



A MEDITERRANEAN PERSPECTIVE ON MIGRANTS' FLOWS IN THE EUROPEAN UNION

Protection of Rights, Intercultural
Encounters and Integration Policies

Edited by
GIUSEPPE CATALDI

in collaboration with



euro 20,00

ISBN 978-88-6342-905-3



9 788863 429053

EVALUATION SCIENTIFIC COMMITTEE

EMILIO DE CAPITANI
FREE (Fundamental Rights European Experts) Group, Bruxelles

MARIA CRISTINA ERCOLESSI
University of Napoli "L'Orientale"

LUGIA MELILLO
UNESCO Chair in Bioethics, Italian Unit, Napoli

LUIGI MASCILLI MIGLIORINI
University of Napoli "L'Orientale"

A MEDITERRANEAN PERSPECTIVE
ON MIGRANTS' FLOWS
IN THE EUROPEAN UNION:
PROTECTION OF RIGHTS,
INTERCULTURAL ENCOUNTERS
AND INTEGRATION POLICIES

Edited by
GIUSEPPE CATALDI

Editoriale Scientifica
Napoli

Publication realized with the contribution of the University of Naples
'L'Orientale', Department of Human and Social Sciences and Jean Monnet Centre
of Excellence on Migrants' Rights in the Mediterranean

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2016 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli
ISBN 978-88-6342-905-3

INDEX

- GIUSEPPE CATALDI**, INTRODUCTION. “Economic” Migrants and Refugees: Emergencies (real and alleged) and the Law of the Sea 9

I PART

Migrants’ Rights in the Mediterranean: a Juridical Overview

- GUY S. GOODWIN-GILL**, Refugees and Migrants at Sea: Duties of Care and Protection in the Mediterranean and the Need for International Action 25
- TULLIO SCOVAZZI**, The Human Tragedy of Illegal Migrants 43
- ROBERTO ZACCARIA**, Constitutional Norms of a Common European Asylum System 49
- FULVIO VASSALLO PALEOLOGO**, The European Agenda on Asylum and Immigration. From the Struggle to Stop “Illegal” Immigration to the War Against Refugees 59
- ANNA LIGUORI**, L’expulsion des étrangers pour des raisons de sécurité nationale à la lumière de la Convention européenne des droits de l’homme 67
- MARCO FASCIGLIONE**, Assessing the Effectiveness of the Blue Card Directive between Challenging Transposition Processes, Lacklustre Results, and Proposals for Reform: Remarks from the Italian Perspective 95
- GIORGIA BEVILACQUA**, The Use of Force against the Business Model of Migrant Smuggling and Human Trafficking to Maintain International Peace and Security in the Mediterranean 119

MARIA CHIARA NOTO , Use of Force against Human Traffickers and Migrants Smugglers at Sea and its Limits according to the Law of the Sea and Human Rights Law	137
---	-----

II PART

Migrants' Rights in the Mediterranean: a Cultural, Political, Historical and Sociological Overview

ENRICO PUGLIESE , Migration Flows in the Mediterranean and the Italian Crossroad	157
IAN CHAMBERS , Colonial Objects, Postcolonial Subjects, Migrating Modernities	175
SILVANA CAROTENUTO , Hospitality, Alterity and Femininity	181
CELESTE IANNICIELLO , Changing Borders, Disorienting Maps: Mona Hatoum's Art of Displacement	189
ANNALISA PICCIRILLO , Female Corpo-graphies in the Mediterranean Performance Zone	199
MONICA RUOCCO , Migration and Memory: Displacement Narratives of Syrian Women Refugees on Stage	207
SILVANA PALMA , Guess Who's Coming to Dinner. Representations of Africa and Immigration Policies in Post-colonial Italy	223
IMMACOLATA VELLECCO , Immigrant Entrepreneurship in Italy	243
DANIELE FRIGERI and ANNA FERRO , The Importance of Migrants' financial Inclusion as Part of the Integration Process	255

III PART

The Stakeholders Point of View

- GIANVITTORIO CIOLLI AND FRANCESCO RUGGIERO**, Operation Mare Nostrum: Causes and Development 271
- AMEDEO ANTONUCCI, MARCO FANTINATO AND PASQUALE CAIAZZA**, The Evolution of Enforcement Powers on the High Seas through the Air-naval Operations of the *Guardia di Finanza* against the Smugglers of Migrants in the Mediterranean Sea 283
- PAOLO CAFARO**, Migration by Sea: a “Search and Rescue” Emergency and a Big Challenge for the Italian Coast Guard 309

ANNEX

- The Stakeholders “Naples Charter” – *From Mare Nostrum to Triton and the Way Forward to Deal with Migration in the Mediterranean Sea* 319

L'EXPULSION DES ETRANGERS POUR DES RAISONS DE
SECURITE NATIONALE A LA LUMIERE DE LA CONVENTION
EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

*Anna Liguori**

1. Introduction

L'exigence de la lutte contre le terrorisme – qui s'est accentuée après le 11 septembre 2001 et à nouveau après les attaques de 2015 à Paris – peut comporter de sérieux problèmes d'incompatibilité avec les droits de l'homme. Parmi les catégories de sujets les plus directement concernées, il y a celle des étrangers: non seulement ils peuvent être victimes de violations de droits humains de même que les citoyens¹, mais les règles en matière d'entrée et d'expulsion², en particulier à travers l'augmentation des pouvoirs discrétionnaires de l'exécutif et la réduction des garanties procédurales³, ont été modifiées dans le sens d'une restriction. Comme le souligne E. Guild, “The 11 September

* *University of Naples “L'Orientale”.*

¹ Dans un rapport de la FIDH (Fédération internationale des droits de l'Homme), rendu public au mois d'octobre 2005, rapport qui «s'attache à démontrer que lutte anti-terroriste et respect des droits de l'homme sont non seulement compatibles, mais que le second est une condition de l'acceptabilité et de l'efficacité de la première» (voir H. Mock, “‘Guerres’ contre le terrorisme et droits de l'homme”, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2006, p. 23 et ss.), sont dégagées six catégories de droits fondamentaux les plus menacées par les mesures anti-terroristes. Les cinq premières catégories concernent tous, citoyens et non, et sont les garanties relatives à: 1) arrêt et détention; 2) procès; 3) vie privée; 4) libertés d'expression et d'information; 5) propriété privée; la sixième par contre concerne spécifiquement les garanties reconnues aux immigrés, réfugiés et demandeurs d'asile.

² Voir E. Guild “Aliens and Counter-terrorism”, *Routledge Handbook of Law and Terrorism* (G. Lennon, C. Walker dir.); London, 2015; *Terrorism and the Foreigner- A decade of tension around the rule of law in Europe* (A. Baldaccini, E. Guild dir.), Leiden, 2006; *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux* (E. Bribosia, A. Weyembergh dir.), Bruxelles, 2002; P. De Sena, “Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti dell'uomo nella recente prassi europea”, in *Ordine internazionale e valori etici, Atti VIII Convegno SIDI* (N. Boschiero dir.), Naples, 2004, p. 195 sqq. Pour un examen des modifications intervenues au niveau de l'Union européenne voir *The Impact, Legitimacy and Effectiveness of EU Counter-Terrorism* (F. de Londras, J. Doody dir.), London, 2015; A. Adinolfi, “Politica dell'immigrazione dell'Unione europea e lotta al terrorismo”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 483 ss.

³ A. Baldaccini remarque dans son Introduction: “Asylum and immigration law is more vulnerable to exceptional measures than other areas of law” (*Terrorism and the Foreigner...*, cit., p. xiv).

attacks transformed the face of the foreigner into a *prima facie* face of terrorism”⁴. Toutefois, s’il est vrai que les exigences relatives à la sûreté nationale peuvent être invoquées dans certains cas pour apposer des limites et des dérogations⁵ au respect des droits humains, de même qu’il est vrai que les États jouissent d’une marge d’appréciation à cet effet, il convient de noter, néanmoins, qu’un tel pouvoir n’est pas sans bornes.

Notre travail s’inscrit dans cette perspective et entend examiner quelles sont les limites que la Convention européenne des droits de l’homme pose au pouvoir d’expulsion pour des raisons de sécurité des États.

2. Cadre Légal

La Cour européenne des droits de l’homme a toujours fait appel à un principe de droit international général selon lequel les États ont le droit, sans préjudice pour les engagements dérivant des traités, de contrôler l’entrée, le séjour et l’éloignement des non nationaux⁶. Toutefois les organes de Strasbourg (la Commission et la Cour jusqu’à l’entrée en vigueur du Protocole n. 11, la nouvelle Cour à partir du 1^{er} novembre 1998) garantissent, à des conditions particulières, une protection «par ricochet» aux immigrés visés par une mesure d’expulsion ou un refus du permis de séjour, au cas où cette mesure comporterait un préjudice dans la jouissance des droits garantis par la Convention – en particulier en ce qui concerne le droit à ne pas être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants (article 3 CEDH) – et le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8 CEDH).

La Cour a affirmé la possibilité de violation «par ricochet» également en ce qui concerne les articles 5 et 6 CEDH, qui protègent respectivement le droit à la liberté et à un procès équitable, mais uniquement dans les cas où le requérant serait exposé dans le pays de

⁴ Cf. E. Guild, “International terrorism and EU Immigration, Asylum and Borders Policy: The Unexpected Victims of 11th September”, in *European Foreign Affairs Review*, 2003, p. 336.

⁵ Voir, parmi les nombreuses contributions, G. Cataldi, “Art. 15”, *Commentario breve alla Convenzione europea* (S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelky dir.), Padova, 2012; T. Christakis, “Etat avant le droit? : l’exception de ‘sécurité nationale’ en droit International”, in *Revue Générale de droit international public*, 2008, p. 5 sqq.; P. Tavernier, “Art. 15”, in *La Convention européenne des droits de l’homme: commentaire article par article* (L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert dir.), 1999, Paris.

⁶ Par contre, les expulsions des nationaux et les expulsions collectives d’étrangers sont explicitement interdites (articles 3 et 4 du Protocole n. 4).

destination à un risque de «violation flagrante» de ces dispositions. Dans l'affaire *Othman c. Royaume Uni*, du 17 janvier 2012, la Cour a reconnu pour la première fois la violation «par ricochet» de l'art. 6 dans la mesure où, pour le cas du requérant expulsé vers la Jordanie, il existait un risque réel que des preuves obtenues par la torture soient admises lors du procès dans le pays de destination⁷. Par la suite, la Cour, dans l'arrêt *El Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*⁸, du 13 Décembre 2012, a condamné l'Etat défendeur pour violation «par ricochet» de l'article 5 pour avoir remis le requérant à la CIA alors même qu'il connaissait ou aurait dû connaître le risque inhérent à ce transfert : il s'agissait dans le cas d'espèce d'une «extraordinary rendition», impliquant – comme l'avait déjà reconnu la Cour dans des affaires précédentes⁹ – une détention «en dehors du système juridique ordinaire», et donc totalement incompatible avec l'Etat de droit¹⁰.

Enfin, des garanties ultérieures en cas d'expulsion d'étrangers, de nature procédurale, proviennent de l'art. 1 du Protocole n. 7, de l'art. 13 et de l'art. 5 par. 4.

3. L'expulsion de terroristes et le risque de torture ou de traitements inhumains et dégradants dans le pays de destination

La Convention européenne des droits de l'homme ne prévoit pas d'interdiction explicite de *non refoulement*; toutefois, à partir de l'affaire *Soering*, de 1989 (en matière d'extradition¹¹), la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu une violation «par ricochet» de l'art. 3, qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants, lorsque, en cas d'éloignement, il y a un risque réel de subir

⁷ Voir par. 3.

⁸ Voir N. Napoletano, “Extraordinary renditions, tortura, sparizioni forzate e «diritto alla verità»: alcune riflessioni sul caso El-Masri”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/201, p. 331 ss.; F. Mussi, “Extraordinary Renditions as Enforced Disappearances? The Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *ibidem*, p. 365 ss.; F. Fabbrini, “The European Court of Human Rights, Extraordinary Renditions and the Right to the Truth: Ensuring Accountability for Gross Human Rights Violations Committed in the Fight Against Terrorism”, in *Human Rights Law Review*, 2014, p. 85 ss.

⁹ *Babar Ahmad et autres c. Royaume Uni*, arrêt du 6 Juillet 2010, §§ 113-114.

¹⁰ Voir aussi *Al Nashiri c. Pologne*, arrêt du 24 juillet 2014, § 531 et *Nasr et Ghali c. Italie (Abu Omar)*, arrêt du 23 février 2016, § 302.

¹¹ Voir, *ex multis*, G. Gaja, “Rapporti tra trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani”, in *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione* (F. Salerno dir.), Padova, 2003, 125 ss.

un tel traitement dans le pays de destination. En outre, à partir de l'affaire *Chahal c. Royaume Uni*, du 15 novembre 1996, la Cour de Strasbourg a solennellement affirmé que cette interdiction a un caractère absolu et impératif, quelle que soit la conduite de la personne à éloigner, même si l'individu en question constitue un danger pour la sûreté nationale de l'État d'origine.

Cependant, plusieurs États¹² ont essayé de pousser la Cour européenne des droits de l'homme¹³ à modifier sa jurisprudence, en l'invitant à évaluer le risque de torture que l'individu encoure à la lumière de la menace qu'il représente pour la vie de la collectivité. Dans cette direction, une tentative a été faite pour la première fois dans l'affaire *Ramzy c. Pays Bas*, et introduite le 15 Juillet 2005¹⁴ (voir, à cet effet, les observations – en tant que tiers intervenants – de la Grande-Bretagne, de la Lituanie, de la Slovaquie et du Portugal). Toutefois, le premier arrêt sur le fond, dans lequel la Cour a solennellement réaffirmé ce qu'elle avait déjà déclaré dans l'affaire *Chahal c. Royaume Uni*, a été *Saadi c. Italie*, du 28 février 2008¹⁵: il concerne l'expulsion d'un

¹² La position de la Grande Bretagne a été particulièrement explicite : en 2003, le Premier ministre de l'époque Tony Blair avait même avancé la proposition de dénoncer la CEDH et de la ratifier à nouveau, seulement après l'apposition d'une réserve visant à éviter l'applicabilité de la jurisprudence *Chahal*: voir à ce sujet J. Rosenberg, "Should Britain Twist Human Rights Law to Meet its own Ends?", in *Daily Telegraph*, 30 janvier 2003, p. 21.

¹³ Voir aussi la position de la Suède et du Canada devant le Comité contre la torture et le Comité des droits de l'homme. Sur les décisions de ces organismes voir A. Liguori, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Napoli, 2008, p. 193 ss.

¹⁴ Cette requête a été rayée du rôle le 20 juillet 2010, les avocats ayant perdu tout contact avec le requérant.

¹⁵ Sur cet arrêt voir D. Moekli, "Saadi v. Italy: the Rules of the Game Have not Changed", in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 534 ss.; F. De Londras, "International Decisions: Saadi v. Italy", in *American Journal of International Law*, 2008, p. 616 ss.; G. L. Cernic, "National Security and Expulsion to a Risk of Torture", in *Edinburgh Law Review*, 2008, p. 486 ss.; A. Gianelli, "Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 449 ss.; A. Saccucci, "Espulsioni, terrorismo e natura assoluta dell'obbligo di non – refoulement", in *I diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2008, p. 33 ss; N. Hervieu, *Terrorisme et torture*, www.droits-liberts.org du 28 février 2008 (10/15); H. Tran, "La confirmation en Grande Chambre des principes posés par l'arrêt Chahal en matière d'extradition et de terrorisme: CourEDH, Gde Ch., *Saadi c. Italie*, 28 février 2008", in *L'Europe des libertés : revue d'actualité juridique (Europe des libertés)*, 8e année, n° 26 (mai 2008), p. 25; A. Fornerod, "L'article 3 de la

terroriste présumé vers la Tunisie, pays dans lequel il risquait d'être soumis à la torture. Par la suite, le 24 février 2009, la Cour a adopté une nouvelle décision contre l'Italie (*Ben Khemais c. Italie*), relative à une affaire similaire, avec la circonstance aggravante que l'Italie avait exécuté l'expulsion malgré l'arrêt *Saadi* rendu quelques mois auparavant, et bien que la Cour ait ordonné au gouvernement italien le sursis à l'exécution de l'expulsion, en application de l'art. 39 du Règlement intérieur. Par conséquent, la Cour a reconnu la violation non seulement de l'article 3 mais aussi de l'article 34, compte tenu de la jurisprudence *Mamatkulov c. Turquie*¹⁶. Par la suite, l'Italie a subi plusieurs condamnations pour des affaires semblables¹⁷. Notons que dans les affaires *Trabelsi c. Italie* et *Toumi c. Italie*¹⁸ il s'agit également de la violation de l'art. 34, les expulsions ayant eu lieu malgré l'ordre de suspension d'exécution (comme dans l'affaire *Ben Khemais*, déjà citée). Par contre, l'affaire *Cherif et a. c. Italie* a été rayée du rôle le 7 avril 2009 en ce qui concerne le requérant (expulsé le jour même où la mesure d'éloignement lui avait été notifiée) pour défaut de procuration

Convention européenne des droits de l'homme et l'éloignement forcé des étrangers : illustrations récentes", in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2010, p. 315 ss.

¹⁶ Par l'arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 6 février 2003 (confirmé par le jugement de la Grande Chambre du 4 février 2005), la Cour européenne a affirmé pour la première fois l'existence d'une véritable obligation pour les États membres de la CEDH de respecter les mesures provisoires disposées sur la base de l'art. 39 du Règlement intérieur: la non observance de l'ordre de sursis de l'éloignement des requérants a comporté en effet une condamnation de cet État pour violation de l'article 34 CEDH (qui prévoit le droit de recours individuel), puisque dans le cas d'espèce l'extradition vers l'Ouzbékistan avait empêché les requérants de rester en contact avec leurs avocats, ce qui avait affecté de manière significative l'exercice effectif du droit de recours individuel devant la Cour.

¹⁷ Voir *Abdelhedi c. Italie*; *Bien Salah c. Italie*; *Bouyahia c. Italie*; *C.B.Z c. Italie*; *Darraji c. Italie*; *Hamraoui c. Italie*; *Ou. c. Italie*; *Soltana c. Italie*, du 24 Mars 2009 et *Sellem c. Italie*, du 5 mai 2009.

¹⁸ Respectivement du 13 avril 2010 et du 5 avril 2011. Par contre, l'affaire *Drissi c. Italie* a été déclarée irrecevable le 28 septembre 2010 car le juge d'application des peines avait décidé le 18 décembre 2008 de convertir la mesure de sûreté de l'expulsion par celle de la détention dans un institut de travail, à fin de respecter les mesures provisoires indiquées par la Cour. Il convient de signaler que par la suite la Cour de Cassation a explicitement statué, par l'arrêt n° 20514 du 28 avril 2010, que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, dégagée entre autre dans le cadre de l'arrêt *Saadi c. Italie*, entraînait pour les autorités judiciaires nationales l'obligation d'adopter des mesures de sûreté différentes de celle de l'expulsion à l'encontre de personnes jugées dangereuses pour la société et susceptibles d'être expulsées vers la Tunisie.

valide, tandis que la partie de la requête introduite par sa femme (pour violation de l'art. 8) a été déclarée recevable mais rejetée sur le fond: nous reviendrons sur cette décision dans le paragraphe n. 5.

Un examen approfondi de l'arrêt *Saadi c. Italie*, montre d'abord que deux argumentations ont été essentiellement utilisées pour convaincre la Cour à réviser sa jurisprudence *Chahal*: en premier lieu, la Grande Bretagne, tiers intervenant, et l'Italie, partie défenderesse¹⁹, avaient affirmé qu'il faut distinguer entre des traitements inhumains et dégradants, directement infligés par un Etat contractant, et des traitements infligés par les autorités d'un Etat tiers, pays de destination: dans ce dernier cas, c'est seulement sur l'Etat qui adopte la mesure d'éloignement, qu'incombe une «obligation positive» dont le respect pourrait, ou mieux, devrait faire l'objet d'une mise en balance du risque que court le requérant par rapport à la dangerosité qu'il représente, et cela en regard de la protection du droit à la vie de la collectivité. En deuxième lieu, le Royaume Uni demandait un seuil probatoire plus élevé, c'est-à-dire la preuve, plutôt que d'un «risque réel», d'un risque «more likely than not».

Ces deux arguments ont été rejetés, l'un et l'autre, par la Cour qui réaffirme, avec force, le caractère absolu de la protection offerte par l'art. 3²⁰. Cependant il convient de faire quelques observations et en particulier en ce qui concerne l'appel au «droit à la vie»: nous croyons, comme observé²¹, que “the invocation of the right to life is nothing more than an attempt by governments to appropriate human rights language for their own purpose and does not help to address the relevant legal issue”. En effet, la question n'est pas de savoir si les États doivent faire quelque chose pour lutter contre le terrorisme, mais plutôt comment ils

¹⁹ L'Italie a en substance appuyé les arguments de la Grande Bretagne (par. 115), même si elle a suivi une ligne d'argumentation partiellement différente, basée «sur la nécessité présumée de réaligner le régime applicable aux violations de l'interdiction de refoulement à celui applicable aux violations de l'art. 3 CEDH»: voir A. Saccucci, “Espulsioni ...”, cit, p. 35.

²⁰ Spécifiquement, en ce qui concerne le premier point, la Cour affirme que le risque que court le requérant et sa dangerosité «ne se prêtent pas dans ce contexte à un exercice de mise en balance car il s'agit de notions qui ne peuvent qu'être évaluées indépendamment l'une de l'autre» (par. 139); sur le deuxième volet, qu'il n'y a «aucune raison de modifier, comme le suggère le tiers intervenant, le niveau de preuve requis en la matière en exigeant, dans des cas comme celui-ci, la démonstration que la soumission à des mauvais traitements serait «plus probable qu'improbable»» (par. 140).

²¹ Voir D. Moekli, “Saadi v. Italy ...”, cit., p. 541-542

peuvent y arriver. Le Royaume Uni ne prend absolument pas en considération le fait que – pour reprendre les mots du juge Myjer auxquels se rallie le juge Zagrebelsky – «il n'est pas permis aux Etats de combattre le terrorisme international à n'importe quel prix. Les Etats ne doivent pas recourir à des méthodes qui sapent les valeurs mêmes qu'ils cherchent à protéger. Et cela vaut à plus forte raison pour les droits «absolus» auxquels il ne saurait être dérogé même en cas de danger public (article 15 de la Convention)». Les observations du juge Zupančič vont dans ce sens et affirment d'une manière particulièrement tranchante que, à l'égard du premier volet de l'argumentation du gouvernement britannique, «La logique policière avancée par l'Etat contractant intervenant ne tient tout simplement pas la route» et que, concernant le deuxième volet «Il est en revanche intellectuellement malhonnête de suggérer que les affaires d'expulsion exigent un faible niveau de preuve simplement parce que la personne est notoirement dangereuse».

En outre, selon nous, il est très important dans cet arrêt que la Cour se soit basée sur des rapports d'organisations non gouvernementales indépendantes (parmi lesquelles Amnesty International et Human Rights Watch), pour évaluer concrètement si le requérant courait un risque réel de subir des tortures et qu'elle arrive à affirmer que lorsque l'intéressé – sur la base de ces rapports – démontre qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire à l'existence d'une pratique contraire à l'article 3 vis-à-vis d'un groupe, il suffira de la preuve de son appartenance à un tel groupe et non plus d'un risque individuel²².

D'autre part, il est intéressant de s'arrêter sur ce que la Cour affirme en matière d'assurances diplomatiques. Il s'agit d'un moyen – initialement utilisé surtout dans les cas d'extradition, afin d'exclure l'application de la peine capitale dans le pays de destination – auquel les États ont de plus en plus recours pour contourner le principe de «non refoulement»²³, en signant des accords *ad hoc*, ou des conventions-cadre avec les pays de destination²⁴. Toutefois, dans la pratique, il arrive

²² Sur ce point voir aussi A. Saccucci, “Espulsioni ...”, cit., p. 36. Cette approche de la Cour a été confirmée dans plusieurs affaires (voir entre autres *N.A c. Royaume Uni*, du 17 Juillet 2008).

²³ Voir M. Jones, “Lies, Damned Lies and Diplomatic Assurances: The Misuse of Diplomatic Assurances in Removal Proceedings”, in *European Journal of Migration and Law*, 2006, p. 9 ss.

²⁴ C'est notamment le cas de la Grande Bretagne.

souvent que de telles assurances ne soient pas observées d'autant plus qu'elles ne prévoient presque jamais des mécanismes aptes à en contrôler l'efficacité; c'est la raison pour laquelle plusieurs institutions (Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Rapporteur Spécial des Nations Unies contre la torture, Assemblée Générale des Nations Unies, Commissaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Parlement européen²⁵, ainsi que de nombreuses ONG²⁶) ont considéré les assurances diplomatiques comme «inherently unreliable»²⁷. L'attitude du Comité pour les droits de l'homme, du Comité contre la Torture²⁸ et de la Cour européenne des droits de l'homme a été un peu différente. C'est le cas, en particulier, de la Cour de Strasbourg, qui pour l'arrêt *Chahal* avait considéré comme inadéquates les assurances offertes par le gouvernement indien, alors qu'elle les a jugées suffisantes dans de nombreuses affaires postérieures²⁹. Dans *Saadi*, la Cour a trouvé, dans le cas d'espèce, ces assurances tout à fait insuffisantes. Ce qui nous semble remarquable ce n'est pas le fait que la Cour ait trouvé les assurances fournies par la Tunisie non satisfaisantes : une conclusion différente aurait été vraiment surprenante car la Tunisie s'est limitée à renvoyer au droit interne et à rappeler qu'elle avait ratifié des traités internationaux sur les droits humains; il est surprenant, en revanche, que la Cour ait reconnu un poids décisif à l'absence d'un mécanisme apte à en contrôler l'efficacité

²⁵ Voir, plus spécifiquement, les observations de Louise Arbour, High Commissioner for Human Rights, Human Rights Day statement – On Terrorists and Torturers, United Nations, New York, 7 December, 2005 available at: www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=2117&LangID=E (10/15); Rapporteur Spécial contre la torture des Nations Unies, Manfred Nowak, UN Doc. E/CN.4/2006/6 du 23 décembre 2005, par. 32; les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies n. 61/153, 19 décembre 2006 (UN Doc. A/RES/61/153), et n. 62/148, 18 décembre 2007 (UN Doc. A/RES/62/148); au niveau européen voir, parmi les autres, *Report by Mr Alvaro Gil-Robles, Commissioner for Human Rights, on his visit to Sweden on 21-23 April 2004*, adopté le 8 juillet 2004, CommDH(2004)13, par. 17-19) et la résolution du Parlement européen du 14 février 2007 (notamment le considérant G).

²⁶ Voir le *Joint Statement* signé par plusieurs ONG "Call for Action against the Use of Diplomatic Assurances in Transfers to Risk of Torture and Ill-Treatment" du 12 mai 2005, disponible, entre autre, sur le site www.hwr.org.

²⁷ Voir le *Joint Statement* cité à la note qui précède.

²⁸ Pour la pratique de ces organismes voir S. Joseph, K. Mitchell, L. Gyorki & C. Benninger-Budel, *Seeking Remedies for Torture Victims*, Genève, 2007, pp. 224-227.

²⁹ Voir notamment *Al-Moayad c. Germania*, requête n. 35865/03, décision du 20 février 2007.

– d’une manière analogue à ce que le Comité contre la torture avait souligné dans l’affaire *Agiza c. Suède*³⁰.

La conclusion à laquelle est parvenue la Cour dans une affaire récente (*Othman c. Royaume Uni*, du 17 janvier 2012), relativement à l’accord (Memorandum of understanding, ci-après *MOU*) conclu avec la Jordanie au sujet du requérant, est tout à fait différente. Le demandeur – qui avait déjà subi dans le passé des tortures en Jordanie, d’où il s’était enfui en se réfugiant en Grande Bretagne qui lui avait donné le statut de réfugié – avait été emprisonné en 2002 sous l’accusation de terrorisme. En 2005, suite aux modifications apportées à l’*Anti-terrorism Crime and Security Act*, le requérant avait été libéré sous caution, mais pour faire l’objet, quelques mois après, d’un arrêté d’expulsion. Après l’épuisement des voies de recours internes, le requérant avait saisi la Cour de Strasbourg, en alléguant la violation de l’art. 3 CEDH (ainsi que de l’art. 6: voir par. suivant) dans le cas d’exécution de l’arrêté d’expulsion (et en demandant aussi des mesures provisoires de suspension de l’arrêté en question, aux termes de l’art. 39 du Règlement de la Cour: la Cour avait accueilli cette requête).

Le Gouvernement britannique affirmait qu’il n’y avait pas de risque de torture pour le requérant en vertu de l’existence du *MOU*. Après avoir rappelé sa jurisprudence en matière d’assurances diplomatiques, à savoir qu’il faut vérifier “whether the assurances obtained *in a particular case*³¹ are sufficient to remove any real risk of ill-treatment”, en considérant “both the general human rights situation in that country and the particular characteristics of the applicant”, la Cour avait fourni pour la première fois à cette fin une longue liste d’éléments à prendre en considération, parmi lesquels le caractère spécifique ou vague des assurances, mais aussi l’autorité dont elles émanent, la solidité des relations diplomatiques entre l’Etat d’envoi et celui de destination, l’existence de mécanismes de contrôle dans ce pays, la circonstance que la fiabilité des assurances ait déjà éventuellement fait l’objet de vérification de la part des juridictions internes de l’Etat d’envoi. Comme il s’agissait d’assurances très détaillées, fournies par le plus haut niveau de l’Etat, en mesure de lier le gouvernement jordanien, appuyées par le roi de Jordanie lui-même, et compte tenu aussi des fortes relations

³⁰ Décision du 20 juin 2005 (CAT/C/34/D/195/2002). Voir M. Jones, “Lies, Damned Lies and Diplomatic Assurances ...”, cit.

³¹ Italique ajouté.

diplomatiques entre les deux pays, la Cour avait conclu à leur fiabilité dans le cas d'espèce.

Pour finir, la Cour affirmera malgré tout que le requérant ne peut pas être expulsé parce qu'il risque de subir «un déni de justice flagrant» en Jordanie, concept que nous tenterons d'éclairer ci après. Cependant, il convient de souligner que, d'après la Cour il est possible d'expulser une personne, en présence d'assurances détaillées, même si le Pays de destination a systématiquement et impunément recours à la torture. Il s'agit sans aucun doute de l'un des points les plus controversés de l'arrêt³² et le plus favorable à l'Etat défendeur; le Royaume Uni a en effet préféré ne pas demander le renvoi à la Grande Chambre pour le réexamen de l'arrêt³³, de crainte que ce principe ne puisse être remis en question: comme l'a affirmé le Ministre de l'Intérieur britannique, demander le renvoi «would risk reopening our wider policy of seeking assurances about the treatment of terror suspects in their home countries»³⁴. La Grande Bretagne a par contre préféré suivre le chemin des assurances diplomatiques même sous l'aspect pour lequel elle s'est trouvée en situation de partie perdante, aspect relatif à l'art. 6; sur ce point voir le paragraphe suivant.

4. *L'expulsion et «le déni de justice flagrant»*

A partir de l'arrêt *Soering*, la Cour a en principe admis la possibilité d'une violation «par ricochet» de l'article 6 CEDH – qui consacre le droit à un procès équitable – en cas d'expulsion vers un pays où l'intéressé risquerait de subir un «déni de justice flagrant». Cette affirmation de principe a été réitérée dans plusieurs affaires, sans pourtant être suivie par des condamnations. Cela jusqu'à l'arrêt *Othman c. Royaume Uni*, déjà cité et dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu pour la première fois la violation de cet article, eu égard au risque réel que des preuves obtenues au moyen de la torture soient admises lors du procès de l'intéressé en Jordanie.

³² Voir C. Mc Carthy, “Diplomatic Assurances, Torture and Extradition: The Case of *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*”, www.ejiltalk.org/, 18 janvier 2012 (10/15).

³³ C'est par contre le requérant qui a demandé, le 17 avril 2012, le renvoi à la Grande Chambre, qui a été cependant refusé, en date du 9 mai 2012. Sur cette dernière décision voir H. Labayle, “Du bon usage des délais de renvoi devant la Grande chambre de la CEDH ... L'éloignement d'Abu Qatada est désormais possible”, in *RUEDELSJ*, 11 mai 2012.

³⁴ House of Commons Debate 17 Février 2012, colonne 175.

Une analyse approfondie de cet arrêt, montre que la Cour affirme d’abord que “A flagrant denial of justice goes beyond mere irregularities or lack of safeguards in the trial procedures such as might result in a breach of Article 6 if occurring within the Contracting State itself. What is required is a breach of the principles of fair trial guaranteed by Article 6 which is so fundamental as to amount to a nullification, or destruction of the very essence, of the right guaranteed by that Article”. Par la suite, elle examine si l’admission de preuves obtenues au moyen de la torture constitue un déni de justice. A cette fin elle se réfère non seulement à sa jurisprudence antérieure sur ce sujet, notamment l’arrêt *Gäfgen c. Allemagne*, du 1er juin 2010, mais aussi au droit international, et en particulier à l’art. 15 de la Convention des Nations Unies contre la torture, qui interdit, en termes absolus, l’utilisation de preuves obtenues au moyen de la torture. Elle en déduit que “the admission of torture evidence is manifestly contrary, not just to the provisions of Article 6, but to the most basic international standards of a fair trial”, en ajoutant que “It would make the whole trial not only immoral and illegal, but also entirely unreliable in its outcome”.

Pour finir la Cour entreprend d’analyser si dans le cas d’espèce il y avait le risque que des preuves obtenues par la torture puissent être utilisées dans le procès auquel le requérant serait soumis en Jordanie. A cet effet la Cour, après avoir pris acte de ce qui avait déjà été constaté par les tribunaux internes – c’est-à-dire que l’incrimination de M. Othman se basait sur deux témoignages obtenus par la torture – est amenée à se poser la question de savoir s’il existe un «risque réel» que ces preuves puissent être admises dans le procès de M. Othman, après son renvoi en Jordanie. Après avoir affirmé que «the balance probabilities test» adopté par la Chambre des Lords dans l’affaire *A. et a. (n. 2)* n’était pas opportun dans ce cas³⁵, la Cour opte pour «un aménagement probatoire favorable au requérant³⁶, et cela sous un

³⁵ Dans ce cas la Chambre des Lords avait condamné l’utilisation de preuves obtenues par la torture, mais elle avait ensuite, à la majorité de quatre juges contre trois, décidé que les preuves ne devaient être exclues que dans les cas où, selon «a balance of possibilities», il était possible d’établir qu’elles avaient été obtenues par la torture. Pour une critique de la position de la Chambre des Lords et des considérations sur les implications de la prise de position de la Cour dans l’affaire Othman voir A. Tomkins. “National Security Case Law: A Continuing Trend”, <http://britgovcon.wordpress.com/category/national-security-and-counter-terrorism/> (10/15).

³⁶ Cfr. N. Hervieu, “Encadrements conventionnels des expulsions d’étrangers

double aspect: pour ce qui est relatif à la preuve que les déclarations rendues contre lui avaient été obtenues par la torture (par. 280), et ce qui concerne le fait qu'il existe un risque réel que ces témoignages soient utilisés lors du procès auquel il sera soumis en Jordanie (par. 282). La conclusion est que «l'expulsion vers la Jordanie violerait l'article 6».

Par la suite le Royaume Uni a obtenu des assurances diplomatiques concernant spécifiquement le procès en Jordanie, et a exécuté l'expulsion.

5. L'expulsion et la protection de la vie familiale

La CEDH offre aux étrangers une protection «par ricochet» également par le biais de l'art. 8. Cependant, contrairement à l'article 3, qui a une valeur absolue, cette norme prévoit le droit au respect de la vie privée et familiale mais admet des limitations : à condition qu'elles soient prévues par la loi et nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et proportionnées au but légitime poursuivi. La marge d'appréciation dont jouit l'État varie en fonction du but poursuivi et la sûreté nationale implique sans aucun doute un pouvoir discrétionnaire assez grand, mais cela ne veut pas dire qu'il est sans limites. Même dans ces cas, en effet, la Cour de Strasbourg devra évaluer si l'expulsion est proportionnée au but poursuivi.

Dans la plus grande partie des décisions concernant l'expulsion d'étrangers la Cour n'a pas examiné ce grief sur le fond parce qu'elle avait déjà conclu à la violation de l'art. 3³⁷, à l'exception de l'arrêt *Cherif et autres c. Italie*, du 7 juillet 2009. Dans cette affaire;

terroristes menacés dans le pays de destination”, in *Lettre «Actualités Droits-Libertés» du CREDOF*, 24 janvier 2012.

³⁷ Déjà dans l'arrêt *Chahal c. Royaume Uni* la Cour avait exclu l'examen du fond du grief visé à l'art. 8 avec la formulation (reprise dans l'affaire Saadi et suivantes) « N'ayant aucun motif de douter de ce que le gouvernement défendeur se conformera au présent arrêt, elle n'estime pas nécessaire de trancher la question hypothétique de savoir si, en cas d'expulsion vers l'Inde, il y aurait aussi violation des droits reconnus aux requérants par l'article 8 de la Convention”. Comme l'a montré l'opinion partiellement dissidente, dans l'affaire *Toumi c. Italie*, du juge Malinverni, opinion à laquelle se rallient les juges Björgvinsson et Popovic, il faudrait de toute façon distinguer entre violation hypothétique et violation réelle. Lorsque l'expulsion est exécutée (comme dans les affaires *Trebelsi e Toumi*), et le requérant a effectivement été séparé de son épouse et/ou de ses enfants, «la Cour n'aurait dès lors pas dû se satisfaire, comme elle l'a fait dans l'arrêt *Saadi*, d'examiner la requête sous le seul angle de l'article 3. Elle aurait également dû examiner le bien-fondé du grief tiré de la violation alléguée de l'article 8».

l'exécution de l'expulsion s'est produite le jour même de la notification, et le requérant n'a pas eu le temps de contacter un avocat, ni pour saisir les juridictions internes (s'agissant cependant d'une mesure d'expulsion adoptée en application de la loi n. 155/2005³⁸, concernant «mesures urgentes pour combattre le terrorisme», il aurait été en tout cas forclos au juge italien de suspendre l'exécution), ni pour demander à la Cour européenne des droits de l'homme l'adoption d'une mesure d'urgence, aux termes de l'art. 39 du Règlement intérieur. C'est seulement par la suite que le requérant a introduit une requête devant cette Cour, requête qui cependant a été rayée du rôle, comme nous l'avons déjà souligné auparavant, pour défaut de procuration écrite³⁹. Toutefois, un grief au titre de l'art. 8 a été également présenté par sa femme en son propre nom, avec une procuration valide, et pour cette partie le recours a été déclaré recevable et examiné sur le fond, suivant le schéma classique de lecture de l'art. 8, qui peut se résumer dans les cinq questions suivantes: 1) Existe-t-il une vie familiale effective? 2) Existe-t-il une ingérence dans la vie familiale? 3) Est-ce que cette ingérence est prévue par la loi? 4) Poursuit-elle une fin légitime? 5) Est-ce qu'elle est «nécessaire dans une société démocratique», c'est-à-dire justifiée par un besoin social impérieux et proportionnée au but légitime poursuivi? En effet, dans l'affaire *Cherif*, la Cour a d'abord reconnu l'existence d'une ingérence dans la vie familiale: à l'époque du renvoi, Cherif était régulièrement résident en Italie depuis quatorze ans et marié à une femme italienne, ainsi que père de trois mineurs (de 10, 7 et 3 ans); ensuite, après avoir rapidement observé que «l'ingérence était prévue par la loi» (sans s'arrêter cependant sur la «qualité de la loi»: nous reviendrons sur ce point d'ici peu) et que cette ingérence poursuivait un but légitime, la Cour en vient à examiner la proportionnalité de la mesure, en estimant que «dans les circonstances particulières de l'espèce, les exigences de protection de l'ordre public et de la sécurité nationale l'emportent sur les intérêts de la famille» (par. 66).

Selon nous, le raisonnement de la Cour est vicié et peu convaincant.

³⁸ Sur cette loi, voir P. Bonetti, «Terrorismo e stranieri nel diritto italiano. Disciplina legislativa e profili costituzionali. II parte. Il terrorismo nelle norme speciali e comuni in materia di stranieri, immigrazione e asilo», in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* n. 4/2005, p. 13 ss.

³⁹ L'avocat du requérant a fourni une copie de la procuration pour la procédure devant les juridictions internes (T.A.R.), mais non pour la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour de Strasbourg, en effet, afin d'évaluer si dans le cas spécifique l'expulsion était nécessaire dans une société démocratique, fait référence à la jurisprudence antérieure en matière d'expulsion et vie familiale (et en particulier à la décision *Üner c. Pays Bas*⁴⁰), mais n'applique pas d'une manière cohérente les critères visés dans cet arrêt. En effet, pour soutenir la thèse gouvernementale de la dangerosité du requérant, la Cour rappelle aussi quelques condamnations pénales précédentes du requérant (pour possession et vente de stupéfiants⁴¹). Toutefois, comme l'explique l'opinion dissidente des juges Tulkens, Jociene et Popovič, «Par comparaison avec d'autres affaires dont la Cour a été saisie, on ne peut raisonnablement soutenir que le parcours délinquant du requérant soit d'une gravité telle que «les exigences de protection de l'ordre public et de la sécurité nationale l'emportent sur les intérêts de la famille» [par. 66 de la décision *Cherif c. Italie*]». En outre, à notre avis, non seulement la référence aux précédentes condamnations du requérant n'est pas décisive pour justifier une condamnation, mais elle est hors de propos parce qu'en réalité le décret d'expulsion n'a pas été ordonné pour ces raisons, mais plutôt pour l'existence de soupçons d'appartenance à une organisation terroriste, soupçons basés entre autre sur des «données fragiles et relatives», comme les juges dissidents n'ont pas manqué de le souligner (à savoir, la fréquentation de personnes liées à la mouvance islamique et faisant l'objet d'enquêtes judiciaires pour terrorisme⁴²). Ce sont justement ces soupçons qui représentent le véritable motif qui pousse la majorité des juges à conclure que l'État – en faisant prévaloir l'intérêt public sur la protection de la vie familiale de la requérante – n'a commis aucun abus. Toutefois, comme l'observent précisément les juges dissidents «Il s'agit là, dans la jurisprudence de la Cour, d'un critère entièrement nouveau qui est susceptible de toutes les interprétations, *risquant d'ouvrir la voie à l'arbitraire*»⁴³.

Nous sommes ici devant un point à notre avis crucial: suffit-il de

⁴⁰ Arrêt du 18 octobre 2006, sur lequel voir C. Raux, «Les mesures d'éloignement du territoire devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme», e M. F. Valette, ««Double peine»: les fausses notes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, respectivement p. 837 ss. et p. 1101 ss.

⁴¹ En 1996 à dix mois d'emprisonnement avec sursis pour possession de stupéfiants et en 1999 à un an et un mois d'emprisonnement pour possession et vente de stupéfiants.

⁴² Voir par. 9 de l'arrêt *Cherif*.

⁴³ Italique ajouté.

simples soupçons pour expulser un étranger ou est-il nécessaire qu'il y ait des garanties contre les atteintes arbitraires de l'exécutif aux droits fondamentaux protégés par la CEDH? A vrai dire, une réponse partielle⁴⁴ avait déjà été donnée dans un arrêt du 20 juin 2002, *Al-Nashif c. Bulgarie*⁴⁵, (qui a déjà trouvé plusieurs applications)⁴⁶, en ce qui concerne justement une expulsion pour des raisons de sécurité nationale. Dans cette affaire, pour la première fois en matière d'expulsion, la Cour a affirmé un principe fondamental – exprimé déjà en d'autres occasions

⁴⁴ Partielle parce que la Cour n'exige pas de contrôle judiciaire (ce qui, pour nous, est au contraire particulièrement important en matière de terrorisme). Sur ce point voir les conclusions.

⁴⁵ Pour un premier commentaire sur ce jugement voir A. Liguori, "Garanzie procedurali e rispetto della vita familiare in un'importante sentenza della Corte di Strasburgo", in *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 2009 ss. Comme le remarque D. Bonner, ("Porous border: terrorism and migration policy", in *Irregular Immigration and Human Rights: theoretical, European and international perspectives*, (B. Bogusz, R. Cholewinski, A. Cygan, E. Szyszczak dir.), Leiden, Boston, 2004, p. 93 ss.), et comme nous le soulignerons par la suite, dans le cas d'espèce la condamnation a été infligée du fait qu'il manquait la qualité de la loi, tandis qu'il n'y a eu aucun examen concernant la proportionnalité. Auparavant, par contre, la Commission, dans son rapport sur l'affaire *Chahal*, a observé que "Whilst the Commission acknowledges that States enjoy a wide margin of appreciation under the Convention where matters of national security are concerned, with possibly lower standards of proof being required under Article 8 compared to Article 3, it remains ultimately for the Government to satisfy the Commission that the grave recourse of deportation is in all the circumstances both necessary and proportionate" (par. 137), en concluant dans le cas d'espèce à la violation de l'art. 8 (parr. 139-140). Par la suite la Cour, dans l'affaire *Nolan c. Russie*, du 12 février 2009, a reconnu la violation de l'art. 8 à l'égard d'une expulsion pour raisons de sûreté nationale, parce que dans le cas d'espèce la Russie, en refusant certains documents à la Cour, "did not offer any justification which could outweigh the legitimate interest of the applicant and his son in staying together" (la Cour a aussi reconnu une violation de l'art. 38: sur ce point, ainsi que sur la condamnation ultérieure pour violation de l'art. 1 du Protocole n. 7: voir *ultra*, par. 5). A propos de l'art. 8, la Cour ajoute que "Furthermore, the Court reiterates that the State has a positive obligation to ensure the effective protection of children ... The manifest absence of an assessment of the impact of their decisions and actions on the welfare of the applicant's son must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation of the State" (par. 88).

⁴⁶ Voir, *ex multis*, les arrêts *Lupsa c. Roumanie*, du 8 juin 2006, *Kaya c. Roumanie*, du 12 octobre 2006, *Musa et a. c. Bulgarie*, du 11 janvier 2007, *Bashir c. Bulgarie* du 14 juillet 2007; *Liu et Liu c. Russie*, du 6 décembre 2007; *C.G. et a. c. Bulgarie*, du 24 avril 2008; *Raza c. Bulgarie* du 11 février 2010; *M. et a. c. Bulgarie*, du 26 juillet 2011; *Kaushal et a. c. Bulgarie*, du 3 septembre 2010 et *Geleri c. Roumanie*, du 15 février 2011; *Madah et a. c. Bulgarie*, du 10 mai 2012.

(les arrêts *Klass c. Allemagne* et *Rotaru c. Roumanie*⁴⁷ que la Cour a cités parmi d'autres) – à savoir, que “there must be a measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by the Convention. It would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive in areas affecting fundamental rights to be expressed in terms of an unfettered power”⁴⁸. Cela se traduit, toujours de l'avis de la Cour, par des garanties procédurales: “Even where national security is at stake, the concepts of lawfulness and the rule of law in a democratic society require that measures affecting fundamental human rights must be subject to some form of adversarial proceedings before an independent body competent to review the reasons for the decision and relevant evidence, if need be with appropriate procedural limitations on the use of classified information”⁴⁹. Dans le cas d'espèce la Cour a ensuite effectivement condamné la Bulgarie⁵⁰ parce que la loi, qui était

⁴⁷ Il s'agit de décisions rendues en matière de restrictions à l'art. 8 pour raisons de lutte contre le terrorisme. Dans l'arrêt *Klass*, en réalité, la Cour examine si les garanties procédurales offertes sont aptes à prévenir les abus dans le cadre de la proportionnalité, tandis que dans les cas postérieurs, comme pour les arrêts *Malone c. Royaume Uni* et *Rotaru c. Roumanie*, elle prend en considération la qualité de la loi. Sur ce point voir O. de Schutter, “La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme”, in *Lutte contre le terrorisme...*, cit., p. 85 ss; ainsi que P. De Sena, “Esigenze di sicurezza nazionale...”, cit., p. 206 ss. L'examen de la qualité de la loi, dans des cas de restrictions rendues nécessaires par des exigences de lutte contre le terrorisme, se révèle particulièrement important, comme nous le verrons, même dans le cadre de la jurisprudence de la Cour relativement à l'art. 5.

⁴⁸ Par. 119.

⁴⁹ Par. 123.

⁵⁰ Pour les juges Makarczyk, Butkevych et Botoucharova, par contre, l'absence de garanties procédurales aurait dû être examinée dans le cadre de la proportionnalité (et par conséquent, à leur avis, cette approche aurait amené à exclure une violation de l'art. 8: voir par. 4 de l'opinion dissidente). Voir aussi F. Bernard et A. Berthe (“Les garanties procédurales en matière de reconduite à la frontière au regard de la Convention européenne des droits de l'homme”, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1997, p. 17 ss.), qui avaient supposé, avant que l'arrêt *Al-Nashif* soit rendu, la possibilité d'examiner l'aptitude des garanties procédurales en cas d'expulsion dans le cadre de la proportionnalité. Toutefois, la Cour a confirmé, dans une série d'affaires ultérieures (citées *supra*, note n. 46) de vouloir effectuer une telle vérification dans le cadre de la qualité de la loi. D'ailleurs, alors que l'arrêt *Al-Nashif* avait été adopté seulement à une majorité de 4 voix contre 3, les décisions suivantes ont été adoptées à l'unanimité; c'est la raison pour laquelle, selon nous, on peut parler d'une jurisprudence désormais consolidée.

la base légale de l'expulsion, n'avait pas une «qualité» suffisante à garantir «the necessary safeguards against arbitrariness» (par. 128) et partant elle n'a pas jugé nécessaire de vérifier si la mesure était proportionnée. À notre avis, même dans le cas d'espèce il aurait été souhaitable que la Cour approfondisse un peu plus l'examen de la qualité de la loi. Si elle l'avait fait, l'Italie ne pouvait qu'être condamnée, car la loi à la base de l'expulsion⁵¹, en excluant tout pouvoir de suspension de la part du juge du recours – même face à l'allégation de violations graves et irréversibles de droits fondamentaux – n'était pas du tout apte à assurer les garanties nécessaires contre l'arbitraire de la puissance publique.

Pour conclure, l'affaire *Cherif c. Italie* est à notre avis passible de critiques. Déjà l'évaluation faite par la majorité des juges sur la proportionnalité de la mesure ne nous semble pas entièrement partageable (compte tenu, comme le soulignent les juges dissidents, du jeune âge des enfants mineurs d'un côté et de l'autre, des faibles éléments à la base des soupçons, ainsi que de la «place prépondérante»⁵² du droit à la vie familiale). Ce qui, à notre avis, aurait dû être de toute façon décisif pour la constatation de violation de l'art. 8, en rendant superflu l'examen de la proportionnalité, c'est l'absence de la «qualité de la loi», autrement dit le fait que l'expulsion de Cherif ait été ordonnée “pursuant to a legal régime that does not provide the necessary safeguards against arbitrariness” (voir *mutatis mutandis* l'arrêt *Al-Nashif c. Bulgarie*, cité, par. 128).

6. Les garanties procédurales

L'arrêt *Al-Nashif c. Bulgarie* – qui reconnaît, pour la première fois, comme on l'a dit, la violation d'un droit substantiel (droit au respect de la vie familiale) en raison de l'absence de garanties procédurales dans le cas d'une expulsion pour des raisons de sûreté nationale – nous permet d'entrer dans le vif du sujet car il soulève la question des limites à l'expulsion des étrangers à la lumière de la CEDH, à savoir les garanties

⁵¹ Sur l'incompatibilité de cette législation avec la Constitution italienne et les traités internationaux voir P. Bonetti, “Terrorismo e stranieri ...”, cit.; A. G. Lana, A. Saccucci, “Il nuovo intervento legislativo alla luce delle norme internazionali sui diritti umani”, in *Diritto e Giustizia*, 2006, p. 149 ss.; A. Saccucci, “The Italian 2005 Anti-Terrorism Legislation in the Light of International Human Rights Obligations”, in *Italian Yearbook of International Law*, 2005, p. 167 ss.

⁵² Voir opinion dissidente citée.

procédurales. Il s'agit d'un aspect très important, compte tenu du fait que la reconnaissance de droits substantiels sans un droit d'agir correspondant est souvent illusoire⁵³. En matière d'expulsion, il faut cependant rappeler que jusqu'à présent la Cour européenne des droits de l'homme, malgré ce qu'elle a plusieurs fois réaffirmé à propos du rôle fondamental que revêt le droit à un procès équitable dans une société démocratique (caractérisée par la prééminence du droit, a toujours nié – avec des argumentations qui selon nous sont loin d'être décisives – l'applicabilité en la matière⁵⁴ de l'art. 6 qui prévoit le droit à un procès équitable.

Il s'ensuit que les articles qui peuvent entrer en jeu sont l'art. 1 du Protocole n. 7 (qui concerne spécifiquement les garanties procédurales en cas d'expulsion); l'art. 5 par. 4 (qui concerne en réalité les garanties en matière de détention, mais qui est particulièrement utile dans les cas – très fréquents – de détention en vue de l'expulsion) et l'art. 13, relatif au droit à un recours effectif et qui peut être invoqué seulement lorsqu'on allègue la violation d'un droit protégé par la CEDH (notamment ceux visés aux articles 3 et 8).

En ce qui concerne l'art. 1 du Protocole n. 7, il faut pourtant souligner que non seulement cette disposition n'est applicable qu'aux étrangers régulièrement résidants (et exclusivement à l'égard des États qui ont ratifié ce Protocole⁵⁵), mais qu'elle est en outre peu utile lorsque l'expulsion a été disposée pour des raisons de sûreté nationale : dans ce cas, en effet, la personne pourra être expulsée avant d'avoir exercé les garanties prévues et il est bien évident qu'effectuer une défense

⁵³ Sur l'importance des garanties procédurales voir aussi C. Harlow, "Access to justice as a Human right: the European Convention and the European Union", in *The UE and Human Rights* (P. Alston dir.), Oxford, 1999, p. 188 (qui cite à son tour J. Hart Ely, *Democracy and Distrust: A theory of Judicial Review*, 1980, Harvard Paperbacks), selon laquelle "Procedural rights, notably the rights of formal equality before the law and access to a court, are seen as an essential buttress for substantive rights". L'auteur souligne, entre autre, l'importance des garanties procédurales surtout pour les immigrés.

⁵⁴ Pour une critique de cette jurisprudence voir A. Liguori, *Le garanzie procedurali...*, cit., p. 12 ss; H. Tigroudja, "L'inapplicabilité de l'article 6, § 1 de la Convention à la procédure de relèvement d'une interdiction du territoire", in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, p. 446 ss; N. Blake, R. Husain, *Immigration, Asylum and Human Rights*, Oxford, 2003, 242 ss; N. Sitaropoulos, "The role and limits of the European Court of Human Rights in supervising state security and anti-terrorism measures affecting aliens' rights", in *Terrorism and the Foreigner ...*, cit., p. 101 ss.

⁵⁵ Les Etats qui ne l'ont pas encore ratifié, à l'heure actuelle, sont: Allemagne, Pays Bas, Royaume Uni et Turquie.

quelconque à partir de l'étranger est beaucoup plus onéreux et difficile – en outre, il se peut que des dommages graves se soient déjà produits⁵⁶. Toutefois, cet article, qui n'avait presque jamais été appliqué jusqu'à une époque récente, est en train d'acquiescer une nouvelle vigueur dans la jurisprudence de la Cour⁵⁷. En effet, le Rapport explicatif introduit une différenciation à propos des exceptions relatives à l'ordre public et à la sûreté nationale – exceptions qui, aux termes du par. 2, permettent de renvoyer l'exercice des garanties procédurales à une phase postérieure à l'exécution de l'expulsion: l'une et l'autre doivent respecter le principe de proportionnalité, mais c'est seulement dans le premier cas qu'il incombe à l'État de démontrer que l'expulsion est une mesure nécessaire; en revanche, si à l'origine de l'expulsion il y a des raisons de sûreté nationale, celles-ci doivent être considérées comme suffisantes⁵⁸. Cette affirmation, qui avait déjà fait l'objet de critiques en doctrine⁵⁹, a été récemment démentie par la Cour, qui n'a pas manqué de remarquer que, s'il est vrai que les États jouissent d'une vaste marge d'appréciation dans la détermination de ce qui est dans l'intérêt de la sûreté nationale, “however, that does not mean that its limits may be stretched beyond its natural meaning” (arrêt *C.G et a. c. Bulgarie*, du 24 avril 2008: dans ce cas la Cour exclut que la sûreté nationale puisse être invoquée pour justifier l'expulsion d'une personne soupçonnée d'être impliquée dans le trafic de stupéfiants). Par la suite, dans l'affaire *Nolan c. Russie*⁶⁰, du 19 février 2009, la Cour est même arrivée à exclure que cette exception peut être prise en considération, la Russie n'ayant pas fourni “any material or evidence capable of corroborating their claim that the

⁵⁶ Perte de travail, par exemple. Si, par contre, l'expulsion comporte la lésion de droits sauvegardés par la CEDH (tels que l'interdiction de la torture ou le droit au respect de la vie familiale) il sera possible d'invoquer l'art. 13, sur lequel voir *ultra*.

⁵⁷ Voir *Kaushal et a. c. Bulgarie*, du 3 septembre 2010 et *Geleri c. Roumanie*, du 15 février 2011.

⁵⁸ Voir Rapport explicatif, par. 15.

⁵⁹ Voir C. Campiglio, “Espulsione e diritti dell'uomo. A proposito dell'articolo 1 del Protocollo n. 7 addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1985, 64 ss., selon laquelle «cependant, on ne peut pas se passer de remarquer que cette interprétation, quoique influente, ne trouve pas de vérification dans le libellé du texte conventionnel, qui ne semble pas vouloir diversifier les deux cas». Voir aussi P. Van Dijk, G. J. H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague, p. 507, pour lesquels cette interprétation serait contraire aux buts du Protocole.

⁶⁰ Sur cette affaire voir aussi la note n. 45.

interests of national security or public order had been at stake”⁶¹. En fait, la Cour avait demandé à la Russie de pouvoir examiner le rapport du Federal Security Service (qui avait été visionné par l’avocat du requérant dans la procédure interne), rapport qui contenait les contestations, couvertes par le secret d’état, à la base de l’expulsion. Sur la base du refus de la Russie la Cour de Strasbourg a déduit non seulement le défaut de la preuve de l’existence de raisons de sûreté nationale, mais encore une violation autonome de l’art. 38⁶².

Il convient de s’arrêter sur une autre norme très importante en matière de garanties procédurales: l’art. 5 par. 4, qui prévoit spécifiquement – contrairement à l’art. 1 du Protocole n. 7 et à l’art. 13 – le droit de s’adresser à un juge, au cas où la personne serait privée de la liberté au cours d’une procédure d’expulsion.

En ce qui concerne les détentions de personnes contre lesquelles des expulsions pour raisons de sûreté nationale sont en cours, la Cour a affirmé, à partir de l’arrêt *Chahal*, que les autorités nationales ne sont pas exemptées d’un “effective control by the domestic courts whenever they choose to assert that national security and terrorism are involved”⁶³.

Le 19 février 2009, la Cour de Strasbourg s’est prononcée sur une affaire très importante, définie parfois comme «le Guantanamo britannique»⁶⁴ (*A. et a. c. Royaume Uni*). La Grande Bretagne, après le 11 septembre 2001, avait approuvé une loi qui permettait d’adopter à l’égard d’étrangers – soupçonnés d’exercer des activités terroristes – des «certificates» comportant l’incarcération sans inculpations pénales et sans limites de temps, en même temps qu’une dérogation (notifiée au

⁶¹ Dans son opinion dissidente, il observe, quant à l’art. 38, que “in Grand Chamber judgment *Stoll v. Switzerland* the Court accepted the idea of “a necessary discretion” for some confidential official documents of the member States (see *Stoll v. Switzerland* [GC], no. 69698/01, § 136, ECHR 2007)”; en ce qui concerne l’art. 1 du Protocole n. 7, que la Cour a donné “a new, rather radical, interpretation (very brief, I must say) of paragraph 2 of this provision”.

⁶² Sur la base de cet article les États doivent fournir toutes les facilités nécessaires aux fins d’un examen efficace de la question de la part de la Cour.

⁶³ Par. 131. Dans ce cas la Cour a statué que ni les procédures de *habeas corpus* devant les juridictions nationales, ni celles devant le comité consultatif n’étaient en mesure de satisfaire l’art. 5 par. 4.

⁶⁴ Voir N. Hervieu, “Lutte contre le terrorisme: état d’urgence et détention sans inculpations pénales de ressortissants étrangers”, in www.droits-liberts.org du 21 février 2009 (10/15). Sur cet arrêt voir aussi L. Zagato, “Ancora sul rapporto tra stato di eccezione e divieto di tortura”, in *La tortura nel nuovo millennio* (L. Zagato, S. Pinton dir.), Padova, 2010, p. 234 ss.

Secrétaire général du Conseil de l'Europe) aux termes de l'art. 15 de la CEDH. Plusieurs personnes effectivement soumises à la détention en application de cette loi introduisirent un recours devant les autorités nationales. Toutefois, n'ayant pas obtenu satisfaction (malgré la décision de la Chambre des Lords⁶⁵, qui en 2004⁶⁶ jugea la dérogation britannique contraire à l'art. 5 de la CEDH, en tant que disproportionnée et discriminatoire), elles décidèrent de saisir la Cour européenne des droits de l'homme, en invoquant l'art. 3 (soit tout seul soit combiné à l'art. 13) et l'art. 5 par. 1, 4 et 5. Alors que le premier grief, eu égard à la durée indéterminée de la détention, a été rejeté (la Cour, tout en reconnaissant l'angoisse profonde que cela a provoqué, nie qu'ait été atteint le seuil minimum permettant de parler de traitement inhumain), le Royaume Uni a été condamné pour les autres griefs. Avant d'examiner la partie de l'arrêt qui concerne spécifiquement les garanties procédurales prévues par l'art. 5 par. 4, il est intéressant de souligner que, par rapport à l'art. 5 par. 1, le juge de Strasbourg affirme avant tout que, dans le cas d'espèce, la détention des requérants⁶⁷ ne pouvait pas être considérée comme étant «en vue de leur expulsion», aux termes de l'art. 5 par. 1 lettre *f*, dès lors qu'il manquait «une perspective réaliste d'expulser les intéressés pendant la période où ils furent détenus»⁶⁸ (en fait, la détention à durée indéterminée avait été disposée à défaut de l'exécution de l'expulsion car celle-ci aurait exposé les terroristes présumés au risque de traitements inhumains et dégradants dans le pays de destination, en violation de l'art. 3 CEDH). Quant à la dérogation notifiée à cet égard par le Royaume Uni, qui s'était rallié à la décision de la Chambre des Lords, la Cour conclut que «les mesures dérogatoires

⁶⁵ Comme l'a écrit C. Bassu ("Corte europea dei diritti umani e piani antiterrorismo nazionali. Perché l'emergenza non legittima l'oblio dei diritti", in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2009, p. 1048), la décision de la Chambre des Lords – non contraignante – a donné lieu à une «épreuve de force institutionnelle tout à fait nouvelle». Pour une reconstruction de la complexité judiciaire et normative de cette situation voir aussi les par. 8 et ss. de l'arrêt. Parmi les nombreux commentaires voir, notamment, E. Sciso, "Libertà fondamentali della persona e misure di contrasto al terrorismo internazionale: Governo, Corti e Parlamento britannici a confronto", in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 454 ss.

⁶⁶ 16 décembre 2004 ([2004] UKHL 56).

⁶⁷ De quelques-uns d'entre eux: voir par. 170.

⁶⁸ Comme le remarque la Cour, c'est seulement en 2003 que le Royaume Uni commença à négocier avec l'Algérie et la Jordanie pour obtenir des garanties diplomatiques; il ne les a reçues concrètement qu'en août 2005 (par. 86).

étaient disproportionnées en ce qu'elles opéraient une discrimination injustifiée entre étrangers et citoyens britanniques»⁶⁹. En fait, comme le mentionne la Cour, «En choisissant de recourir à une mesure relevant du droit des étrangers pour traiter un problème d'ordre essentiellement sécuritaire, l'exécutif et le Parlement lui ont apporté une réponse inadaptée et ont exposé un groupe particulier de terroristes présumés au risque disproportionné et discriminatoire d'une détention à durée indéterminée».

En ce qui concerne plus spécifiquement les garanties procédurales pour contester la détention, l'arrêt permet d'éclairer un aspect crucial des expulsions pour raisons de sûreté nationale, à savoir l'utilisation de documents couverts par le secret. Déjà dans l'affaire *Chahal* la Cour avait reconnu que, s'il est vrai que l'utilisation de documents confidentiels peut être inévitable lorsqu'il s'agit de la sécurité nationale, «Cela ne signifie cependant pas que les autorités nationales échappent à tout contrôle des tribunaux internes dès lors qu'elles affirment que l'affaire touche à la sécurité nationale et au terrorisme». Elle avait ajouté par conséquent que toutes limitations dans l'exercice des droits de défense devaient pouvoir être compensées dans la procédure devant les autorités judiciaires. Or, dans l'arrêt *A. et a. c. Royaume Uni*, après avoir relevé que dans le cas d'espèce la loi anglaise avait effectivement prévu à cette fin le recours à des avocats spéciaux, autorisés à examiner les documents couverts par le secret, la Cour a constaté la violation de l'art. 5 par. 4 (à l'égard des quatre requérants) du fait que «les avocats spéciaux n'étaient aptes à remplir efficacement cette fonction que si les détenus avaient reçu suffisamment d'informations sur les charges retenues contre eux pour pouvoir leur donner des instructions utiles»⁷⁰. En conclusion, grâce aussi à l'interprétation offerte par la Cour de Strasbourg, les garanties prévues par l'art. 5 par. 4 sont très étendues. Toutefois, il convient de rappeler que cela ne concerne que l'hypothèse de détention en vue d'une expulsion.

Par contre, dans les cas où les étrangers ne sont pas soumis à des mesures de privation de liberté, il est possible d'invoquer l'art. 13⁷¹, qui

⁶⁹ Par. 190.

⁷⁰ Par. 220.

⁷¹ Article 13: «Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles».

prévoit le droit à un recours effectif, mais seulement s'il est question de droits protégés par la CEDH (il s'agira essentiellement de ceux visés aux articles 3 et 8, objet de protection «par ricochet»).

Comme la Cour l'a précisé, l'article 13 garantit un recours effectif devant une instance nationale à quiconque *allègue* la violation d'un droit prévu par la Convention⁷². Selon une jurisprudence constante, il se peut même que l'instance mentionnée à l'article 13 ne soit pas une autorité judiciaire, mais, de toutes façons, elle devra être indépendante⁷³.

En ce qui concerne plus spécifiquement les expulsions pour raisons de sécurité nationale, il convient encore une fois de se référer aux arrêts *Chahal* (pour les dispositions combinées des articles 13 et 3) et *Al-Nashif* (pour les dispositions combinées des articles 13 et 8).

Dans le premier cas, la Cour a affirmé tout d'abord que la notion de recours effectif au sens de l'art. 13 exige d'examiner en pleine indépendance s'il existe des raisons sérieuses de craindre un risque réel de traitements contraires à l'article 3 dans le pays de destination; ensuite que cet examen ne doit pas tenir compte des raisons qui ont porté à l'expulsion, quand bien même il s'agirait d'une menace à la sécurité nationale. À cet égard, un passage de l'arrêt a retenu notre attention: dans celui-ci la Cour de Strasbourg souligne que "the requirement of a remedy which is «as effective as can be» [qui avait été considéré suffisant, dans les affaires *Klass c. Allemagne* et *Leander c. Suède*, lorsque des exigences de protection de la sécurité nationale sont en jeu] is not appropriate in respect of a complaint that a person's deportation will expose him or her to a real risk of treatment in breach of Article 3, where the issues concerning national security are immaterial". Dans le cas d'espèce, la Cour est effectivement parvenue à la conclusion que, à la lumière de l'ampleur des carences tant des procédures juridictionnelles de contrôle, que des procédures devant l'organe consultatif, les recours, considérés dans leur ensemble, ne satisfont pas les conditions requises par les dispositions combinées des articles 13 et 3: c'est en particulier un examen indépendant qui avait manqué, aussi bien de la part de l'autorité judiciaire, que de la part de l'organe consultatif; en ce qui concerne plus spécifiquement la procédure devant ce dernier, le requérant n'avait reçu qu'une communication sommaire des raisons de son expulsion sans avoir eu droit, en outre, à se faire

⁷² Arrêt *Klass c. Allemagne*, du 6 septembre 1978. Le grief doit être en tout cas "défendable".

⁷³ Arrêt *Silver et a. c. Royaume Uni*, du 25 mars 1983.

représenter par un avocat; de plus, l'avis de l'organe consultatif n'était ni contraignant ni public⁷⁴.

Dans l'affaire *Al- Nashif*, (voir *supra*), affaire relative à un apatride d'origine palestinienne, expulsé lui-aussi pour des raisons de sécurité nationale, l'art. 13 n'avait pas été invoqué en relation avec l'art. 3, mais plutôt avec l'art. 8. Or, la Cour n'a pas manqué de souligner que, s'il est vrai que dans ce cas (ne s'agissant pas d'un droit absolu comme dans le cas où l'on invoque l'art. 3), "where national security considerations are involved, certain limitations on the type of remedies available to the individual may be justified", la garantie d'un recours effectif demande toutefois «as a minimum» que :

- l'autorité indépendante compétente à examiner le recours doit avoir accès aux raisons à la base de la mesure d'expulsion, même si ces raisons ne sont pas accessibles au public;
- cet organe doit avoir la compétence pour rejeter les affirmations de l'exécutif sur l'existence d'une menace pour la sécurité nationale, s'il les juge arbitraires ou déraisonnables;
- la procédure doit se dérouler en contradictoire;
- l'autorité doit pouvoir évaluer l'existence d'une proportionnalité entre l'intérêt collectif et le droit de l'individu à la protection de la vie familiale⁷⁵.

Rien n'est dit explicitement à propos de l'effet suspensif ; il s'agit d'un point d'importance cruciale, car les législations nationales adoptées vis-à-vis des étrangers pour combattre le terrorisme tendent souvent à faciliter l'éloignement de personnes dangereuses, au mépris des droits de l'homme et notamment des garanties procédurales. Une exception au caractère suspensif du recours – si l'expulsion est disposée pour des «raisons impératives de sûreté publique» – est même prévue dans la directive communautaire 2004/38/CE et des exceptions en ce sens sont également visées à l'art. 1 du Protocole n. 7 CEDH et à l'art. 13 du Pacte relatif aux droits civils et politiques. Toutefois, il est évident que ces exceptions sont particulièrement graves au cas où le renvoi exposerait la personne à un risque de torture dans le pays de destination: dans la pratique, l'interdiction de «refoulement» risque de devenir vaine si un recours effectif, pour contester l'expulsion et en obtenir la suspension, n'est pas prévu.

⁷⁴ Ces argumentations ont aussi amené à la condamnation pour violation de l'art. 5 par. 4.

⁷⁵ Par. 137.

En ce sens il est fort appréciable que dans l'affaire *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, du 22 septembre 2009, relative à l'expulsion de deux anciens membres de l'OMP, expulsion disposée pour raisons de sécurité nationale, la Cour se soit prononcée clairement sur la question de l'effet suspensif. Dans cette décision, elle affirme explicitement que «le contrôle juridictionnel dans les cas d'expulsion ... ne peut être considéré comme un recours effectif, dans la mesure où une demande d'annulation d'un arrêté d'expulsion est dépourvue d'effet suspensif» (par. 116).

Cet arrêt atteste donc, encore une fois, la capacité de la Cour “to act as a strong bulwark against European States unwilling or incapable of providing effective protection to aliens charged with or suspected of terrorism-related offences, especially when the latter are in the most vulnerable state of being subject to deportation or extradition”⁷⁶. En outre, par cet arrêt, la Cour de Strasbourg se rallie à ce qui avait été affirmé précédemment par le Comité des droits de l'homme (affaire *Al-Azery c. Suède*), ainsi que par le Comité contre la torture (affaire *Agiza c. Suède*)⁷⁷.

7. Conclusions

Il est vrai que – même lorsque des exigences de sûreté nationale sont en jeu – la Cour européenne a manifesté sa fermeté en réaffirmant le caractère absolu⁷⁸ de l'interdiction de la torture et de la conséquente

⁷⁶ N. Sitaropoulos, “The role ...”, cit., p. 87.

⁷⁷ Respectivement décision du 10 novembre 2006 (CCPR/C/88/D/1416/2005) et décision du 20 juin 2005 (CAT/C/34/D/195/2002). Sur ce point voir A. Liguori, *Le garanzie procedurali ...*, cit., p. 207 ss. Les deux comités ont non seulement souligné la nécessité d'employer tous les remèdes effectifs possibles *avant* l'exécution de l'expulsion – lorsque la personne risque d'être soumise à la torture, même dans les cas où sont en jeu des exigences de sûreté nationale – mais ils ont aussi déduit, de l'exécution immédiate de l'expulsion, la violation du droit de recours supranational, respectivement prévu par l'art. 1 Protocole n. 1 CCPR et par l'art. 22 CAT: comme le souligne le Comité CAT, “in order for this exercise of the right of complaint to be meaningful rather than illusory, however, an individual must have a reasonable period of time before execution of a final decision to consider whether, and if so to in fact, seize the Committee”.

⁷⁸ A ce propos, soulignons que la Cour de justice de l'Union européenne, appelée à se prononcer sur l'interprétation des causes d'exclusion du statut de réfugié dans la directive 2004/83/Ce, dans l'arrêt *Allemagne c. B. et D.*, du 9 novembre 2010, s'est limitée à affirmer, entre autres, que les États membres peuvent reconnaître un droit d'asile au titre de leur droit national à une personne exclue du statut de réfugié en vertu

interdiction d'expulsion vers des pays dans lesquels la personne risque d'être soumise à un tel traitement⁷⁹. Par contre, nous considérons comme moins appréciables ses jugements en ce qui concerne la relevance accordée aux assurances diplomatiques, ainsi que l'examen du grief relatif à l'art. 8 (dans l'affaire *Cherif*). Toutefois, il faut se féliciter des affirmations contenues dans les arrêts *Othman c. Royaume Uni* et *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*: le premier affirmant l'existence d'un «dénî de justice flagrant», si dans le pays de destination il y a un risque réel que des preuves obtenues au moyen de la torture soient admises lors du procès de l'intéressé; le deuxième attestant la nécessité d'un effet suspensif même pour les recours contre des expulsions disposées pour raisons de sécurité nationale, lorsque ces expulsions exposent le destinataire d'une telle mesure au risque de torture dans le pays de destination⁸⁰.

Cependant sous l'angle des garanties procédurales, la jurisprudence de Strasbourg continue, selon nous, à prêter le flanc à une critique plus générale, qui ne concerne pas exclusivement l'hypothèse des expulsions pour raisons de sûreté nationale mais qui, relativement à telles situations, est particulièrement grave. Nous nous référons à l'arrêt

de l'une des clauses d'exclusion de la directive (sur cet arrêt, cf. T. Syring, "Joined Cases C-57/09 and C-101/09, Federal Republic of Germany v. B & D (E.C.J.), Introductory Note", *International Legal Materials*, 2011, p. 114 ss.). Il est, à notre avis, critiquable que la Cour de Luxembourg n'ait pas souligné en même temps que, indépendamment de l'éventuel permis humanitaire que l'Etat décide d'accorder, il existe une interdiction absolue de refoulement, en vertu, entre autres, de l'art. 3 de la CEDH, tel qu'il est interprété par la Cour de Strasbourg. Comme chacun sait l'Union Européenne doit respecter les droits de l'homme, tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles des Etats membres, de la Convention européenne et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette dernière prévoit explicitement, à l'art. 19, le principe de *non refoulement* et selon les explications relatives à la Charte (qui sont désormais explicitement mentionnées dans le texte de la Charte: voir art. 52 par. 7) «Le sens et la portée des droits garantis sont déterminés non seulement par le texte de ces instruments, mais aussi par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice de l'Union européenne» (Explication ad article 52 – Portée et interprétation des droits et des principes).

⁷⁹ En ce qui concerne plus spécifiquement le principe de «non refoulement», plusieurs États européens (outre l'Italie et la Grande-Bretagne, et certainement la Lituanie, le Portugal, la Slovaquie, tiers intervenants dans l'affaire *Ramzy c. Pays Bas*) et au moins un Etat non européen (le Canada, dans la célèbre affaire *Suresh*, du 11 janvier 2002) soutiennent la nécessité d'un balancement.

⁸⁰ La Cour a par la suite confirmé ce principe: voir l'arrêt *Auad c. Bulgarie*, du 11 octobre 2011, parr. 120-123.

*Maaouia c. France*⁸¹, qui exclut l'applicabilité de l'art. 6 – sur le procès équitable – en matière de séjour et d'expulsion d'étrangers. Comme le juge Loucaides l'a remarqué dans son opinion dissidente, opinion à laquelle s'est rallié le juge Traja, «il est inconcevable de garantir dans une Convention – qui, selon son préambule, était censée assurer «ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice (...) dans le monde» et mettre en œuvre le principe de la «prééminence du droit» – une juste administration de la justice pour certains droits et obligations juridiques seulement, mais non pour les droits concernant les relations entre l'individu et l'Etat».

Plus spécifiquement, il nous semble particulièrement grave que l'individu faisant l'objet d'un décret d'expulsion n'ait pas de droit d'accès à un juge, lorsque des exigences liées à la sécurité nationale sont en jeu. S'il est vrai, comme il a été observé⁸², que «dans des situations d'urgence, telle que la lutte au terrorisme, le processus politique risque d'être trop réactif face à l'urgence des préoccupations populaires, amenant les autorités à dissiper les craintes du plus grand nombre au détriment des droits de quelques – uns», c'est justement à ce moment là que les juges devraient remplir avec une attention accrue⁸³ leur devoir de sauvegarder l'Etat de droit, principe fondamental de toute société démocratique.

⁸¹ Arrêt du 5 octobre 2000 : pour la doctrine voir la note n. 54.

⁸² Voir les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, déposées le 23 janvier 2008, dans l'appel relatif aux affaires *Kadi et Yusuf*, concernant la congélation de biens de terroristes présumés et la violation alléguée de certains droits fondamentaux des requérants, parmi lesquels justement le droit à un recours juridictionnel effectif. La Cour de justice, dans l'arrêt du 3 septembre 2008 (C 402/05 P et C 415/05 P), a affirmé que le principe de la protection juridictionnelle effective empêche de soustraire complètement au contrôle juridictionnel un acte concernant la sûreté nationale et le terrorisme.

⁸³ Voir aussi, dans un sens analogue, le Comité CAT qui, dans la décision *Agiza c. Suède* susmentionnée, a justement souligné que les considérations relatives à la sûreté nationale “*emphasize the importance of appropriate review mechanism*” (italique ajouté).

in collaboration with



euro 20,00

ISBN 978-88-6342-905-3



9 788863 429053