

**LA DIRECTIVE DU 29 AVRIL 2004 SUR LE STATUT DE
RÉFUGIÉ ET LA PROTECTION INTERNATIONALE ET
LES GARANTIES CONTENUES DANS LA CONVENTION
EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME**

Association internationale des juges chargés
du droit des réfugiés

Section européenne, conférence de Strasbourg,
18-19 octobre 2007.

Roger Errera
Conseiller d'État honoraire
Professeur associé à l'Université
d'Europe centrale à Budapest.

TABLE DES MATIÈRES

I.....	4
La directive : vue d'ensemble.....	4
A)Remarques générales.....	4
B)Les notions de base.....	6
a)Les persécutions.....	6
1.Les acteurs (Article 6).....	6
2.Les actes (Article 9).....	6
3.Les motifs (Article 10) : l'appartenance à un certain groupe social.....	7
b)La protection (Article 7).....	8
1.Les acteurs.....	8
2.Contenu.....	8
3.La protection à l'intérieur du pays.....	8
c)La protection subsidiaire.....	9
d)L'article 3 de la directive.....	10
II.....	12
L'application de la directive.....	12
A)La protection subsidiaire : les atteintes graves.....	12
B)La qualité de réfugié : l'appartenance à un certain groupe social.....	15
C)Remarques communes.....	16
i.L'asile interne.....	16
ii.Les acteurs de la protection.....	16
iii.La prise en compte d'autres instruments internationaux.....	17
III.....	19
Les garanties de la convention européenne des droits de l'homme et la directive.....	19
a.Les garanties de la convention européenne des droits de l'homme.....	19
i.L'article 3.....	20
1.L'application extra- territoriale de la convention.....	20
2.La nature du risque.....	20
3.Les définitions.....	21
4.Les origines du risque encouru.....	21
ii.L'article 13.....	22
iii.Les mesures provisoires.....	24
b.Les effets de la directive.....	25

Le droit applicable à l'asile, au sens large du mot, a aujourd'hui pour les pays membres de l'Union européenne, plusieurs sources :

- Dans certains pays, par exemple la France et l'Allemagne, la Constitution.
- Le droit international, à savoir non seulement la convention de Genève de 1951 mais aussi, à des titres divers, plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme : la convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la cour de Strasbourg, les deux conventions sur la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, le pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques les conventions de Genève sur le droit humanitaire , enfin le droit pénal international.
- Le droit de l'Union européenne, contenu dans les directives et règlements édictés en vertu de l'article 63 du traité sur l'Union européenne.
- La législation nationale .
- La jurisprudence des tribunaux compétents.

Cette superposition de normes conduit à prendre en considération le système de hiérarchie des normes tel qu'il résulte tant du droit national que, ici, du droit de l'Union européenne, au sujet duquel la Cour de justice des communautés européennes a affirmé depuis longtemps le principe de la primauté du droit de l'Union. En outre le traité instituant la Communauté européenne énonce des règles concernant les relations entre le droit communautaire et les autres engagements internationaux des Etats membres.

Ces sources juridiques ne sont pas et ne peuvent être totalement indépendantes entre elles. Les exemples en sont très nombreux : la directive étudiée ici renvoie directement à la convention de Genève. L'article 6.2 du traité sur l'Union européenne mentionne la convention européenne des droits de l'homme. Les juridictions compétentes citent et utilisent fréquemment des textes tels que le statut de la cour pénale internationale ou celui du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, ainsi que les textes relatifs au droit humanitaire ¹.

Ce rapport est divisé en trois parties .La première partie contient un examen d'ensemble de la directive. La seconde examine son application. La troisième partie fait le bilan des garanties actuellement offertes par la convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la cour de Strasbourg et examine quel peut être l'effet, sur ce point, de la directive.

¹ Cf.R.Errera, "Humanitarian Law, Human Rights and Refugee law. The Three Pillars", in International Association of Refugee Law Judges, *The Asylum Process and the Rule of Law* ,Manak, New Delhi, 2006, p. 173.

I

La directive : vue d'ensemble

Je ne traiterai pas ici en détail de la directive. De très nombreuses études lui ont été consacrées². Je présenterai quelques remarques générales avant de commenter ses notions de base.

A) Remarques générales

- La directive fait partie d'un ensemble d'instruments juridiques communautaires mis en oeuvre pour l'application de l'article 63 du traité instituant la Communauté européenne.
- Sa relation avec la convention de Genève doit être précisée. Cette question est essentielle pour son interprétation et son application. La convention de Genève est et demeure l'instrument juridique fondamental du droit des réfugiés. Le traité instituant la Communauté européenne l'affirme à l'article 63-1 : les mesures décidées par le Conseil doivent être « conformes » à la convention. La directive répète ce principe à plusieurs reprises : la mise en place d'un régime d'asile européen commun mentionnée lors du Conseil européen de Tampere en 1999 est « fondé sur l'application intégrale et globale de la convention de Genève du 28 juillet 1951 » (Considérant 2). La convention et son protocole de 1951 « constituent la pierre angulaire du régime international de protection des réfugiés » (Considérant 3). La qualité de réfugié est définie par l'article 1A de la convention (Considérants 8 et 17). Le but des normes minimales est d'aider les Etats membres à appliquer la convention (Considérant 16). L'objet de la protection subsidiaire est de compléter la protection des réfugiés consacrée par la convention de Genève (considérant 24). Le contenu de la protection

² Sur cette directive voir notamment : Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Commentaires annotés du HCR...*, Genève, 2005 ; H. Storey, "EU Qualification Directive", n.d. ; R. Errera, "The directive on minimum standards for the qualification as refugees or as persons in need of international protection and on the content of the protection granted", in *Seminar on Current Asylum Issues and Human Rights, 17-18 April 2007, Jablonna, Poland*, Varsovie, 2007, p.28 ; J. Barnes, "Comment on the European Council Qualification directive 2004/83/EC" in *A Manual for refugee law judges / Manuel pour les juges charges du droit des réfugiés*, à paraître ; H. Lambert, "The EU Qualification Directive, its Impact on the Jurisprudence of the UK and International Law", 55 *ICLQ* (2006) p.161 ; G. Noll, "Evidentiary Assessment in Refugee Status Determination and the EU Qualification Directive", 12 *European Public Law*, (2006), n° 2, p.295 ; C. Teitgen-Colly, "The European Union and Asylum: An Illusion of Protection", 43 *CMLR* (2006) p.1503 ; E. Guild, "The Europeanisation of Europe's Asylum Policy", *IJRL* (2006), p.670 ; G. Gilbert, "Is Europe Living Up to its Obligations to Refugees ?" 15 *EJIL* (2004) n° 5 p. 963 ; R. Byrne, G. Noll et J. Veldsted-Hansen, "Understanding Refugee Law in an Enlarged European Union", 15 *EJIL* (2004) n°2, p.355 ; A. Klug, "Harmonization of Asylum in the European Union: Emergence of an EU Refugee System ?", 47 *German Yearbook of International Law* (2004) p. 594. - Sur la protection subsidiaire ; J. McAdam, "The EU Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime", 17 *IJRL* (2005) p 461 ; *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

internationale défini au chapitre VII de la directive est « sans préjudice des droits inscrits dans la convention de Genève » (Article 20-1).

En conséquence les conclusions du Comité exécutif du HCR sur la protection internationale, son Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer la qualité de réfugié et ses Commentaires annotés sur la directive sont des instruments essentiels d'interprétation de la directive. De plus, des consultations avec le HCR peuvent contenir des indications utiles pour l'octroi du statut de réfugié (Considérant 15).

- Lorsque la convention a été préparée et adoptée il existait très peu d'instruments internationaux de protection des droits de l'homme : la convention des Nations Unies de 1948 sur le génocide, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et les conventions de Genève de 1949 sur le droit humanitaire. La convention européenne des droits de l'homme venait d'être adoptée et n'était pas encore entrée en vigueur. Aujourd'hui la situation est très différente, tant au niveau européen qu'au niveau mondial (cf. supra). Il en résulte que la directive doit être interprétée et appliquée à la lumière de l'ensemble de ces instruments internationaux chaque fois que cela est pertinent, qu'il s'agisse de la reconnaissance de la qualité de réfugié ou de l'octroi de la protection subsidiaire. Je donnerai plus loin des exemples d'une telle démarche de la part de juridictions. Plusieurs considérants de la directive illustrent la nécessité et le caractère concret de cette perspective : la directive « respecte les droits fondamentaux, ainsi que les principes reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, la présente directive vise à garantir le plein respect de la dignité humaine et du droit d'asile des demandeurs d'asile et des membres de leur famille qui les accompagnent. » (Considérant 10). Les Etats membres « sont liés par les obligations qui découlent des instruments de droit international auxquels ils sont partie et qui interdisent la discrimination ». (Considérant 11).Le considérant 12 mentionne que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans la mise en oeuvre de la directive, utilisant les termes mêmes de l'article 3-1 de la convention de l'ONU de 1989 sur les droits de l'enfant.
- Le but de la directive est « le rapprochement des règles relatives à la reconnaissance et au contenu du statut de réfugié et de la protection subsidiaire » (Considérant 7) par l'application de « critères communs pour l'identification des personnes qui ont réellement besoin de protection internationale » (Considérant 6). C'est pourquoi elle établit des « normes minimales » relatives aux conditions à remplir par les personnes en cause (Article 1^{er}). En conséquence « Les Etats peuvent adopter ou maintenir des normes plus favorables dans la mesure où ces normes sont compatibles avec la présente directive »(Article 3). Cette question sera évoquée plus loin.
- La directive s'applique aux ressortissants des pays tiers et aux apatrides, comme l'indiquent son titre et l'article 2. Bien entendu, elle est « sans préjudice » du protocole n° 6 du traité d'Amsterdam relatif au droit d'asile des ressortissants des Etats membres. Rappel inutile : la hiérarchie des normes juridiques suffisait.
- La reconnaissance de la qualité de réfugié a un caractère déclaratoire (Considérant 14). En conséquence, elle a nécessairement un caractère rétroactif. Quand, dans un Etat membre, cette qualité est reconnue à une personne, celle-ci doit être regardée comme ayant eu la qualité de réfugié depuis son entrée dans ce pays. Comme l'écrit le Guide des procédures du HCR : « Une personne ne devient pas réfugiée parce qu'elle est

reconnue comme telle, mais elle est reconnue comme telle parce qu'elle est réfugiée » (§ 28). Il en résulte des conséquences pratiques, qu'il ne faut pas négliger.

B) Les notions de base

J'examinerai les trois notions suivantes : les persécutions, la protection et la protection subsidiaire, puis l'interprétation de l'article 3 de la directive.

a) Les persécutions

La convention de Genève est muette sur elles, qu'il s'agisse des acteurs, des actes ou des motifs. Sur ces trois points, la directive contient des précisions.

1. Les acteurs (Article 6)

La jurisprudence et la pratique des pays membres variaient lorsque l'origine de la persécution était non étatique. Certains pays ne prenaient en compte que l'origine étatique. D'autres retenaient l'origine non étatique lorsque certaines conditions étaient réunies. L'article 6 mentionne, outre l'Etat deux autres catégories d'acteurs : d'une part les « partis ou organisations qui contrôlent l'Etat ou une partie importante du territoire de celui-ci », d'autre part « des acteurs non étatiques, s'il peut être démontré que les acteurs (précédents), y compris les organisations internationales, ne peuvent pas ou ne veulent pas accorder une protection contre les persécutions... ». Ces précisions sont bienvenues : dans beaucoup de pays ou de régions des autorités de fait, de noms variés, contrôlent des parties importantes ou vitales du territoire et y persécutent des personnes ou des groupes de personnes pour des motifs divers. En outre, il peut arriver que les persécutions aient une origine purement privée. Or la notion fondamentale de la convention de Genève est, il faut le rappeler, celle de la crainte d'une persécution et de l'absence de protection de la part de l'Etat. Cela vaut à plus forte raison lorsqu'il n'y a plus d'Etat, mais seulement des factions rivales en lutte entre elles.

2. Les actes (Article 9)

Je ferai ici quatre remarques :

- Pour être retenus, ils doivent atteindre un certain seuil de gravité, par leur nature ou leur répétition.
- Ils doivent constituer une violation grave des droits fondamentaux, notamment de ceux au sujet desquels la Convention européenne des droits de l'homme (Article 15) interdit toute dérogation en cas d'urgence, par exemple la torture et les traitements ou peines inhumains ou dégradants. Cette référence aux droits fondamentaux renvoie nécessairement aux conventions internationales déjà citées.
- La liste des actes énumérés à l'article 9-2 n'est pas limitative. Elle ne peut l'être.

- Quatre catégories d'actes mentionnés méritent une mention particulière : Les actes de violence sexuelle (Article 9-2a) ; les actes de discrimination (Article 9-2 b, c et d) ; les crimes ou actes graves commis par les forces armées en cas de conflit (Article 9-2 e), enfin les actes dirigés spécifiquement contre des personnes en raison de leur sexe (il s'agit des femmes, ce qui évoque notamment le viol, l'excision et les pratiques de mariage forcé) et contre les enfants.

Des conflits récents ou actuels, internes ou internationaux fournissent des exemples tragiques de la pratique de tels actes. C'est pourquoi, avant même l'entrée en vigueur de la directive, la jurisprudence les prenait en compte dans beaucoup d'Etat membres. Leur mention dans la directive est bienvenue.

3. Les motifs (Article 10) : l'appartenance à un certain groupe social

La directive mentionne la possibilité d'un lien entre ce motif et celui tiré soit de la race, soit de la nationalité. Sur la définition de ce qui peut être regardé comme « un certain groupe social », l'article 10-1 d) dispose : « un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, en particulier - ses membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce, *et* (souligné par moi) ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante ».

Cette essai de définition appelle quelques commentaires. La rédaction relative à la première condition est directement empruntée à la jurisprudence américaine et canadienne. En 1985, dans l'affaire *In re Acosta (Acosta-Solorzano v INS, Int.Dec.289-(1985), I et N 211)* la Commission américaine d'appel en matière d'immigration (US Board of Immigration Appeals) a affirmé ce qui suit en matière de persécution en raison de l'appartenance à un certain groupe social : « Nous interprétons la phrase « persécution en raison de l'appartenance à un certain groupe social » comme signifiant une persécution dirigée contre un individu qui appartient à un groupe de personnes dont toutes partagent une caractéristique commune immuable. Cette caractéristique commune peut être de nature innée, comme la race, la couleur ou un lien de parenté, ou, dans certaines circonstances, une expérience passée commune, telle que celle d'un groupe de dirigeants militaires ou la qualité de propriétaire terrien ». Quelle que soit la caractéristique commune définissant le groupe, elle doit être une caractéristique que ses membres ne peuvent modifier parce qu'elle est « fondamentale pour leur identité ou leur conscience individuelle ».

La cour suprême du Canada est allée plus loin dans l'affaire *Ward (Canada (Attorney General) v Ward AS.C.R.689)* et a défini trois catégories : « 1. Les groupes définis par une caractéristique innée et immuable « telle que le sexe (« gender », la langue de base (« linguistic background ») et l'orientation sexuelle ;2. « les groupes dont les membres s'associent volontairement entre eux pour des raisons si fondamentales pour leur dignité humaine qu'ils ne devraient pas être forcés d'y renoncer », par exemple les militants des droits de l'homme et 3. « les groupes où l'association provient d'un statut antérieur volontaire et immuable en raison d'une permanence historique ».

L'orientation sexuelle peut servir à définir un tel groupe social.

Les femmes sont directement concernées par la dernière phrase de l'article 10-1 d) : « Les aspects liés à l'égalité entre les hommes et les femmes pourraient être pris en considération, sans pour autant constituer une présomption d'applicabilité du présent article ».

b) *La protection (Article 7)*

1. Les acteurs

Par rapport à la convention de Genève, la directive contient deux innovations. La convention ne mentionnait que la protection du pays dont l'intéressé a la nationalité. Elle ne mentionnait pas des acteurs non étatiques ou internationaux. L'article 7-1 b) mentionne, outre l'Etat, « des partis ou organisations, y compris des organisations internationales, qui contrôlent l'Etat ou une partie importante du territoire de celui-ci ». Ces derniers termes renvoient à des situations de fait. Quant aux organisations internationales, elles peuvent inclure des organisations non gouvernementales, des organisations ayant un mandat des Nations Unies soit général (le HCR), soit local (l'UNMIK et la KFOR au Kosovo). Ces nouvelles clauses reflètent l'existence de conflits armés internes ou internationaux dans des pays partagés entre plusieurs autorités et où sont présentes des missions civiles ou militaires mandatées par l'ONU ou l'Union européenne. Leur application à des cas concrets ne sera pas toujours aisée.

2. Contenu

Selon l'article 7-2 il y a « généralement » protection lorsque les acteurs précités ont pris des « mesures raisonnables » pour empêcher la persécution. Comment ? « Entre autres ...un système judiciaire effectif permettant de déceler, de poursuivre et de sanctionner les actes constituant une persécution et lorsque le demandeur a accès à cette protection ».

Comme le remarque le HCR dans ses Commentaires annotés de la directive, la capacité des organisations internationales à faire respecter l'Etat de droit est généralement limitée. On peut ajouter que leur emprise sur le système judiciaire et policier des Etats où elles agissent est d'ordinaire limitée. D'une manière générale, ajoute le HCR : « Pour déterminer l'existence d'une protection, il faut examiner le caractère effectif, accessible et adéquat de la protection disponible dans le cas d' espèce . »

3. La protection à l'intérieur du pays

Un Etat membre peut-il refuser d'accorder la protection internationale à un demandeur d'asile s'il n'y a pas de risque substantiel de persécution ou de menace grave dans une partie de son pays d'origine ? L'article 8 de la directive apporte à cette question la réponse suivante :

Ils peuvent le faire. C'est pour eux une faculté. Dans ce cas, les trois critères à retenir sont : l'absence de raison d'être persécuté ou aucun risque réel de subir des atteintes graves, le fait qu'il soit « raisonnable d'estimer que le demandeur peut rester dans cette

partie du pays », enfin l'obligation de tenir compte « des conditions générales dans cette partie du pays et de la situation personnelle du demandeur ». Ces derniers mots sont aussi étranges que superflus. Une telle obligation existe pour l'examen de toutes les demandes d'asile. Quant à l'article 8-3 sa rédaction est aussi ambiguë qu'obscur.

L'introduction de l'asile interne dans la directive correspond à la pratique de certains des pays membres. Cette notion est également mentionnée dans le Guide du HCR. Son utilisation par les autorités compétentes est limitée par l'obligation de respecter l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (cf. infra).

c) *La protection subsidiaire*

Elle constitue une innovation dans le droit international de l'asile. Son objet est de permettre l'attribution d'une forme de protection internationale aux personnes qui en ont besoin mais qui ne peuvent se voir reconnaître la qualité de réfugié. Son champ d'application est décrit aux articles 2 e) et 15 de la directive. Il résulte de la combinaison de quatre éléments :

- Il s'agit d'un ressortissant d'un pays tiers ou d'un apatride qui ne peut être considéré comme réfugié. Cette personne peut avoir ou non demandé cette reconnaissance. La directive ne l'oblige pas à demander d'abord à être reconnu comme réfugié.
- Il y a des motifs « sérieux et avérés » de croire que si elle était renvoyée dans son pays d'origine, elle courrait « un risque réel de subir les atteintes graves définies à l'article 15 ». La crainte fondée mentionnée à l'article 1 A de la convention de Genève est remplacée ici par une notion objective
- En raison de ce risque cette personne ne peut pas ou ne veut pas se prévaloir de la protection de ce pays.

- Les atteintes graves sont les suivantes : a) la peine de mort ou l'exécution ; b) la torture ou les traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés au demandeur dans son pays d'origine ; c) « des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international ».

Je ferai ici les remarques suivantes :

- Le texte ne mentionne pas les motifs de la crainte de persécution énumérés par l'article 1^{er} de la convention de Genève relatif à la définition du réfugié.
- Les atteintes doivent être « graves ». La mention d'un tel niveau de gravité existe dans d'autres articles de la directive Cf. les articles 9-1, relatif à la qualité de réfugié (...une violation grave des droits fondamentaux... »), 12-2 b) (« ...un crime grave de droit commun... ») et 14-4 b) (« ...un crime particulièrement grave... »).
- L' « exécution » renvoie notamment aux « crimes d'honneur » dont sont victimes les femmes dans certains pays.
- La mention de la torture et les autres traitements ou sanctions prohibés renvoie directement à la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme.

- L'article 15 c) envisage séparément les situation de violence aveugle et de conflit armé interne ou international.

d) *L'article 3 de la directive*

Selon cet article, « Les Etats membres peuvent adopter ou maintenir des normes plus favorables pour décider quelles sont les personnes qui remplissent les conditions d'octroi du statut de réfugié ou de personne pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et pour déterminer le contenu de la protection internationale, *dans la mesure où ces normes sont compatibles avec la présente directive* » (souligné par moi). Son interprétation conduit à prendre en considération les éléments suivants :

- Il s'agit d'une directive, non d'un règlement.
- Elle pose des normes minimales, dans le but de rapprocher les règles en vigueur dans les Etats membres. Le but de ces normes est d'« aider les instances nationales compétentes des Etats membres à appliquer la convention de Genève » (Considérant 16).
- Selon le considérant 18 : « Il faut notamment adopter une définition commune des notions suivantes : besoins de protection apparaissant sur place ; origines des atteintes et de la protection ; protection à l'intérieur du pays et persécution, y compris les motifs de persécution. » Aux termes du considérant 21 « Il est également nécessaire d'adopter une nouvelle définition commune du motif de persécution que constitue 'l'appartenance à un certain groupe social' ».
- La directive doit être interprétée et appliquée à la lumière des engagements internationaux des Etats membres relatifs à la protection des droits de l'homme. Dans ses Commentaires annotés sur la directive le HCR note que « les normes nationales plus favorables reflétant les obligations internationales souscrites par les Etats devraient toujours être considérées comme compatibles avec la directive »³.
- Un principe de base est le respect intégral de la convention de Genève.
- Il convient de tenir compte, entre autres, des termes employés par la directive, notamment du terme « peuvent » (articles 4-1, 5, 6, 7-1, 8, 9-2, 14-4 et 5, 17-3, 19-4, 20-6 et 7, 21-2 et 3, 23-2, 4 et 5 ou des mots « notamment » Article 9-2) ou « en particulier » (Article 10-1 d et e). J. Barnes⁴ et H. Storey⁵ citent en ce sens des extraits de l'avis formulé par le Service juridique du Conseil en 2002.
- Il faut aussi tenir compte des obligations des Etats membres au regard du droit international⁶.

Au-delà de ces éléments, il faut affirmer une évidence : la compatibilité n'est pas la conformité. Une norme nationale plus favorable ne pourrait être regardée comme « incompatible » avec la directive que si elle remet en cause ses options fondamentales au point de la dénaturer. Est-ce concevable dans un tel domaine ? Il reviendra aux

³ HCR, *Commentaires* ..., op. cit., p.14.

⁴ Etude citée, n.2 supra.

⁵ Id, p.14-19.

⁶ Loc. cit., n.2 supra, p.164.

juridictions nationales et à la Cour de justice des Communautés européennes, si elle est saisie, d'interpréter cette clause.

L'application de la notion d'appartenance à un certain groupe social par les juridictions britanniques et françaises peut être commentée à ce propos .

- Le Royaume-Uni : les affaires *K* et *F*.

Rendue 8 jours après l'expiration du délai de transposition de la directive la décision de la Chambre des Lords *Secretary of State for the Home Department v K (FC) ; Fornah (FC) v Secretary of State for the Home Department* (2006) UKHL ; (2006)3 WLR 733 se rapportait à la demande d'asile de deux femmes, originaires l'une d'Iran l'autre du Sierra-Leone. Il s'agissait de décider si la crainte de persécution invoquée par elle avait pour motif l'appartenance à un certain groupe social, et donc de déterminer la portée de cette notion. Lord Bingham déclara que la convention de Genève devait être interprétée en accord avec son objectif humanitaire général et en tenant compte des principes, affirmés dans son préambule, selon lesquels les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales et que les réfugiés doivent se voir assurer l'exercice le plus large possible des dits droits et libertés. En l'absence de juridiction internationale compétente pour juger les litiges relatifs à son application, ajouta-t-il , l'interprétation qu'en font les autres Etats est importante. En cas de doute, il faut appliquer les articles 31 à 33 de la convention de Vienne de 1980 sur le droit des traités (§ 10).

Lord Bingham cita la jurisprudence anglaise (la décision *R v Immigration Appeal Tribunal, Ex p Shah and Islam* (1999 2 AC 629) (§ 12) , américaine (*In re Acosta*, déjà cité) et canadienne (*Ward*, également cité) (§ 14).Mentionnant l'existence des deux conceptions, celle qui se fonde sur l'immutabilité de certaines caractéristiques (autres que le risque de persécution) et celle qui retient la perception sociale du groupe, Lord Bingham cita un extrait du Guide de la protection internationale publié par le HCR en 2002 et recommandant l'utilisation de l'une ou de l'autre de ces deux conceptions (§ 15) .

Il en vint alors à la directive et à l'article 10-1 d) et déclara : « Si...cet article était interprété comme signifiant qu'un groupe social ne peut être reconnu comme tel au sens de la convention que si les deux critères mentionnés aux deux tirets sont réunies, cela revient,à mon avis, à proposer un critère plus sévère que celui qu'autorisent les sources internationales faisant autorité (« International authority ») ». Il cita en ce sens les Commentaires du HCR sur la directive. Mentionnant les deux « approches », celle des caractéristiques protégées et celle de la perception sociale,les Commentaires ajoutent : « Pour éviter toute absence de protection, le HCR recommande par conséquent aux Etats membres de concilier les deux approches afin de permettre une application alternative plutôt que cumulative des deux concepts » (§ 16). Aucun des autres juges n'exprima de désaccord avec lui (Cf. en particulier l'opinion de Lord Brown, § 118).

- La jurisprudence française

Avant comme après l'entrée en vigueur de la directive, la CRR emploie, pour reconnaître à ce titre la qualité de réfugié à une personne, les deux critères suivants : dans les conditions prévalant dans un pays ou une région donnée, l'attitude et le comportement des personnes en cause est regardée par la société comme constituant une transgression à l'égard des coutumes ; de ce fait, ces personnes font l'objet de persécutions sans pouvoir

bénéficiaire d'une protection des autorités. Ces personnes constituent ainsi un groupe dont les membres sont, en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux de la société de leur pays, susceptibles d'être exposés à des persécutions contre lesquelles les autorités de leur pays ne sont pas en mesure de les protéger. En d'autres termes, le critère tiré de l'immutabilité de certaines caractéristiques n'est pas retenu (Cf. infra II B).

Dernière remarque : cet article 3 était-il indispensable ?

II

L'application de la directive

Selon l'article 38-1 les Etats membres disposaient d'un délai expirant le 10 octobre 2006 pour se conformer à la directive. À cette date, 6 Etats sur 27 avaient notifié des mesures de transposition à la Commission. Au 7 juillet 2007, 12 Etats ne lui avaient pas communiqué leurs mesures de transposition et 7 ne l'avaient fait que partiellement. Le Royaume Uni et l'Irlande ont choisi de participer à son adoption et à son application. La directive n'est pas applicable au Danemark.

J'ai choisi d'examiner principalement la jurisprudence française, c'est à dire celle de la commission des recours et celle du Conseil d'Etat, parce que la transposition de la directive en droit français a commencé plusieurs mois avant sa publication. Elle a été l'oeuvre de la loi du 26 novembre 2003. L'ensemble des textes législatifs et réglementaires relatifs à l'entrée au séjour des étrangers en France et au droit d'asile est contenu dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après : le code). Le droit d'asile fait l'objet des articles L.711-1 à L.765-1, et R.721-1 à R.765-1. Nous disposons donc de près de trois ans de jurisprudence à son sujet.

Cette transposition a apporté un certain nombre d'innovations importantes, comme la protection subsidiaire. Sur d'autres points, elle n'a pas représenté une rupture avec le droit et la pratique de l'asile en France et la jurisprudence confirme et prolonge des tendances antérieures.

Je traiterai de deux points , la protection subsidiaire et la qualité de réfugié et formulerai ensuite quelques remarques communes.

A) La protection subsidiaire : les atteintes graves

Selon l'article L.712-1 du Code : « ...le bénéfice de la protection subsidiaire est accordé à toute personne qui ne remplit pas les conditions pour se voir reconnaître la qualité de réfugié...et qui établit qu'elle est exposée dans son pays à l'une des menaces graves suivantes :

- a) La peine de mort ;
- b) La torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants ;
- c) S'agissant d'un civil, une menace grave, directe et individuelle contre sa vie ou sa personne en raison d'une violence généralisée résultant d'une situation de conflit armé interne ou international. »

Les différences avec l'article 15 de la directive sont les suivantes : au a) l'exécution a été omise, ce qui est regrettable. Au b) la mention du pays d'origine ne figure pas, mais tout conduit à estimer que c'est bien de lui qu'il s'agit. Le mot « peine » remplace celui de sanctions ». Au c) alors que la directive distingue deux situations (d'où l'emploi du mot « ou »), le texte français n'en mentionne plus qu'une. De plus, le mot « directe » a été ajouté. Le résultat peut être une restriction du champ d'application de la directive. Le remplacement du mot « aveugle » par celui de « généralisé » est secondaire.

La jurisprudence de la Commission des recours des réfugiés (ci-après : CRR) et du Conseil d'Etat a apporté des précisions sur l'application de ces dispositions.

La torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

La protection subsidiaire a été accordée

- à un Algérien victime de mauvais traitements et de tortures pour avoir refusé de fournir des médicaments à des Groupes islamiques armés. La police n'était pas en mesure de le protéger. Il avait été victime de nouvelles menaces après avoir changé de domicile ⁷ ;
- à un inspecteur de police moldave victime de tels traitements pour avoir dénoncé des trafics ⁸ ;
- à un militaire cambodgien chargé de lutter contre la déforestation et risquant de subir de tels traitements du fait de la connivence entre les autorités et les trafiquants de bois⁹.

Elle a également été accordée à des femmes exposées à de tels traitements, notamment dans un cadre familial ou local, du fait de leur refus de certaines pratiques ou coutumes en vigueur. En voici quelques exemples. La protection subsidiaire a été accordée

- à une Nigériane ayant refusé un mariage imposé et mère d'un enfant né hors mariage¹⁰ ;
- à une Marocaine victime de sévices graves et répétés infligés par son époux, accompagnés de l'impossibilité d'engager une procédure de divorce ou de quitter le domicile conjugal ¹¹ ;

⁷ CRR. *Kefili*, 11 juin 2007 .

⁸ CRR. *Cretu*, 8 octobre 2004, p.87.

⁹ CRR. *Hong*, 14 février 2007..

¹⁰ CRR. *Aigbe*, 26 janvier 2006, p.38.

¹¹ CRR. *Maher*, 19 juillet 2006, p.36.

- à une Mongole refusant d'épouser le frère de son mari décédé et victime, avec sa fille, de sévices graves, alors que les autorités étaient réticentes à intervenir et ne pouvaient la protéger¹² ;
- à une ressortissante sud-africaine exposée à des risques graves d'atteinte à son intégrité physique de la part de son ancien compagnon et de son père, du fait de son mariage avec un Nigérian et de son refus de se soumettre à l'autorité familiale¹³ ;
- à une Guinéenne appartenant à l'ethnie malinké refusant de se soumettre à un mariage forcé et ramenée de force par son oncle de Côte d'Ivoire en Guinée¹⁴.

La protection subsidiaire est accordée aux femmes se trouvant dans de telles situations chaque fois que les conditions énumérées par la décision *Tas*¹⁵ et permettant de les regarder comme persécutées en raison de leur appartenance à un certain groupe social ne sont pas réunies. Ces conditions sont : d'une part une attitude perçue comme transgressive à l'égard des lois et coutumes en vigueur par tout ou partie de la société et les exposant à des persécutions et, d'autre part l'impossibilité de se prévaloir utilement de la protection des autorités publiques .

Les situations de violence généralisée résultant d'un conflit armé

Plusieurs décisions ont pris en considération la situation régnant en Irak pour accorder la protection subsidiaire, et non le statut de réfugié, à certaines personnes. Tel a été le cas pour

- une Irakienne chrétienne, membre de la communauté assyro-chaldéenne, en raison des risques émanant de groupes armés ou d'éléments incontrôlés de la population auxquels elle était exposée et qui trouvaient leur origine dans le climat de violence généralisée résultant de la situation de conflit armé interne prévalant aujourd'hui en Irak. De tels risques ont été regardés comme des menaces graves, directes et individuelles, compte tenu de son appartenance religieuse, de sa situation de femme isolée et de son aisance financière supposée. Dans un tel contexte, les autorités n'étaient pas en mesure de lui offrir leur protection¹⁶ ;
- un ancien comptable des services financiers du cabinet de l'ancien président de l'Irak, ancien membre du parti Baas, vu le climat de violence généralisé se traduisant notamment par la perpétration d'attentats, d'exactions et de menaces visant des groupes particuliers. Cet état résulte du conflit entre les forces de sécurité irakiennes, les forces de la Coalition et des groupes armés menant sur certaines parties du territoire des opérations militaires continues et concertées. Cette situation a été regardée comme une situation de violence généralisée résultant d'un conflit interne. L'intéressé était exposé à de graves actions de représailles de groupes armés ou d'éléments incontrôlés de la population constituant des menaces graves et individuelles liées à ses anciennes fonctions et à sa qualité. Les autorités ne pouvaient assurer sa protection¹⁷.

Dans deux décisions concernant le Darfour, la protection subsidiaire a été accordée à

¹² CRR.*Dolgor*, 7 octobre 2005, p.44.

¹³ CRR.*Mme Apleni, ép.Aguocha*, 28 septembre 2005, p.46.

¹⁴ CRR. *Soumaora*.

¹⁵ CRR, *Tas*, 4 mars 2005, p.37.

¹⁶ CRR. *Kona*, 17 février 2006, p.51.

¹⁷ CRR. *Alazawi*, 17 février 2006, p.53.

- un Soudanais appartenant à la tribu des Bertis, victime, avec ses proches, et ses employés, de menaces, d'agressions et d'exactions de la part des milices Janjawid, appuyées par l'aviation gouvernementale. La décision y a vu des menaces graves, directes et individuelles et affirme que le conflit du Darfour correspond aux critères de l'article 3 des conventions de Genève de 1949 relatif au conflit armé international¹⁸ ;
- à un Soudanais appartenant à l'ethnie Four, dont un frère avait disparu et un autre été arrêté pour faits de résistance, qui avait participé à la défense de son village et établissant avoir été exposé à une menace grave, directe et individuelle contre sa vie, dans une situation de violence généralisée résultant du conflit armé se déroulant au Darfour¹⁹.

On peut citer une décision relative à la Colombie accordant la protection sociale à une Colombienne employée comme comptable par des parents propriétaires terriens dans une région envahie par le FARC en 2001. Ses cousins avaient été exécutés par la guérilla pour avoir refusé d'acquiescer « l'impôt révolutionnaire ». Elle avait subi des pressions et des menaces de mort visant à la forcer à verser de l'argent. De telles menaces ont été regardées comme liées à un climat de violence généralisée résultant de la situation de conflit interne prévalant aujourd'hui en Colombie dans cette région, sans que cette personne puisse obtenir la protection des autorités²⁰.

B) La qualité de réfugié : l'appartenance à un certain groupe social

Le contenu de l'article 10-1 d) de la directive a été rappelé (cf. supra). La loi française ne contient pas de dispositions particulières sur cette notion, qui a été abondamment commentée²¹. La directive n'a pas eu d'effets particuliers sur la jurisprudence française qui a reconnu depuis plusieurs années la qualité de réfugié à ce titre à plusieurs catégories de personnes se trouvant dans des situations déterminées. J'ai rappelé ci-dessus les deux conditions à réunir en vertu de la jurisprudence résultant de la décision *Tas* déjà citée²². La qualité de réfugié a ainsi été reconnue à des personnes

- en raison de leur orientation sexuelle : transsexuels²³ ou homosexuels²⁴ ;
- à une femme refusant l'excision ou voulant s'y soustraire, en l'absence de protection de l'Etat²⁵ ;
- à une femme refusant un mariage imposé²⁶ ;

¹⁸ CRR. *Azziz Ahmed*, 22 novembre 005, p.56.

¹⁹ CRR. *Abdul Rahamn Mohamed*, 12 octobre 2006, p.57

²⁰ CRR. *Rincon Perez*, 29 septembre 2006, p.58.

²¹ Cf. R. Errera, « The Concept of Membership of a Particular Social Group in Refugee Law », in *Völkerrecht als Weltordnung. Common Values in International Law. Festschrift für/ Essays in Honor of Christian Tomuschat*, sous la direction de P.M. Dupuy, B. Fassbender, M.N. Shaw et K.P. Sommermann, Engel, Kehl, 2006, p.133.

²² Le Conseil d'Etat a annulé pour erreur de droit une décision de la CRR affirmant que la requérante pouvait être regardée comme appartenant à un groupe social constitué par les homosexuelles en Ukraine sans rechercher si ces personnes constituaient un groupe susceptible d'être persécutées : Conseil d'Etat, *OFPRA c Mlle Shpak* et *OFPRA c Mlle Hnatyk*. J'ai commenté cette décision dans *Public Law*.2007.164.

²³ CRR. *Ombih*, 7 juillet 1995, p.52 ; Conseil d'Etat, *O.*, 23 juin 1997, p.261 (cassation) ; CRR. *O.*, 15 mai 1998, p.37 ; CRR. *B.*, 15 février 2005, p.42.

²⁴ CRR. *Djellal*, 12 mai 1999, p.46 ; *K.*, 23 mai 2002, p.35 (Algérie) ; *Habetemariam Gedion*, 23 mai 2002, p.35 (Ethiopie) ; *Z.*, 23 mai 2007, (Afghanistan) ; *D.*, 18 mai 2007 (Sénégal) ; *Klykov*, 21 octobre 2005 (Russie, région de Sverdlovsk)

²⁵ CRR. *Diop*, 18 septembre 1991, commenté dans *Public Law*, 2003.196 ; *Ndiguimadji*, 30 mars 2004, p.32 ; *Sylla*, 16 juin 2005, p. 40 ; *Diakhaté*, 22 février 2005, p.41 ; *Zongo*, 12 juin 2007.

²⁶ CRR. *Nazia*, 15 octobre 2004, p.33 ; *Tas*, déjà cité, *Ozkan*, 11 avril 2005, p. 39. Ces décisions ont été commentées dans *Public Law*.2006, p.168.

- à un Afghan d'origine ouzbek, enfant naturel, dont la mère avait été répudiée par son mari, et victime de sévices et de persécutions ²⁷.

Ces décisions appliquent le critère contenu dans l'article 10-1 d), 1^{er} alinéa, deuxième tiret de la directive : « ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il y est perçu comme étant différent par la société environnante ».

C) Remarques communes

Elles concernent l'asile interne, les acteurs de la protection et l'utilisation, par les juridictions, de divers instruments de droit international

i. L'asile interne

La convention de Genève est muette sur ce point. Tel était aussi le cas de la loi française avant 2003 .L'article 8 de la directive permet aux Etats membres d'utiliser cette notion quand les conditions qu'il énoncé sont remplies. L'article L. 713-3 du code reproduit la substance de l'article 8 de la directive avec deux différences. L'une est une adjonction justifiée:lorsque cette faculté est utilisée, il faut également tenir compte de l'auteur de la persécution. En outre, la loi française ne contient pas l'article 8-3 de la directive. La perte est mineure.

La commission des recours des réfugiés avait, avant 2003, utilisé dans certains cas relatifs à des pays tels que l'Algérie ou la Turquie un raisonnement assez proche de la notion d'asile interne pour rejeter certains recours. Depuis la fin de 2003 elle a eu l'occasion d'appliquer la nouvelle loi résultant de la transposition de la directive. Une décision de 2004 est un bon exemple de la minutie et de l'attention avec laquelle la notion d'asile interne doit être maniée, conformément à la lettre et à l'esprit de la directive .La CRR a refusé d'appliquer l'asile interne et a reconnu la qualité de réfugié à un Algérien se trouvant dans la situation suivante : il avait subi à partir de 1995 de fortes pressions et des menaces de mort des Groupes islamiques armés dans sa région. Il s'est alors rendu à Alger en 1997, puis est retourné dans son village en 1999. A la fin de cette année il a reçu de nouvelles menaces des GIA et y échappé de peu à une tentative de meurtre. La police ne lui a accordé aucune protection. Il est alors retourné à Alger au début de 2000, sans y craindre d'être persécuté ou d'y être exposé à une atteinte grave. Mais il ne pouvait y trouver aucun emploi et craignait constamment d'être l'objet de tracasseries policières conduisant à un renvoi forcé dans sa région d'origine. La CRR en a conclu qu'il ne serait pas raisonnable d'estimer qu'il pourrait rester dans cette partie du pays au sens de la loi. La qualité de réfugié lui a été reconnue ²⁸.

ii. Les acteurs de la protection

Le contenu de l'article 7 de la directive a déjà été décrit (cf. supra).Selon l'article L.713-2, 2^{ème} alinéa du code les autorités susceptibles d'offrir une protection « peuvent être

²⁷ CRR. B., 11 mai 2007.

²⁸ CRR. *Boubrima*, 25 juin 2004, p. 46. Sur l'asile interne voir aussi CRR, *Selimovic*, 18 janvier 2006, p.69 ; *Kasipillai Thalaiyasingham*, 20 juillet 2004, p.53.

les autorités de l'Etat et les organisations internationales et régionales ». Aux termes de l'article 7 b) de la directive la protection peut être accordée par « des partis ou organisations, y compris les organisations internationales, qui contrôlent l'Etat ou une partie importante du territoire de celui-ci ». La loi française ne mentionne pas les partis, utilise la notion d'« organisation régionale » qui ne serait pas internationale, catégorie plus large que celle de « partis », et omet de mentionner le contrôle d'une partie du territoire de l'Etat par les organismes non étatiques.

Une décision récente de la CRR a reconnu la qualité de réfugié à un Ivoirien, militant au sein du RFR, pour les motifs suivants : le gouvernement de M. Konan Banny n'exerce plus d'autorité dans la partie nord du territoire de la Côte d'Ivoire, contrôlée militairement par l'Alliance des forces nouvelles. Les autorités gouvernementales ne peuvent plus y exercer leur fonction de protection. Même si plusieurs de ses membres participent au gouvernement d'Abidjan, l'Alliance des forces nouvelles ne peut être regardée comme une autorité étatique ou une organisation régionale en mesure d'offrir une protection pour deux raisons : la caractéristique de l'organisation administrative et judiciaire qu'elle tente de mettre en place est très embryonnaire. De plus, dans la partie nord du pays les anciennes autorités administratives, militaires et judiciaires ont été remplacées par la coalition des chefs de guerre composant cette Alliance ²⁹.

La CRR a précisé dans quels cas une organisation internationale pouvait être regardée comme offrant une protection. Une réponse négative a été apportée dans des affaires concernant la Mission des Nations Unies pour la stabilisation en Haïti ³⁰ ou la KFOR au Kosovo³¹.

iii. La prise en compte d'autres instruments internationaux

La CRR et le Conseil d'Etat prennent fréquemment en compte des instruments internationaux de nature très variée, en plus de la convention de Genève. C'est là une illustration supplémentaire de la tendance croissante du droit de l'asile à utiliser des instruments juridiques autres que ceux qui concernent directement l'asile. En voici quelques exemples.

- Une décision du Conseil de l'Union européenne a été utilisée pour motiver le refus d'accorder à un Turc tant la reconnaissance de la qualité de réfugié que le bénéfice de la protection subsidiaire. Il avait exercé les fonctions d'instructeur politique auprès des combattants du PKK en Irak. La CRR a relevé que le PKK, organisation ayant utilisé des méthodes terroristes contre la population civile, avait été inscrite sur la liste des personnes et des groupes auxquels s'applique la position commune du Conseil de l'Union européenne du 2 mai 2002 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme. L'article 1^{er} F b) de la convention de Genève a été appliqué ³².
- Une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU a été utilisée pour appliquer la clause d'exclusion de l'article 1^{er} F c) de la convention de Genève à un Tunisien ayant exercé

²⁹ CRR. *Traoré*, 16 février 2007.

³⁰ CRR. *Saint Phart*, 28 juin 2005, p.34. ; *Vil*, 30 juin 2006, p. 45

³¹ CRR. *Qerini*, 23 septembre 2004, p.51.

³² CRR. *Ucar*, 11 mai 2006, p.100..

des fonctions de responsable au sein d'un réseau terroriste. La CRR a affirmé que ces actes, méthodes et pratiques étaient contraires aux buts et principes des Nations Unies, au sens de la résolution 1373 du Conseil de sécurité du 28 septembre 2001, adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies³³.

- Les statuts de juridictions pénales internationales ont été invoqués dans certaines décisions. Ainsi une décision de la CRR appliquant une clause d'exclusion à un Serbe d'origine Roma enrôlé dans une unité de la police serbe au cours du conflit du Kosovo et ayant reconnu des exactions contre la population albanaise de cette région mentionné, à propos des crimes de guerre, l'article 6 b) de l'accord de Londres de 1945 créant le Tribunal militaire international et les articles 3 à 5 du statut du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie³⁴.
- D'autres décisions citent divers autres instruments internationaux : une décision récente a reconnu la qualité de réfugié à un ressortissant de la République démocratique du Congo enrôlé de force à 13 ans dans l'armée patriotique rwandaise ou une formation combattante agissant avec son soutien. Elle mentionne qu'un tel enrôlement est interdit par l'article 77 du premier protocole additionnel à la convention de Genève du 12 août 1949 et par l'article 38 de la convention de l'ONU de 1989 sur les droits de l'enfant et est qualifié de crime de guerre par l'article 8 du statut de la Cour pénale internationale³⁵.
- La décision récente refusant la protection internationale à la veuve de l'ancien président du Rwanda assassiné en 1994, au titre des clauses d'exclusion mérite une attention particulière par le caractère extrêmement détaillé de sa motivation. Elle cite plusieurs jugements du tribunal pénal international pour le Rwanda et contient une description de la préparation et de l'organisation du génocide de la population tutsi. Plusieurs rapports d'organisations non gouvernementales sont mentionnés, ainsi que des rapports parlementaires belges et français³⁶.
- Les accords de Dayton de 1995 ont été mentionnés dans une décision rejetant le recours d'un Bosnien d'origine bosniaque et de confession musulmane établi dans l'entité « Fédération de Bosnie »³⁷.

³³ CRR. *Tebourski*, 17 octobre 2006, p.103. Voir aussi Conseil d'Etat, *OFPRO c Mme S.*, 18 janvier 2006, décision citant la résolution 1244 du 10 juin 1999 concernant le Kosovo.

³⁴ CRR. *Kurta*, 18 mai 2006, p.95 ; voir aussi la décision mentionnée à la n.35.

³⁵ CRR. *Mwe Ngambimi*, 1^{er} mars 2007.

³⁶ CRR. *Mme Mme Kanziga, veuve Habyarimana*, 15 février 2007.

³⁷ CRR. *Selimovic*, cité n.28 supra.

III

Les garanties de la convention européenne des droits de l'homme et la directive

J'analyserai quelques unes des garanties de la convention européenne des droits de l'homme avant de commenter sur les effets de la directive.

a. Les garanties de la convention européenne des droits de l'homme

À l'origine, la convention ne contenait aucun article spécifique sur les droits des étrangers. Les seuls articles qui mentionnaient les étrangers se rapportaient à la restriction éventuelle de leurs droits³⁸. Le quatrième protocole, dont l'article 4 interdit les expulsions collectives, et le septième, dont l'article 1^{er} contient des garanties procédurales en matière d'expulsion, viendront plus tard. Aujourd'hui la convention et la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme (ci-dessous : la cour) jouent un grand rôle en Europe dans la définition et l'application du droit des étrangers en général et des demandeurs d'asile en particulier³⁹. Cela aurait bien surpris ses rédacteurs. En 1949-1950 personne, à la vérité, ne pensait en Europe aux droits des étrangers. Le principal problème était le sort des « personnes déplacées » - l'un des euphémismes marquants du siècle -. Quant aux réfugiés, le HCR fut alors créé pour remplacer l'Organisation internationale des réfugiés et la convention de Genève fut adoptée en 1951.

Pour évaluer les garanties offertes en matière d'asile par la convention, il convient de rappeler, comme le fait la cour, que ce texte est un instrument vivant qui doit être interprété en

³⁸ Voir les articles 5.1 f) et 16.

³⁹ Sur la convention européenne des droits de l'homme et le droit des étrangers voir notamment I.Einarsen, "The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to Asylum", 2 *IJRL* (1990) n°3, p.361 ; H.Lambert, "The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and other Persons in Need of Protection to Family Reunion", 11 *IJRL*(1999), n° 3, p 427;id, "Protection against refoulement from Europe :Human rights Law comes to the rescue", 48 *ICLQ* (1999) p.515; L.Marzano, « La protection offerte par la Convention européenne des droits de l'homme aux demandeurs d'asile et aux réfugiés », *Revue universelle des droits de l'homme*, 2002, p.176 ; H.Lambert, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme/ The position of aliens in relation with the European Convention on Human Rights*, 3^{ème} éd., Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2007.

prenant en considération l'évolution du droit international relatif à la protection des droits de l'homme.

Dans l'examen de la jurisprudence de la cour deux articles de la convention retiennent ici particulièrement l'attention : l'article 3 et l'article 13. Je ferai ensuite quelques remarques sur les mesures provisoires que la cour peut demander aux Etats - parties de prendre.

i. L'article 3

Il est inutile de rappeler le contenu de cet article. La prohibition qu'il édicte est devenue universelle avec l'article 7 du pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques. La convention de l'ONU de 1984 et a été renforcée par la convention européenne de 1987 sur la prévention de la torture et des traitements précités. Cette prohibition est absolue et exclut toute restriction ou dérogation. Elle s'applique à *toutes* les personnes placées sous la juridiction des Etats parties, quel que soient leur situation ou leur statut juridique. Son application a conduit la cour à répondre à quatre questions distinctes concernant l'application extra-territoriale de la convention, la nature du risque invoqué par le requérant, le problème des définitions, enfin l'origine du risque encouru .

1. L'application extra- territoriale de la convention

Tant la commission européenne des droits de l'homme ⁴⁰ que la cour⁴¹ ont affirmé qu'une décision de renvoyer, d'expulser ou d'extrader un étranger peut poser un problème au regard de l'article 3 si cet étranger risque d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3.

2. La nature du risque

Selon la jurisprudence de la cour, il faut qu'il soit établi qu'il existe des raisons sérieuses et fortes de croire que l'intéressé, en cas de renvoi dans son pays, court un risque réel soumis à des traitements interdits par l'article⁴². Ceci s'applique tout particulièrement aux demandeurs d'asile dont la demande a été rejetée ⁴³, ainsi que la cour l'avait noté dans son arrêt *Vilvaraj c Royaume-Uni* du 30 octobre 1991.

L'affaire *Jabari c Turquie* (11 juillet 2000) est un bon exemple. Mme Jabari, Iranienne, avait demandé la reconnaissance du statut de réfugié en Turquie. Sa demande fut rejetée. Elle avait disposé d'un délai de 5 jours pour la présenter, ce qui conduisit la cour à affirmer que les autorités turques ne l'avaient pas examinée sérieusement et que l'application mécanique d'une

⁴⁰ Voir *X .c Allemagne*, n°1465/62 ; *Amekrane c Royaume Uni*, n°5961/72 ; *Altun c Allemagne*, n°10308/83 ; *Kirkwood c Royaume Uni*, n° 10479/83.

⁴¹ *Soering c Royaume Uni*, 26 juin 1989 ; *Cruz Varas c Suède*, 20 mars 1991 ; *Vilvaraj c Royaume Uni*, 30 octobre 1991 ; *Chahal c Royaume Uni*, 15 novembre 1996.

⁴² Voir, pour des exemples de rejet, *Narcisio c Pays-Bas*, 27 janvier 2005 ; *Mamatkulov et Askarov c Turquie*, 4 février 2005 ; *Collins et Akaziebie c Suède*, 8 mars 2007. Dans cette dernière affaire deux Nigériennes avaient demandé l'asile en se fondant sur la pratique de l'excision au Nigéria. Tout en affirmant que ce traitement était contraire à l'article 3 et qu'il était de tradition au Nigéria, la cour a affirmé que plusieurs Etats de la Fédération l'avaient interdit que le gouvernement s'y opposait, même s'il n'existait pas de loi l'interdisant. Reconnaisant que cette pratique était plus répandue dans la région des requérantes qu'ailleurs, la cour a affirmé qu'elles pourraient trouver une protection dans une autre région.

⁴³ *Jabari c Turquie*, 11 juillet 2000. La cour note que la convention ne contient pas un droit à l'asile politique.

telle clause était incompatible avec la protection des valeurs fondamentales contenues dans l'article 3. Le représentant du HCR en Turquie lui a reconnu la qualité de réfugié, en s'inspirant des lignes directrices élaborées par le HCR concernant la persécution fondée sur le sexe. Elle était poursuivie pour adultère en Iran, où la peine est la mort par flagellation ou lapidation. Dans ces conditions le HCR a estimé qu'elle avait une crainte fondée de persécution reposant sur son appartenance à un certain groupe social, celui des femmes transgressant certaines mœurs sociales. Le jugement accorde beaucoup d'importance à cette décision du représentant du HCR et à sa motivation .

3. Les définitions

Comment définir les traitements interdits par l'article 3 et distinguer entre la torture et les autres traitements ? La cour prend en considération la nature des traitements, leur contexte, la manière de les appliquer, leur durée, leurs effets physiques et psychiques, ainsi que l'âge, le sexe et l'état de santé de la victime⁴⁴ .

4. Les origines du risque encouru

Plusieurs situations peuvent se présenter :

- Peut-on prendre en considération l'origine non -étatique de tels risques ? La cour a répondu par l'affirmative, si l'auteur du recours établit que le risque est réel et que les autorités publiques ne peuvent le protéger⁴⁵ .
- Le risque de traitements contraires à l'article 3 peut avoir d'autres origines que les autorités publiques ou des acteurs privés. En 1997, la cour a jugé que le gouvernement britannique avait violé l'article 3 en ordonnant l'expulsion d'une personne souffrant du sida et n'ayant plus que peu de temps à vivre : son pays d'origine ne disposant pas de l'équipement médical approprié pour le soigner, il était voué à mourir dans des conditions d'abandon total⁴⁶.
- Une dernière situation présente un grand intérêt juridique, vu la coexistence, en matière d'asile, de la convention de Genève, du droit de l'Union et de la convention européenne des droits de l'homme. Lorsqu'un pays refuse de reconnaître la qualité de réfugié à une personne et la renvoie vers un autre pays en vertu de la convention de Dublin (devenue un règlement) ou d'un accord de réadmission ou parce qu'il estime que ce pays est un « pays sûr », le problème se pose de savoir quelle est la jurisprudence de ce pays notamment quant à l'origine des persécutions. Dans l'affaire *T.I c Royaume Uni T.I.*, qui concernait le renvoi d'une personne vers l'Allemagne, pays qui ne tenait pas, alors, de l'origine non- étatique de la persécution le HCR a affirmé, dans son mémoire, que dans un tel cas l'expulsion indirecte pourrait violer le principe de non refoulement⁴⁷ .

⁴⁴ Voir *D c Royaume Uni*, 2 mai 1997, mentionné infra. Cf. W.Kälin, « The prohibition of inhuman return and its impact upon refugee status determination », in International Association of Refugee Law Judges, *Refugee and Asylum Law. Assessing the Scope for Judicial Protection*,. Nederlands Centrum Buitenlanders, Nimègue, 1997, p 139.

⁴⁵ *H.L.R. c France*, 29 avril 1997 ; *Ahmed c Autriche*, 17 décembre 1996.

⁴⁶ *D c Royaume Uni*, 2 mai 1997.

⁴⁷ 7 mars 2000 ; cf. 12 *IJRL* (2000) n°2, p. 244 ; voir p.258.

Selon la cour « le refoulement indirect vers un pays intermédiaire qui se trouve être également un Etat contractant n'a aucune incidence sur la responsabilité (du premier Etat) qui doit veiller à ne pas exposer le requérant à un traitement contraire à l'article 3 de la convention par sa décision de l'expulser. Dans ce contexte (le premier Etat) ne peut pas non plus s'appuyer d'office sur le système établi par la convention de Dublin pour attribuer, au sein des pays européens, la responsabilité de statuer sur les demandes d'asile. Lorsque des Etats établissent des organisations internationales ou, mutatis mutandis, des accords internationaux pour coopérer dans certains domaines d'activité, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. Il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné ». La cour a donc examiné si le Royaume-Uni avait respecté ses obligations, à savoir de protéger le requérant contre le risque de traitements contraires à l'article 3.

ii. L'article 13

Depuis l'arrêt *Kudla c Pologne*⁴⁸, la cour examine indépendamment la validité du moyen tiré de la violation de l'article 13 de la convention, même si elle a constaté la violation d'un autre article, cela contrairement à sa pratique antérieure. Cette nouvelle jurisprudence présente un intérêt particulier pour les demandeurs d'asile à qui l'entrée sur le territoire est refusée et qui ne peuvent pas, faute de recours effectif, contester utilement ce refus. Une décision récente de la cour, l'affaire *Gebremedhin c France*⁴⁹ en est une bonne illustration et mérite une analyse détaillée.

M.G. est Erythréen. En 1998 il est déplacé, avec sa famille, d'Erythrée en Ethiopie, où il travaille comme journaliste. Il est arrêté et incarcéré en 2000 et en 2001 et subit des mauvais traitements. Il s'enfuit au Soudan puis en Afrique du sud. Muni d'un faux passeport soudanais, il arrive en France sans document de voyage en 2005 le 1^{er} juillet 2005 et demande à y entrer au titre de l'asile. Conformément à la loi, il est placé en zone d'attente, où la durée maximum d'internement est de 20 jours. Pendant ce temps le ministère de l'intérieur examine si sa demande est manifestement infondée. Dans l'affirmative, la loi permet au ministre de lui refuser l'entrée en France, décision immédiatement exécutoire. G. est entendu par un fonctionnaire de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (ci-après : OFPRA). Le 6 juillet, suivant l'avis négatif de l'OFPRA, le ministre lui refuse l'entrée en France, estimant sa demande d'asile manifestement infondée (déclarations incohérentes, discréditant ses affirmations). Il doit être renvoyé dans son pays, ou vers tout autre pays disposé à l'accueillir. G. introduit alors une action devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise. Il s'agit d'un référé-liberté, procédure d'urgence qui permet à un juge d'une juridiction administrative, en cas d'urgence, d'ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une autorité publique a porté atteinte grave et manifestement illégale. Ce juge se prononce dans les 48 heures après une procédure contradictoire écrite ou orale⁵⁰. Dans certains cas d'irrecevabilité ou s'il estime que la demande est mal fondée, le juge peut la rejeter par ordonnance motivée, sans procédure contradictoire⁵¹. Le 8 juillet 2005, le juge du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a rejeté la demande en utilisant cette

⁴⁸ 26 octobre 2000.

⁴⁹ 26 avril 2007.

⁵⁰ Code de justice administrative, articles L.521-2 et L.522-1.

⁵¹ Id, article L.522-3.

clause, la demande ne contenant pas de précisions suffisantes sur l'identité et la profession du requérant, les persécutions et leurs motifs, enfin les risques encourus en cas de retour.

L'acte suivant se déroule devant la cour européenne des droits de l'homme, où G. a introduit un recours, invoquant la violation des articles 3 et 13. Utilisant l'article 39 de son règlement, la cour demande au gouvernement français, le 15 juillet, de surseoir au renvoi de G. vers l'Erythrée jusqu'au 30 août. Elle lui rappelle qu'en vertu de la jurisprudence de la cour⁵², que je commenterai plus loin, le fait de ne pas se conformer à cette demande peut entraîner une condamnation pour violation de l'article 34⁵³. Le gouvernement français accepte. G. demeure donc en zone d'attente. Le 20 juillet il est libéré à l'expiration du délai légal de 20 jours, entre légalement en France et demande à l'OFPRA la reconnaissance de sa qualité de réfugié.

Le 11 août, le Conseil d'Etat statue sur le pourvoi en cassation formé contre l'ordonnance du juge des référés précitée. Il constate que la décision du ministre de ne pas expulser G. a eu les mêmes effets que ceux de l'injonction que G. avait demandé au juge de prononcer et qui ne pouvait avoir qu'un caractère provisoire. Le Conseil d'Etat en a conclu que pourvoi de G. n'avait plus d'objet et décidé un non-lieu à statuer⁵⁴. En novembre 2005 l'OFPRA a reconnu la qualité de réfugié de G.

Le 26 avril 2007, la cour a statué sur la requête de G. Sa décision peut être résumée ainsi : le refus d'entrée opposé à G. faisait obstacle au dépôt d'une demande d'asile. Il était exécutoire et le recours en annulation dirigé contre lui n'était pas suspensif, sauf si le tribunal saisi en décidait ainsi. La qualité de réfugié ayant été reconnue à G., il a perdu la qualité de victime au regard de l'article 3 mais il peut invoquer l'article 3 en conjonction avec l'article 13. La cour affirme que s'il existe un motif sérieux d'estimer que l'étranger court un risque de subir des traitements contraires à l'article 3 dans son pays d'origine, l'article 13 exige qu'il ait accès à un recours suspensif de plein droit contre cette décision. Tel n'était pas le cas ici, d'où la décision, unanime, déclarant qu'il y avait eu ici violation de l'article 13 de la convention.

Epilogue : au moment où ces lignes sont écrites le Parlement est sur le point d'adopter un projet de loi sur l'immigration qui crée, afin d'exécuter la décision précitée de la cour au profit des demandeurs d'asile à la frontière auxquels un refus d'entrée en France est opposé un recours en annulation suspensif de plein droit et exclusif de tout autre⁵⁵ devant le tribunal

⁵² *Mamatkulov et Askarov c Russie*, cité supra n.42.

⁵³ « Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace » du droit de présenter une requête individuelle devant la cour.

⁵⁴ Conseil d'Etat, 11 août 2005, *G.*, AJDA.2005.p.2135, note Slama.

⁵⁵ Plusieurs ordonnances de référé du Conseil d'Etat en 2005v et 2006, tirant peut-être les conséquences de l'affaire *Gebremedhin*, ont souligné, comme l'avait fait dès 2001 une ordonnance de référé du 12 janvier 2001, *Mme Hyacinthe*, p. 12, que le droit d'asile, qui est une liberté fondamentale, a pour corollaire le droit de solliciter l'asile. Ce droit implique que l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié soit en principe autorisé à demeurer sur le territoire jusqu'il ait été statué sur sa demande. C'est seulement dans le cas où celle-ci est refusée » comme « manifestement infondée » que le ministre de l'intérieur peut, après avis de l'OFPRA, lui refuser l'accès au territoire. Une ordonnance de référé du 24 octobre 2005, *Ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c M.Mbizi Mpassi Galli*, affirme que l'étranger en cause « n'était pas dans une situation permettant de regarder comme manifestement infondée sa demande d'admission au statut de réfugié ». En lui refusant l'entrée en France, le ministre a porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale précitée. L'ordonnance initiale a été confirmée (AJDA.2006,p 496, note Slama). Voir aussi *Saidov*, 7 mars 2006.

administratif, qui devra statuer dans les trois jours. La décision de refus d'entrée ne pourra être exécutée pendant le délai ouvert pour former le recours (48 heures selon le Sénat, 24 heures selon le projet initial du gouvernement et l'Assemblée, délai manifestement insuffisant et contraire à la notion de droit au juge et de recours efficace) et, en cas de recours, avant la décision du tribunal administratif.

iii. Les mesures provisoires

L'article 39-1 de son règlement permet à la cour d'indiquer aux parties « toute mesure provisoire (qu' elle estime) devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure ». Dans l'affaire *Mamatkoulov et Askarov c Turquie*⁵⁶ la cour a rendu une décision importante. Les deux requérants, tous deux Ouzbeks, étaient l'objet d'une demande d'extradition adressée par leur pays à la Turquie. Leurs recours furent rejetés. Ils déposèrent alors un recours devant la cour, invoquant le risque de subir dans leur pays des traitements contraires à l'article 3. La cour indiqua au gouvernement turc, au titre de mesure provisoire, celle consistant à ne pas les extraditer avant la date à laquelle elle examinerait l'affaire. Un décret d'extradition fut pris et les intéressés furent extradés. Les autorités turques informèrent ensuite la cour des garanties obtenues en ce qui concernait la peine de mort et la torture. Ils furent condamnés à 20 et 11 ans d'emprisonnement.

Après avoir constaté l'absence de violation des articles 3 et 6-1, la cour examina le moyen tiré de la violation de l'article 34 et répondit à la question suivante : les mesures provisoires indiquées au titre l'article 39 sont-elles obligatoires ? Selon la lettre de l'article 39, la réponse était négative. La Grande Chambre, comme la chambre auparavant en 2003, est arrivée à une conclusion opposée en prenant en considération trois éléments :

- l'importance du droit de recours individuel dans le système de la convention. Il crée des obligations objectives pour les Etats parties. Sa sauvegarde doit être effective .
- La pratique des mesures provisoires par la cour. L'article 39 n'indique pas les raisons qui peuvent fonder une telle demande de sa part .En fait la cour n'y a recours que dans cas limités, en cas de risque imminent de dommage irréparable relatif au droit à la vie (Article 2), aux traitements prohibés par l'article 3 ou, exceptionnellement, au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8. Dans la plupart des cas, il s'agissait d'affaires d'expulsion ou d'extradition, d'où l'intérêt de cette question pour le droit des étrangers. Les Etats refusent très rarement de prendre de telles mesures.
- La pratique des autres institutions internationales compétentes pour statuer soit sur des demandes individuelles soit sur des litiges inter-étatiques. Toutes ces institutions ont mis en relief l'importance et les objectifs des mesures provisoires. Elles ont souligné que leur observation était nécessaire pour assurer l'effectivité de leurs décisions sur le fond et estimé que le refus des Etats de s'y conformer était une violation de leurs obligations. Tel est le cas du Comité des droits de l'homme de l'ONU, du comité des Nations Unies contre la torture et de la Cour internationale de justice. En un mot « l'interprétation de la portée des mesures provisoires ne peut être dissociée de la procédure au cours de laquelle elles sont prévues et de la décision sur le fond qu'elles visent à protéger »⁵⁷.

⁵⁶ 4 février 2005 ; *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 17, n°S 1-4, 30 octobre 2005, p.5 ; *RGDIP*.2003,p.601, note Tigroudja.

⁵⁷ § 123

En l'espèce la cour a jugé que le refus du gouvernement turc de se conformer aux mesures provisoires indiquées avait constitué une violation de l'article 34. En raison de l'extradition des requérants, la cour n'a pu examiner leurs griefs, conformément à sa pratique constante dans des affaires similaires ni les protéger en cas de besoin des violations potentielles de manière appropriée. Ils ont donc été entravés dans l'exercice efficace de leur droit.

Depuis la cour a indiqué dans plusieurs affaires au gouvernement la mesure provisoire consistant à surseoir à l'expulsion ou à l'extradition d'étrangers et a tiré les conséquences de leur refus de s'y conformer⁵⁸.

b. Les effets de la directive

a) La directive n'est ni le premier ni le dernier instrument juridique de l'Union européenne relatif aux réfugiés et à la protection internationale. Voici deux exemples de développements récents. En juin 2007 la Commission a publié deux documents. Le premier se rattache indirectement au projet de régime d'asile européen commun « basé sur l'application intégrale et globale de la convention de Genève et sur les valeurs humanitaires communes à l'ensemble des Etats membres ». Il s'agit d'un Livre vert concernant la deuxième phase du programme de La Haye⁵⁹. On notera que la première phase n'a pas encore été entièrement évaluée et que nous en sommes au commencement de l'application de la directive. Ce document mentionne un plus haut niveau commun de protection, une plus grande égalité de la protection au sein de l'Union, une meilleure solidarité entre les Etats membres, enfin une procédure commune.

Le deuxième document est une proposition accordant le statut de résident de longue durée aux bénéficiaires de la protection internationale (les réfugiés et ceux à qui la protection subsidiaire a été accordée). La directive de 2003 consacrée à cette question⁶⁰ ne mentionne que les ressortissants des pays tiers ayant résidé régulièrement dans le pays depuis cinq ans au moins. Le statut précité permettrait à ses bénéficiaires de se rendre dans un autre pays membres et d'y séjourner trois mois. Deux questions se posent : d'une part ces personnes conserveront-elles le bénéfice de la protection internationale lorsqu'elles séjourneront dans un pays autre que celui qui la leur a accordée ? Une réponse positive s'impose. D'autre part la définition du réfugié renvoie uniquement à la directive, et non plus à la convention de Genève. Pourquoi ?

b) La dimension relative aux droits de l'homme est de plus en plus présente dans le droit applicable à l'asile, au sens large du mot : définition des personnes ayant droit à la protection internationale, procédures, droits reconnus à ces personnes. Le droit de l'Union relatif à l'asile, et donc en premier lieu l'application et l'interprétation de la directive doivent en tenir compte, comme cela a déjà été dit⁶¹.

⁵⁸ Voir, pour une extradition, *Chamaïev et a. c Géorgie et Russie*, 12 avril 2005 ; *Soldatenko c Ukraine* et *Kamyshev c Ukraine* (affaires en cours) ; pour un demandeur d'asile dont la demande initialement rejetée, a été finalement satisfaite, *Salah Sheek c Pays-Bas*, 11 janvier 2007.

⁵⁹ COM (2007)301 final.

⁶⁰ 2003/109, novembre 2003.

⁶¹ Voir à ce sujet G.Goodwin-Gill, "Refugees and their Human Rights", Refugee Studies Centre, Oxford University, Working Paper n° 17,2004 ; R. Plender, "International (Human Rights) law on asylum and Refugees", rapport présenté en 2006 lors d'une conférence organisée par la société italienne de droit international.

c) Dans ce contexte, les garanties contenues dans la convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la cour de Strasbourg prennent une importance particulière. Celles qui concernent l'article 3 ont été rappelées⁶² et notamment la jurisprudence issue de la décision *Chahal c Royaume Uni*⁶³. Ces règles prennent un relief particulier dans une Europe où certains Etats ont permis ou laissé effectuer des expulsions ou des extraditions déguisées vers des pays où la torture est couramment pratiquée⁶⁴. Dans ce domaine, les organismes nationaux compétents et la cour européenne des droits de l'homme ne peuvent ignorer les constatations et les décisions d'autres institutions telles que le comité européen pour la prévention de la torture et le comité des Nations Unies contre la torture. Par une décision du 20 mai 2005 ce dernier comité a décidé que la Suède avait violé l'article 3 de la convention de l'ONU contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en expulsant en Egypte un Egyptien qui courait un risque réel d'être torturé. Des agents de la CIA avaient été impliqués. L'intéressé n'avait pu contester la décision d'expulsion devant une autorité indépendante et la Suède avait, en outre, méconnu ses obligations au titre de l'article 22 de la convention précitée en ne collaborant pas avec le comité⁶⁵.

La même vigilance s'impose dans l'application de deux autres instruments de l'Union européenne. Le premier est le règlement Dublin II remplaçant la convention du même nom et en vigueur depuis septembre 2003⁶⁶. N'oublions pas que la décision *T.I. c Royaume Uni* concernait l'application de la convention de Dublin. Le deuxième est la directive 2005/85 du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du titre de réfugié dans les Etats membres et ses dispositions concernant les deux concepts de « premier pays d'asile » (article 26) et de « pays sûr ». Ce dernier concerne à la fois le « pays tiers » (article 27) et le « pays tiers considéré comme pays d'origine sûr » (articles 29 à 31). Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, adopte une liste commune minimale de pays tiers que les Etats membres considèrent comme des pays d'origine (Article 29, qui renvoie sur ce point à l'annexe II). Ces notions nouvelles sont apparues indirectement il y a une quinzaine d'années d'abord dans la convention de Dublin de 1990⁶⁷, puis dans l'une des résolutions adoptées à Londres les 30 novembre et 1^{er} décembre 1992 par les ministres des Etats membres responsables de l'immigration. Les articles précités contiennent les critères à prendre en considération de leur application. Je me bornerai ici à trois brèves remarques :

- Le Conseil n'a pas, à ce jour, adopté la liste commune susmentionnée. Chaque Etat membre est donc libre de fixer la sienne, s'il le souhaite et comme le souhaite⁶⁸).

⁶² Cf. J.Sikuta, "The jurisprudence of the ECHR and its consequences for asylum seekers", in *Seminar on Current Asylum Issues and Human Rights*, 17-18 avril 2007, Jablonna, Poland, Varsovie, 2007, p. 13; W. Kälin, loc.cit., supra n 44..

⁶³ 25 juin 1996.

⁶⁴ Voir le rapport présenté devant l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe par M.Marty, *Détentions secrètes et transferts illégaux de détenus impliquant des Etats membres du Conseil de l'Europe*, 2007. Voir aussi la n. 65 infra.

⁶⁵ Comité de l'ONU contre la torture, décision du 20 mai 2005, *Revue universelle des droits de l'homme*, 2005, p.198.

⁶⁶ Voir Conseil européen pour les réfugiés et les exilés, *Summary Report on the application of the Dublin II Regulation in Europe*, 2006.

⁶⁷ Article 3.5 : « Tout Etat membre conserve la possibilité, en application de son droit national, d'envoyer un demandeur d'asile vers un Etat tiers dans le respect de la convention de Genève modifiée par le protocole de New York ».

⁶⁸ En France le conseil d'administration de l'OFPPA a arrêté cette liste, où figurent aujourd'hui 17 pays. Une première liste de 12 pays comprenait le Bénin, la Bosnie-Herzégovine, le Cap vert, la Croatie, la Géorgie, le Ghana, l'Inde, le Mali, Maurice, la Mongolie et le Sénégal et l'Ukraine. Une deuxième liste y a ajouté l'Albanie, la Macédoine, Madagascar, le Niger et la Tanzanie

- L'utilisation de ces notions peut être parfois délicate, notamment en cas de renvoi ou de risque de renvoi du pays estimé « sûr » vers un autre pays.
- La décision de renvoi vers un pays estimé « sûr », soit en vertu du droit national, soit en vertu d'une décision du Conseil laisse entière la responsabilité éventuelle de l'Etat en question en cas de violation de l'article 3.

Parmi les autres garanties de la convention, il faut souligner celles de l'article 5, relative à la détention : en 1996 la cour a affirmé que le maintien en détention « ne doit pas priver le demandeur d'asile du droit d'accéder effectivement à la procédure de détermination du statut de réfugié »⁶⁹ (69). Onze ans plus tard, dans l'affaire *Gebremehdin c France*, déjà citée, elle a mis en relief la notion de remède effectif contre une décision privant le demandeur d'asile de cet accès.

Que dire en définitive des effets possibles de la directive sur les garanties de la convention européenne des droits de l'homme ? L'application et l'interprétation de cette directive renvoient *nécessairement* à la convention de Genève d'une part, et à la convention européenne des droits de l'homme et à d'autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme d'autre part. Les décisions nationales, générales ou individuelles prises pour son application ont trois sortes de juges : le juge national, la cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés européennes. Leurs décisions seront essentielles. En ce qui concerne la CJCE une communication de la Commission datant de 2006 propose que les règles permettant sa saisine par les juridictions nationales au sujet de l'application du titre IV du TCE soient celles du droit commun (article 234) et que les restrictions actuelles réservant cette saisine aux juridictions de dernière instance soient levées⁷⁰. Le Conseil ne s'est pas encore prononcé.

Quant à la cour européenne des droits de l'homme, il lui appartiendra d'appliquer les principes posés en 2005 dans sa décision *Bosphorus Airways c Irlande* ⁷¹ dans le cas d'une mesure nationale prise en application de la directive.

⁶⁹ *Amuur c France*, 25 juin 1996, §43.

⁷⁰ COM 2006 346

⁷¹ 30 juin 2005.