



« Le non-refoulement comme principe du droit international et le rôle des tribunaux dans sa mise en œuvre »



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Dialogue entre juges

Actes du séminaire
27 janvier 2017

« Le non-refoulement comme principe du droit international et le rôle des tribunaux dans sa mise en œuvre »

Tout ou partie de ce document peut faire l'objet d'une reproduction libre de droits avec mention de la source « *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2017* »

© Cour européenne des droits de l'homme, 2017
© Photos : Conseil de l'Europe

Strasbourg, janvier 2017

TABLE DES MATIERES

Actes du séminaire

« Le non-refoulement comme principe du droit international et le rôle des tribunaux dans sa mise en œuvre »

Guido Raimondi Président de la Cour européenne des droits de l'homme	5
Ganna Yudkivska Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	7
François Crépeau Rapporteur spécial de l'ONU sur les droits de l'homme des migrants	11
Ledi Bianku Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	17
Georges Ravarani Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	23
Michèle de Segonzac Présidente, Cour nationale du droit d'asile, France	29
Christoph Gravenwarter Juge, Cour constitutionnelle, Autriche	35
Anita Linder Présidente, Cour d'appel des migrations, Suède	41
Carlo Ranzoni Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	45
Bruno Nascimbene Ancien professeur du droit de l'UE, université de Milan	49
Audience solennelle à l'occasion de l'ouverture de l'Année judiciaire 2017	
Guido Raimondi Président de la Cour européenne des droits de l'homme	57
Silvia Alejandra Fernández de Gurmendi Présidente de la Cour pénale internationale	63
Photos	69



Guido Raimondi

Président
de la Cour européenne des droits de l'homme

DISCOURS INTRODUCTIF

Chers invités, Chers collègues, Chers amis,

J'ai le grand plaisir de vous accueillir tous aujourd'hui pour les événements organisés à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme.

Je vois tant de visages familiers dans la salle que l'événement d'aujourd'hui me donne presque l'impression d'être une grande réunion de famille.

Et, dois-je le préciser, une heureuse réunion qui nous sera utile du début à la fin.

Voir un rassemblement aussi important de hauts magistrats venant de presque tous les États d'Europe ne cessera jamais de m'impressionner.

Votre présence atteste l'étroitesse et la force des liens qui unissent tous les acteurs judiciaires dans le système de la Convention.

Ce lien est vital en ce qu'il permet aux droits de l'homme d'être une réalité concrète dans tous nos pays, d'un bout à l'autre du continent.

Les droits de l'homme sont notre **cause commune** : telle est la devise déjà ancienne de notre Cour.

Défendre cette cause, et la faire davantage partager, voilà la finalité fondamentale de chacun de ces séminaires organisés chaque année, quels que soient les sujets précis auxquels ils sont consacrés.

Outre nos interlocuteurs nationaux, nous avons aussi parmi nous des représentants d'autres tribunaux internationaux avec lesquels l'entretien de contacts et d'un dialogue revêt aussi une grande importance :

- la Cour de justice et le Tribunal de l'Union européenne ;
- la Cour pénale internationale ;
- le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ;
- et le Mécanisme pour les tribunaux pénaux internationaux.

Cette année, le sujet est particulièrement d'actualité.

Il fera porter les débats dans un domaine représentant d'extraordinaires défis pour les États, pour les institutions européennes et bien sûr aussi pour les institutions mondiales.

Toutes ces perspectives seront évoquées dans les interventions auxquelles nous assisteront cet après-midi.

Vous apprendrez que, l'année dernière, notre Cour s'est particulièrement attachée à certains aspects du non-refoulement, la Grande Chambre ayant rendu un certain nombre d'arrêts importants à ce sujet.

On peut dire que l'année a été très riche d'un point de vue jurisprudentiel.

Voilà pourquoi j'estime que le thème du séminaire est très bien choisi – le cadre est fixé pour un excellent échange d'idées et d'expériences en la matière.

Je laisserai dans un instant ma collègue la juge Ganna Yudkivska, qui a présidé le comité d'organisation, présenter formellement le séminaire ainsi que les intervenants de cet après-midi.

Permettez-moi simplement de leur exprimer ma gratitude pour avoir accepté la tâche délicate de nous conduire à nos débats d'aujourd'hui.

Et merci aussi à Ganna et aux autres membres de l'équipe organisatrice pour tout le travail accompli dans les préparatifs de l'événement de cette année.

Mesdames et Messieurs,

Le moment est venu de commencer notre séminaire, et je donne donc la parole à la présidente.

Je suivrai les débats avec grand intérêt.

Et je me ferai un plaisir de voir tous nos invités dans la salle d'audience plus tard pendant la partie plus formelle de la séance d'aujourd'hui.

Je vous remercie.



Ganna Yudkivska

Juge à la
Cour européenne des droits de l'homme

M. le Président, Mesdames et Messieurs les hauts magistrats, Mesdames et Messieurs, chers collègues et chers amis,

Je suis très heureuse de vous accueillir à l'occasion de ce séminaire qui traite, cette année encore, d'un sujet brûlant d'actualité. En effet, nous assistons aujourd'hui assurément à l'afflux le plus massif de réfugiés qui nous ait été donné de voir depuis la Seconde Guerre mondiale.

Mais il apparaît que nous y sommes aujourd'hui beaucoup **mieux** préparés qu'alors. Thomas Buergenthal, l'un des plus fins juristes internationaux du vingtième siècle, qui est également un survivant de l'Holocauste, était persuadé que « si les normes et mécanismes actuels du droit international des droits de l'homme avaient existé dans les années 1930, de nombreuses vies anéanties à cette époque-là auraient pu être sauvées ». Aujourd'hui, c'est à **notre tour** d'être mis à l'épreuve et de nous exposer au jugement des générations futures. À n'en pas douter, l'arrivée de réfugiés aussi nombreux en aussi peu de temps crée pour les autorités, comme l'a reconnu la Cour dans l'arrêt qu'elle a récemment rendu dans l'affaire *Khlaifia et autres c. Italie*, « de très importantes difficultés de caractère organisationnel, logistique et structurel, compte tenu des exigences concomitantes » à satisfaire.

Au cours des deux dernières années, la Cour a rendu un certain nombre d'arrêts importants ayant trait à différents aspects de la politique en matière d'asile et de réfugiés, aux déficiences dans les procédures de migration, à la qualité de la loi, aux conditions d'accueil des migrants ainsi qu'à l'accès de ceux-ci aux diverses voies de recours existant dans les États membres.

Dans le cadre des efforts que nous déployons pour remédier aux carences des systèmes de gestion des migrations dans les États européens, nous élaborons des outils et des garanties durables qui nous permettront non seulement de faire face à la crise actuelle, mais aussi d'empêcher qu'elle ne se reproduise. Si nous voulons mener à bien cette mission, veillons à ne jamais oublier ce qui pousse une personne à quitter son pays d'origine. Permettez-moi pour illustrer ce propos de citer la poétesse somalienne Warsan Shire : « personne ne quitte sa maison à moins que sa maison ne soit devenue la gueule d'un requin ».

L'histoire de l'humanité est une histoire de migration. Bien avant la rédaction de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, dans *Nous autres réfugiés*, Hannah Arendt définissait en ces termes la notion de réfugiés : « On appelle de nos jours « réfugiés » ceux qui ont eu le malheur de débarquer dans un nouveau pays complètement démunis et qui ont dû recourir à l'aide de comités de réfugiés ».

Comme l'observait Emmanuel Kant il y a plus de deux siècles dans son *Projet de paix perpétuelle*, « [i]l est question ici non pas de philanthropie mais du droit. Hospitalité signifie donc ici le droit qu'a l'étranger, à son arrivée dans le territoire d'autrui, de ne pas y être traité en ennemi ». À notre époque, alors que des guerres éclatent au même moment un peu partout sur la planète, y compris en Europe, tout civil qui n'est pas un combattant ou un criminel de guerre peut prétendre à notre protection en qualité de réfugié. Nous avons un devoir d'hospitalité à son égard, ce qui signifie en termes juridiques que nous lui devons un droit d'asile.

Ce que nous désignons aujourd'hui par le terme de « crise migratoire » ne tient pas simplement au nombre des arrivants, mais aussi au manque de clarté de l'architecture des droits et devoirs correspondants pour les migrants et ceux qui les accueillent.

La migration s'apparente au miroir d'Alice dans le roman de Lewis Carroll. Rien n'est ni clair ni prédéfini, vous ne savez jamais ce que vous allez y trouver, la sécurité ou le danger, un abri ou un lion sur votre chemin, mais elle représente la seule chance d'échapper aux atrocités et de sauver sa vie. Et c'est précisément dont nous allons débattre aujourd'hui : comment passer de la situation atroce qui a poussé les réfugiés à chercher une protection en Europe à des conditions de vie décentes, conformes à nos valeurs occidentales ?

Permettez-moi d'attirer votre attention sur le nouveau format de ce séminaire. Nous commençons par une séance introductive consacrée au non-refoulement comme principe du droit international, avec une intervention de M. François Crépeau, rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme des migrants, et du juge Ledi Bianku.

Se tiendront ensuite deux ateliers parallèles, ce qui constitue une formule inédite pour nous. Mais cette année, compte tenu de la complexité de la thématique étudiée et de l'ampleur de l'implication de notre Cour et de vos juridictions respectives dans les affaires relatives aux réfugiés, nous avons décidé de donner un tour plus pratique à ce séminaire et d'utiliser de manière plus efficiente le peu de temps qui nous est alloué. Vous pouvez choisir l'atelier auquel vous souhaitez assister, en fonction du sujet abordé.

Le premier atelier, qui sera organisé dans cette salle, est consacré à l'appréciation de la crédibilité des demandeurs d'asile lorsqu'ils déposent leur demande. Cette question nous offre l'occasion d'un dialogue intense avec nos homologues nationaux, de nombreuses requêtes de demandeurs d'asile déboutés arrivant devant la Cour. Ce débat, très intéressant et encourageant, j'en suis sûre, sera animé par M^{me} Michèle de Segonzac, présidente de la Cour nationale du droit d'asile en France, ainsi que par le juge Georges Ravarani, de la Cour. Il se déroulera en anglais et en français et une interprétation simultanée dans ces deux langues sera proposée.

Le second atelier traitera de questions relatives aux migrants qui sont déjà installés : comment répondre à leurs besoins élémentaires et assurer leur intégration effective, ce qui est vital pour la pérennité de toute société ? Quel type de problèmes susceptibles de soulever une question au regard de la Convention se posent aux autorités nationales qui accueillent des migrants ? Nous aurons le plaisir de débattre de toutes ces questions avec M^{me} Anita Linder, présidente de la Cour d'appel des migrations en Suède, ainsi qu'avec M. Christoph Grabenwarter, juge à la Cour constitutionnelle autrichienne. Cet atelier se tiendra dans la salle d'à côté, c'est-à-dire en salle de presse. Veuillez noter que les discussions auront lieu uniquement en anglais, sans interprétation.

Après ces deux débats qui nous donneront matière à réflexion, nous nous retrouverons ici pour la séance de clôture ainsi que pour une synthèse des enseignements que nous pouvons tirer des problèmes migratoires actuels, qui nous sera livrée par le professeur Bruno Nascimbene ainsi que par le juge Carlo Ranzoni.

Dans notre souci de donner à ce séminaire un caractère aussi pratique que possible, nous avons cette année inclus dans les documents de référence non seulement un résumé des arrêts de la Cour pertinents en la matière, mais aussi un fichier électronique compilant les principaux jugements prononcés dans le domaine du droit des migrants qui ont été communiqués par les juridictions nationales. Permettez-moi d'en profiter pour remercier chaleureusement tous ceux qui ont participé à cet exercice et qui nous auront fait profiter de leur expérience et de leur sagesse judiciaire.

À l'issue de notre séance de clôture, comme l'année dernière, vous pourrez prendre connaissance des dernières avancées des travaux du Réseau des cours supérieures. Que le président Raimondi, qui aura l'amabilité de nous communiquer de plus amples informations à ce sujet, soit ici vivement remercié.

Je souhaiterais aussi adresser mes remerciements les plus sincères à toute l'équipe qui a contribué à organiser ce séminaire, et principalement aux membres du comité d'organisation, mes collègues et amis les juges Paul Lemmens, Faris Vehabović, Yonko Grozev, Ksenija Turković, Robert Spano, Iulia Motoc et Branko Lubarda, ainsi que l'équipe du greffe : Roderick Liddell, John Darcy, Valérie Schwartz, Patrick Titiun, Loredana Bianchi et beaucoup d'autres.

Mesdames et Messieurs, au nom du comité d'organisation, je vous souhaite un séminaire très fructueux ainsi que des débats animés et foisonnant d'idées stimulantes. J'espère qu'ensemble, nous saurons adapter le cadre juridique du droit international des droits de l'homme aux besoins actuels de nos sociétés et que nous ne laisserons pas les instruments existants dans ce domaine faillir face aux crises politiques.

• • •

Sur ces mots, ouvrons notre séance introductive. Nous avons le grand honneur de recevoir aujourd'hui M. François Crépeau, rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme des migrants.

Les fonctions de M. Crépeau l'ont conduit à effectuer des visites officielles dans différents pays et à produire plusieurs rapports thématiques sur la protection des droits des migrants. M. Crépeau est professeur de droit international et inévitablement, il a ces dernières années axé ses recherches sur les droits des migrants, surtout les plus vulnérables : leur droit à ne pas être détenus, à ne pas être victimes de discrimination, à avoir accès à un degré suffisant de protection sociale, etc.

Aujourd'hui s'offre à nous une occasion unique de profiter des enseignements de votre expérience. Quels conseils pouvez-vous nous donner concernant les priorités de l'observation du principe de *non-refoulement*, et que devons-nous faire, en tant que juges, pour répondre correctement aux besoins élémentaires de ces personnes ?

M. Crépeau, vous êtes l'une des figures les plus influentes dans le domaine des droits de l'homme des migrants et vous avez la parole.

• • •

Sur ce, je laisse la parole à mon collègue et ami, le juge Ledi Bianku, qui est également membre de l'Association Internationale des Juges du Droit des Réfugiés et qui participe activement à de nombreuses conférences sur le droit d'asile. Il est aussi l'auteur d'un grand nombre de publications sur ce sujet ; il s'implique donc profondément dans les questions dont nous allons discuter.

Ledi, le principe de non-refoulement n'est pas explicitement prévu par la Convention européenne des droits de l'homme. Mais puisque le non-respect de ce principe peut constituer une violation des droits garantis par la Convention, la Cour doit réagir de manière appropriée à ces problèmes.

Par conséquent, comment considères-tu que le principe de non-refoulement est appliqué dans la jurisprudence de la Cour ? Existe-t-il une approche déterminée et cohérente de ce principe, et quelle est la contribution de la Cour à la notion de non-refoulement ?



François Crépeau

**Rapporteur spécial de l'ONU
sur les droits de l'homme des migrants**

Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, Mesdames et Messieurs,

C'est un grand honneur pour moi que d'être ici aujourd'hui. J'observe aussi minutieusement que possible les travaux innovateurs de la Cour européenne des droits de l'homme : je puis témoigner que bon nombre de vos décisions sont enseignées dans ma faculté de droit, à l'université McGill. Je tiens à vous faire part ici de ma profonde admiration pour l'essor extraordinaire du droit européen des droits de l'homme, qui est l'œuvre de votre Cour depuis les six dernières décennies.

Espérant contribuer modestement aux débats, permettez-moi d'exposer un certain nombre d'idées tirées des travaux que j'ai conduits au cours de ma mission de rapporteur spécial de l'ONU sur les droits de l'homme des migrants.

LES MIGRANTS SONT TITULAIRES DE DROITS

Tout d'abord, je tiens à souligner que les migrants sont tous protégés par le droit international des droits de l'homme. Il n'existe à cela que deux exceptions strictement définies, à savoir le droit de voter et d'être élu et le droit d'entrer et de séjourner dans un pays. Même à l'égard de ces exceptions, des garanties procédurales doivent être respectées, de même que les principes du non-refoulement, de la non-discrimination, de l'intérêt supérieur de l'enfant et de l'unité familiale.

Tous les autres droits s'appliquent à tous, y compris à l'ensemble des migrants, quelle que soit leur situation administrative. Cela inclut le droit à l'égalité et à la non-discrimination. Toute distinction dans la jouissance de droits fondamentaux fondée sur la nationalité ou la situation administrative doit donc être justifiée, faute de quoi il y aura une discrimination proscrire. Assurément, la situation administrative ne saurait à elle seule justifier une distinction dans la jouissance des droits fondamentaux.

Nous avons vu des pays européens, en réaction à l'accroissement des flux migratoires en Europe, mettre l'accent sur le renforcement de la sécurité. Leur objectif est de « sécuriser » leurs frontières en y posant des grillages, en recourant à la violence pour empêcher les migrants irréguliers d'entrer sur leur territoire, en utilisant la rétention de longue durée à titre dissuasif et en se livrant à des expulsions de masse de migrants irréguliers vers des pays de transit sans le moindre examen individuel digne de ce nom.

Une chose est claire : en raison de facteurs d'attraction et de répulsion, stopper l'immigration n'est pas possible sur le long terme. Les migrants continueront d'arriver malgré tous les efforts visant à les arrêter, souvent en payant un prix très lourd en termes de vies humaines et de souffrances. Toute tentative de « fermeture » des frontières, sans offrir bien plus de solutions de migration adéquates, continuera de se solder par un échec massif.

L'EXTERNALISATION NE FONCTIONNERA PAS À LONG TERME

Dans le cadre des mesures prises pour sécuriser les frontières, des États européens ont transféré leurs activités de gestion de leurs frontières hors de celles-ci, en les déplaçant en haute mer ou dans des pays tiers. Au cours de mes missions, j'ai constaté une collaboration européenne importante avec des pays de transit s'inscrivant dans le système de Gestion intégrée des frontières, avec la construction de centres de rétention, mais sans chercher à soutenir leurs institutions nationales en matière de droits de l'homme en vue de sauvegarder les droits fondamentaux des migrants et des réfugiés sur leur territoire.

L'externalisation du contrôle des frontières n'a aucune incidence sur les facteurs d'attraction et de répulsion à l'origine des flux migratoires : elle ne répond ni aux besoins de mobilité ni aux besoins du marché du travail. Elle ne permet que de détourner les itinéraires de migration et de les rendre encore plus coûteux et dangereux car elle pousse encore davantage les migrants vers la clandestinité.

Trop souvent, l'externalisation est une tentative à peine déguisée de déplacement sur le territoire d'un autre pays des violations des droits de l'homme jugées nécessaires pour décourager et prévenir effectivement les flux migratoires, et échapper ainsi au contrôle des gardiens européens des droits de l'homme, qu'il s'agisse des politiciens, des tribunaux, des institutions nationales en matière de droits de l'homme, des journalistes ou des organisations de la société civile. Il me faut saluer les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne qui contestent ces pratiques d'externalisation, la « logique de Dublin », la mise en rétention des migrants et les questions touchant l'accès à la protection sociale.

La déclaration UE-Turquie a incité les migrants à trouver une nouvelle fois d'autres itinéraires pour gagner l'Europe. Le nombre de décès en mer a considérablement augmenté et nous connaissons tous les violations des droits de l'homme que subissent les migrants en Libye. Les accords de réadmission sont une question particulièrement préoccupante. Malgré les protections existant contre de telles pratiques dans la législation de l'Union européenne, je suis très préoccupé par les allégations de violations du principe du non-refoulement, puisque nous continuons d'entendre parler de « refoulements » et de « renvois » aux frontières terrestres et maritimes ainsi que de retours forcés, souvent accompagnés de violences, vers les pays d'origine ou des pays tiers dotés de systèmes peu efficaces pour ce qui est de l'asile et de l'État de droit, et ce sans accès suffisant à une appréciation individuelle des besoins en matière de protection et sans contrôle digne de ce nom.

Un tel comportement bafoue le principe au cœur de tous les droits de l'homme, tiré du précepte catégorique de Kant : « traite toujours autrui comme une fin et jamais seulement comme un moyen »¹. Si les démocraties veulent rester fondées sur leurs trois piliers que sont la représentation politique, les droits de l'homme et l'État de droit, la responsabilité juridique pour des actions de ce type est essentielle, quand bien même celles-ci seraient conduites par les autorités d'autres pays à l'initiative et avec le soutien financier des pays industrialisés du Nord.

Dans le passé, la Cour européenne des droits de l'homme a dénoncé de telles pratiques. En 2012, dans son arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, elle a dit que des accords bilatéraux ne pouvaient servir à justifier des pratiques incompatibles avec les droits de l'homme. Elle a également contesté la licéité de la logique de Dublin, se disant préoccupée par l'application du principe du non-refoulement sur le territoire de l'UE. En 2014, dans son arrêt *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, elle a conclu que ces deux pays avaient violé les articles 3 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. En novembre 2014, dans son arrêt *Tarakhel c. Suisse*, elle s'est prononcée sur le refus par la Suisse d'examiner les demandes d'asile de membres d'une famille afghane et sur la décision prise par ce pays de les renvoyer en Italie sans assurance que leurs droits seraient respectés. Elle a conclu à la violation de l'article 3 de la Convention et examiné les « défaillances systémiques »

du système italien. En 2011, dans son arrêt *M.S.S c. Belgique et Grèce*, elle a dit que la Belgique avait violé l'article 3 de la Convention en expulsant un migrant afghan vers la Grèce malgré les défaillances systémiques dans ce pays en matière d'asile et de protection sociale. C'est pourquoi, dans mon rapport de 2015 sur l'UE, j'ai recommandé de tenir compte des problèmes de droits de l'homme dans les politiques en matière de flux migratoires et de gestion des frontières et de mettre en œuvre les arrêts pertinents récents de la Cour européenne des droits de l'homme.

Les priorités devraient être claires : lutter contre le trafic illicite de migrants est moins important que sauver des vies et protéger les droits de l'homme. Par exemple, l'argument voulant qu'il ne faille pas renforcer les capacités de recherche et de sauvetage de manière à ne pas encourager ce type de trafic est moralement, politiquement et juridiquement indéfendable. Il est vital que l'Union européenne et tous les États parties à la Convention européenne des droits de l'homme renforcent de telles capacités, tout en adhérant aussi au principe du non-refoulement, en permettant aux migrants sans papiers de débarquer immédiatement au port le plus proche où leur vie et leurs libertés ne seraient pas menacées, en leur fournissant des informations, des soins et un soutien, en traitant équitablement leurs demandes d'asile et en encourageant les navires privés à conduire des opérations de sauvetage sans risque que les migrants soient considérés comme les complices des passeurs.

LA PÉNALISATION DES MIGRANTS SANS PAPIERS MENACE LES DROITS DE L'HOMME

Dans de nombreux pays, la pénalisation des migrations clandestines existe davantage dans les discours et la pratique que dans le droit et les politiques eux-mêmes, le traitement des migrants étant régi dans la plupart des cas par le droit administratif et non par le droit pénal. Jusqu'à une date récente, le droit administratif ne portait pas atteinte aux droits individuels. Cependant, les règles, procédures et politiques administratives en matière d'immigration « imitent » désormais le régime de justice pénale à bien des égards, en s'inspirant notamment des catégories d'infractions pénales, des mécanismes d'application du droit pénal, des institutions répressives et des logiques de lutte contre la criminalité.

Or, les garanties strictes progressivement apparues au cours des siècles en droit pénal – par exemple en ce qui concerne la charge de la preuve ou l'admissibilité des preuves – parce qu'il s'agit des règles en vigueur les plus dangereuses pour la personne, restent étrangères au droit administratif, ce qui explique que les États préfèrent celui-ci au droit pénal car c'est un instrument plus souple et plus « efficace ». Et dans de nombreux États qui, comme les États européens, ne connaissent pas la peine de mort et n'extradent pas vers des pays qui appliquent celle-ci, le juge administratif est aujourd'hui le seul magistrat à pouvoir renvoyer des gens vers des lieux où ils feront l'objet d'exécutions, d'actes de torture ou de détentions arbitraires, en violation directe du principe du non-refoulement. Pour les migrants, le droit administratif est aujourd'hui la branche la plus dangereuse du droit du pays.

La rétention en est un bon exemple. Trop souvent, les migrants sont mis en rétention au seul motif qu'ils n'ont pas de papiers, alors qu'ils n'ont commis aucune infraction et n'ont pas été inculpés. Cette détention peut fréquemment se prolonger des mois ou des années, et les mécanismes de contrôle sont bien trop souvent indulgents envers les autorités quant à la justification de la rétention, préférant s'en remettre au jugement de celles-ci. Pour les étrangers comme pour les nationaux, la liberté devrait toujours être le principe et les restrictions à celle-ci devraient être spécifiquement motivées. Compte tenu des conséquences d'une détention de longue durée sur chacun, les critères devraient être stricts.

La situation est particulièrement préoccupante pour les enfants. Le Comité des droits de l'enfant a dit que la rétention administrative des enfants migrants ne pouvait « jamais être » dans leur « intérêt supérieur » et qu'elle était toujours contraire à leurs droits. Or j'ai rencontré des enfants migrants en rétention dans tous les pays européens et limitrophes que j'ai visités : ils sont essentiellement traités comme des migrants sans papiers alors qu'ils devraient avant tout l'être comme des enfants.

¹ « Agis de telle sorte que tu traites l'humanité, aussi bien en toi qu'en autrui, toujours comme une fin et jamais simplement comme un moyen » (Emmanuel Kant, (1993) [1785], *Fondements de la métaphysique des mœurs*, traduction de James W. Ellington, 3^{ème} éd., Cambridge (MA) ; Hackett, p. 30).

Je m'inquiète aussi de ce que la marge d'appréciation nuise souvent aux droits fondamentaux des migrants. Il n'est pas acceptable que ces derniers demeurent dans la précarité parce que l'administration des États a le pouvoir de le faire. Les droits des migrants sont des droits fondamentaux opposables aux États, même dans une prétendue situation de « crise ». La marge d'appréciation ne saurait justifier une dérogation systématique aux obligations qui en découlent.

Les politiques migratoires sont de plus en plus néfastes

Les démocraties électives ignorent comment « représenter » les migrants. Les luttes pour les droits de l'homme ont le plus souvent été gagnées en se fondant sur une revendication de politique d'égalité entre citoyens : les ouvriers, les femmes, les autochtones, les détenus, les gays et lesbiennes et les handicapés le savent très bien. C'est seulement lorsque ces groupes ont commencé à s'exprimer dans l'arène politique et à faire un usage stratégique de leur vote que les politiciens y ont prêté attention et sont revenus sur leurs idées, leur langage et leur comportement, modifiant par voie de conséquence la manière de voir des électeurs et permettant aux avocats et aux juges d'interpréter différemment la loi et d'étendre les garanties en matière de droits de l'homme.

Les migrants et réfugiés ne pourront pas avant longtemps mener des luttes politiques ouvertes de ce type. Si vous n'êtes pas représentés, vos droits ne seront pas défendus dans le système politique. Par conséquent, il est rare que les migrants sans papiers ou précaires se mobilisent, s'expriment ouvertement, contestent, protestent ou aillent en justice pour défendre leurs droits ; ils préfèrent les stratégies sans danger pour leur situation de migrants : « passer à autre chose » est souvent une meilleure stratégie que chercher à faire valoir ses droits. Les nationaux ne se mobilisant pas non plus pour les migrants, tenir un discours contre l'immigration n'emporte en fait aucune responsabilité politique.

Ce sont les politiciens populistes et nationalistes qui déterminent la rhétorique dominante actuelle, offrant des solutions simplistes à des problèmes complexes, faisant des migrants des boucs émissaires en toute impunité et affirmant que ces derniers volent les emplois et grèvent les budgets sociaux, qu'accueillir tous les réfugiés est synonyme d'insécurité ou de hausse de la criminalité, et que tous les étrangers altèrent nos valeurs, des assertions dont la fausseté a été prouvée par les sciences sociales. Les diatribes contre les tribunaux – et en particulier les tribunaux étrangers – qui empêchent les politiciens de traiter les migrants comme ils le voudraient feront certainement gagner à ces derniers des points dans les sondages. Certains de ces politiciens affirment même que les droits de l'homme, d'origine internationale ou européenne, ne s'appliquent pas aux migrants sans papiers. Ils invoquent ce qu'ils estiment être une « crise » pour justifier qu'on bafoue les droits des migrants, en oubliant que les garanties en matière de droits de l'homme ont été instaurées pour rappeler les États à leurs obligations non seulement en temps de paix mais surtout en temps de crise ou de guerre.

Ce qu'on peut constater dans le discours politique et l'évolution des politiques en Europe aujourd'hui, c'est une régression du régime des droits de l'homme pour les migrants. Au niveau politique, il y a une tendance vers l'érosion des droits des demandeurs d'asile, des réfugiés et des migrants. Des comportements xénophobes contre les « personnes d'aspect étranger » sont de plus en plus souvent constatés dans bon nombre de pays. Si une telle attitude devient la norme, tout débat sensé sur les droits, la diversité et l'intégration deviendra impossible.

LES TRIBUNAUX PEUVENT AIDER LES MIGRANTS À SE FAIRE ENTENDRE

Voilà pourquoi, en l'absence de tout soutien politique, le seul véritable moyen pour les migrants de défendre leurs droits est de saisir les tribunaux, les institutions nationales en matière de droits de l'homme et les médiateurs ou les autres organes de règlement des différends qui ne se laissent pas influencer par les sondages mais s'intéressent à la cohérence du système de droit et en particulier à la logique de la doctrine des droits de l'homme.

Des barrières systématiques au droit d'accès à la justice ont été mises en place dans de nombreux États européens. D'importantes contraintes en matière de ressources font qu'ils ne sont guère désireux d'investir dans des services facilitant l'accès à la justice aux migrants, par exemple en matière d'assistance juridique ou de traduction et d'interprétation. La crainte qu'ont les migrants d'être repérés et/ou expulsés s'ils font valoir leur droit d'accès à la justice est aussi une barrière fondamentale. De surcroît, des incohérences persistent dans l'accès à la justice en fonction des droits en jeu, du type de migrants et de leur nationalité, et de la juridiction. Il y a aussi une autre barrière importante : l'absence de règles précises encadrant l'obligation pour les tribunaux d'appliquer des sanctions et/ou d'ordonner une indemnisation pour les violations des droits fondamentaux des migrants. Cependant, des problèmes d'accès à la justice ont été évoqués dans un certain nombre de décisions des juridictions européennes. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu un arrêt important en l'affaire *Bashir Mohamed Ali Mahdi*, soulignant que, en droit de l'Union européenne, l'absence de papiers d'identité ne doit pas servir à fonder un maintien en rétention aux fins d'un éloignement et que les migrants doivent avoir accès à la justice pour contester une telle mesure.

Je compte beaucoup sur la Cour européenne des droits de l'homme et sur la Cour de justice de l'Union européenne, ainsi que sur les juridictions nationales, pour résister aux pressions des politiciens à des fins électorales tendant à altérer la manière dont notre régime des droits de l'homme protège les migrants et pour confirmer au lieu de cela que les migrants sont des titulaires légitimes de droits. La valeur d'une démocratie se mesure à sa capacité à répondre aux besoins des membres les plus vulnérables de la société. Si le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif ne sont ni désireux ni capables de protéger les droits fondamentaux des migrants, c'est au pouvoir judiciaire de s'en charger.

Par conséquent, il faut que les migrants aient le droit à un accès adéquat à des voies de recours effectives, à ce que les avocats et des juges soient davantage sensibilisés à leur situation et à ce que toutes les parties prenantes soient correctement formées, à des services d'assistance juridique et d'interprétation, et à un droit effectif d'interjeter appel – et il nous faut leur garantir ce droit. Si les tribunaux confirment celui-ci, les politiciens et les citoyens écouteront, les migrants auront un pouvoir et les droits seront protégés.

Nous devons aller plus loin dans notre prise de conscience collective des droits des migrants. Pour bon nombre de questions, les migrants ne devraient pas être traités différemment d'autrui et devraient être autant protégés dans leurs droits. De manière à leur permettre de s'exprimer et de lutter pour défendre leurs droits, il ne faudrait pas leur faire craindre de contacter les autorités. Il est essentiel de permettre aux migrants de dialoguer librement avec des services publics tels que la santé, l'éducation, la police locale, les services sociaux, le logement, l'inspection du travail ou d'autres, sans craindre d'être dénoncés aux autorités en matière d'immigration puis mis en rétention et expulsés, afin que les services publics puissent accomplir leur mission à l'égard de toutes les personnes concernées. En l'absence de tels « pare-feu », les migrants ne signaleront jamais les violations des droits de l'homme et leurs auteurs jouiront d'une immunité en pratique. Il y a des exemples de pare-feu de ce type partout dans le monde, y compris en Europe.

LE MOYEN D'AVANCER

La mobilité est propre à la nature humaine : elle est dans nos gènes. Les migrations ne sont ni un crime ni un problème et elles peuvent constituer une partie de la solution à bon nombre de nos problèmes économiques et sociaux. Les employeurs et le monde des affaires savent à quel point la mobilité et la diversité sont essentielles à leur succès. Réglementer les flux migratoires – au lieu de les restreindre – nous permet de couper l'herbe sous le pied des trafiquants, de répondre aux préoccupations sécuritaires de l'État, de réduire les souffrances humaines et de sauver des vies.

La réglementation des flux migratoires ne peut donc se résumer à empêcher des gens d'entrer en usant de moyens contraires à leurs droits. Elle doit aussi permettre de multiplier les filières d'immigration régulières, sécurisées, accessibles et abordables, d'éliminer les pratiques immorales en matière d'embauche, de réprimer l'exploitation au travail, et de donner aux migrants des pouvoirs en faisant clairement respecter leurs droits fondamentaux et sociaux, en leur offrant les moyens d'obtenir la qualité de résident permanent ou la naturalisation, en défendant l'intégration dans les sociétés d'accueil et en louant la diversité actuelle de la plupart de nos sociétés.

Je vous remercie de votre attention.



Ledi Bianku

Juge à la
Cour européenne des droits de l'homme

Excellences, Mesdames, Messieurs, chers collègues,

Ce séminaire, organisé chaque année à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme a toujours porté sur des sujets d'actualité juridique, surtout des sujets qui, plus que d'autres, préoccupent les juges nationaux et les juges de Strasbourg dans l'application et l'interprétation de la Convention.

Les flux migratoires sans précédent auxquels notre continent est confronté sont un phénomène qui non seulement préoccupe les sociétés et les responsables politiques européens, mais qui aussi, depuis quelques années, est devenu un défi dans le travail quotidien des tribunaux nationaux et des Cours de Strasbourg et de Luxembourg.

Dès lors, la première raison pour laquelle je trouve que le choix du sujet est parfaitement justifié pour notre réunion d'aujourd'hui est son actualité.

La deuxième raison pour laquelle je trouve judicieuse la décision de traiter aujourd'hui la question du non-refoulement et du rôle des tribunaux dans sa mise en œuvre est celle de la difficulté de ce sujet. Celui-ci revêt une difficulté particulière parce qu'il concerne des affaires qui traitent surtout des droits absolus protégés par la Convention. De plus, les juges, nationaux ou internationaux, doivent se prononcer sur des situations très lointaines et dont ils n'ont pas nécessairement une connaissance directe et complète. En outre, les affaires de non refoulement sont généralement des affaires qui concernent des situations fluctuantes, des situations qui changent. Cela pourrait avoir pour conséquence que les éléments juridiques sur la base desquels nous conduisons, à Strasbourg, notre analyse sur le non-refoulement ne soient pas, dans plusieurs cas, ceux sur la base desquels les juges nationaux ont conduit leurs analyses, ou qu'ils ne coïncident plus avec eux. Notre Cour, au nom du principe de la protection pratique et effective des droits protégés, doit se prononcer sur ces affaires *ex nunc*, en tenant compte de toutes les circonstances dont elle a connaissance au moment où elle prend sa décision, et non pas seulement de celles dont les juges nationaux ont eu connaissance au moment où ils ont pris leurs décisions. D'où le besoin d'une coopération accrue et d'échanges continus avec tous les acteurs concernés, professionnels du monde judiciaire et organisations spécialisées comme le Haut-Commissariat des Nations unies aux réfugiés (HCR).

La troisième raison pour laquelle je trouve le choix du sujet très important est celui d'une production jurisprudentielle sans précédent à Strasbourg concernant les affaires de non-refoulement, ou d'asile en général, indépendamment des articles de la Convention qui sont engagés. Pendant l'année judiciaire 2016, 7 des 27 affaires ayant fait l'objet d'une décision de la Grande Chambre concernaient l'asile ou la migration, plus que toute autre situation relevant de la Convention.

Bien entendu, les histoires humaines vécues sur les terres et les mers d'Europe sont transformées en dossiers judiciaires devant les juges partout en Europe, de même qu'à Strasbourg.

- | -

Quelle est la contribution des arrêts de la Cour de Strasbourg sur la notion de non-refoulement ? Comme vous le savez certainement, l'apport de la Cour a commencé avec le célèbre arrêt *Soering c. Royaume Uni*, qui est le pas fondamental pour la reconnaissance de la responsabilité des États parties à la Convention en cas de renvoi d'une personne vers un État tiers où elle risquerait d'être assujettie à la torture ou à des traitements contraires à l'article 3. Cette reconnaissance, depuis l'arrêt *Soering*, a été étendue assez vite dans les affaires d'asile par les arrêts *Cruz Varas, Vilvarajah¹, et Chahal²*, dans les années 1990. Le caractère très variable des questions soulevées par ce type d'affaires, la complexité de ces questions, et la nécessité d'une approche la plus claire et la plus utile possible pour toute juridiction concernée ont conduit notre Cour vers l'adoption d'approches stratégiques concernant les affaires de non-refoulement. Dans cet esprit la Cour a adopté, surtout à partir de 2008, des arrêts de principe (*leading cases*) dans quatre directions ou axes principaux :

- i. une évaluation appropriée des informations sur le pays d'origine, en particulier en tenant compte de l'importance des recommandations du HCR sur les risques en cas de retour (*affaire NA c. Royaume-Uni³*) ;
- ii. une interprétation et une application appropriées de l'article 3 de la Convention en ce qui concerne les questions de « risque généralisé » (*affaire Sufi et Elmi c. Royaume-Uni⁴*, notamment) ;
- iii. l'application de la Convention au « régime d'asile européen commun » (*affaires M.S.S. c. Belgique et Grèce⁵ et Tarakhel c. Suisse⁶*) ;
- iv. la relation entre notre Convention et la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, au sujet de laquelle l'on pourrait mentionner l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c. Italie⁷*, qui concerne directement la notion de non-refoulement, donc l'article 33 de la Convention de Genève.

Même si, à première vue, l'on pourrait dire que c'est seulement le quatrième axe qui concerne la notion de non-refoulement, dont nous discutons aujourd'hui, je suis d'avis que les quatre directions sujet desquelles la Cour a adopté des arrêts de principe ont toutes une importance capitale pour la notion de non-refoulement. Je suis aussi d'avis que la contribution de la Cour à la notion de non-refoulement ne peut pas se limiter à ces quatre directions, et j'analyserai la contribution de la Cour au cours de l'année 2016 sous deux perspectives.

- II -

- a) Premièrement, les démarches de clarification des éléments juridiquement décisifs pour la notion de non-refoulement ;
 - b) Deuxièmement, les efforts pour la consolidation de la jurisprudence couvrant les éléments pertinents de la notion de non-refoulement.
- a) Sous la première perspective, celle des démarches de clarification des éléments particuliers de l'analyse juridique dans les affaires d'asile

Je souhaiterais ici mentionner trois arrêts rendus par la Grande Chambre en 2016.

L'arrêt *F.G. c. Suède⁸*, rendu en mars 2016, concerne un demandeur d'asile iranien qui s'était converti au christianisme après son arrivée en Europe. La Cour conclut que l'expulsion vers l'Iran, sans un examen adéquat de la réalité et des implications de cette conversion au christianisme, emporterait violation de la Convention. De cette façon, la Cour clarifie un débat qui avait lieu depuis

1 *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, série A n° 215

2 *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996 V, p. 1855

3 *NA. c. Royaume-Uni*, n° 25904/07, 17 juillet 2008

4 *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, nos 8319/07 et 11449/07, 28 juin 2011

5 *M.S.S. c. w Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, CEDH 2011

6 *Tarakhel c. Suisse* [GC], n° 29217/12, CEDH 2014

7 *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, CEDH 2012

8 *F.G. c. Suède* [GC], n° 43611/11, CEDH 2016

quelques années parmi les juridictions européennes et nationales et la doctrine, mais surtout, elle juge que, dans les affaires d'asile, les juges doivent procéder à une analyse *ex nunc* non seulement des changements de situation dans le pays d'origine du demandeur d'asile, mais aussi des changements dans la situation personnelle du demandeur d'asile, même après son entrée sur le territoire européen.

L'arrêt *Paposhvili c. Belgique⁹*, rendu en décembre 2016, concerne un demandeur d'asile de nationalité géorgienne installé en Belgique, qui souffrait de plusieurs maladies graves. Dans cette affaire, le requérant alléguait que, s'il était renvoyé vers la Géorgie, il n'aurait plus accès aux soins de santé dont il avait besoin et que, vu son espérance de vie très courte, il décéderait loin des siens et dans des délais encore plus brefs. Dans cet arrêt, la Cour, comme mon collègue et ami le Juge Lemmens le dit dans son opinion concordante à l'arrêt, clarifie « notre jurisprudence afin de combler cette lacune tout en maintenant un seuil élevé pour l'application de l'article 3 de la Convention »¹⁰. Comme le juge Lemmens le dit, le présent arrêt peut être vu comme la réponse de la Cour au souci exprimé par le Conseil du contentieux des étrangers sur le problème que posait une application stricte de la jurisprudence *N. c. Royaume-Uni¹¹*. L'arrêt confirme, encore une fois, l'approche de l'arrêt *F.G.*, en insistant sur la nécessité d'une analyse de tous les éléments pertinents dans la situation personnelle et familiale du demandeur d'asile, sous l'angle de l'article 3 mais aussi de l'article 8 de la Convention.

L'arrêt *Khlaifia et autres c. Italie¹²*, rendu en décembre dernier, concerne le refoulement vers la Tunisie de migrants tunisiens arrivés massivement par la mer. La Grande Chambre différencie la situation des requérants dans cette affaire de celle des requérants dans les affaires *Conka c. Belgique¹³, Hirsi Jamaa et autres et Sharifi et autres c. Italie et Grèce¹⁴*. C'est pour trois raisons principales que la Grande Chambre, contrairement à la Chambre, ne trouve pas de violation de l'article 4 du Protocole n° 4 : premièrement, le fait que les requérants ont été « individualisés » deux fois par les autorités italiennes ; deuxièmement, le fait que les décrets d'éloignement, bien qu'ayant tous un format standard, étaient en tout cas individuels ; et troisièmement, le fait que les requérants ont été expulsés simultanément avec d'autres personnes, ce qui ne veut pas dire que les décisions d'expulsion prises à leur encontre n'étaient pas individuelles. Dans cet arrêt, la Grande Chambre précise que l'article 4 du Protocole n° 4 ne garantit pas en toutes circonstances le droit à un entretien individuel : ses exigences peuvent en effet être satisfaites lorsque chaque étranger a la possibilité, réelle et effective, d'invoquer les arguments s'opposant à son expulsion et que ceux-ci sont examinés d'une manière adéquate par les autorités de l'État défendeur.

Les réactions dans la doctrine ne se sont pas fait attendre, considérant cet arrêt comme un pas en arrière par rapport aux arrêts *Hirsi Jamaa et autres et Sharifi et autres*. Dans un commentaire de début janvier, paru dans *La Revue des droits de l'homme*, l'arrêt a été considéré comme « Un renforcement en trompe-l'œil des droits des migrants retenus aux portes de l'Europe »¹⁵. En attendant les autres commentaires et les éventuelles critiques, en tout cas, on peut dire que l'arrêt a le mérite de préciser les droits procéduraux sous l'angle de l'article 4 du Protocole n° 4.

b) Sous la deuxième perspective, celle des efforts pour la codification de la jurisprudence couvrant les éléments pertinents de la notion de non-refoulement.

9 *Paposhvili c. Belgique* [GC], n° 41738/10, CEDH 2016

10 paragraphe 3 de l'opinion concordante du juge Lemmens

11 *N. c. Royaume-Uni* [GC], n° 26565/05, CEDH 2008 ; voir aussi *D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III

12 *Khlaifia et autres c. Italie* [GC], n° 16483/12, CEDH 2016

13 *Conka c. Belgique*, n° 51564/99, CEDH 2002 I

14 *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, n° 16643/09, 21 octobre 2014

15 Foegle (Jean-Philippe), « Un renforcement en trompe-l'œil des droits des migrants retenus aux portes de l'Europe », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, 2017

Si les trois arrêts susmentionnés clarifient des aspects ou des situations particulières de l'analyse juridique dans les affaires d'asile, l'arrêt *J.K. c. Suède*¹⁶, rendu en août 2016, offre un recueil des critères juridiques dont il faut tenir compte dans les affaires d'asile. L'affaire concerne trois ressortissants irakiens, demandeurs d'asile en Suède, visés par une décision d'expulsion vers l'Irak. Les faits de l'affaire sont les faits typiques d'une affaire d'asile. Mais la Grande Chambre a pensé, judicieusement à mon avis, utiliser cette affaire pour rappeler, systématiser et consolider les principes applicables dans les affaires d'asile. La Cour, après avoir analysé les principes directs découlant de la jurisprudence de la CJUE et ceux du HCR, offre la liste suivante des principes généraux applicables dans les affaires d'asile :

1. le caractère général des obligations découlant de l'article 3 – en soulignant le caractère absolu des droits protégés par cet article ;
2. le principe de non-refoulement, soit direct soit indirect, vers des pays où il y a des risques ;
3. les principes généraux concernant l'application de l'article 3 dans les affaires d'expulsion, après rappel du droit des États de réglementer l'accès, la résidence et l'éloignement des étrangers, sauf dans des cas où ceux-ci risquent la torture ou des traitements comparables dans le pays de destination ;
4. le risque de mauvais traitements émanant de groupes privés, et pas seulement ceux émanant des autorités publiques ;
5. le principe d'une évaluation *ex nunc* des circonstances, générales et individuelles ;
6. le principe de subsidiarité ;
7. l'appréciation de l'existence d'un risque réel ;
8. la répartition de la charge de la preuve ;
9. les mauvais traitements antérieurs, indices de l'existence d'un risque ;
10. l'appartenance à un groupe ciblé.

Ce décalogue offert par l'arrêt *J.K. et autres* représente, aux yeux de la Cour, les critères qu'il faut utiliser dans l'examen et l'appréciation des affaires d'asile sous l'angle de la Convention, au moins en ce qui concerne l'article 3. Même si le principe de non-refoulement est l'un des dix critères catalogués par la Grande Chambre dans l'affaire *J.K. et autres*, il faut bien comprendre que, sans le respect de ce principe, tous les autres se trouveront méconnus et que, par ailleurs, tous ces autres principes font partie d'une analyse du principe de non-refoulement. Si je pouvais adopter l'expression de Lord Steyn dans l'affaire *Adan* devant le House of Lords en 2001¹⁷, je dirais que le non-refoulement constitue pratiquement « l'alphabet » des affaires d'asile. L'arrêt *J.K. et autres* offre donc la grille de lecture des affaires d'asile tant au niveau national qu'au niveau de la Cour de Strasbourg. Il a été rédigé de façon, notamment, à permettre de codifier la jurisprudence en la matière et à faciliter la coopération et le dialogue avec les juridictions nationales, pour que les affaires d'asile puissent être finalement résolues au niveau national en conformité avec ces principes généraux de la Convention en la matière.

Bien entendu, les efforts de clarification et de consolidation de la jurisprudence par la Cour de Strasbourg ne peuvent pas se limiter à ces affaires. La contribution de la Cour dans les affaires qui ont une incidence sur la notion de non-refoulement est très vaste. On pourrait très bien ajouter comme exemples l'arrêt *Othman (Abu Qatada)*¹⁸ et la contribution sur la notion de déni flagrant

16 *J.K. et autres c. Suède*, n° 59166/12, 23 août 2016

17 *Secretary of State for The Home Department, Ex Parte Adan R v. Secretary of State for The Home Department Ex Parte Aitseguer, R v. [2000] UKHL 67*

18 *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, CEDH 2012

de justice, l'arrêt *Al Saadoon et Mufdhi*¹⁹, qui offre une nouvelle lecture de la peine capitale sous l'angle de la Convention, ou les arrêts rendus en matière de détention et de renvoi *incommunicado*, tels *El-Masri*²⁰, *Al-Nashiri*²¹, ou *Nasr et Ghali*²² (arrêt prononcé en 2016).

Il est clair qu'il y a là un grand chantier devant nous, avec beaucoup de questions à résoudre tant au niveau national qu'au niveau international. L'automne dernier, les tribunaux allemands²³ et italiens²⁴ ont émis des doutes sur la compatibilité avec les droits fondamentaux des renvois vers la Turquie dans le cadre de l'accord avec l'UE. La Commission européenne, bien qu'ayant déclaré en mai dernier que le système Dublin « était mort »²⁵, vient de décider la reprise des renvois vers la Grèce à partir du mois de mars prochain. Je peux vous dire aussi que cette même semaine a été communiquée l'affaire qui concerne le centre d'accueil des demandeurs d'asile d'Idomeni, qui soulève des questions très complexes liées à la fermeture de la route des Balkans pour les réfugiés. Dès lors, beaucoup de questions attendent encore nos réponses.

Ce qui est certain, c'est que tous les arrêts que j'ai mentionnés, et d'autres que je n'ai pas pu citer ici, présentent le cap et les efforts menés par la Cour de Strasbourg pour la clarification et la consolidation des critères juridiques qui permettent une application correcte et solide du principe de non-refoulement, en respectant les droits garantis par la Convention et en donnant des réponses adéquates à la crise migratoire en Europe.

CONCLUSION

Pour conclure, je voudrais partager avec vous l'épilogue d'une conversation qui a été rendue publique il y a seulement quatre jours. C'est une conversation qui a eu lieu dans le cadre de l'*EJIL-Talks* entre le Professeur Joseph Weiler et le Professeur Philippe Sands à propos du dernier livre du Professeur Sands, « East West Street ». Au cours de cet entretien, le Professeur Sands a souligné que « *the big lesson I learned from writing the book is that in order to understand the concepts we deal with in international law, we have to understand personal stories* »²⁶.

Je crois que cette leçon trouve une forte application dans le cas du principe de non-refoulement – écouter et comprendre des histoires personnelles et puis en décider – c'est tout simplement ça le non refoulement !

Je vous remercie pour votre attention.

19 *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, CEDH 2010

20 *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, CEDH 2012

21 *Al-Nashiri c. Pologne*, n° 28761/11, 24 juillet 2014, et *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, n° 7511/13, 24 juillet 2014

22 *Nasr et Ghali c. Italie*, n° 44883/09, 23 février 2016

23 Cour d'appel de Schleswig-Holstein, 1 Ausl (A) 45/15 (41/15) – décision du 22 septembre 2016

24 Corte Suprema di Cassazione, 31675/16 – décision du 15 novembre 2016

25 Commission européenne, communiqué de presse « Vers un régime d'asile européen commun durable et équitable », Bruxelles, le 4 mai 2016 http://europa.eu/rapid/press-release_WM-16-2270_en.htm. Pendant la conférence de presse, le vice président de la Commission Timmermans et le Commissaire Avramopoulos se sont exprimés comme suit : « *The old Dublin has died* », « *I would say it was killed by this unprecedented pressure. When Dublin was adopted the landscape was totally different to what we have today.* » a déclaré M. Avramopoulos ; « *I'm a Game of Thrones fan. This Dublin looks like Jon Snow stabbed on a table and dead for a couple of days...this reform is the essential thing we need to do to get Jon Snow off the table.* » a ajouté M. Timmermans.

26 Article « New EJIL: Live ! Interview with Philippe Sands on his New Book, East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity », publié le 23 janvier 2017 par Helen McDermott dans <https://www.ejiltalk.org/new-ejilive-interview-with-philippe-sands-on-his-new-book-east-west-street-on-the-origins-of-genocide-and-crimes-against-humanity/>



Georges Ravarani

Juge à la
Cour européenne des droits de l'homme

ÉVALUATION DE LA CRÉDIBILITÉ DES DEMANDEURS D'ASILE : CHARGE DE LA PREUVE ET LIMITES DE L'EXAMEN PAR LA CEDH

L'appréciation de la crédibilité et la charge de la preuve occupent une place centrale dans les affaires de droit d'asile. Ces deux aspects soulèvent des questions très concrètes auxquelles les juridictions nationales doivent répondre, épaulées et guidées dans cette mission par la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans la première partie de ma contribution, j'évoquerai rapidement la jurisprudence récente de la Cour dans ce domaine (I). Toutefois, la jurisprudence élaborée à Strasbourg ne saurait être lue de manière isolée mais doit être replacée dans un contexte plus large, englobant d'autres acteurs importants. Par exemple, dans le cadre de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, l'autre cour européenne, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), a également développé un vaste corpus de jurisprudence relative au droit d'asile, interprétant des instruments tels que la directive qualification de l'Union européenne (UE). Et surtout, il appartient toujours aux autorités nationales, et, en dernier ressort, au juge national, de statuer directement sur les demandes d'asile. Par conséquent, dans la seconde partie de cette contribution, j'aborderai les problèmes qui se posent lorsque les juridictions nationales appliquent en pratique la juridiction des deux cours européennes (II).

I. LA JURISPRUDENCE RÉCENTE RELATIVE À L'APPRÉCIATION DE LA CRÉDIBILITÉ DES DEMANDEURS D'ASILE

En 2016, la Cour de Strasbourg a rendu dans des affaires de droit d'asile deux arrêts de Grande Chambre qui exposent une motivation étoffée sur la question spécifique de l'appréciation de la crédibilité et de la charge de la preuve. Il s'agit des arrêts *F.G. c. Suède et J.K. et autres c. Suède*, qui ont été prononcés respectivement en mars et en août 2016. Je ne décrirai pas ici en détail le contenu de ces deux arrêts, lesquels sont résumés dans les documents d'information distribués pour le séminaire d'aujourd'hui, et je me limiterai à leurs points saillants concernant le sujet qui nous intéresse.

Voici donc un résumé très rapide des faits dans ces deux affaires :

- Dans l'affaire *F.G. c. Suède*, un ressortissant iranien avait demandé l'asile à la Suède aux motifs qu'il avait travaillé avec des opposants notoires au régime iranien et qu'il avait été arrêté et détenu par les autorités à au moins trois occasions entre 2007 et 2009, notamment en relation avec ses activités de publication sur le Web. Il alléguait qu'il avait été contraint de fuir après avoir découvert que les locaux de son entreprise, dans lesquels il conservait des documents politiquement sensibles, avaient été fouillés et que des documents avaient disparu. Après être arrivé en Suède, il se convertit au

christianisme et assura plus tard que du fait de cette conversion, il risquait d'être condamné à la peine capitale pour apostasie s'il rentrait en Iran. Les autorités suédoises rejetèrent sa demande d'asile et ordonnèrent son expulsion.

- L'affaire *J.K. et autres* concernait une famille irakienne. Les membres de la famille demandèrent l'asile en Suède au motif qu'ils étaient exposés à un risque de persécution en Irak par Al-Qaïda, l'époux et père ayant pendant de nombreuses années travaillé pour des clients américains à partir d'une base militaire américaine en Irak. De 2004 à 2008, ils avaient fait l'objet de graves menaces et de violences, et notamment de tentatives de meurtre, d'agressions et de kidnapping. Lorsque la fille de la famille fut tuée et le père grièvement blessé par des coups de feu en 2008, le père cessa de travailler et la famille changea plusieurs fois d'adresse à Bagdad. Ses stocks commerciaux furent attaqués quatre ou cinq fois par des membres d'Al-Qaïda, mais le père disait ne plus avoir subi de menace personnelle depuis 2008 parce que la famille n'avait cessé de déménager. Le père, qui reprochait toutefois aux autorités irakiennes de ne pas avoir su le protéger, avec sa famille, quitta l'Irak en 2010. Il fut rejoint par les autres membres de sa famille en 2011. Sa demande d'asile fut également rejetée.

Dans ces deux affaires, les requérants assuraient qu'un renvoi dans leur pays d'origine les exposerait à un risque réel de traitement contraire aux articles 2 et 3.

Dans ces deux affaires, la Grande Chambre s'est penchée sur un certain nombre de problématiques. Concernant plus précisément l'appréciation de la crédibilité et la charge de la preuve, elle a rappelé ou établi les principes suivants :

- *rôle subsidiaire de la Cour* : la Cour a répété qu'il n'entre pas dans ses attributions de substituer sa propre vision des faits à celle des cours et tribunaux internes, auxquels il appartient en principe de peser les données recueillies par eux, puisque ceux-ci sont les mieux placés pour le faire. La Cour doit toutefois estimer établi que l'appréciation effectuée par les autorités de l'État contractant est adéquate et suffisamment étayée par les données internes et par celles provenant d'autres sources fiables et objectives ;
- *appréciation des risques et charge de la preuve* : à cet égard, la Cour a formulé deux règles générales : 1. Il appartient en principe à l'intéressé de présenter dès que possible sa demande d'asile, accompagnée des motifs et des éléments de nature à étayer cette demande ; et 2. « L'obligation d'établir et d'évaluer tous les faits pertinents de la cause pendant la procédure d'asile est partagée entre le demandeur d'asile et les autorités chargées de l'immigration¹ ».

Au-delà de ces règles générales, la Cour a opéré une distinction claire entre :

- *les risques généraux et les risques individuels* :
 - Dans les cas où une demande d'asile repose sur un « *risque général bien connu, lorsque les informations sur un tel risque sont faciles à vérifier à partir d'un grand nombre de sources* », les obligations découlant pour les États des articles 2 et 3 de la Convention dans les affaires d'expulsion impliquent que les autorités évaluent ce risque d'office.
 - En ce qui concerne les demandes d'asile fondées sur un risque individuel, la Cour, bien que reconnaissant qu'il importe de prendre en compte toutes les difficultés qu'un demandeur d'asile peut rencontrer pour recueillir des éléments de preuve, a dit que les articles 2 et 3 ne sauraient exiger d'un État qu'il découvre un facteur de risque que le demandeur d'asile n'a même pas évoqué. En règle générale, « *on ne peut considérer que le demandeur d'asile s'est acquitté de la charge de la preuve tant qu'il n'a pas fourni, pour démontrer l'existence d'un risque individuel, et donc réel, de mauvais traitements qu'il courrait en cas d'expulsion, un exposé étayé qui permette de faire la distinction entre sa situation et les périls généraux existant dans le pays de destination* ». La Cour

¹ *J.K. et autres c. Suède*, § 96.

a fondé cette clarification sur sa propre jurisprudence ainsi que sur les textes pertinents du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR)² et sur la directive qualification de l'UE³. Elle a toutefois ajouté que si l'État « *est informé de faits, relatifs à un individu donné* », propres à exposer celui-ci à un risque pertinent de mauvais traitements en cas d'expulsion, les autorités sont tenues d'évaluer ce risque d'office.

- Des considérations spéciales entrent en ligne de compte concernant les *mauvais traitements antérieurs* : la Cour considère que l'existence de mauvais traitements antérieurs qui sont contraires à l'article 3 fournit un « *indice solide* » d'un risque réel futur qu'un requérant subisse des mauvais traitements, mais subordonne ce principe à la condition que l'intéressé ait livré « *un récit des faits globalement cohérent et crédible qui concorde avec les informations provenant de sources fiables et objectives sur la situation générale dans le pays concerné* ». Dans ces conditions, c'est au Gouvernement qu'il incombe de « *dissiper les doutes éventuels au sujet de ce risque* »⁴.

- La Cour a également traité la question des appréciations *ex nunc* : la date à retenir pour l'appréciation doit être celle de l'examen de l'affaire par la Cour. Une évaluation complète et *ex nunc* est requise lorsqu'il faut prendre en compte des informations apparues après l'adoption par les autorités internes de la décision définitive.

Ce qui me conduit aux critiques formulées à l'égard des conclusions de la Cour :

- pour une Cour qui n'a de cesse d'insister sur le caractère subsidiaire de son rôle et affirme ne pas être une quatrième instance, il est très problématique d'effectuer une appréciation *ex nunc* de faits nouveaux qui n'ont même pas été évoqués devant les juridictions nationales ;
- ce que les *opinions dissidentes* reprochent le plus souvent à la majorité, c'est d'estimer qu'en cas de mauvais traitements antérieurs, on peut considérer qu'il existe un « *indice solide* » d'un risque futur de mauvais traitements dès lors que le requérant livre un récit des faits « *globalement* » crédible et cohérent qui concorde avec les informations générales provenant de sources objectives sur la situation générale de son pays d'origine. En pareil cas, c'est au Gouvernement qu'il incombe de dissiper les doutes « *éventuels* » concernant ce risque de mauvais traitements. La Cour va ainsi plus loin que la directive qualification, qui ne parle que d'un indice sérieux ;
- qui plus est, la référence à une obligation partagée d'établir et d'évaluer les faits pourrait être considérée comme problématique sous l'angle du droit interne et du droit de l'UE. Dans le droit de l'UE tel qu'interprété par la CJUE, l'obligation partagée se limite à l'établissement des faits, leur appréciation et leur évaluation incombant uniquement aux autorités⁵ ;
- le fait que la Cour affirme que la directive qualification reflète implicitement ou explicitement le principe du *bénéfice du doute* peut aussi se révéler problématique. Il est permis de se demander si cette directive sous-tend effectivement pareil principe.

² Par exemple *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*, 1998, HCR ; *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés*, HCR ; ou la position du HCR sur les retours en Irak.

³ Voir, en particulier, l'article 4 §§ 4 et 5 de la directive qualification de l'UE.

⁴ *J.K. et autre c. Suède*, § 102.

⁵ L'article 4 § 1 de la directive qualification de l'UE dispose que « [l]es États membres peuvent considérer qu'il appartient au demandeur de présenter, aussi rapidement que possible, tous les éléments nécessaires pour étayer sa demande de protection internationale. Il appartient à l'État membre d'évaluer, en coopération avec le demandeur, les éléments pertinents de la demande. » Dans un arrêt de 2012, la CJUE a opéré une distinction nette, concernant l'obligation de coopérer énoncée à l'article 4 § 1, entre l'établissement des faits et leur évaluation ou appréciation par les autorités. Sur ce dernier point : (...) *un tel examen du bien-fondé de la demande d'asile relève de la seule responsabilité de l'autorité nationale compétente, de sorte que, à ce stade de la procédure, une exigence de coopération de cette autorité avec le demandeur, telle que prescrite à l'article 4, paragraphe 1, seconde phrase, de la directive 2004/83, est dépourvue de pertinence (M. M. contre Minister for Justice, Equality and Law Reform e.a., C-277/11, EU:C:2012:744, paragraphes 66-70).*

Après cette petite présentation de la jurisprudence récente de la Cour de Strasbourg, intéressons-nous maintenant à la manière dont les juridictions nationales reçoivent et appliquent la jurisprudence de la Cour relative à l'article 3 dans les affaires d'asile.

II. LA MISE EN ŒUVRE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX ÉNONCÉS PAR LES COURS EUROPÉENNES

Pour diverses raisons, il est loin d'être facile pour le juge de l'asile de mettre en œuvre la jurisprudence de la Cour.

- Premièrement, la Cour le souligne fréquemment elle-même, elle n'est pas conçue pour trancher des questions liées au droit des étrangers ou au droit d'asile, qui sont deux domaines qui sortent de son champ de compétence. Cependant, chacun sait que ce désaveu est très contesté. En témoigne par exemple cette citation : « *en l'espace de deux décennies seulement, [la Cour est devenue], sinon la plus haute juridiction en matière d'asile, du moins la plus haute juridiction européenne pour les affaires de réfugiés, sans pour autant avoir à proprement parler compétence pour accorder l'asile* », principalement en appliquant et en interprétant les articles 2 et 3 de la Convention⁶. Si l'on garde à l'esprit le principe bien établi selon lequel toute personne, indépendamment de sa nationalité, peut demander à bénéficier des dispositions de la Convention dès lors qu'elle relève de la juridiction d'un État contractant, il découle de la jurisprudence de la Cour qu'en pratique, les valeurs consacrées par la Convention sont exportées dans le monde entier et s'appliquent non pas à 800 millions de personnes seulement, mais bien à 7 milliards d'êtres humains.

Si les principes établis par la Cour doivent être appliqués par un juge de l'asile, on aboutit à une forme d'asymétrie, non parce qu'une juridiction nationale se trouve à devoir appliquer des principes élaborés par une cour européenne, mais du fait des conséquences de cette application. Il arrive en effet qu'une personne ne satisfasse pas du tout aux critères juridiques qui lui permettraient de se voir accorder l'asile (si les critères énoncés par la Convention de Genève ne sont pas réunis) mais que son expulsion emporterait violation de l'article 3, par exemple. Le juge se retrouve alors face à un dilemme : il ne peut pas appliquer les critères classiques du droit d'asile mais se voit néanmoins contraint, surtout par les arrêts récemment rendus par la Grande Chambre, d'appliquer les critères de la Convention dans son appréciation de la demande d'asile déposée par l'intéressé.

- Deuxièmement, nous l'avons vu, dans les affaires d'asile, la Cour procède à une appréciation *ex nunc* des faits. Même si on laisse de côté le fait qu'on ne peut guère nier qu'il s'agit bien là du travail d'une quatrième instance, cette appréciation des éléments concrets par la Cour se révèle très problématique. Comme la Cour le reconnaît elle-même, compte tenu de leur plus grande proximité avec les parties et les faits, les juridictions nationales sont mieux placées pour ce faire. En effet, la Cour n'entend pas les parties en personne, et les éléments de preuve produits sont en général peu nombreux. La Cour est tout simplement dépourvue des outils dont disposent les juridictions nationales pour établir les faits dans toute leur complexité.

- Troisièmement, bien que tout arrêt de la Cour se réfère à une situation factuelle concrète, ce sont naturellement les principes généraux dépassant l'affaire en question qui comptent pour les juridictions nationales, qui sont ensuite appelées à appliquer ces principes à des questions concrètes. En ce sens, le rôle de la Cour, qui diffère en théorie largement de celui de la CJUE (l'autre cour européenne également compétente en matière d'asile), s'en rapproche ici très sensiblement. La CJUE rend des décisions de portée

générale lorsqu'elle est saisie de questions préjudicielles par une juridiction nationale, mais la Cour de Strasbourg rend aussi des décisions générales lorsqu'elle énonce des principes généraux, et c'est d'ailleurs ce que fait toujours la Grande Chambre. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que le Protocole n° 16 entre en vigueur.

À cet égard, dans le contexte du sujet qui nous occupe aujourd'hui, deux problèmes méritent d'être soulignés : tout d'abord, il est assez gênant d'énoncer des règles générales dans un domaine aussi spécifique que celui de la production de preuves, et ensuite, on imagine aisément qu'il puisse exister des conflits potentiels entre les solutions théoriques adoptées par les deux cours européennes.

Permettez-moi d'illustrer la conjugaison de ces deux problèmes en m'appuyant sur l'exemple concret d'une affaire dont a été saisie une juridiction nationale. Un ressortissant algérien demandait l'asile dans un État membre de l'UE. Il prétendait courir le risque d'être persécuté et emprisonné pour homosexualité dans son pays d'origine. Il invoquait la jurisprudence de la CJUE selon laquelle l'orientation sexuelle d'une personne constitue une caractéristique à ce point essentielle pour son identité qu'il ne devrait pas être exigé d'elle qu'elle vive sans l'exprimer⁷. Selon cette jurisprudence, il y a persécution dès lors que l'orientation sexuelle d'une personne peut conduire à des poursuites pénales et à un emprisonnement. Dans un autre arrêt, la Cour de Luxembourg a dit que les requérants ne pouvaient pas être soumis à des tests ou à des audiences destinés à établir leur véritable orientation sexuelle⁸. La CJUE a d'ailleurs posé des principes similaires concernant les croyances religieuses. Elle a clairement établi qu'on ne pouvait pas demander à une personne qu'elle renonce à pratiquer sa religion ouvertement⁹.

Dans l'exemple que j'évoque, la juridiction de l'État membre a estimé ne pas pouvoir appliquer ce qu'elle concevait comme un principe revenant à accorder presque automatiquement l'asile aux personnes qui se disaient persécutées du fait de leur orientation sexuelle ou de leurs croyances religieuses. Le tribunal en question a notamment souligné que ce principe pouvait conduire à une « discrimination à rebours » au sens où il existait une différence de traitement concernant la charge de la preuve : les personnes persécutées pour des motifs politiques étaient tenues de produire des éléments concrets alors que celles qui se prétendaient victimes de persécution pour des motifs sexuels ou religieux pouvaient se contenter d'avancer pareille allégation de persécution. La juridiction nationale a donc jugé problématique d'appliquer des règles formulées *in abstracto* à l'appréciation des faits dans une affaire donnée. Elle a également cherché à déterminer si l'on pouvait s'attendre à un certain degré de retenue de la part de personnes ayant des croyances religieuses particulières ou une orientation sexuelle particulière dans des pays d'origine où des problèmes se posent en la matière. En l'espèce, le juge national a conclu que le demandeur avait prouvé non pas que les autorités algériennes avaient l'habitude d'emprisonner les homosexuels, mais qu'elles emprisonnaient seulement ceux qui étaient très exposés. La demande d'asile de l'intéressé fut donc rejetée¹⁰.

Explorons la question un peu plus avant : un problème similaire à celui de l'affaire *Köbler* pourrait se poser si la juridiction nationale méconnaissait le droit de l'UE tel qu'interprété par la CJUE : la responsabilité civile de l'État pourrait être engagée pour non-respect par les autorités nationales, y compris par les tribunaux, de leurs obligations du titre du droit de l'UE. En premier lieu, toutefois, ce problème est réglé par les juridictions nationales elles-mêmes (et par conséquent, le recours risque de demeurer purement théorique), et en second lieu, l'établissement de la responsabilité de l'État ne peut, en pratique, aboutir à ce que le demandeur d'asile cherche à obtenir, à savoir la suspension de son expulsion vers son pays d'origine.

Ayant été débouté au niveau national, il est possible que le demandeur se tourne vers la Cour de Strasbourg. Il pourrait à l'évidence invoquer l'article 3 et solliciter une mesure provisoire au titre de l'article 39 du règlement de la Cour. Il n'y serait toutefois pas contraint et, en tout état de

7 CJUE, 7 novembre 2013, C-199/12, C-200/12 et C-201/12.

8 CJUE, 2 décembre 2014, C-148/13 et C-150/13.

9 CJUE, 5 septembre 2012, C-71/11 et C-99/11.

10 Cour administrative du Grand-Duché de Luxembourg, 6 février 2014, n° 33641C, consultable à l'adresse www.justice.public.lu

6 A. Nußberger, « Flüchtlingsschicksale zwischen Völkerrecht und Politik », *NVwZ* 12/2016, p. 820.

cause, la Cour pourrait rejeter sa demande de mesure provisoire. S'agissant du bien-fondé du grief de violation de l'article 3 de la Convention, la Cour rechercherait s'il y a déjà eu des persécutions et en particulier s'il existe un risque réel que le requérant subisse des traitements inhumains ou dégradants en cas de retour (il se pourrait que l'expulsion ait déjà eu lieu, et la Cour rechercherait alors s'il y a effectivement eu une violation de l'article 3).

Contrairement à la CJUE, la Cour de Strasbourg examinerait le jugement rendu par la juridiction nationale en l'espèce. Elle ferait probablement deux choses : elle énoncerait des principes généraux et les appliquerait au cas d'espèce. Naturellement, on ne peut que spéculer sur ce que la Cour dirait. Pour ma part, je ne m'intéresse cependant qu'aux conséquences « techniques » de son arrêt.

On peut imaginer deux types d'issues pour ce différend.

La Cour pourrait peut-être constater une violation en l'espèce puisque la juridiction nationale a imposé au requérant une charge de la preuve induite. Il s'agit d'ailleurs de la conclusion la plus probable à la lumière des principes qui ont été récemment affirmés dans l'arrêt *F.G. c. Suède*. La Cour deviendrait alors indirectement le « bras séculier » de la CJUE, rôle dans lequel cette dernière n'aime guère voir la Cour...

Elle pourrait également conclure que l'on peut attendre du demandeur d'asile qu'il supporte une partie de la charge de la preuve en l'espèce. Le cas échéant, nous aurions un problème encore plus grand, à savoir une contradiction entre les positions prises par chacune des deux cours européennes. En pareil cas, les juridictions nationales sont confrontées à des problèmes quasiment insolubles et malgré l'« assistance » des deux cours européennes, il arrive qu'elles se sentent très seules dans l'accomplissement de leur mission.

Je me tourne maintenant vers ma collègue de la Cour nationale française du droit d'asile et je lui demande si elle se sent seule...



Michèle de Segonzac

Présidente,
Cour nationale du droit d'asile, France

EVALUATION DE LA CRÉDIBILITÉ DES DEMANDEURS D'ASILE : CHARGE DE LA PREUVE ET LIMITES DE L'EXAMEN PAR LA CEDH¹

La question de l'établissement des faits allégués par un demandeur d'asile et de l'évaluation du risque pour celui-ci d'être exposé à des persécutions ou à des atteintes graves est centrale dans l'examen de toute demande de protection internationale.

Cette question présente souvent des difficultés supplémentaires au niveau juridictionnel. Le juge de l'asile se trouve ainsi confronté, d'emblée, à une situation asymétrique opposant l'État (l'autorité de détermination compétente) à une personne physique étrangère, se présentant comme une victime et se trouvant souvent dans une situation de vulnérabilité, qui invoque les conditions même de sa fuite pour expliquer son incapacité à prouver ses allégations. Cette contestation porte généralement sur la véracité de faits s'étant déroulés dans un pays géographiquement lointain, et dans lesquels il est en pratique impossible de procéder à des vérifications sans mettre à mal le principe cardinal de confidentialité des demandes d'asile et risquer de mettre en danger l'intéressé.

Ces difficultés, ainsi que l'extrême diversité des paramètres pertinents à manier pour apprécier le bien-fondé des demandes d'asile, ont longtemps nourri l'idée que la crédibilité était un sujet réfractaire à toute forme de théorisation là où, parallèlement, les régimes de preuve traditionnellement appliqués par les tribunaux tels que l'intime conviction n'apportent que des réponses tout aussi incomplètes.

Aujourd'hui, la crédibilité s'impose comme le langage commun à l'ensemble des institutions et des juridictions chargées d'évaluer le risque pays (I). C'est ce qui explique pourquoi la jurisprudence de la CEDH a acquis une telle importance pour le juge de l'asile (II). Ce dialogue des juges fondé sur ce même langage doit ainsi permettre un rapprochement des points de vue qui passe aussi par une meilleure connaissance réciproque (III).

¹ Intervention préparée en collaboration avec L. Dufour, Centre de Recherche et de Documentation (CEREDOC) de la Cour nationale du droit d'asile.

I LA CRÉDIBILITÉ : UN LANGAGE COMMUN DES JUGES DE L'ASILE

I.1 POUR L'ANALYSE DU RISQUE PAYS

Le développement quantitatif et qualitatif de l'information sur les pays d'origine, la COI selon l'acronyme de sa dénomination anglo-saxonne, et son accessibilité grandissante en particulier via Internet, ont révolutionné la pratique juridictionnelle en matière d'asile : dans les années qui ont suivi la première directive qualification du 29 avril 2004², différentes institutions internationales et associations³ vont s'attacher à poser les lignes d'une réflexion spécifique sur l'utilisation de l'information-pays dans les procédures d'asile. La CEDH a adopté un mouvement identique dans l'application du principe de non-refoulement découlant de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La juridiction d'asile française, qui s'appuyait de longue date sur des rapports et documents actualisés et pertinents pour élaborer son appréciation⁴, s'abstenait cependant de faire figurer systématiquement les sources utilisées dans ses décisions.

Dans ce contexte, la CEDH souligne alors en 2010 dans une affaire *Y.P et L.P contre France*⁵, que les autorités françaises compétentes en matière d'asile ont estimé que les craintes des intéressés n'étaient pas fondées, **sans se référer à aucun rapport international sur la situation prévalant dans leur pays d'origine** et s'appuie, quant à elle, sur différentes résolutions et rapports émanant des Nations Unies, du Conseil de l'Europe, d'organismes gouvernementaux et non-gouvernementaux pour considérer que le renvoi des requérants vers leur pays d'origine emporterait une violation de l'article 3 de la Convention.

La référence à l'information géopolitique dans les décisions de la CNDA sera dès lors perçue, non plus comme un simple effort de motivation justifié par un cas précis, mais comme une exigence d'ordre général permettant au juge d'objectiver l'appréciation portée sur les demandes et de rendre compte de la transparence du processus juridictionnel par une motivation appropriée.

Le Conseil d'État a, pour sa part, jugé en 2012 qu'il appartenait à la CNDA de rechercher les éléments d'information relatifs au pays d'origine nécessaires à l'établissement des faits et d'en faire usage dans le respect des principes du contradictoire⁶.

L'information sur les pays d'origine joue un rôle déterminant dans l'évaluation contextuelle des faits allégués et des risques encourus en tant qu'indice de crédibilité dit externe de la demande d'asile. L'évolution vers une utilisation systématique et affinée de cette information a ensuite constitué le point de départ d'une réflexion plus centrée sur le récit personnel du demandeur d'asile.

I.2 POUR L'ÉVALUATION DU RÉCIT PERSONNEL DU DEMANDEUR D'ASILE

D'importants travaux visant à identifier des critères objectifs d'évaluation du récit personnel du demandeur ont ainsi été menés ces dernières années à l'échelle européenne⁷, dans le but d'une meilleure harmonisation des pratiques. L'objet de ces travaux était :

- d'élaborer une approche commune aux États membres, alors même que le défaut de crédibilité des demandes est à l'origine de la plupart des décisions de rejet ;
- de définir des critères et des techniques à utiliser dans l'évaluation de la crédibilité du récit personnel du demandeur afin d'assurer un traitement plus égalitaire des demandes de protection internationale dans l'Union européenne.

C'est dans cette perspective que le Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO) a fait paraître, en mars 2015, un guide pratique intitulé « Evidence Assessment »⁸ qui développe une méthodologie raisonnée de l'évaluation de la crédibilité, et qu'il coordonne actuellement un projet spécifiquement destiné aux juges nationaux de l'asile⁹ dans lequel la CNDA est activement impliquée.

Cette élaboration conceptuelle ne répond pas à des préoccupations seulement théoriques : il s'agit d'aider les juges nationaux de l'asile dans leur office éminemment complexe. Cette nouvelle approche a conduit le juge français à changer de paradigme et à abandonner une démarche centrée sur l'intime conviction au profit d'une démarche objectivable, dont en somme, il est possible de rendre compte.

La jurisprudence de la CEDH n'est pas étrangère à cette évolution qui s'inscrit dans un mouvement collectif de renforcement de la motivation des décisions.

II - LA JURISPRUDENCE DE LA CEDH ET SON IMPACT QUANT À LA MÉTHODOLOGIE D'ÉVALUATION DE LA CRÉDIBILITÉ DES DEMANDES D'ASILE PAR LES JUGES NATIONAUX

Au-delà de son rôle quant à l'utilisation de l'information-pays par les juridictions nationales en matière d'asile, la jurisprudence de la CEDH a également induit des évolutions importantes quant à l'évaluation de la crédibilité des demandes. Deux courants jurisprudentiels illustrent notamment cette influence.

2.1 LA QUESTION DES DOCUMENTS

La question de la place des documents produits par les requérants dans l'évaluation de la crédibilité est un sujet qui peut s'avérer complexe. La CNDA, à l'image des juridictions homologues, est fréquemment conduite à devoir évaluer la valeur probante des pièces produites devant elle dans le contexte d'une appréciation globale des éléments de la demande, dès lors que cette valeur n'est pas suffisante en elle-même pour établir les faits allégués par le demandeur d'asile. Cette démarche conduit à vérifier s'il existe une cohérence d'ensemble entre les pièces et les autres éléments du dossier. Elle semble d'ailleurs partagée par la CEDH qui porte une appréciation globale, au cas par cas, sur l'ensemble des éléments qui lui sont soumis, ainsi qu'elle l'a récemment rappelé dans un arrêt *R.V. c. France*¹⁰.

Dans cette situation, la CEDH peut être conduite à une appréciation sensiblement différente du juge de l'asile.

Cette différence tient à l'obligation pour la Cour de procéder à une évaluation *ex nunc*, qui la conduit à prendre en compte des évolutions postérieures dans la situation du pays d'origine ou des faits nouveaux n'ayant pu être allégués dans le cadre des procédures nationales. Elle tient aussi, et sauf exception, à l'absence d'audition du principal intéressé dans sa propre procédure. Il s'agit là d'une différence majeure car la confrontation entre les documents et les déclarations orales apporte bien souvent un éclairage déterminant sur la valeur probante qui doit être accordée aux pièces produites. La CEDH le reconnaît elle-même, lorsqu'elle rappelle qu' : « en règle générale,

8 EASO, *Practical Guide : Evidence Assessment*, EASO Practical Guides Series, Mars 2015 : Ce document s'adresse en particulier aux agents des autorités administratives chargés de l'instruction des demandes d'asile.

9 IARLJ/EASO *Evidence and credibility assessment in the context of the common European asylum system - A Judicial Analysis*, à paraître.

10 [CEDH 7 juillet 2016 R.V. c. France n° 78514/14 § 60](#)

2 Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts.

3 Parmi lesquelles, l'Union européenne, le HCR, Le Centre Autrichien de Recherche sur l'asile et les pays d'origine (ACCORD), Le Comité Helsinki Hongrois (HHC) et l'Association Internationale des Juges de l'Asile (IARLJ).

4 La CNDA dispose en effet d'une unité spécialisée chargée de la recherche sur les pays d'origine depuis 1995.

5 CEDH 2 septembre 2010 *Y.P. et L.P. c. France* n° 32176/06.

6 CE 22 octobre 2012 *M. M. n° 328265 A*.

7 Beyond Proof du HCR et Projet CREDO (Partenariat HCR, HHC, Asylum Aid, IARLJ). Le projet CREDO comporte un volet concernant spécifiquement les juridictions : IARLJ, *Assessment of credibility in Refugee and Subsidiary Protection Claims under the EU Qualification Directive : Judicial Criteria and Standards, Credo project*, 2013.

les autorités nationales sont les mieux placées pour apprécier non seulement les faits mais, plus particulièrement, la crédibilité des témoins, car ce sont elles qui ont eu la possibilité de voir, examiner et évaluer le comportement de la personne concernée »¹¹.

Cette différence d'appréciation peut enfin tenir au fait que le juge national ne s'est pas suffisamment expliqué sur les raisons qui le conduisent à écarter des pièces en se référant exclusivement au caractère non convainquant des déclarations du requérant. Dans deux affaires très illustratives à cet égard, rendues respectivement en 2013 et 2014, *Mo. P. c. France et S.R. c. France*¹², la CEDH a eu sur la valeur probante des documents produits une appréciation similaire à celle de la CNDA ; en prenant soin, cependant, de relever le caractère peu explicite des motivations du juge de l'asile. Ainsi dans son arrêt *S.R. c. France*, la CEDH explique clairement qu'elle ne peut se fonder sur l'appréciation du juge national selon laquelle les documents sont dénués de valeur probante en l'absence de déclarations convaincantes du requérant, dans la mesure où elle ne dispose, à cet égard, d'aucun élément explicatif.

La Cour semble donc attendre du juge de l'asile qu'il explicite son appréciation de la valeur probante des documents produits sur la base d'éléments objectifs dont elle sera en mesure d'apprécier la pertinence.

Ce point semble d'autant plus primordial pour la CEDH qu'il lui est arrivé de considérer, notamment en 2013 dans les affaires *I. c. Suède* et *R.J. c. France*¹³, que si elle partageait les réserves des autorités nationales sur la carence globale de crédibilité des récits, ce constat ne permettait pas à lui seul d'écarter les risques qu'étaient susceptibles de révéler, par eux-mêmes, les certificats médicaux produits par les requérants. Il s'agissait de certificats médicaux circonstanciés, établis peu de temps après les faits générateurs selon les standards méthodologiques recommandés en la matière¹⁴ et présentant à ce titre une valeur a priori probante quant à l'infliction de traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le défaut général de crédibilité du récit ne permet pas dès lors, selon la CEDH, de contrebattre une forme de présomption, ni en conséquence de dissiper « les fortes suspicions sur l'origine des blessures du requérant » selon les termes de la CEDH dans l'affaire *RJ c. France*.

Le Conseil d'État s'est fondé en 2015 sur un raisonnement assez proche pour exiger de la CNDA une appréciation autonome de la valeur probante des « pièces qui comportent des éléments circonstanciés en rapport avec les risques allégués », censurant en l'espèce cette juridiction pour avoir écarté la pertinence d'un certificat médical faisant état de façon circonstanciée de plusieurs blessures et traumatismes, au seul motif que « le caractère sommaire, imprécis et contradictoire de son récit ne permettait pas d'établir la réalité des risques qu'il serait susceptible de courir en cas de retour dans son pays »¹⁵.

La CNDA est ainsi appelée à fournir un effort important de motivation lorsqu'elle décide de ne pas accorder de valeur probante à un document en rapport avec les risques allégués, puisqu'il lui faut identifier les éléments précis qui, dans chaque cas d'espèce, permettent de justifier cette appréciation.

2.2 SECONDE ILLUSTRATION : LE RISQUE OBJECTIF AU-DESSUS DES CONTINGENCES DE PROCÉDURE ?

L'arrêt de Grande Chambre du 23 mars 2016 *F.G. c. Suède*, qui s'est prononcé sur l'étendue des circonstances de fait que l'autorité de détermination et le juge de l'asile doivent prendre en compte - en vertu des obligations découlant pour les États des articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme - contient des implications inédites quant à l'examen des demandes d'asile.

Si la CEDH a déjà eu l'occasion d'examiner la conformité de mécanismes procéduraux particuliers, procédures accélérées par exemple, avec les garanties prévues par la Convention ou de rappeler que l'application des règles de procédure nationale ne devait pas conduire à une violation de ces garanties¹⁶, elle ne semble jamais avoir prescrit aussi clairement une obligation de faire, telle qu'elle apparaît au paragraphe 156 de cet arrêt¹⁷.

C'est la logique du risque objectif, telle qu'elle apparaît déjà dans la jurisprudence relative aux risques résultant d'une situation générale¹⁸, qui semble imposer aux autorités nationales en charge du droit d'asile d'évaluer l'ensemble des facteurs dont elles ont, ou devraient avoir, connaissance, indépendamment des choix exprimés par les demandeurs quant aux fondements de leur demande.

La nécessité d'un tel examen d'office résulte, aux yeux de la CEDH, non seulement du caractère absolu des articles 2 et 3 de la Convention mais aussi de la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouvent souvent les demandeurs d'asile.

Cet arrêt interpelle aujourd'hui, bien évidemment, les juridictions nationales dans la mesure où, là encore, le reproche formulé a trait à l'application d'une méthodologie de travail largement partagée. Il appartiendra aux juges nationaux de l'asile d'apprécier comment prendre en considération cette évolution dans leur office et dans leur travail quotidien.

III- LE DIALOGUE DES JUGES AINSI MIS EN ŒUVRE DOIT EN EFFET PERMETTRE CE RAPPROCHEMENT DES POINTS DE VUE EN TENANT COMPTE DES RÉALITÉS ET DES CONTRAINTES DE CHACUN

3.1 UN ENRICHISSEMENT MUTUEL...

L'influence incontestable de la CEDH sur la pratique des juges nationaux de l'asile est parfois perçue comme paradoxale en raison de différences importantes tenant au droit applicable et au positionnement respectifs de ces instances dans le parcours des demandeurs d'asile : on rappelle ainsi fréquemment que la jurisprudence de la Cour ne saurait être regardée comme directement prescriptrice quant à l'évaluation du bien-fondé des demandes d'asile au regard des dispositions relatives à la protection internationale.

Il est plus rarement fait état des nombreux facteurs que je viens de tenter d'illustrer, qui rapprochent la CEDH et les juridictions de l'asile. Ces juridictions jugent, en effet, des contestations de fond, en partie similaires en ce qu'elles portent sur des risques de violations graves de droits fondamentaux, en s'appuyant sur les mêmes sources d'information.

11 *Ibid.* § 58.

12 CEDH (déc.) 30 avril 2013 *Mo. P. c. France* n° 55787/09 ; CEDH (déc.) 7 octobre 2014 *S.R. c. France* n° 31283/11.

13 CEDH 5 septembre 2013 *I. c. Suède* n° 61204/09 et CEDH 19 septembre 2013 *R. J. c. France* n° 10466/11.

14 Notamment le « Protocole d'Istanbul : Manuel pour enquêter efficacement sur la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants, Haut-commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, 2005, Série sur la formation professionnelle n° 8 Rév.1. »

15 CE 10 avril 2015 *M. B.* n° 372864 B.

16 CEDH 19 janvier 2016 *M.D. et M.A. c/ Belgique* n° 58689/12, s'agissant des conséquences de l'application des règles en matière de réexamen des demandes d'asile en Belgique.

17 « Il s'ensuit qu'indépendamment de l'attitude du requérant, les autorités nationales compétentes ont l'obligation d'évaluer d'office tous les éléments portés à leur connaissance avant de se prononcer sur l'expulsion de l'intéressé ».

18 CEDH, Grande Chambre, 21 janvier 2011 *M.S.S. c/ Belgique et Grèce* n° 30696/09 ; CEDH, Grande Chambre, 23 février 2012 *Hirsi Jamaa et autres c/ Italie* n° 27765/09.

Il est, à cet égard, remarquable que la CEDH applique, pour apprécier la gravité et le sérieux des risques invoqués au regard de l'article 3 de la Convention, des critères opérationnels proches de ceux utilisés dans la détermination de l'éligibilité à la protection internationale : risques émanant d'acteurs non étatiques ; évaluation de la protection disponible dans le pays d'origine ou dans une partie de ce pays ; gravité des agissements redoutés.

Ce rapprochement des critères a été récemment illustré dans l'arrêt de 2016 de Grande Chambre *J.K. c. Suède*, qui consacre un mécanisme de présomption de risque futur de violation de l'article 3, risque résultant de mauvais traitements antérieurs, très similaire à celui décrit par l'article 4(4) de la Directive qualification¹⁹, en matière de protection internationale. Au fil du temps, la jurisprudence de la CEDH semble s'être enrichie de nombreuses références aux arrêts de la CJUE et aux jugements rendus en matière d'asile au niveau national et de façon symétrique, les décisions de la CNDA s'appuient, en tant que de besoin, sur les solutions dégagées par la Cour quant à son appréciation sur la situation prévalant dans un pays d'origine.

3.2 ... MAIS AUSSI UN DÉFI POUR UNE JURIDICTION DE TERRAIN : L'EXEMPLE DE LA CNDA

Si l'interrelation croissante entre la jurisprudence de la CEDH et celles des juridictions compétentes en matière d'asile constitue très certainement un facteur d'enrichissement mutuel, les évolutions que l'on vient de décrire tendent à modifier les conditions mêmes de l'exercice de l'office des juges de l'asile. Elles constituent à bien des égards un défi pour les juridictions concernées dans le traitement du contentieux de l'asile au quotidien.

La CNDA est la plus grande juridiction administrative française par le nombre de recours reçus annuellement : 40 000 en 2016. Il est important de rappeler cette donnée pour mesurer l'ampleur de la tâche à laquelle la Cour française est confrontée pour que l'effort de motivation et de prise en compte élargie des facteurs de risques soit répercuté, de façon égalitaire, sur le traitement de l'ensemble des recours et s'articule avec la consolidation des garanties procédurales.

Le nombre considérable de juges – près de 300²⁰ qu'il s'agisse de magistrats professionnels ou non – et de rapporteurs (près de 200) impliqués dans le processus de prise de décision à la CNDA justifie le développement, en interne, de stratégies de formation axées sur l'évaluation de la crédibilité et la diffusion rapide de décisions représentatives de bonnes pratiques en la matière. Il s'agit, on l'aura compris, d'une entreprise de longue haleine mais dont nous mesurons tous, je l'espère, le bénéfice.

L'enjeu de cette évolution est considérable pour les juges et les justiciables et au-delà pour la perception du droit d'asile lui-même par les opinions publiques.

Pour les demandeurs d'asile, bien évidemment, elle signifie une écoute plus attentive, une meilleure prise en compte dans la procédure de la vulnérabilité intrinsèque de leur situation, mais aussi une valorisation réelle de leurs droits en tant que justiciables. Pour les juges, cet effort considérable concourt à une plus grande lisibilité de l'application concrète du droit d'asile et à l'harmonisation des solutions. Pour tous, il a vocation à renforcer ce droit fondamental s'il en est.



Christoph Grabenwarter

Juge, Cour constitutionnelle, Autriche

ACCUEIL DES MIGRANTS: GARANTIES SUBSTANTIELLES ET PROCÉDURALES POUR LES MIGRANTS

A. INTRODUCTION

L'Europe est le seul continent au monde où la latitude des États dans le domaine de l'égalité de traitement des étrangers est limitée par des garanties internationales contrôlées par une juridiction internationale rendant des décisions contraignantes. Avant d'entrer dans le vif du sujet, je dois préciser un point.

Il faut bien comprendre que lorsqu'on parle de migrations en Europe, on distingue au moins quatre types de migrants : les personnes qui migrent au sein d'un pays, celles qui migrent entre deux États membres de l'Union européenne, celles qui migrent entre deux États membres du Conseil de l'Europe et celles qui migrent d'un lieu ne relevant pas de la protection européenne des droits de l'homme vers un ou plusieurs États parties à la Convention.

Dans chacun de ces quatre cas, la situation en ce qui concerne la protection du migrant est différente. Bien entendu, une famille qui migre au sein de la Russie peut se trouver dans une situation analogue en ce qui concerne les problèmes de langue, de scolarité et de logement à celle d'une famille migrant de la Roumanie vers la Suède. Et il ne faut pas oublier que dans certains États membres de l'UE, le nombre de migrants provenant de l'Union est égal voire supérieur à celui des autres migrants.

La conclusion à tirer de ces chiffres est que la question des migrants est un sujet complexe : il ne s'agit pas seulement de personnes arrivant en Europe méridionale depuis l'Afrique pour poursuivre leur route vers le nord.

La juge Linder et moi-même nous partageons la tâche de la manière suivante : elle examinera les questions directement liées à l'article 8, tandis que je m'intéresserai à certaines des garanties procédurales et matérielles qui dépassent le cadre de cette disposition.

B. LES GARANTIES PROCÉDURALES

La première garantie procédurale qui vient à l'esprit dans le contexte des migrations est celle posée par l'article 1 du Protocole n° 7. Comme l'article 8 de la Convention, cette disposition protège les migrants contre la perte du statut de résident. Je n'en parle donc pas dans mon intervention, même si je n'ignore pas qu'elle peut être – qu'elle est – cruciale pour les migrants.

¹⁹ « Le fait qu'un demandeur a déjà été persécuté ou a déjà subi des atteintes graves ou a déjà fait l'objet de menaces directes d'une telle persécution ou de telles atteintes est un indice sérieux de la crainte fondée du demandeur d'être persécuté ou du risque réel de subir des atteintes graves, sauf s'il existe de bonnes raisons de penser que cette persécution ou ces atteintes graves ne se reproduiront pas. »

²⁰ Dont 13 magistrats permanents, les autres juges de l'asile étant des membres des formations de jugement vacataires, qui assurent au moins 13 audiences par an.

Pour en revenir aux garanties procédurales générales, il faut avant tout se rappeler qu'en principe, les migrants et les citoyens jouissent du même niveau de protection, y compris pour ce qui est des garanties procédurales. Notamment, l'article 14 de la Convention s'applique aussi en combinaison avec les articles 5 et 6. Il protège les migrants contre la discrimination quelle que soient leur nationalité et indépendamment du fait qu'ils appartiennent ou non à une minorité.

Il y a cependant certaines garanties qui vont au-delà de la simple égalité formelle pour octroyer aux migrants (ainsi qu'à d'autres personnes) des droits spéciaux. Cet ensemble de droits spéciaux découle de l'idée que nul individu relevant de la juridiction d'un État partie à la Convention ne devrait être désavantagé dans la jouissance des garanties procédurales fondamentales au motif qu'il ne parle ou ne comprend pas la langue officielle employée par les autorités nationales. Les questions linguistiques sont d'une importance cruciale car elles constituent la base, pour ainsi dire, de la jouissance du droit à un procès équitable, ou, pour être plus précis, du droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue.

Les articles 5 § 2 et 6 § 3 a) de la Convention sont libellés en termes analogues, et même, en leurs passages pertinents, identiques : toute personne arrêtée ou accusée d'une infraction pénale a droit à être informée, dans le plus court délai et – je cite – « dans une langue qu'elle comprend » des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle. Il est communément admis aujourd'hui que l'exigence d'information à bref délai doit revêtir un sens autonome s'étendant au-delà de l'empire des mesures de droit pénal, comme la Cour le répète dans une jurisprudence constante depuis l'affaire *Van der Leer* de 1990. Comme dans bien d'autres domaines régis par la Convention, la Cour a élaboré sur ce sujet une jurisprudence détaillée qui tient compte des différences factuelles selon les situations. La question juridique qui se pose doit être résolue de la même manière que pour les autres domaines relevant des articles 5 et 6 ou des articles 8 à 11 – il faut souvent mettre en balance les différents aspects : d'une part la gravité des conséquences pour le requérant, de l'autre la portée de l'obligation pour les agents de l'État d'assurer la précision de la demande de traduction. On trouve un excellent exemple de cette problématique dans l'affaire *Chamaïev c. Géorgie et Russie* de 2005, qui concernait les exigences en matière de traduction du russe vers le tchéchène dans une procédure d'extradition. Dans son raisonnement, la Cour attache de manière parfaitement cohérente une importance particulière aux conséquences négatives de l'extradition.

Dans le contexte de l'application de l'article 6 § 3 e) de la Convention, la Cour a toujours dit clairement que le droit protégé par cette disposition est absolu et qu'il s'applique aussi à la phase de la procédure précédant le procès et, le cas échéant, à la procédure d'appel, aux déclarations orales ainsi qu'à certains documents écrits. Elle a, au fil des années, posé une obligation positive pour l'État de contrôler l'interprète dans une certaine mesure, obligation qui peut s'étendre à la précision de l'interprétation – on en trouve des exemples dans la jurisprudence dès 1989 avec des arrêts tels que l'arrêt *Kamasinski*, ou encore l'arrêt de Grande Chambre *Hermi c. Italie*.

Le principe fondamental à suivre pour l'interprétation de l'article 6 en général est que les droits garantis par la Convention doivent être assurés de manière « pratique et effective ». Il est logique que la Cour assimile sa jurisprudence relative à l'importance d'un interprète pour l'équité de la procédure à celle qui porte sur la présence d'un avocat dès les premiers stades de l'interrogatoire en garde à vue. En résumé, le but des garanties spéciales n'est pas simplement d'assurer une égalité formelle, il est aussi de compenser d'éventuelles faiblesses résultant d'une méconnaissance de la langue. En un sens, ces droits constituent la plus forte garantie possible par leur teneur et par leur but.

J'en viens maintenant à certaines garanties matérielles de la Convention pour éclairer quelques points de jurisprudence précis, d'où l'on pourra tirer plusieurs conclusions générales.

C. LES GARANTIES MATÉRIELLES

On comprend mieux l'importance des droits politiques, du droit à l'instruction et du droit à la protection de la propriété dès lors qu'on les considère comme trois types de droits très différents.

1. LES DROITS POLITIQUES

La tendance en matière de droits politiques semble être au resserrement des restrictions qu'il est possible d'apporter aux droits des étrangers. Par ailleurs, les droits politiques se divisent encore en deux catégories : les droits électoraux et ceux énoncés aux articles 10 et 11 de la Convention.

A. L'ARTICLE 3 DU PROTOCOLE N° 1 À LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Le droit de voter et d'être élu découle de l'article 3 du Protocole n° 1. Bien que le protocole ne mentionne pas expressément la nationalité, la Cour n'a jamais soulevé la question de savoir s'il fallait exiger des États qu'ils étendent ce droit aux étrangers, ce qui est d'autant plus notable qu'elle a fait une interprétation plutôt dynamique et progressiste de cette garantie en ce qui concerne le droit pour les détenus de voter. Comme elle l'a dit dans l'affaire *Aziz* en 2004, les États jouissent d'une grande latitude pour déterminer, dans leurs ordres constitutionnels respectifs, les règles régissant les élections législatives et la composition de leur parlement, les critères pertinents en la matière variant en fonction des facteurs historiques et politiques propres à chaque État. Toutefois, « ces règles ne peuvent avoir pour effet d'interdire à certaines personnes ou à certains groupes de prendre part à la vie politique du pays, notamment par la désignation des membres du corps législatif, droit garanti tant par la Convention que par les constitutions de tous les États contractants. »

La réponse européenne apportée par la Convention est donc, en principe, que l'intégration des migrants en ce qui concerne les droits électoraux implique de leur accorder la nationalité, plutôt que d'étendre la garantie aux étrangers. La situation au sein de l'Union européenne est légèrement différente. En ce qui concerne le droit de voter aux élections au Parlement européen et aux élections municipales, l'article 20 du TFUE prohibe expressément toute discrimination contre les nationaux d'un autre État membre.

B. LES ARTICLES 10 ET 11 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

En ce qui concerne les droits politiques consacrés aux articles 10 et 11 – liberté d'expression, liberté des médias, liberté de réunion, liberté d'association – l'intégration est mise en œuvre par la non-discrimination, et la nationalité de l'individu est sans pertinence. Il n'est fait mention des étrangers dans le second paragraphe d'aucun des deux articles, et aucun des buts légitimes qui y sont énumérés n'y fait la moindre allusion. L'État ne peut pas adopter, pour des raisons de sécurité nationale, d'intégrité territoriale ou de sûreté publique, des mesures spéciales contre les étrangers. Je le précise car cela semble ne plus aller autant de soi aujourd'hui que ce n'était le cas par le passé.

Même combiné avec l'article 14, l'article 11 ne prévoit pas non plus de motif de différence de traitement selon lequel une nationalité pourrait justifier la discrimination. En bref, et sans oublier que la question est complexe, on peut dire ceci : contrairement à l'article 3 du Protocole n° 1, les articles 10 et 11 de la Convention ne permettent d'opérer une distinction entre les étrangers et les nationaux dans aucune circonstance.

C. L'ARTICLE 16 DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

La situation semble différente en ce qui concerne l'article 16, qui est un article spécial à bien des égards – d'abord par son libellé : « [a]ucune 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 ». Il aurait été possible de formuler cette disposition plus simplement, ce qui aurait facilité les choses de manière générale, à moins que le libellé actuel n'ait joué un rôle majeur dans la jurisprudence – ce qui n'a pas été le cas jusqu'à présent, et ne le sera vraisemblablement pas dans un avenir proche.

Dès l'entrée en vigueur de la Convention au début des années 1950, l'article 16 est devenu une sorte de « Belle au bois dormant ». Il a failli sortir de son sommeil en 1989, année où la Cour a statué sur l'affaire *Piermont*. La France avait procédé à un essai nucléaire dans ses territoires de l'Océan Pacifique, et un député européen allemand avait tenté sans y parvenir d'entrer en Nouvelle Calédonie pour protester contre cet essai. La France a invoqué l'article 16, sans plus de succès. La Cour a décidé de ne pas réveiller la Belle au bois dormant. À cette époque, elle a estimé que l'on ne pouvait pas invoquer l'article 16 contre un député européen. Aujourd'hui, elle pourrait et devrait fonder son raisonnement sur la qualité de citoyen de l'Union européenne. Au lieu de cela, elle est allée plus loin. En 2015, dans l'affaire *Perincek*, qui concernait la Suisse et un requérant turc, c'est-à-dire un État non membre de l'UE et un ressortissant d'un État non membre de l'UE, la Grande Chambre a dit ceci :

« Les clauses justifiant des ingérences dans les droits garantis par la Convention étant d'interprétation restrictive (...), la Cour estime que la seule interprétation à donner à l'article 16 est qu'il n'autorise que les restrictions aux « activités » se rapportant directement au processus politique. La présente espèce ne concernant pas de telles activités, le gouvernement suisse ne saurait invoquer cette disposition au soutien de sa position. »

On pourrait dire qu'avec cet arrêt, la Cour a replongé l'article 16 dans un long, voire éternel sommeil – avec peut-être une petite exception, pour le cas par exemple où un étranger souhaiterait diriger un grand parti. Pour toutes les autres activités politiques, on voit mal aujourd'hui comment une mesure ne satisfaisant pas au critère de nécessité des articles 10 ou 11 § 2 pourrait se justifier sur le terrain de l'article 16 compte tenu de l'arrêt *Perincek*.

2. L'ARTICLE 2 DU PROTOCOLE N° 1 À LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Venons-en maintenant à un autre article qui joue un rôle capital pour les migrants et qui est crucial pour le processus d'intégration des jeunes migrants : l'article 2 du Protocole n° 1, qui garantit le droit à l'instruction. Alors qu'il nous est de plus en plus difficile de faire face à ce que l'on appelle la crise des migrants, il est intéressant de noter que la Cour a en fait trouvé les bons mots dans des arrêts et décisions rendus dans les premières années de notre siècle, il y a plus de dix ans.

En 2005, dans l'affaire *Leyla Sahin*, la Grande Chambre a dit ceci :

« Dans une société démocratique, le droit à l'instruction, indispensable à la réalisation des droits de l'homme, occupe une place fondamentale (...) »

Tout juste un an plus tard, en 2006, la Cour a souligné dans sa décision *Konrad* que

« l'intérêt de la société était (...) d'intégrer les minorités [afin d'assurer le pluralisme et, ainsi, la démocratie]. »

Depuis lors, la Cour a eu à connaître de nombreuses requêtes fondées sur l'article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1 qui concernaient l'accès des étrangers à l'école. Il ressort de la jurisprudence issue de ces affaires qu'elle a trouvé un raisonnement :

- qui est conforme aux principes d'interprétation de la Convention et à la jurisprudence relative aux autres articles,
- qui tient compte des difficultés et des impératifs (financiers) des États concernés,
- qui tient dûment compte de la situation des jeunes migrants et de la possibilité pour eux de s'accomplir dans une société qu'au départ ils ne connaissent pas.

Si la Cour reconnaît aux États une large marge d'appréciation en ce qui concerne l'accès aux services publics et le coût qu'entraîne leur usage par des étrangers, elle établit une distinction nette à cet égard en ce qui concerne l'instruction.

Je voudrais citer la partie décisive de l'affaire *Ponomaryovi* de 2015, qui concernait des frais de scolarité devant être payés par deux lycéens russes dont la mère était titulaire d'un permis de séjour permanent en Bulgarie :

« (...) la Cour observe d'abord qu'un État peut avoir des raisons légitimes de restreindre l'usage que peuvent faire de services publics coûteux – tels que les programmes d'assurances sociales, d'allocations publiques et de soins – les étrangers séjournant sur le territoire à court terme ou en violation de la législation sur l'immigration, ceux-ci, en règle générale, ne contribuant pas au financement de ces services. Il peut aussi, dans certaines circonstances, opérer des distinctions justifiées entre différentes catégories d'étrangers résidant sur son territoire. »

La Cour reconnaît ensuite qu'il est possible de faire bénéficier les nationaux des États membres de l'Union européenne d'un traitement préférentiel, et que l'on peut considérer que cette exception repose sur une justification objective et raisonnable en général. Elle estime toutefois que cette idée ne peut être transposée sans nuances au domaine de l'enseignement. Elle poursuit :

« Il est vrai que l'enseignement est un service complexe à organiser et onéreux à gérer tandis que les ressources que les autorités peuvent y consacrer sont nécessairement limitées. Il est vrai également que lorsqu'il décide de la manière de réglementer l'accès à l'instruction, et en particulier du point de savoir si l'enseignement doit ou non être payant et, dans l'affirmative, pour qui, l'État doit ménager un équilibre entre, d'une part, les besoins éducatifs des personnes relevant de sa juridiction et, d'autre part, sa capacité limitée à y répondre. Cependant, la Cour ne peut faire abstraction du fait que, à la différence de certaines autres prestations assurées par les services publics (...), l'instruction est un droit directement protégé par la Convention. Ce droit est expressément consacré à l'article 2 du Protocole n° 1 (...). De plus, l'enseignement est un type très particulier de service public, qui ne bénéficie pas seulement à ses usagers directs mais sert aussi d'autres buts sociétaux (...) »

La Cour a étendu une garantie qui était au départ peu importante hors de certains cas précis (tels que les questions linguistiques dans les écoles de Bruxelles et des environs ou l'éducation sexuelle à l'école), pour en faire une garantie fondamentale de la protection des droits de l'homme en Europe, en particulier quant à l'intégration des migrants. Et – faisant preuve d'une remarquable ouverture – elle a souligné la valeur de l'enseignement pour l'épanouissement d'une société démocratique, même en temps de crise, ou, mieux encore, surtout en temps de crise.

Si nous avons plus de temps, nous pourrions – et nous devrions – évoquer les aspects religieux de l'enseignement et la discrimination contre les minorités dans l'enseignement – je me contenterai ici de mentionner l'arrêt *Folgerø* et l'arrêt rendu par la Grande Chambre dans l'affaire de l'école rom tchèque *D.H. et autres*, rendus l'un et l'autre il y a 10 ans, en 2007.

3. L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1 À LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Mon intervention touche à sa fin. Mais avant de conclure, je dois encore mentionner l'article 1 du Protocole n° 1, dont le premier paragraphe renvoie aux « principes généraux du droit international », posant que le droit international octroie aux étrangers des garanties spéciales en cas d'expropriation. Traiter cette question et les autres aspects de la protection du droit des étrangers au respect de leurs biens nous amènerait à examiner un tout autre ensemble de problématiques.

D. CONCLUSION

Au lieu d'entamer un nouveau sujet, je dois à présent conclure, en revenant à notre point de départ. L'Europe est le seul continent où les migrants ont accès à une juridiction internationale compétente pour statuer, à l'égard de presque tous les États, sur les allégations de commission par les autorités nationales de violations des droits de l'homme. C'est peut-être cette qualité qui rend le continent aussi attractif pour les migrants, quels que soient les motifs pour lesquels ils quittent leur pays au départ. Les juges de Strasbourg ont conscience du fait que les États membres doivent maintenir cette qualité en gérant l'immigration de manière conforme à la fois aux droits de l'homme et aux impératifs des sociétés pacifiques. La plupart des juridictions nationales, y compris les Cours constitutionnelles, font elles aussi tout leur possible pour parvenir à cette fin. Dans ce but, une volonté de coopération constante ainsi qu'une compréhension et une confiance mutuelles sont nécessaires de toutes parts – aussi bien à Strasbourg qu'à Stockholm, à Rome, à Lisbonne ou à Varsovie.

J'en ai à présent terminé avec cette brève introduction à l'atelier d'experts. J'espère avoir mis en lumière certains éléments intéressants qui pourront servir de point de départ aux débats.



Anita Linder

**Présidente,
Cour d'appel des migrations, Suède**

L'ACCUEIL DES MIGRANTS : GARANTIES MATÉRIELLES ET PROCÉDURALES POUR LES MIGRANTS ÉTABLIS

Je souhaite évoquer certains problèmes que nous avons dernièrement rencontrés concernant les migrants établis dans le domaine du regroupement familial. Je vais illustrer ces problèmes – ainsi que la manière dont nous les avons réglés – par différentes affaires dont ma juridiction avait été saisie.

Tout d'abord, il me faut indiquer que la législation suédoise en matière de regroupement familial est grosso modo restée inchangée, du moins depuis les années 1980. Ainsi, les conjoints ou partenaires et les enfants se voient attribuer un permis de séjour si leur partenaire ou leur parent habite en Suède.

Toutefois, au début, le regroupement familial concernait principalement des familles d'autres pays d'Europe et de certains pays d'Amérique du Sud. Par la suite, il y a eu également des groupes importants de personnes venant du Moyen-Orient.

Toutes ces personnes ont pour point commun de venir de pays où l'administration fonctionne assez bien et de pouvoir facilement présenter des passeports et autres documents officiels de manière à attester leur identité et d'autres circonstances en rapport avec leur demande. Et notre législation ainsi que notre pratique reposent sur ce postulat.

Or, au cours des 25 dernières années, un grand nombre de personnes sont arrivées en Suède en provenance de pays où l'administration est inexistante et où la qualité de celle-ci et des documents produits par elle est si mauvaise qu'ils ne sont pas fiables. Cette situation est à l'origine d'affaires de regroupement familial posant des problèmes totalement nouveaux, des problèmes que nous nous efforçons de régler dans notre jurisprudence.

Mon premier exemple l'illustre très bien. Entre 2011 et 2016, dans un certain nombre d'affaires, des problèmes tenant à l'identité du demandeur ont été examinés. Dans une affaire remontant à 2011 (MIG 2011:11), la cour d'appel des migrations a confirmé que, selon la pratique établie, un permis de séjour ne pouvait être délivré qu'au membre d'une famille dont l'identité avait été vérifiée.

Toutefois, dès 2012, une modification a été apportée à ce principe, qui a été réexaminé ultérieurement. Ces affaires, jusqu'à présent au nombre de trois (MIG 2012:1, MIG 2014:16 et MIG 2016:16), ont pour conséquence qu'il peut y avoir dans certaines situations ce qu'on appelle une atténuation de la preuve. Si la personne étrangère demande un permis de séjour en Suède afin d'y rejoindre son conjoint, et s'ils ont eu des enfants ensemble, il peut être justifié de reconnaître que l'identité de cette personne ne peut être vérifiée à l'aide de documents adéquats. Tel pourra être le cas si l'étranger vient d'un pays où il est très difficile d'obtenir des documents acceptables permettant de vérifier son identité et si les conjoints ou partenaires avaient vécu ensemble avant que l'un d'eux

ne s'installe en Suède et n'y devienne un migrant établi. L'autre condition est qu'ils doivent avoir des enfants ensemble et qu'une analyse génétique doit confirmer que les conjoints ou partenaires sont les deux parents de l'enfant ou des enfants en question.

La cour d'appel des migrations a souligné que le principe de proportionnalité imposait de mettre en balance l'intérêt à regrouper le parent et les autres membres de la famille et l'intérêt pour l'État à maîtriser l'entrée et le séjour des étrangers sur son territoire. Lorsqu'une famille s'était déjà installée en Suède avant que l'un de ses membres ne se voie accorder l'asile, l'intérêt au regroupement familial pèse davantage que l'intérêt de l'État.

Toutefois, la cour d'appel des migrations a également dit que l'intérêt au regroupement familial ne pouvait être considéré comme plus important que l'intérêt pour l'État de maîtriser les flux migratoires si la relation est nouée ultérieurement, c'est-à-dire si l'un des partenaires, après s'être installé en Suède individuellement, épouse une personne d'un autre pays. En pareil cas, l'obligation faite par l'article 8 ne peut être interprétée comme une obligation générale de respecter le choix par les couples mariés de leur pays de résidence conjugale et d'accepter que le conjoint étranger s'installe dans notre pays en l'absence de documents en bonne et due forme attestant son identité. Il était fait référence dans cette affaire à l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, série A n° 94.

J'en viens à présent à un autre problème, similaire à celui que je viens d'évoquer, mais qui ne concerne que les enfants dont la mère ou parfois le père ont établi leur résidence en Suède. Selon la directive de l'UE relative au regroupement familial et le droit suédois, un enfant dont le père ou la mère habite en Suède peut être autorisé à y établir sa résidence aussi si l'autre parent y consent.

Or, il n'est pas inhabituel dans ces affaires que le parent qui habite en Suède affirme être le seul parent parce que la mère ou le père n'est plus ou a disparu. Comme je l'ai déjà expliqué, lorsque la famille est originaire de pays comme la Somalie ou parfois l'Afghanistan, aucun document officiel ne permet d'étayer une telle affirmation. Bien souvent, donc, une demande de permis de séjour en Suède a été refusée en pareil cas. Mais, dans une affaire remontant à 2015 (MIG 2015:8), la cour d'appel des migrations a jugé que, quand bien même il y avait de bonnes raisons de fixer des critères stricts quant à la preuve du décès ou de la disparition d'un parent, il existait des situations où atténuer la preuve pouvait se justifier.

Si une personne vient d'un pays non doté d'une administration opérationnelle à même de délivrer les documents nécessaires pour prouver par exemple le décès d'une personne, demander leur production risque d'être éminemment problématique voire impossible. Si une telle exigence rend inenvisageable le regroupement familial, il doit être possible d'accepter d'autres moyens permettant de s'informer du sort d'autres parents.

Cette affaire particulière concernait deux frères afghans. Leur frère aîné s'était vu délivrer un permis de séjour assorti d'une protection subsidiaire en 2012 et, en 2013, leur mère obtint un permis de séjour en tant que membre de leur famille. La demande des deux frères fut cependant rejetée au motif qu'ils n'avaient pas pu produire les documents nécessaires permettant de confirmer que, comme ils l'affirmaient, leur père était décédé.

Cependant, la cour d'appel des migrations a jugé que tous les membres de la famille avaient fourni des informations cohérentes sur la date des circonstances du décès du père. Ainsi, elle a donné gain de cause aux frères, qui ont eux aussi été autorisés à s'installer en Suède.

En outre, dans cette affaire, il était fait référence aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Enfin je tiens à évoquer mon dernier problème – une délicate question de polygamie !

Il s'agit d'une affaire assez récente, de décembre 2016 (MIG 2016:26), concernant un homme originaire de Syrie à qui fut délivré un permis de séjour en Suède assorti d'une protection subsidiaire. Peu après, ses deux épouses et leurs enfants demandèrent un permis de séjour afin de

le rejoindre. Les enfants furent autorisés à entrer en Suède puisque leur mère avait consenti à leur installation dans ce pays. La question qui se posait devant ma juridiction était donc : que faire des épouses ?

La cour d'appel des migrations a dit que, selon la directive de l'UE relative au regroupement familial, le droit au regroupement familial devait s'exercer dans le respect des valeurs et principes recommandés par les États membres. En particulier, il fallait tenir compte des droits des femmes et des enfants. Dès lors, des restrictions se justifiaient en matière de polygamie.

La cour d'appel des migrations a également examiné si les restrictions à la polygamie pouvaient heurter le droit au respect de la vie familiale consacré à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle s'est référée sur ce point à une décision de la Commission européenne des droits de l'homme de juin 2012 en l'affaire *R.B. c. Royaume-Uni* (n° 19628/92), dans laquelle la Commission avait conclu ceci :

« Au vu des circonstances de l'espèce, la Commission estime que les circonstances tenant à la vie familiale en l'espèce ne priment pas les considérations légitimes en matière de politique d'immigration rejetant la polygamie et visant à préserver l'identité culturelle du Royaume-Uni à cet égard. Elle en conclut que l'ingérence dans le droit de la requérante au respect de sa vie familiale était prévue par la loi et justifiée car nécessaire, dans une société démocratique, à la protection de la morale ainsi que des droits et libertés d'autrui. »

Aussi la cour d'appel des migrations a-t-elle rejeté les demandes des épouses sur la base de l'intérêt primordial de l'État à empêcher la polygamie. Elle a jugé que cette décision n'était contraire ni au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant ni au droit au respect de la vie familiale.

Carlo Ranzoni

Juge à la Cour européenne
des droits de l'homme



ÉVALUATION DE LA CRÉDIBILITÉ DES DEMANDEURS D'ASILE : CHARGE DE LA PREUVE ET LIMITES DE L'EXAMEN PAR LA CEDH

Mesdames, Messieurs, chers collègues,

Apprécier les éléments de preuve, et en particulier jauger la crédibilité, n'est pas chose aisée. Je ne suis certes pas un spécialiste des procédures d'asile, mais, en ma qualité d'ancien juge pénal, je connais bien la question de l'appréciation des éléments de preuve et je sais quelles difficultés cet exercice pose aux autorités nationales. Je suis également conscient des limites de notre Cour, surtout lorsqu'il s'agit d'apprécier la crédibilité de personnes que nous n'avons jamais vues et avec lesquelles nous ne nous sommes jamais entretenus.

La question de l'appréciation de la crédibilité et de la charge de la preuve était le thème de l'atelier 1.

Dans la première partie de son intervention, mon collègue Georges Ravarani, juge de la Cour européenne des droits de l'homme élu au titre du Luxembourg, a évoqué la jurisprudence récente de notre Cour, et en particulier les arrêts *F.G. c. Suède* et *J.K. et autres c. Suède*. Il a synthétisé les principes suivants :

1. Subsidiarité : la Cour n'a pas à substituer sa propre appréciation des faits à celle des autorités nationales ; cependant, elle doit se convaincre que l'appréciation effectuée par les autorités nationales est adéquate et suffisamment étayée par les données internes et internationales.
2. Appréciation des risques et charge de la preuve : il appartient en principe à l'intéressé de présenter des motifs et des éléments de nature à étayer sa demande, mais l'obligation d'établir et d'évaluer tous les faits pertinents est une obligation partagée.
3. Risques généraux et risques individuels : les autorités sont tenues de procéder d'office à une appréciation des risques généraux. En revanche, en principe, c'est au demandeur d'asile qu'il incombe d'exposer et de démontrer l'existence de risques individuels. Toutefois, si les autorités ont été informées de l'existence de pareils risques individuels, elles doivent de la même manière les évaluer d'office.
4. Mauvais traitements antérieurs : l'existence de mauvais traitements antérieurs fournirait un indice solide d'un risque réel futur qu'un requérant subisse des mauvais traitements à condition que l'intéressé livre un récit des faits globalement cohérent et crédible qui concorde avec d'autres informations. En pareilles circonstances, la charge de la preuve incombe à l'État.
5. Appréciation *ex nunc* : la date à retenir pour l'appréciation doit être celle de l'examen de l'affaire par la Cour.

L'intervenant a ensuite mentionné certains aspects problématiques et a entre autres fait référence à la critique qui était formulée dans les opinions dissidentes jointes à l'arrêt *J.K. et autres* ; je m'abstiendrai de rappeler ici ces opinions car je figurais parmi les dissidents. Il a également fait état des divergences avec le droit de l'UE, constaté que l'appréciation *ex nunc* et le rôle de quatrième instance de la Cour entraînent en contradiction avec le principe de subsidiarité et évoqué les problèmes que posait l'obligation partagée d'établir et d'évaluer les faits.

Dans la deuxième partie de son intervention, le juge Ravarani a examiné comment les autorités nationales recevaient et appliquaient la jurisprudence de la Cour. Il a cité plusieurs facteurs qui compliquent nettement la mise en œuvre des principes généraux :

1. Bien que la Cour précise fréquemment qu'elle n'est pas conçue pour trancher des questions liées au droit des étrangers ou au droit d'asile, ce désaveu est contesté. Le juge Ravarani a de surcroît mis en évidence le dilemme face auquel se retrouvent les juges nationaux de l'asile lorsqu'ils doivent choisir entre les critères classiques du droit d'asile et les critères établis par notre Cour.

2. Il a exposé les difficultés que rencontre notre Cour lorsqu'elle doit apprécier des éléments de preuve sans entendre les parties en personne et sans disposer des outils dont se servent les autorités nationales pour établir les faits dans toute leur complexité.

3. Il a mis en exergue ce qu'il y a de problématique à énoncer des règles générales dans un domaine aussi spécifique que celui de la production de preuves, ainsi que le conflit potentiel qui peut exister entre les solutions théoriques adoptées par notre Cour et par la Cour de justice de l'Union européenne.

Au sujet de ce dernier problème, le juge Ravarani a cité un exemple concret, expliquant que l'application d'un principe affirmé par la CJUE pouvait aboutir, en matière de charge de la preuve, à un traitement différent selon que l'intéressé est persécuté pour son orientation sexuelle ou ses croyances religieuses ou qu'il est persécuté pour des motifs politiques. Il a également évoqué le problème que pouvait soulever la méconnaissance du droit de l'UE par le juge national. Pour finir, il a expliqué que si l'intéressé se tournait vers la cour de Strasbourg, celle-ci, à l'inverse de la CJUE, examinerait le cas d'espèce, avec deux issues possibles : elle pourrait conclure que le juge national a imposé au requérant une charge de la preuve indue ; ou elle pourrait dire que le demandeur d'asile devait supporter une partie de la charge de la preuve, ce qui reviendrait à une contradiction entre les approches adoptées par les deux cours européennes et exposerait les juridictions nationales à des problèmes quasiment insolubles.

Madame Michèle de Segonzac, Présidente de la Cour nationale du droit d'asile (la CNDA) en France, dans son intervention, a d'abord rappelé que le juge de l'asile est confronté à des personnes étrangères se trouvant souvent dans des situations de vulnérabilité et de dénuement, qui invoquent les conditions mêmes de leur fuite pour expliquer leur incapacité à prouver les allégations.

Elle a ensuite montré que la crédibilité s'impose comme un langage commun des juges de l'asile, d'une part pour l'analyse du risque pays et d'autre part pour l'évaluation du récit personnel du demandeur d'asile. Sur le premier point, elle a cité l'arrêt *Y.P. et L.P. c. France*, dans lequel la Cour a souligné que les autorités nationales avaient estimé les craintes des intéressés non fondées, « sans se référer à aucun rapport international sur la situation prévalant dans leur pays d'origine ». Cette référence à l'information géopolitique serait perçue comme une exigence permettant au juge d'objectiver l'appréciation portée sur les demandes. Concernant l'évaluation du récit personnel, l'intervenante a démontré que d'importants travaux ont été menés visant à l'identification de critères objectifs, notamment dans un guide pratique de l'*European Asylum Support Service* intitulé « Evidence Assessment », un document que je trouve très intéressant et utile.

S'agissant du deuxième point, Madame de Segonzac a analysé la jurisprudence de la Cour et son impact quant à la méthodologie d'évaluation de la crédibilité par les juges nationaux.

Elle a d'abord traité la question de la place des documents produits par les demandeurs d'asile et l'évaluation de la valeur probante de ces pièces. En se référant à l'arrêt *R.V. c. France*, elle a montré que la démarche conduit à une appréciation globale de l'ensemble des éléments soumis. Cependant, l'appréciation de la Cour peut être sensiblement différente de celle du juge national, car la Cour procède à une évaluation *ex nunc*, prenant en compte des faits nouveaux, mais en absence d'audition de l'intéressé. L'intervenante a souligné, selon moi à juste titre, que la confrontation entre les documents et les déclarations orales apporte bien souvent un éclairage déterminant. En tout état de cause, la jurisprudence de la Cour (voir, entre autres, les arrêts *R.J. c. France* et *I. c. Suède*) semble exiger du juge de l'asile d'explicitier son appréciation de la valeur probante des documents sur la base d'éléments objectifs.

Madame de Segonzac a ensuite expliqué que l'arrêt *F.G. c. Suède* contient des implications inédites quant à l'examen des demandes d'asile, notamment l'obligation pour les autorités nationales d'évaluer d'office l'ensemble des facteurs dont elles ont, ou devraient avoir, connaissance, indépendamment des choix exprimés par les demandeurs quant aux fondements de leurs demandes.

Enfin, l'intervenante a montré que le dialogue des juges permet un rapprochement des points de vue en tenant compte des réalités et des contraintes de chacun. Ce rapprochement serait un enrichissement mutuel, d'un côté entre la Cour et les juridictions nationales et d'un autre côté au niveau international (voir l'arrêt *J.K. c. Suède*). Mais le rapprochement serait aussi un défi pour une juridiction de terrain. En prenant l'exemple de la CNDA, Madame de Segonzac a rappelé le nombre de recours par an (40.000 en 2016) pour mesurer l'ampleur de la tâche, ainsi que le nombre de juges impliqués (près de 300) et de rapporteurs (près de 200) pour montrer la nécessité des stratégies de formation axées sur l'évaluation de la crédibilité. En tout cas, pour les demandeurs d'asile, cela signifierait une écoute plus attentive, une meilleure prise en compte de la vulnérabilité de leur situation et une valorisation réelle de leurs droits.

Pendant le débat qui a suivi, les intervenants ont énoncé plusieurs arguments et posé des questions. Ne pouvant vous en livrer un récapitulatif détaillé, je me contenterai de revenir rapidement sur les principaux points :

La discussion s'est concentrée sur la question de l'appréciation *ex nunc*. Les participants ont tenté de trouver une solution au dilemme entre le caractère subsidiaire du rôle de notre Cour et l'appréciation *ex nunc* effectuée dans certaines affaires. En vain.

Certains ont formulé des critiques à l'égard de l'approche adoptée par notre Cour tandis que d'autres s'y sont dits favorables. Il a été précisé que ce problème se posait aussi dans une certaine mesure au niveau national. De plus, certains ont demandé si les autorités nationales avaient la possibilité de « reprendre une affaire » en vue de procéder à une nouvelle appréciation, en particulier lorsque de nouveaux faits pertinents et contestés ont été présentés devant la Cour. Aucune réponse claire n'a toutefois émergé. Les participants n'ont pas non plus été en mesure de trancher clairement la question de savoir si le Protocole n° 16 pouvait offrir une solution.

CONCLUSION DU RAPPORTEUR

Il appartient à la Cour européenne des droits de l'homme de montrer la voie à suivre concernant l'appréciation de la crédibilité et de définir la charge de la preuve. Toutefois, cette mission et l'examen auquel la Cour procède se heurtent à des limites lorsqu'il s'agit d'apprécier des cas concrets. Voici les principaux « enseignements » que je tire de ces débats :

Premièrement, les autorités nationales sont en principe les mieux placées pour évaluer non seulement les faits mais aussi la crédibilité des requérants et des témoins (mot clé : compétence) ; deuxièmement, si les autorités nationales font leur travail, la Cour n'a pas à intervenir (mot clé : subsidiarité) – nous devons nous garder de devenir un tribunal international du droit des étrangers ou de l'asile ; et troisièmement, la coordination avec d'autres autorités et juridictions internationales est indispensable (mot-clé : dialogue).

Je vous remercie de votre attention.



Bruno Nascimbene

Ancien professeur du droit de l'UE,
Université de Milan

1. INTRODUCTION

Permettez-moi tout d'abord de remercier la Cour de m'avoir invité à ce prestigieux séminaire et de m'avoir fait l'honneur de me donner la parole à la séance de clôture, honneur que je partage avec M. le juge Ranzoni.

Le titre de la séance nous invite à réfléchir sur les enseignements et donc sur les conclusions que l'on peut tirer des rapports généraux ainsi que de ceux qui ont été présentés lors des deux ateliers.

Le temps me manque pour entrer dans le détail des pistes très intéressantes qui nous ont été proposées et qui mériteraient une appréciation plus large et approfondie que celle que nous permettent les limites de temps imparties pour notre séance.

Mes remarques vont donc porter principalement sur l'atelier (n° 2) consacré à l'accueil des migrants, sans oublier toutefois quelques réflexions sur le thème général du non-refoulement (l'atelier n° 1 était consacré à l'évaluation de la crédibilité des demandeurs d'asile : charge de la preuve et limites de l'examen par la CEDH). Si l'on se réfère tant aux demandeurs d'asile qu'aux migrants, le non refoulement peut être qualifié de sujet sensible, voire délicat, qui engage les juristes d'un point de vue tant théorique que pratique.

2. REMARQUES GÉNÉRALES

Je me limiterai à quelques remarques générales, pour passer ensuite aux rapports présentés lors de l'atelier n° 2.

2.1. Je constate tout d'abord qu'il a été mis en lumière une évolution importante du droit international. La protection des droits de l'homme fait partie intégrante du droit international : non seulement parce que les règles conventionnelles sont devenues un *corpus* normatif important du fait du grand nombre d'aspects différents concernés, mais aussi parce qu'une grande partie de ces droits essentiels (droit à la vie, à la sécurité de la personne dans ses diverses articulations) font partie du droit coutumier. Le principe de non-refoulement même peut être reconnu comme un droit de l'homme que tous les États membres de la communauté internationale garantissent en tant que tel à la personne.

2.2. L'émergence et l'affirmation des droits de l'homme ont posé des limites importantes à la souveraineté étatique au fil du temps. Dans ce cadre évolutif, ce sont surtout la Déclaration universelle des droits de l'homme et, au niveau européen, la CEDH qui ont joué un rôle fondamental.

2.3. Les migrants, les réfugiés ont des droits qui relèvent des droits de l'homme (cela résulte d'une évolution récente de ces droits et il s'agit de l'une des particularités de la protection des droits individuels). Ce sont des personnes, considérées comme vulnérables, qui ont besoin d'une protection spéciale.

2.4. La migration n'est pas un crime : elle doit être réglementée ou encadrée tout en faisant l'objet d'une évaluation de ses aspects positifs. Les rapports éloquentes du Rapporteur spécial des Nations unies, M. Crépeau, et de M. le juge Bianku l'ont bien souligné.

L'affirmation de ces droits relève de la période la plus récente de l'histoire, et elle a reçu une attention souvent divergente de la part de la communauté internationale, des organisations internationales, des gouvernements nationaux et de l'opinion publique. Les tribunaux ont joué un rôle important et ont contribué à la formation d'une conscience et d'une sensibilité qui étaient inconnues dans le passé.

3. L'ACCUEIL DES MIGRANTS

3.1. L'atelier sur l'accueil des migrants a mis l'accent sur la situation des migrants installés, et donc sur les droits de la catégorie des étrangers qui sont déjà entrés et qui séjournent dans un État (ou qu'y résident parce qu'ils sont nés dans cet État). Les rapports établis par M. Grabenwarter et Mme Linder ont examiné le problème des garanties substantielles et procédurales. Les deux rapports ont été très stimulants et constructifs, de même que le débat. Les autorités nationales, en vertu du droit de contrôle souverain qui leur appartient conformément à un principe de droit international bien établi (et bien connu dans la jurisprudence), maintiennent une marge d'appréciation qui souffre néanmoins aujourd'hui de nombreuses limitations.

3.2. En premier lieu, je veux souligner que la jurisprudence nationale (suédoise en particulier) et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, citées et exposées par les rapporteurs, se révèlent très utiles pour permettre une comparaison entre des systèmes différents. L'enrichissement mutuel entre les juges nationaux et entre ceux-ci et la Cour européenne des droits de l'homme est précieux.

Jurisprudence et pratique doivent tenir compte des engagements découlant des traités, bilatéraux ou multilatéraux, ainsi que du droit primaire et secondaire de l'Union européenne.

3.3. En deuxième lieu, il faut considérer la nature des attaches entre la personne et le territoire. Des attaches fortes et durables peuvent être décisives pour établir un niveau d'intégration qui assimile l'étranger résidant dans un État au ressortissant national. Le critère de la résidence, ou, mieux, de l'intégration ou des attaches sociales, est devenu important pour construire la notion de nationalité ou de citoyenneté de résidence. Je crois que ce concept doit bien être pris en compte dans tous les cas où l'on discute de discrimination sur la base de la nationalité ou de l'origine ethnique (affaire *Biao c. Danemark*) et de la différence de traitement qui pourrait être justifiée seulement si les mesures prévues, telle qu'une durée prolongée de la résidence, ou la possession de la nationalité, sont jugées proportionnées (dans l'affaire *Biao*, la durée de vingt huit ans d'ancienneté de nationalité et de résidence a été jugée disproportionnée, la justification des buts poursuivis ayant été estimée non acceptable).

Les discriminations indirectes découlant de normes ou de pratiques nationales sont très souvent sournoises : la législation, par exemple celle sur l'obtention de la nationalité par la naissance et par la naturalisation, peut sembler neutre, mais son application pourrait conduire à des discriminations contraires à l'article 14 de la CEDH.

3.4. Les droits substantiels, tels que le droit à la protection de la vie familiale (rapport de Mme Linder), les droits aux libertés d'expression et d'association, le droit de propriété (rapport de M. Grabenwarter, qui a aussi abordé le sujet des droits politiques et des limitations prévues par l'article 16 de la CEDH), ainsi que les garanties procédurales, doivent être effectifs.

L'effectivité (je partage tout à fait l'opinion de nos rapporteurs) est un *leitmotiv* en la matière.

L'intégration de l'étranger ne peut être réalisée de manière effective si le regroupement familial est empêché par des obstacles qui ne sont pas fondés sur des facteurs objectifs. La logique sous-jacente à l'article 8 ou aux articles 5 et 6 de la CEDH serait compromise. Le droit de l'Union européenne, tant la directive n° 2004/38 que la directive n° 2003/86 concernant le regroupement

familial des ressortissants des pays tiers, ainsi que la Charte des droits fondamentaux (l'article 21 qui interdit toute discrimination, y compris celles fondées sur la race, l'origine ethnique ou l'appartenance à une minorité, l'article 7 concernant le respect de la vie privée et familiale, et l'article 47 relatif aux garanties juridictionnelles) constituent une confirmation des obligations de l'État d'assurer à chacun un droit lié à des conditions d'attaches fortes, auquel il ne peut être dérogé qu'en cas de raisons impérieuses. La logique « CEDH Charte » est la même.

3.5. Il faut donc toujours s'interroger sur la compatibilité des règles ou pratiques nationales avec l'interdiction des discriminations. La marge d'appréciation de l'État donne au gouvernement, selon le contexte écono-mique et social, une latitude qui peut amener à estimer compatibles avec cette interdiction des différences de traitement entre l'étranger et le citoyen. Dans le domaine de l'assistance sociale, une prestation d'allocation familiale constitue un bénéfice au profit de la famille, protégée par l'article 8 de la CEDH (le rapport de Mme Linder a examiné de près, comme on l'a dit, les problèmes relatifs à l'article 8), et si, par exemple (voir l'arrêt *Dhahbi c. Italie*), l'étranger résidant et travaillant régulièrement versait des contributions à un système d'assurance publique, l'État ne pourrait justifier la différence de traitement que par des raisons budgétaires impérieuses (qui exigent la protection des intérêts nationaux et, donc, justifient que la mesure en question soit considérée comme étant proportionnée).

3.6. Le domaine des droits économiques et sociaux, dans lequel un consensus entre les États n'a pas pu se dégager (et cela non seulement dans le droit international, mais également dans le droit de l'Union européenne), crée de nombreuses difficultés en ce qui concerne la reconnaissance et la jouissance.

Je crois que la question la plus importante est de définir, en général, l'amplitude qui reste à l'État en matière économique et sociale, et la justification des limitations objectives et raisonnables. On l'a souligné pour ce qui concerne les allocations familiales, mais ce principe vaut également pour le droit à l'instruction, protégé par l'article 2 du Protocole n° 1 (voir, par exemple, l'affaire *Ponomaryovi c. Bulgarie*, objet de l'examen, notamment, du rapport de M. Grabenwarter).

L'enseignement représente un service public parmi les plus importants dans un État. Si une instruction primaire, qui favorise l'intégration sociale et l'expérience de vivre ensemble, est obligatoire et gratuite, elle doit l'être pour tous, étrangers et ressortissants de l'État en question. Si l'instruction est secondaire ou de niveau supérieur, et n'est pas obligatoire ni gratuite, les différences de traitement peuvent être considérées comme légitimes et justifiées. Là encore, toutefois, il faudra examiner les circonstances concrètes, et donc prendre en compte le niveau d'intégration et les attaches avec le territoire d'accueil (notamment, entre autres, la durée du séjour, les liens familiaux, la connaissance de la langue, les liens associatifs et culturels établis).

4. GARANTIES PROCÉDURALES ET RECOURS EFFECTIF

4.1. Un migrant installé devrait bénéficier de garanties procédurales renforcées. La longue durée du séjour, la naissance sur le territoire de l'État où l'immigré vit, étudie, travaille, a ses relations familiales et sociales, représentent des éléments d'assimilation de l'étranger au ressortissant national. Les critères de la jurisprudence *Boultif* qui justifient une expulsion restent valables pour la protection de la vie familiale visée à l'article 8 de la CEDH (il en va de même en ce qui concerne la vie privée d'une personne, son identité sociale, les liens entretenus avec ses semblables et le monde extérieur).

4.2. Une décision d'éloignement devrait donc être exceptionnelle, comme en témoignent, par ailleurs, les « principes directeurs sur le retour forcé » du Comité des Ministres (2005).

4.3. La question que l'on se pose le plus souvent, et qui représente un véritable problème pour le juge national, concerne les garanties dont l'immigré installé doit jouir, et notamment le droit d'un étranger ayant des griefs défendables, fondés sur la CEDH, de les exercer, non seulement en droit, mais aussi en pratique. Les moyens de recours, la possibilité de redressement doivent être effectifs, adéquats. On peut s'interroger, à juste titre, sur le sens réel de ces termes, que l'on retrouve dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans la directive n° 2013/32/UE

du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), ou bien dans la directive n° 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier : quel est le sens de l'effectivité d'un recours selon de l'article 13 de la CEDH ?

4.4. Un recours de plein droit suspensif en cas d'expulsion serait souhaitable, mais, si une mise en balance d'intérêts s'impose, une garantie absolue n'est guère assurée. La jouissance d'un recours effectif, en ce que celui-ci permet d'obtenir un contrôle attentif et rigoureux par un juge national (sans exclure l'éventualité que ce contrôle soit effectué par une autorité administrative, en tous les cas indépendante et impartiale, garantissant un contrôle de même « qualité »), devrait être reconnue à la personne exposée à un risque réel d'atteinte à son droit à la vie (article 2, mais aussi article 4 du Protocole n° 4). Dans les autres cas, c'est l'intérêt de l'État qui prévaut : éloignement, donc, de l'étranger. Une atteinte à la vie privée et familiale ne serait pas suffisante à garantir l'effet suspensif, mais il est impératif que des garanties procédurales effectives et adéquates soient assurées (article 13 combiné avec l'article 8 de la CEDH ; sur l'article 8, voir le rapport de Mme Linder ; sur les garanties procédurales, voir, en particulier, le rapport de M. Grabenwarter).

4.5. La Cour a d'ailleurs précisé qu'en application du Protocole n° 7 (article 1) une expulsion est contraire aux droits de la personne même si la décision a été prise en conformité avec la loi nationale, quand cette loi ne répond pas aux exigences de la Convention : la Convention et ses Protocoles doivent « s'interpréter de façon à garantir des droits concrets et effectifs et non théoriques et illusoires » (*Lupsa c. Roumanie*, paragraphe 60). La Cour reconnaît de tels droits également en cas d'expulsions collectives, dans sa jurisprudence relative à l'article 4 du Protocole n° 4, qui interdit ce genre d'expulsions. Chaque personne a le droit à « un examen raisonnable et objectif de[s] a situation particulière » individuelle.

La politique en matière d'immigration relève de la souveraineté des États, mais « les difficultés dans la gestion des flux migratoires ne peuvent justifier le recours, de la part des États, à des pratiques qui seraient incompatibles avec leurs obligations conventionnelles » (*Géorgie c. Russie*, paragraphe 177, et *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, paragraphe 179).

4.6. À l'occasion d'une conférence qu'il a donnée l'année passée (14 avril 2016) devant la Cour de cassation italienne, M. le juge De Gaetano (modérateur de notre atelier) a bien souligné ces principes, et, en se référant à l'arrêt *Hirsi Jamaa*, il a également mis en évidence une règle d'interprétation des normes conventionnelles qui est un critère fondamental à rappeler : l'interprétation doit toujours « se faire au regard du principe de la bonne foi et de l'objet et du but du traité ainsi que de la règle de l'effet utile » (paragraphe 179).

4.7. Une remarque enfin sur le rôle des tribunaux. Ces derniers ont contribué, je le répète, à la formation d'une conscience et d'une sensibilité sur les thèmes de la migration, inconnus dans le passé. Cela mérite d'être reconnu dans le contexte actuel de grave crise migratoire en Europe et d'atteintes dangereuses aux droits de la personne.

**AUDIENCE SOLENNELLE
DE LA COUR EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME
A L'OCCASION DE L'OUVERTURE DE
L'ANNÉE JUDICIAIRE**



Guido Raimondi

Président de la
Cour européenne des droits de l'homme

DISCOURS D'OUVERTURE

Mesdames et Messieurs les Présidents des Cours constitutionnelles et des Cours suprêmes, Madame la Présidente des Délégués des Ministres, Monsieur le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, Excellences, Mesdames, Messieurs,

Je vous remercie en mon nom et en celui de tous mes collègues, d'avoir bien voulu honorer de votre présence cette audience solennelle de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme. Puisque nous sommes, pour quelques jours encore, en janvier, je ne manquerai pas à la tradition en vous souhaitant une bonne et heureuse année 2017.

Au cours de l'année 2016, de nouveaux juges nous ont rejoints et je les salue tout particulièrement puisqu'ils participent, pour la première fois, à notre rentrée solennelle en tant que juges de la Cour.

Conformément à l'usage, je vais, pour commencer, vous donner quelques informations statistiques sur l'activité de notre Cour.

En 2016, la Cour a statué dans plus de 38 000 affaires. À la fin de l'année 2015, on comptait près de 65 000 requêtes pendantes. Ce chiffre est remonté à 80 000 à la fin de l'année 2016, ce qui représente une hausse de 23 %.

Après avoir connu une baisse du nombre d'affaires entrantes pendant deux années, on a constaté en 2016, pour la première fois depuis longtemps, une augmentation de 32 % du nombre de nouvelles affaires. Cet afflux trouve son origine dans la situation de trois pays : Hongrie, Roumanie et Turquie.

Tout d'abord, en ce qui concerne la Hongrie et la Roumanie, dont le nombre d'affaires a respectivement augmenté de 95 % et de 108 % en 2016, il s'agit essentiellement de questions relatives aux conditions de détention. Certes, il s'agit là d'affaires prioritaires, puisqu'elles relèvent de l'article 3 de la Convention, mais ce sont des affaires répétitives qui reflètent des difficultés de nature systémique ou structurelle et exigent que des solutions soient trouvées au niveau interne.

Or, nous savons tous qu'il n'existe pas de solution miracle et immédiate pour répondre à ces situations, ni dans le pays concerné, pour lequel cela implique des efforts politiques et budgétaires importants, ni à Strasbourg.

Certes, dans le domaine pénitentiaire, la Cour définit des principes, qui ont d'ailleurs été clairement précisés en 2016 dans l'arrêt *Muršić*. Sur la base de ces principes, elle pose un diagnostic sur une situation donnée dans un État membre. Mais c'est au niveau national, je le répète, que les solutions doivent être trouvées. C'est possible, comme en témoigne l'exemple de l'Italie dont le nombre d'affaires a été plus que divisé par deux en deux ans et demi. C'est le fruit de la politique menée par le gouvernement italien, d'une part, suite à l'arrêt pilote *Torreggiani* qui concernait la

surpopulation carcérale, d'autre part, pour les longueurs de procédure. Cela montre que, lorsqu'un gouvernement a la volonté de résoudre une situation et prend les mesures qui s'imposent, les résultats ne se font pas attendre.

Ensuite, la Turquie. Ce pays avait connu, ces dernières années, une baisse considérable du nombre d'affaires pendantes en raison, principalement, de l'existence d'un recours direct devant la Cour constitutionnelle que nous avons considéré comme effectif. Je salue d'ailleurs la présence parmi nous ce soir d'une délégation importante de cette Cour.

Depuis la dramatique tentative de coup d'État de juillet dernier, la Turquie est remontée en deuxième position avec une augmentation très significative du nombre d'affaires.

Quelle que soit la suite qui leur sera réservée, c'est là un exemple marquant de l'incidence directe d'une crise politique majeure dans un État membre sur l'activité de notre Cour.

Je précise, pour conclure sur ce point, que les développements qui viennent d'intervenir cette semaine en Turquie sont encourageants. En effet, la création, par décret-loi, d'une commission chargée d'examiner les recours suite aux décisions prises depuis la tentative de coup d'État est une excellente chose. En particulier parce qu'un recours juridictionnel est prévu à l'encontre des décisions de cette commission.

En tout état de cause, quel que soit le pays concerné, il est essentiel si l'on veut réellement s'attaquer à l'arriéré des affaires d'adopter des stratégies ciblées et spécifiques.

• • •

Il y a un an, ici même, je faisais référence aux nombreux défis que la Cour allait devoir affronter au cours de l'année 2016. Je n'imaginai pas alors les périls **majeurs** auxquels l'Europe allait être confrontée tout au long de l'année.

J'ai déjà mentionné la tentative de coup d'État en Turquie. Je pense évidemment, aussi, aux attentats terroristes qui ont continué d'endeuiller notre continent, à Nice, Bruxelles, Berlin ou Istanbul.

Terrorisme, crise économique, arrivée massive de migrants, l'Europe doit en même temps faire face à tous ces défis. Et comme si ce contexte tragique ne suffisait pas, une crise **identitaire** conduit certains États à se replier sur eux-mêmes, le Brexit en ayant été le point d'orgue. On assiste aussi à une remise en question de l'État de droit. Pour certains, le droit devient « une contrainte insupportable », comme l'a écrit Emmanuel Decaux.

Or, l'État de droit c'est ce qui fait notre spécificité européenne, un acquis de notre civilisation, **un rempart qui se dresse sur la route de la tyrannie**. L'Europe c'est **cela** : une partie du monde où les règles du jeu démocratique sont posées, règles dont le respect est assuré par les cours constitutionnelles et les cours suprêmes.

La Cour européenne des droits de l'homme contribue, quant à elle, depuis près de soixante ans, à l'instauration d'une communauté de valeurs en Europe et, dès lors, à la consolidation de l'État de droit. Elle est la garante d'un espace commun de protection des droits et des libertés. En luttant contre l'arbitraire, elle contrôle, elle aussi, le respect des règles du jeu démocratique.

Ce rôle, elle a continué de le jouer pleinement, en 2016, en maintenant la qualité de sa jurisprudence et il faut bien convenir, à cet égard, que l'année écoulée aura été particulièrement riche. Le choix des affaires que je souhaite évoquer ce soir a été d'autant plus difficile.

• • •

Puisque j'ai fait référence à l'État de droit, c'est un de ses principes fondamentaux, l'indépendance des juges, qui était en jeu dans l'affaire *Baka c. Hongrie*. Le requérant, M. Baka, président de la Cour suprême hongroise, soutenait qu'il avait été mis fin à son mandat de manière prématurée en raison des opinions qu'il avait exprimées publiquement, en sa qualité de président de la Cour suprême, au sujet des réformes législatives concernant les tribunaux. Notre Cour lui a donné raison et estimé qu'il s'agissait d'une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression. Une telle mesure ne pouvait pas contribuer au renforcement de l'indépendance de la justice. Or, l'indépendance des juges reste un **marqueur de l'État de droit**.

Mesdames et Messieurs les Présidents des cours constitutionnelles et des cours suprêmes,

Si les juges en venaient à craindre de s'exprimer dans le cadre de leurs fonctions, cela conduirait inévitablement à un affaiblissement, voire à une disparition de l'un des fondements de la démocratie.

C'est ce qui fait de l'arrêt *Baka* un arrêt **fondamental**.

• • •

Nous sommes, depuis plusieurs années, les témoins impuissants de ces images qui nous montrent des êtres humains se jetant sur les routes maritimes et terrestres pour tenter de rejoindre l'Europe. « Les hommes deviennent alors des migrants », pour reprendre le très beau titre de l'ouvrage de Marie-Bénédicte Dembour.

C'est précisément cette tragédie qui est au cœur de l'affaire *Khlaifia c. Italie*, rendue à la fin de 2016. Il s'agissait de la rétention, dans le centre d'accueil bien connu de Lampedusa, puis sur des navires amarrés dans le port de Palerme, de migrants irréguliers débarqués sur les côtes italiennes dans le cadre des événements liés au « printemps arabe ».

Nous avons jugé que leur privation de liberté, en l'absence de base légale claire et accessible, ne satisfaisait pas au principe général de sécurité juridique et qu'ils ne bénéficiaient pas des garanties fondamentales d'*habeas corpus* prévues par la Constitution italienne.

En effet, les décrets de refoulement émis par les autorités italiennes ne comportaient **aucune** référence à la rétention des requérants, à ses raisons juridiques et factuelles et ne leur avaient pas été transmis « dans le plus court délai ». Ils ne disposaient pas non plus d'un recours par lequel ils auraient pu obtenir une décision juridictionnelle portant sur la légalité de leur privation de liberté.

Protection contre l'arbitraire, nécessité d'un recours pour contester une décision judiciaire, voici les éléments **indispensables** dans un État de droit et qui faisaient défaut en l'espèce.

La vague migratoire place les autorités nationales dans des situations de grande difficulté. Toutefois, si cet arrêt rappelle qu'il existe des principes auxquels on ne saurait déroger, il ne constate pas la violation de l'article 3 de la Convention du fait des conditions d'accueil des requérants. Il ne considère pas non plus qu'il y a eu expulsion collective d'étrangers, laquelle est prohibée par un protocole à la Convention.

Il apporte donc des réponses équilibrées et raisonnables à ces difficiles questions, mais il le fait dans le respect de nos valeurs.

• • •

Rendu en décembre dernier, l'arrêt *Paposhvili c. Belgique* a déjà été **largement** commenté. Il est intéressant à plusieurs titres. **D'abord**, quant au fond. **Ensuite**, du point de vue de nos relations avec les juridictions suprêmes nationales.

Sa présentation exige un retour en arrière. On se souvient qu'en 2008, la Cour avait considéré, dans l'affaire *N. c. Royaume-Uni*, qu'il était possible d'expulser une ressortissante ougandaise, atteinte du SIDA, vers son pays d'origine, sans que cela constitue une violation de l'article 3. Il avait alors été jugé que l'on ne pouvait empêcher un État d'expulser un étranger malade que « dans des cas très exceptionnels, lorsque les considérations humanitaires militent contre l'expulsion » étaient impérieuses.

Cette jurisprudence avait fait l'objet de critiques. Par la suite, plusieurs arrêts de chambre étaient venus la confirmer. Toutefois, les juges qui s'étaient exprimés dans leurs opinions séparées avaient, **à l'instar de la doctrine**, émis le souhait que la Grande Chambre puisse, un jour, trancher à nouveau cette question.

C'est chose faite et l'arrêt *Paposhvili* revient sur cette jurisprudence pour la préciser dans un sens plus favorable aux requérants. Dans cette affaire, le requérant, atteint d'une maladie très grave et dont le pronostic vital était engagé, ne voulait pas être renvoyé vers la Géorgie. La Cour a considéré qu'en l'absence d'évaluation par les instances nationales du risque qu'il encourrait en

Géorgie, compte tenu de son état de santé et de l'existence ou non de traitements adéquats dans ce pays, les autorités nationales belges ne disposaient pas des éléments d'information leur permettant de conclure que l'intéressé ne risquait pas d'y subir des traitements contraires à l'article 3 de la Convention.

L'arrêt *Paposhvili* apporte des précisions importantes et clarifie l'approche suivie jusqu'à présent. Certes, le seuil de gravité pour empêcher l'expulsion d'un étranger malade reste élevé. Toutefois, le travail d'évaluation incombe **d'abord** aux autorités nationales, qui doivent mettre en place des procédures adéquates afin d'apprécier les risques encourus en cas de renvoi. **C'est une bonne application du principe de subsidiarité.** L'évaluation doit tenir compte à la fois de la situation générale dans l'État de destination et du cas particulier de l'étranger. Il convient de s'assurer que des traitements médicaux seront disponibles et accessibles pour l'intéressé.

Mais cette affaire mérite également d'être examinée sous l'angle de nos relations avec les Cours suprêmes. L'arrêt *N. c. Royaume-Uni* avait conduit les autorités belges à n'accorder, en pratique, l'autorisation de séjour pour motifs médicaux que dans des circonstances **vraiment** très exceptionnelles, lorsque la personne était proche de la mort. Or, les juridictions supérieures belges ont considéré qu'une protection **plus** étendue devait être accordée. On assiste ici à un dialogue tout à fait intéressant entre le juge interne et notre Cour, où c'est le juge national qui, **en quelque sorte**, vient nous demander d'adopter une position moins restrictive et plus protectrice des droits des requérants.

Les voix qui se sont élevées à Bruxelles ont donc été entendues à Strasbourg.

• • •

Il y a un peu plus d'un an, nous lançons, avec les juridictions suprêmes françaises, Conseil d'État et Cour de cassation, une phase d'essai de notre Réseau d'échange d'information sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle s'est avérée très fructueuse et je remercie les Chefs de ces Cours, Jean-Marc Sauvé, Bertrand Louvel et

Jean-Claude Marin, qui nous font l'honneur de leur présence ce soir, d'avoir accepté d'être nos premiers partenaires dans ce projet. Ce sont **désormais 28** juridictions supérieures en provenance de **21** pays qui nous ont rejoints. Le grand succès de cette initiative me réjouit. Je salue tout particulièrement le Président du Tribunal constitutionnel de l'Espagne, Francisco Pérez de los Cobos, présent parmi nous, qui a adhéré au réseau aujourd'hui même.

De manière générale, le dialogue avec les autres juridictions nationales et internationales a été très intense en 2016. Je ne reprendrai pas ici la liste de toutes les rencontres qui ont eu lieu. Parmi les délégations qui sont venues découvrir notre Cour, je mentionnerai seulement celles venues d'un autre continent, en provenance de l'Afrique du Sud, du Brésil ou du Japon. Constaté, à l'occasion de ces visites, que les juges de ces pays lointains suivent notre jurisprudence et la prennent en compte dans leurs propres décisions est toujours un motif de **fierté et de satisfaction.**

Ce sentiment de fierté, je l'ai particulièrement ressenti en vous écoutant, **Monsieur le Premier président Bertrand Louvel**, prononcer, lors de votre audience de rentrée de la Cour de cassation, ces paroles que je tiens à répéter ici même : en ratifiant la Convention européenne des droits de l'homme, - je cite - « la France s'est volontairement placée sous l'autorité juridictionnelle de la Cour de Strasbourg. **Le génie de cette Cour** est de se trouver à la confluence des traditions juridiques diverses de l'Europe dont elle nous propose la synthèse, **arrêt après arrêt.** De façon à occuper avec discernement l'espace de la marge nationale d'appréciation qui lui est laissée libre, la Cour de cassation s'est loyalement engagée dans la démarche de la Cour européenne dont elle devient un partenaire **actif** par ses groupes de travail et les arrêts auxquels cette réflexion conduit, traduisant peu à peu une conception renouvelée du légalisme traditionnel ». Fin de citation.

Monsieur le Premier président

Soyez-en ici solennellement remercié.

• • •

Un des événements de l'année 2016 a certainement été le fait que les cours constitutionnelles germanophones d'Allemagne, d'Autriche, de Suisse et du Liechtenstein ont souhaité que leur rencontre biennale se déroule à la Cour européenne des droits de l'homme. Je vois comme un symbole de notre proximité le fait que cette réunion, qui a traditionnellement lieu au siège d'une de ces Cours constitutionnelles, se soit passée ici à Strasbourg.

Étaient également présents les juges germanophones de la Cour de Justice, au premier rang desquels son Président, mon ami Koen Lenaerts. Je le salue tout particulièrement ce soir, puisqu'il assiste pour la première fois à notre rentrée solennelle en qualité de Président de la Cour de justice de l'Union européenne.

• • •

Les liens qui existent entre nos deux Cours sont beaucoup plus forts qu'on ne le croit. La rencontre que nous avons eue en 2016 a d'ailleurs été particulièrement utile et chaleureuse. Laurence Burgorgue-Larsen, observatrice éminente de nos jurisprudences respectives, a raison de noter que « la nécessaire exigence de maintenir une cohérence entre les deux systèmes européens amène la Cour de Strasbourg à se faire **l'alliée** du droit de l'Union en relevant d'éventuels manquements au droit de l'Union européenne et plus particulièrement aux arrêts de la Cour de justice ». Elle fait, bien sûr, référence à nos arrêts *M.S.S. et V.M. contre Belgique*.

Cette année, je ne peux citer la Cour de Justice sans mentionner l'arrêt *Avotiņš c. Lettonie*. Notre Cour était amenée à analyser les mécanismes de reconnaissance mutuelle des décisions étrangères. Dans notre arrêt, nous avons **maintenu** à l'endroit de l'Union européenne la théorie de la protection équivalente, née avec la jurisprudence *Bosphorus*. En précisant toutefois, que nous devons nous assurer, **lorsque les conditions d'application de la présomption de protection équivalente sont réunies**, que « les dispositifs de reconnaissance mutuelle ne laissent subsister aucune lacune ou situation particulière donnant lieu à une insuffisance manifeste de la protection des droits de l'homme garantis par la Convention ».

Si on considère l'articulation des systèmes juridiques internationaux, cette décision s'inscrit dans notre recherche permanente de cohérence et, **surtout, de lisibilité pour le justiciable européen.**

• • •

Sans prétendre à l'exhaustivité, je m'en voudrais de ne pas rappeler le très grand honneur qui nous a été fait par la ville de Nimègue qui nous a octroyé le Prix de la paix de Nimègue. On se souvient que les traités de paix de Nimègue avaient mis fin à plusieurs guerres en Europe. Les organisateurs, en nous remettant ce prix, ont voulu souligner le travail accompli par notre Cour pour la paix et la tolérance. Cette prestigieuse distinction est un encouragement à poursuivre notre mission.

• • •

Mesdames et Messieurs,

Parmi les **hautes** personnalités que j'ai eu l'insigne honneur de rencontrer au cours de l'année 2016, il en est une qui m'a particulièrement marqué : il s'agit de Silvia Fernández de Gurmendi, Présidente de la Cour pénale internationale. J'ai souhaité qu'elle soit l'invitée d'honneur de notre rentrée solennelle.

Madame,

Vous venez d'un pays, l'Argentine, dont le seul nom fait rêver, à la fois **si loin** par la géographie et **si proche** de l'Europe par sa culture.

Avocate **de renom**, diplomate de **haute volée**, vous avez joué un rôle **majeur** lors de la négociation qui a conduit à l'adoption du Statut de Rome, ce traité international qui a créé la Cour pénale internationale. Vous y êtes juge depuis 2009 et vous en êtes la Présidente depuis 2015.

La Cour pénale internationale est le fruit d'un rêve, qui semblait irréalisable au début du XX^{ème} siècle : l'établissement d'une juridiction internationale permanente chargée de promouvoir les droits de l'homme et le droit international humanitaire au niveau universel et de punir ceux qui portent le plus gravement atteinte à ces droits.

Votre juridiction présente bien des points communs avec la nôtre. Certes, la quasi-totalité des affaires que nous jugeons n'auraient pas leur place devant votre Cour.

Mais vous défendez, **comme nous**, le même noyau dur des droits fondamentaux et, tout particulièrement, le droit à la vie.

Comme nous, vous répondez à l'idée que la création d'un ordre international fondé sur les droits de l'homme est une **nécessité**.

Comme notre Cour, vous faites parfois l'objet de critiques. Mais vous continuez de tracer votre sillon pour que les auteurs de crimes de guerre, de génocide ou de crimes contre l'humanité ne demeurent pas impunis.

Madame la Présidente de la Cour pénale internationale, chère Silvia Fernández de Gurmendi,

Nous sommes au service des mêmes valeurs universelles et votre présence parmi nous est une grande joie et un immense honneur.

Nous nous réjouissons de pouvoir maintenant vous entendre.



Silvia Alejandra Fernández de Gurmendi

Présidente de la Cour pénale internationale

COMPLÉMENTARITÉS ET CONVERGENCES ENTRE LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE ET LES DROITS DE L'HOMME

Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les juges, Monsieur le Secrétaire général, Excellences, Mesdames et Messieurs,

Monsieur le président, je vous remercie beaucoup pour vos aimables mots d'introduction. Je suis très honorée de prendre la parole aujourd'hui.

Cette audience solennelle est certainement l'un des rassemblements judiciaires les plus importants de l'année. Elle consacre les efforts accomplis par la communauté judiciaire européenne pour sauvegarder les droits fondamentaux de tous les peuples d'Europe.

Ces efforts rayonnent au-delà de la sphère du Conseil de l'Europe. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est une source d'inspiration et d'influence dans les autres continents aussi, contribuant ainsi à promouvoir les droits de l'homme partout dans le monde.

De fait, le monde d'aujourd'hui est interdépendant et interconnecté, ce qui vaut aussi pour les tribunaux.

Depuis que je suis devenue présidente de la Cour pénale internationale il y a deux ans, je me suis rendu compte plus que jamais de l'importance de tisser des liens entre les institutions judiciaires. L'année dernière, j'étais très heureuse d'être invitée à la Cour européenne des droits de l'homme. J'ai eu une discussion très productive avec le président Raimondi sur les différentes mesures que nous pourrions prendre pour rapprocher nos deux juridictions.

Et c'est pour moi un privilège que d'être invitée à l'audience solennelle d'aujourd'hui. Cette cérémonie rassemble des acteurs essentiels de ce qui constitue le plus ancien et le plus important des organes de protection régionaux des droits de l'homme. Je viens moi-même d'un autre continent, un continent qui lui aussi a déployé de grands efforts pour surmonter un passé de violences, notamment en instaurant une commission et une cour régionaux des droits de l'homme.

La Cour pénale internationale et les autres tribunaux pénaux diffèrent des juridictions de protection des droits de l'homme. Les tribunaux pénaux ne veillent pas au respect des droits de l'homme en général : leurs travaux sont exclusivement axés sur la responsabilité pénale individuelle pour certaines violations graves des droits de l'homme pouvant être qualifiées de crimes internationaux si certains critères prédéfinis sont satisfaits. Surtout, ils cherchent à engager la responsabilité des auteurs individuels de crimes de ce type, qu'il s'agisse ou non d'acteurs étatiques.

Quelles que puissent être les différences entre nos juridictions, nous partageons bien les mêmes valeurs. Surtout, nous avons un but commun. Nous cherchons tous à améliorer le bien-être de chacun en renforçant la prééminence du droit.

Nous avons aussi des racines communes. La Journée internationale en mémoire des victimes de l'Holocauste étant honorée dans le monde en ce moment, il faut nous rappeler que nos institutions sont le fruit de la détermination de la communauté internationale à empêcher la répétition des horreurs du passé.

Malgré leurs différences, la justice pénale internationale et les droits de l'homme interagissent de bien des manières.

Conformément à son traité fondateur, le Statut de Rome, la CPI applique et interprète le droit qui la régit en conformité avec les droits de l'homme internationalement reconnus. Les textes et la jurisprudence en matière de droits de l'homme influencent bon nombre de nos dispositions matérielles et procédurales. Ils nous guident aussi dans des domaines où nos propres règles sont muettes ou très générales, par exemple en matière de détention des personnes ou de réparation aux victimes.

Permettez-moi d'aborder plus en détail certains domaines de complémentarité et de convergence.

• • •

Les droits de l'homme et le droit humanitaire sont au cœur de l'interdiction du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. Les faits proscrits par ces crimes ont pour origine des cas de violations régionales des droits de l'homme qui ne sont pas si éloignées de nous. L'inclusion de l'apartheid, des disparitions forcées et des grossesses forcées parmi les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre sont des exemples importants, qui visent à prendre en compte certaines formes précises de violations très graves des droits de l'homme constatées en particulier en Afrique, en Amérique latine et en Europe.

Dans le monde aujourd'hui, les crimes internationaux ne sont pas seulement perpétrés par des individus agissant au nom d'un État : les acteurs non étatiques sont eux aussi auteurs de massacres et d'autres atrocités. Depuis la Seconde guerre mondiale, la nature des conflits armés a radicalement changé. Nous avons constaté une participation sans cesse croissante de groupes non étatiques aux conflits armés, les confrontations classiques entre États étant devenues l'exception plutôt que la règle.

La communauté internationale a également conscience que les conflits armés ne sont pas les seules situations où des atrocités de masse sont perpétrées et que les populations civiles peuvent être châtiées en temps de paix aussi bien par l'État que par des groupes non étatiques.

Le droit humanitaire international et le droit pénal international ont donc évolué de manière à mieux tenir compte des violences de masse modernes. C'est ce qui explique que la distinction juridique entre conflits armés internationaux et non internationaux est désormais devenue floue.

Les crimes contre l'humanité ont eux aussi considérablement évolué depuis Nuremberg, de façon à englober diverses formes d'activités criminelles perpétrées sur une grande échelle ou systématiquement aussi bien par des agents de l'État que par des individus, et en temps de paix comme en temps de guerre.

Ces nouveaux éléments offrent une base juridique permettant de sanctionner la plupart des atrocités commises aujourd'hui. La responsabilité pénale pour celles-ci s'attache à tout individu, qu'il soit un acteur étatique ou non étatique.

La plupart des affaires dont la CPI est saisie concernent des acteurs non étatiques. Jusqu'à présent, ces derniers sont les seuls à avoir été condamnés. Des condamnations définitives ont été prononcées contre deux chefs de milice en République démocratique du Congo (MM. Lubanga et Katanga) et contre un membre d'un groupe associé à Al-Qaïda, M. Al Mahdi, reconnu coupable d'avoir détruit des biens culturels à Tombouctou (Mali). Une autre condamnation, prononcée contre Jean-Pierre Bemba pour des crimes commis en République Centrafricaine par des forces non étatiques sous son commandement, fait à présent l'objet d'un appel.

Nous espérons que ces procédures adresseront un message fort à toutes les personnes impliquées dans des faits de violence : **la prééminence du droit ne souffre aucune exception**. Grâce à l'essor remarquable du droit pénal international au cours des dernières décennies, les acteurs non étatiques savent désormais qu'ils peuvent eux aussi être jugés responsables pour avoir participé à des atrocités de masse.

Comme il a été dit, les droits de l'homme ont également une influence sur les règles procédurales régissant la CPI. Le Statut de Rome englobe les droits tenant à l'équité du procès consacrés dans les instruments de protection des droits de l'homme, par exemple le droit pour l'accusé de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense, le droit de se faire assister par le défenseur de son choix et le droit de se faire assister gratuitement d'un interprète compétent et de bénéficier des traductions nécessaires dans une langue qu'il comprend et parle parfaitement. Ce sont des points qui se sont révélés extrêmement délicats en pratique au sein de notre juridiction.

Le Statut de Rome, et c'est un pas en avant historique, est passé de l'administration d'une justice purement répressive à une nouvelle dimension qui inclut des éléments de justice réparatrice. Ainsi, les victimes peuvent être associées à toutes les phases de la procédure pour exprimer leurs opinions et leurs préoccupations ainsi que pour demander réparation en cas de condamnation.

La définition du dommage et de la victime, ainsi que les droits procéduraux et matériels à accorder à celle-ci, sont influencés par les droits de l'homme et la jurisprudence des juridictions régionales de protection des droits de l'homme.

La distance qui sépare les procès à La Haye des groupes directement touchés par les crimes est un problème majeur pour une juridiction mondiale. De manière à ce que les victimes saisissent le sens de la justice et y aient accès, la CPI redouble d'efforts pour mieux les sensibiliser au système et pour rapprocher la justice de chez elles.

Récemment, nous avons pris un certain nombre d'initiatives de manière à nouer un dialogue avec les victimes en Ouganda du Nord en organisant des séances vidéo dans différentes localités particulièrement touchées par les crimes dont est accusée l'Armée de résistance du seigneur. C'est qui a permis aux gens de suivre le procès de M. Dominic Ongwen, ancien chef supposé de ce groupe rebelle.

La CPI peut également choisir de conduire le procès *in situ*. Malheureusement, des raisons de sécurité y ont fait obstacle jusqu'à présent. Nous espérons le faire dans un proche avenir car il s'agirait d'un moyen efficace de rapprocher notre juridiction des personnes directement touchées par les crimes.

Comme il a été dit, les textes et la jurisprudence en matière de droits de l'homme influencent la manière dont la CPI assure la réparation aux victimes. Le Statut de Rome prévoit que les décisions en matière de réparation sont prononcées non pas contre les États mais contre les personnes condamnées. Dans certains cas, la réparation peut être assurée par le biais d'un Fonds spécial au profit des victimes, financé par les contributions volontaires d'États, de personnes physiques ou de personnes morales de droit privé.

À la suite de condamnations, la CPI a désormais commencé à expérimenter ce régime juridique innovateur. À l'heure actuelle, la réparation est envisagée concernant l'enrôlement et la conscription d'enfants soldats, les attaques contre la population civile, les violences sexuelles et la destruction de biens culturels.

La distance qui sépare un procès à La Haye du lieu des crimes lui-même pose également problème sur le terrain des droits de l'homme concernant la détention de nos suspects et nos accusés venant de pays lointains. La CPI doit tenir dûment compte des différences culturelles et doit notamment veiller au maintien de liens familiaux suffisants. Là encore, les textes et la jurisprudence en matière de droits de l'homme inspirent les solutions offertes par notre juridiction.

• • •

Chers confrères, Excellences, Mesdames et messieurs,

Il ressort clairement des exemples qui ont été donnés qu'il existe de nombreux domaines de convergence entre, d'une part, le droit relatif aux droits de l'homme et, d'autre part, la théorie et la pratique du droit international pénal. Nous partageons un but commun, celui de promouvoir la primauté du droit. C'est pourquoi il importe que nous soyons autant que possible à l'écoute les uns des autres. Il est important que nous puissions compter sur notre soutien mutuel pour envoyer tous ensemble, sur la base de nos valeurs communes, un message clair prônant la justice et la fin de l'impunité.

Ce moment solennel est pour nous une occasion unique d'engager un dialogue afin de renforcer notre compréhension mutuelle et notre attachement à la justice.

Il est tout aussi important d'instaurer un dialogue avec les juridictions nationales et, à ce titre, je me félicite de la présence parmi nous en ce jour des représentants des autorités judiciaires de différents États.

La Cour pénale internationale et la Cour européenne des droits de l'homme sont toutes deux des juridictions de dernier recours. Toutes deux agissent en complément du travail effectué en premier lieu par les tribunaux nationaux. Ensemble, nous participons tous à un système de justice mondial, qui vise à protéger les valeurs les plus précieuses de nos sociétés.

Les tribunaux nationaux ont un rôle essentiel, et même crucial, à jouer dans l'établissement de l'état de droit. L'issue de la lutte visant à assurer le respect des droits de l'homme et la fin de l'impunité des crimes internationaux dépend avant tout de la volonté des États et de leur capacité à le faire.

Cela nécessite d'adopter à cet effet des lois à l'échelon national, notamment aux fins de la mise en œuvre du Statut de Rome et d'autres importants traités relatifs aux droits de l'homme et au droit international humanitaire qui érigent en infractions pénales certains crimes parmi les plus atroces. Et cela nécessite aussi de disposer de la compétence voulue sur le plan national et extraterritorial pour enquêter sur ces crimes et en poursuivre les auteurs.

Les réponses données par les tribunaux nationaux sont prises en compte par la Cour pénale internationale. À son tour, la Cour peut aussi avoir une influence sur les réponses données par les juridictions nationales et régionales face aux crimes internationaux. Cette influence s'exerce de diverses manières, notamment par l'incorporation dans la législation des États des crimes, des différentes formes de responsabilité et des principes généraux prévus par le Statut de Rome. Dans de nombreux pays, les définitions qui ont été adoptées sont soit identiques soit très proches de celles figurant dans le Statut de Rome.

L'adoption de dispositions similaires sanctionnant pénalement ces crimes au niveau national constitue un énorme pas en avant pour l'harmonisation du droit international pénal, harmonisation qui contribue à son tour au renforcement du système de justice mondial.

En se renforçant mutuellement au sein d'un système de justice mondial, les institutions internationales, nationales et régionales peuvent ensemble devenir plus fortes. Nous nous sommes tous récemment félicités de l'approche régionale qui a permis d'apporter une solution pour le procès retentissant de Hissène Habré devant Chambres africaines extraordinaires au Sénégal.

• • •

Chers confrères, Excellences, Mesdames et messieurs,

Notre passion pour la justice est ce qui nous unit. Si nos mandats diffèrent, nos aspirations, elles, sont les mêmes. Nos institutions, si elles ont emprunté des chemins différents, aspirent aux mêmes objectifs.

L'unité de nos efforts pour atteindre ces objectifs rendrait le système de justice mondial plus efficace.

On behalf of the International Criminal Court, I wish the European Court of Human Rights a productive and successful judicial year 2017.

Merci pour votre attention.

PHOTOS





ANCIENS DIALOGUES ENTRE JUGES

- Dialogue entre juges - 2016
- Dialogue entre juges - 2015
- Dialogue entre juges - 2014
- Dialogue entre juges - 2013
- Dialogue entre juges - 2012
- Dialogue entre juges - 2011
- Dialogue entre juges - 2010
- Dialogue entre juges - 2009
- Dialogue entre juges - 2008
- Dialogue entre juges - 2007
- Dialogue entre juges - 2006
- Dialogue entre juges - 2005