangers, soit des restrictions en soi discriminatoires, dans le domaine des activités politiques.

3. D'après le texte de la disposition, la dérogation à l'interdiction de la discrimination ne se limite toutefois pas aux art. 10 et 11 CEDH. En soi, un Etat partie pourrait s'appuyer sur l'art. 16 CEDH pour refuser l'application du principe de non-discrimination aux étrangers dans l'ensemble de la jouissance des droits garantis par la Convention et ses protocoles dès lors qu'une activité politique serait en jeu. Une interprétation plus restrictive de la disposition consiste à estimer que l'art. 14 CEDH ne doit être lu que conjointement aux art. 10 et 11 CEDH et que l'art. 16 CEDH n'autorise par conséquent pas de manière générale les discriminations à l'égard des étrangers lorsque sont en cause les activités politiques. Si une telle interprétation était retenue, on ne pourrait plus justifier, sous l'angle de l'art. 16 CEDH, que les droits politiques garantis à l'art. 3 du Protocole no 1 à la CEDH³ au « peuple » soient dans la majorité des Etats réservés aux nationaux. La discussion est toutefois relativement abstraite : la question du droit de vote et d'éligibilité des étrangers n'est jamais abordée sous cet angle.

2.2 Restrictions autorisées

4. La formulation de l'art. 16 CEDH permet donc de restreindre l'activité politique des étrangers d'une manière potentiellement très large. Le caractère suranné de la disposition, l'importance de la pluralité d'opinions dans une société démocratique, ainsi que les développements du droit de l'Union européenne justifient cependant une interprétation restrictive, tant quant au champ d'application matériel que personnel.

² Rapport de la CommEDH *Piermont c. France* du 20 janvier 1994, requêtes nos 15773/89, 15774/89, par. 58 à 59 ; arrêt de la CourEDH *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, requête no 6833/74, par. 41.

³ Protocole additionnel no 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 20 mars 1952, tel qu'amendé par le Protocole no 11 du 11 mai 1994, STCE no 9. La Suisse a signé le Protocole no 1, mais ne l'a pas ratifié.

5. Premièrement, l'art. 16 CEDH ne concerne que l'activité politique des étrangers et non l'ensemble des manifestations que peuvent prendre la liberté d'expression et la liberté d'association et de réunion. La notion d'activités politiques doit aussi être précisée : elle ne couvre pas l'ensemble des activités liées à l'intérêt public, mais plutôt les activités en lien direct avec l'exercice de l'autorité publique. Une interprétation plus restrictive consiste à circonscrire les restrictions envisageables au titre de l'art. 16 CEDH aux activités politiques des non-nationaux qui concerneraient d'autres Etats que l'Etat hôte de l'étranger.⁴ La restriction serait alors justifiée par le maintien de bonnes relations de voisinage.

6. Deuxièmement, la notion « d'étranger » est circonscrite par les développements du droit de l'Union européenne. Dans le seul arrêt à ce jour à avoir abordé de front la question de l'art. 16 CEDH, la CourEDH a en effet considéré qu'un Etat membre de l'Union européenne ne pouvait opposer l'art. 16 CEDH à une ressortissante d'un autre Etat membre de l'Union européenne.⁵ Du point de vue du droit de l'Union européenne, cette réponse est la seule possible : la citoyenneté européenne, couplée à l'interdiction de la discrimination (art. 18 et 20 TFUE,⁶ art. 21 Charte des droits fondamentaux)⁷ interdit aux Etats membres d'imposer des restrictions aux ressortissants d'autres Etats membres qu'ils n'imposeraient pas à leurs propres ressortissants dans les domaines d'application du droit européen. La même interdiction des discriminations fondées sur la nationalité s'applique entre ressortissants suisses et européens pour autant que l'on soit dans le champ d'application de l'ALCP⁸ (art. 2 ALCP).

7. Troisièmement, selon les juges européens,⁹ si les restrictions prises au titre de l'art. 16 CEDH sont indépendantes de celles autorisées au titre des par. 2 des

⁴ PIETER VAN DIJK et al. (éd.), *Theory and practice of the European Convention on human rights*, Antwerp 2006, ad art. 16, p. 1080.

⁵ Arrêt de la CourEDH *Piermont c. France* du 27 avril 1995, requêtes nos 15773/89, 15774/89. Sur cet arrêt : JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, *Liberté d'expression politique des étrangers et protection des droits fondamentaux dans les Territoires d'Outre-mer* (observations sur l'arrêt *Piermont* du 27 avril 1995), in : *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (ci-après : RTDH), 1996, Vol. 27, pp. 364 à 388.

⁶ Traité du 25 mars 1957 sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO C 83 du 30 mars 2010 p. 47.

⁷ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 83/389 du 30 mars 2010.

⁸ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681).

⁹ Arrêt de la CourEDH *Piermont c. France* du 27 avril 1995, requêtes nos 15773/89, 15774/89, opinion commune en partie dissidente des Juges RYSSDAL, MATSCHER, FREELAND et JUNGWIERT, par. 5 ; rapport de la CommEDH *Piermont c. France* du 20 janvier 1994, requêtes nos 15773/89 et 15774/89, opinion concordante de M. LOUCAIDES, joint par M. PELLONPÄÄ.

art. 10 et 11 CEDH, cela ne signifie pas pour autant que l'Etat jouisse d'une entière discrétion. Au contraire, comme toute clause de limitation des droits fondamentaux, l'art. 16 CEDH doit être soumis à un contrôle de proportionnalité similaire dans ce cas à celui imposé au titre des par. 2 des art. 10 et 11 CEDH. Dans ce contexte, l'importance de la démocratie et du débat politique¹⁰ incitent à considérer avec circonspection les restrictions imposées.

8. Finalement, la situation des ressortissants d'Etats tiers à l'UE est également affectée par les développements du droit de l'UE et par l'exigence de proportionnalité : il serait particulièrement difficile pour un Etat de justifier une restriction à l'activité politique d'un étranger alors que cette restriction n'est pas jugée nécessaire à l'égard des nationaux et des ressortissants européens.¹¹

3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions

9. Dans le Pacte ONU II,¹² les droits équivalents à ceux visés par l'art. 16 CEDH (art. 19 à 22 Pacte ONU II) bénéficient aux nationaux comme aux étrangers. En effet, la seule disposition du Pacte visant spécifiquement les citoyens d'un Etat partie est l'art. 25 du Pacte ONU II. Tous les droits énoncés par ailleurs doivent bénéficier de la même manière aux étrangers et aux nationaux.¹³ D'aucuns voient dans cette différence soit un argument supplémentaire en faveur de la suppression de l'art. 16 CEDH, soit une possibilité au titre de l'art. 53 CEDH de ne pas appliquer cette disposition.¹⁴

10. Le Protocole no 12 à la CEDH¹⁵ mérite finalement d'être signalé, même s'il n'est encore que peu ratifié, car il pose une interdiction générale de discrimination à laquelle l'art. 16 CEDH n'est pas opposable.

¹⁰ Arrêt de la Cour EDH *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* du 30 janvier 1998, requête no 19392/92, par. 42 ss.

¹¹ ZIEGLER, p. 400.

¹² Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

¹³ Comité des droits de l'homme, observation générale no 15 relative à la situation des étrangers au regard du Pacte du 11 avril 1986, Doc. NU HRI/GEN/1/Rev. 9, Vol. 1.

¹⁴ VINCENT CHETAIL, *Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses Etats*, in : VINCENT CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme*, Bruxelles 2007, p. 94.

¹⁵ Protocole no 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 2000, STCE no 177, entré en vigueur le 1^{er} avril 2005. La Suisse ne l'a pas signé.

0.101.07

Protocole no 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Conclu à Strasbourg le 22 novembre 1984

Approuvé par l'Assemblée fédérale le 20 mars 1987

Instrument de ratification déposé par la Suisse le 24 février 1988

Entré en vigueur pour la Suisse le 1er novembre 1988

Amendé par le Protocole no 11 du 11 mai 1994

Les Etats membres du Conseil de l'Europe, signataires du présent Protocole, Résolus à prendre de nouvelles mesures propres à assurer la garantie collective de certains droits et libertés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après dénommée « la Convention »),

Sont convenus de ce qui suit :

Art. 1

Garanties
procédurales en
cas d'expulsion
d'étrangers

1. Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir :

- a) faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion,
- b) faire examiner son cas, et
- c) se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité.

2. Un étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés au par. 1. a, b et c de cet article lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale.

Table des matières

1. Travaux législatifs et projets en cours.....	69
2. Analyse	69
2.1 Généralités.....	69
2.2 Champ d'application	70
2.3 Garanties.....	71
2.4 Exceptions	72
3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions	72

Bibliographie spécifique

IAN BRYAN/PETER LANGFORD, Impediments to the expulsion of non-nationals : substance and coherence in procedural protection under the European Convention on human rights, in : *Nordic Journal of International Law*, 2010, Vol. 79, pp. 457 à 479 ; MICHEL HOTTELIER, La Suisse et le Protocole no 7 à la CEDH, in : *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, 1991, Vol. 92, no 2, pp. 45 à 61.

1. Travaux législatifs et projets en cours

- Message du 7 mai 1986 relatif à l'approbation des Protocoles nos 6, 7 et 8 à la CEDH, FF 1986 II 605 ss

2. Analyse

2.1 Généralités

1. Le Protocole no 7 à la CEDH a été ratifié à ce jour par 43 des Etats membres du Conseil de l'Europe. Son art. 1 interdit l'expulsion arbitraire des étrangers qui résident régulièrement sur le territoire d'un Etat partie à ce texte. Les étrangers jouissent déjà d'un certain nombre de garanties procédurales contre l'expulsion au titre des art. 3 et 8 couplés à l'art. 13 CEDH¹ auxquelles l'art. 1 du Protocole no 7 vient donc s'ajouter.² D'après la Cour, l'art. 1 du Protocole no 7 viserait spécifiquement à remédier à l'absence d'applicabilité de l'art. 6 CEDH aux mesures d'expulsion et confirmerait par là même que celles-ci ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 6 CEDH.³ L'art. 1 du Protocole no 7 n'offrant cependant que des garanties tout à fait minimales, dont une catégorie seulement d'étrangers peut se prévaloir, il n'est pas d'un grand secours contre une mesure d'expulsion et n'est en pratique guère appliqué.

2.2 Champ d'application

2. L'art. 1 du Protocole no 7 ne s'applique qu'aux étrangers résidant régulièrement au regard du droit interne sur le territoire d'un Etat partie. Le terme résidant exclut les personnes de simple passage, en transit ou qui sont au béné-

¹ Voir par exemple arrêts de la CourEDH *C. G. et autres c. Bulgarie* du 24 avril 2008, requête no 1365/07 (art. 8 et 13 CEDH) ; *Jabari c. Turquie* du 11 juillet 2000, requête no 40035/98, par. 48 à 49 (art. 3 et 13 CEDH).

² Arrêts de la CourEDH *Lupsa c. Roumanie* du 8 juin 2006, requête no 10337/04, par. 51 ; *Al-Nashif c. Bulgarie* du 20 juin 2002, requête no 50963/99, par. 132.

³ Arrêt de la CourEDH *Maaouia c. France* du 5 octobre 2000, requête no 39652/98, par. 36 à 37. Voir cependant l'opinion dissidente du Juge LOUCAIDES selon laquelle on ne saurait utiliser les dispositions d'un Protocole dans le but de restreindre un droit garanti par la Convention.

fice d'un titre de séjour temporaire. De même, les étrangers dont la demande d'autorisation de séjour est en cours d'examen ou dont le droit de séjour a expiré ne sont pas visés par cette disposition.⁴ Le terme *régulièrement* renvoyant à la législation nationale, seul l'étranger au bénéfice d'un titre de séjour valable au regard du droit interne peut valablement invoquer les garanties énoncées par cette disposition.⁵

3. Cet article vise l'*expulsion* des étrangers résidant régulièrement, et non l'extradition.⁶ L'expulsion est une notion autonome désignant toute « mesure qui oblige un étranger à quitter le territoire d'un Etat ».⁷

2.3 Garanties

4. L'expulsion ne peut avoir lieu qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi. Il ne suffit pas que la décision respecte les conditions formelles et matérielles du droit national pour que cette garantie soit respectée. Comme dans le cadre des autres dispositions de la Convention, la loi elle-même doit en outre répondre aux exigences de la Convention, soit être suffisamment accessible, prévisible et offrir des garanties suffisantes contre l'arbitraire.⁸

5. L'art. 1 du Protocole no 7 ne préconise aucune voie de recours ou aucun système en particulier et le terme « décision » n'indique rien quant à l'autorité dont la décision doit émaner. Cette disposition impose seulement l'existence d'une loi nationale dont le contenu réponde aux exigences générales de la Convention et que l'Etat n'expulse pas l'étranger avant que celui-ci n'ait eu la possibilité d'exercer valablement les droits prévus par ladite législation.⁹

⁴ Arrêt de la CourEDH *Bolat c. Russie* du 5 octobre 2006, requête no 14139/03, par. 76 ; décision de la CommEDH *Voulofitch et Oulianova c. Suède* du 13 janvier 1993, requête no 19373/92, par. 219.

⁵ Décision de la CourEDH *Sejdovic et Sulejmanovic c. Italie* du 14 mars 2002, requête no 57575/00, par. 8 ; décision de la CommEDH *Voulofitch et Oulianova c. Suède* du 13 janvier 1993, requête no 19373/92, par. 219.

⁶ Une extradition déguisée sous une mesure d'expulsion sera néanmoins examinée : arrêt de la CourEDH *Nowak c. Ukraine* du 31 mars 2011, requête no 60846/10.

⁷ Arrêt de la CourEDH *Bolat c. Russie* du 5 octobre 2006, requête no 14139/03, par. 79. Rapport explicatif relatif au Protocole no 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (STE no 117), par. 10.

⁸ Arrêts de la CourEDH *Baltaji c. Bulgarie* du 12 juillet 2011, requête no 12919/04, par. 55 ; *Ahmed c. Roumanie* du 13 juillet 2010, requête no 34621/03, par. 59 ; *C. G. et autres c. Bulgarie* du 24 avril 2008, requête no 1365/07, par. 73 ; *Kaya c. Roumanie* du 12 octobre 2006, requête no 33970/05, par. 55 ; *Lupsa c. Roumanie* du 8 juin 2006, requête no 10337/04, par. 55.

⁹ Arrêts de la CourEDH *Takush c. Grèce* du 17 janvier 2012, requête no 2853/09, par. 61 ; *Bolat c. Russie* du 5 octobre 2006, requête no 14139/03, par. 81.

6. L'art. 1 du Protocole no 7 offre trois garanties à l'étranger en cas d'expulsion : le droit de faire valoir les raisons qui militent contre l'expulsion, le droit de faire examiner son cas et le droit de se faire représenter à cette fin devant l'autorité compétente.

7. La première garantie n'aborde pas la question du bien-fondé de la mesure d'expulsion. Elle impose seulement que les raisons à l'origine de la décision puissent être discutées, ce qui implique qu'elles soient communiquées à l'intéressé, dans une langue qu'il comprenne et de sorte qu'il puisse ensuite les contester de manière effective.¹⁰ La deuxième garantie n'exige pas de double instance : il faut et il suffit que le cas puisse être examiné par une autorité, administrative ou judiciaire, à la lumière des arguments avancés par l'intéressé contre son expulsion. Vu que le droit de faire examiner son cas ne concerne pas la question d'éventuels recours, cette disposition ne s'oppose pas au renvoi en cours de procédure. Enfin, le droit de se faire représenter devant l'autorité compétente n'implique ni l'obligation d'auditionner la personne, ni la présence physique de l'intéressé. L'autorité compétente peut être une autorité différente de celle qui statue en dernier lieu sur la mesure d'expulsion.¹¹

2.4 Exceptions

8. En vertu du par. 2 de l'art. 1 du Protocole no 7, les Etats peuvent procéder à l'expulsion d'un étranger avant qu'il n'ait pu exercer les droits garantis aux let. a à c en cas de motifs de sécurité nationale ou de nécessité pour l'intérêt public. L'étranger peut certes être expulsé en urgence, mais est en droit de se prévaloir *après* son expulsion des garanties prévues au par. 1.¹² La Suisse a émis une réserve à l'art. 1 du Protocole no 7 qui concerne précisément ce dernier point.¹³ L'Etat qui entend expulser d'urgence un étranger doit être en me-

¹⁰ Arrêts de la CourEDH *Nowak c. Ukraine* du 31 mars 2011, requête no 60846/10, par. 82 ; *Ahmed c. Roumanie* du 13 juillet 2010, requête no 34621/03, par. 53 à 54 ; *C. G. et autres c. Bulgarie* du 24 avril 2008, requête no 1365/07, par. 74 ; *Kaya c. Roumanie* du 12 octobre 2006, requête no 33970/05, par. 59.

¹¹ Rapport explicatif relatif au Protocole no 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (STE no 117), par. 13.

¹² Arrêts de la CourEDH *Lupsa c. Roumanie* du 8 juin 2006, requête no 10337/04, par. 53 ; *Kaya c. Roumanie* du 12 octobre 2006, requête no 33970/05, par. 53.

¹³ Art. 1 al. 1 de l'arrêté fédéral du 20 mars 1987 (RO 1988 1596) : « lorsque l'expulsion intervient à la suite d'une décision du Conseil fédéral fondée sur l'art. 70 de la Constitution fédérale [de 1874] pour menace de la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse, la personne concernée ne bénéficie pas des droits énumérés à l'al. 1, même après l'exécution de l'expulsion ».

sure de démontrer que la mesure était véritablement fondée sur des raisons de sécurité nationale ou d'intérêt public et que sa décision était proportionnée.¹⁴

3. Mise en œuvre et liens avec d'autres dispositions

9. L'art. 1 du Protocole no 7 CEDH reflète au niveau régional l'art. 13 du Pacte ONU II¹⁵ dont il est directement inspiré. L'art. 13 du Pacte ONU II repose à son tour en partie sur l'art. 32 par. 2 de la Convention relative au statut des réfugiés.¹⁶

10. L'art. 13 du Pacte ONU II interdit aussi de manière implicite les expulsions collectives.¹⁷ L'art. 1 du Protocole no 7 CEDH contient une interdiction similaire en ce qu'il exige, comme l'art. 13 CEDH, l'individualisation des décisions. Son champ d'application étant toutefois restreint, il est heureux qu'une interdiction expresse de ce type d'expulsions soit consacrée à l'art. 4 du Protocole no 4 à la CEDH. Le but de cette disposition est précisément d'éviter l'éloignement d'étrangers sans examen des situations individuelles.¹⁸

¹⁴ Arrêt de la CourEDH *C. G. et autres c. Bulgarie* du 24 avril 2008, requête no 1365/07, par. 77 à 78.

¹⁵ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

¹⁶ Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30).

¹⁷ Comité des droits de l'homme, observation générale no 15 relative à la situation des étrangers au regard du Pacte du 11 avril 1986, Doc. NU HR1/GEN/1/Rev. 9, Vol. 1, par. 10.

¹⁸ Voir arrêts de la CourEDH *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* du 23 février 2012, requête no 27765/09, par. 183 à 184 ; *Conka c. Belgique* du 5 février 2002, requête no 51564/99.