**Le rôle de la Cour européenne des droits de l’homme dans le développement du droit des demandeurs d’asile et des réfugiés**

Thank you Mr. Chair.

Initially, I intended to do this in English as I didn’t know we would have simultaneous interpretation. Since we do have excellent interpreters and as a tribute to the hosting country, which has been a member of the Francophonie for more than forty years, please allow me to do it in French.

Je vais donc vous parler du rôle de la Cour européenne des droits de l’homme dans le développement ou, si vous préférez, l’harmonisation, au niveau européen de ce que je vais appeler un « droit des étrangers », qu’ils soient demandeurs d’asile, réfugiés ou plus généralement migrants.

Une partie de ce que je vais vous dire a déjà été couverte par plusieurs intervenants précédents. Je pense notamment à Mme Tsourdi, les Juges McCloskey et Zalar ainsi que le Professeur De Bruycker. Je vais donc être bref.

Mon sentiment - et je parle ici à titre strictement personnel – est que l’influence de la Cour de Strasbourg, dans ce domaine, s’exerce à trois niveaux.

En premier lieu, elle se manifeste par l’effet mécanique de ses arrêts dans les ordres juridiques des 47 États membres du Conseil de l’Europe **(A)**. Il s’agit de l’effet le plus évident. Ensuite, par un effet que je qualifierais « de rayonnant » en droit international public **(B)**. Celui-là, beaucoup plus discutable. Et, enfin, par le travail précurseur que la jurisprudence de Strasbourg exerce sur l’évolution du droit de l’Union européenne **(C)**. Un effet certain, sur lequel j’entends insister aujourd’hui.

Si vous permettez, je vais commencer par l’aspect le moins évident, qui est celui de l’influence de la Cour sur le droit international public.

**A. L’influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme sur le droit international public.**

Il est vrai que la Cour est une juridiction internationale régionale, mais en tant que gardienne de droits fondamentaux à vocation universelle, elle a indéniablement un certain rayonnement au-delà même des frontières de la Grande Europe. L’arrêt HIRSI JAMAA ET AUTRES c. ITALIE, dont ont parlé Mme Tsourdi et le Prof. De Bruycker, en est sans doute un exemple. Cet arrêt consacre le principe de non-refoulement en mer, principe que la Cour a voulu, comme le disait Mme Tsourdi, d’application extraterritoriale et auquel regardent sans doute avec intérêt les intervenants australiens qui ont parlé avant moi.

Il s’agit, encore une fois, d’un effet discutable et discuté. Je me limite donc ici a poser la question, en laissant le soin d’y répondre aux commentateurs avisés.

**B. L’effet mécanique des arrêts de la Cour dans l’ordre juridique des États membres du Conseil de l’Europe**

Si les arrêts et décisions que la Cour rend dans des affaires précises ne lient directement que les États qui sont parties à ces affaires, le principe de subsidiarité, qui est à la base du système mis en place par la Convention, veut que ce soit le juge national qui applique en premier la Convention et qu’il l’applique telle qu’elle a été interprétée par la Cour de Strasbourg.

Cela se traduit, souvent, par une application directe de la jurisprudence de la Cour par le juge national.

Par exemple, le Tribunal fédéral suisse applique systématiquement la Convention en se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme et il arrive qu’il renvoie des affaires devant les juridictions cantonales après avoir constaté une violation de la Convention.

Ce phénomène existe également dans d’autres états et non seulement au niveau des cours suprêmes mais aussi au niveau des juridictions inférieures. Un exemple parmi d’autres : dans l’arrêt SALDUZ c. TURQUIE, de 2008, la Cour a consacré le droit à la présence d’un avocat pendant la garde à vue. Or, avant-même que le législateur français, saisi par le gouvernement, ne modifie le Code de procédure pénal dans ce sens (et je rappelle que l’arrêt SALDUZ ne concernait pas la France mais la Turquie), certaines juridictions françaises - il me semble notamment les Cours d’appel de Colmar et Nancy - avaient refusé d’admettre aux débats des procès-verbaux de garde à vue établis d’une manière contraire au principe dégagé par l’arrêt SALDUZ. La même chose vaut naturellement pour la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne les étrangers.

Cette jurisprudence couvre, comme vous le savez, principalement les domaines de l’éloignement et de la détention.

J’ouvre ici une petite parenthèse pour rappeler que la Convention ne connaît pas le droit d’asile et ne consacre pas beaucoup de droits spécifiques aux étrangers. Il n’y a que deux articles qui se penchent sur les expulsions d’étrangers, l’article 4 du Protocole n° 4, qui interdit les expulsions collectives, et l’article 1 du Protocole n° 7, qui prévoit des garanties procédurales en cas d’expulsion d’étrangers régulièrement résidant sur le territoire d’un État ayant ratifié ce protocole.

Pour l’essentiel, la jurisprudence (conséquente !) de la cour en matière d’étrangers a été développée sur la base de l’article 3 (interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants) à partir de l’arrêt SOERING (1989, qui concernait une affaire d’extradition) ou encore l’arrêt CHAHAL (1996), ainsi que des articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), 5 (droit à la liberté et à la sûreté), 13 (droit à un recours effectif).

J’ajouterais également l’article 6 (droit à un procès équitable) que la Cour a récemment pris en compte pour évaluer si une personne accusée de terrorisme et devant être extradée du Royaume-Uni vers la Jordanie, aurait bénéficié, dans ce pays, d’un procès équitable (OTHMAN, 2012).

**C. L’effet de la jurisprudence de Strasbourg sur le droit de l’Union Européenne.**

Les intervenants qui m’ont précédé hier et avant-hier ont déjà présenté le cadre du système d’asile commun mis en place par le règlement DUBLIN et les directives qui le complètent. Ils ont également souligné le rôle important de la jurisprudence de Strasbourg dans la manière dont la Cour de Luxembourg a interprété les instruments de l’Union européenne. Je me réfère à l’arrêt N.S., dont a parlé le Prof. DE BRUYCKER hier, et qui faisait référence à l’arrêt M.S.S. c. BELGIQUE ET GRÈCE de la Cour européenne des droits de l’homme.

L’arrêt M.S.S. a, en effet, été fondamental pour le fonctionnement du système Dublin. Pourquoi ?

Très schématiquement : le règlement Dublin prévoit que l’État responsable pour traiter une demande d’asile est le premier État où est arrivé le demandeur d’asile. Le règlement prévoit également que si le demandeur d’asile devait quitter l’État responsable pour se rendre dans un deuxième État Dublin, celui-ci aurait le droit de le renvoyer dans le premier État. Ceci, en vertu d’une présomption selon laquelle les États membres de l’UE respectent les droits fondamentaux des demandeurs d’asile et leurs propres obligations internationales à cet égard.

Dans l’arrêt M.S.S., la Cour de Strasbourg a considéré que, malgré cette présomption, et malgré la présomption que la Grèce, en tant que partie à la Convention européenne des droits de l’homme, respectait la Convention, le renvoi du requérant vers la Grèce en l’espèce avait violé, entre autres, l’article 3 de la Convention, en raison notamment de la situation générale des demandes d’asile dans ce pays.

Suite à l’arrêt M.S.S. et à l’arrêt N.S. de la Cour de Luxembourg, qui s’en est inspirée, les États Dublin ne renvoient plus vers la Grèce.

Le même problème se pose actuellement en ce qui concerne l’Italie et la Cour se prononcera bientôt sur ce point dans l’affaire TARAKHEL c. SUISSE, qui est actuellement pendante devant la Grande Chambre.

Je peux d’ores et déjà vous annoncer que l’arrêt sera prononcé le 4 novembre à 11h00, en audience publique à Strasbourg.

De quoi s’agit-il ?

Les requérants sont un couple d’afghans et leurs six enfants, cinq desquels sont arrivés en Europe avec leurs parents, le sixième étant né en Suisse pendant la procédure devant la Cour de Strasbourg. Le couple et leurs cinq premiers enfants débarquèrent sur les côtes de Calabre, en Italie, en juillet 2007, et furent enregistrés immédiatement dans le système EURODAC. Ils furent placés d’abord dans un centre d’accueil municipal d’urgence et, dix jours plus tard, une fois leur véritable identité établie, dans un centre pour demandeurs d’asile (CARA). Deux jours plus tard, ils quittèrent le centre, et se rendirent d’abord en Autriche et ensuite en Suisse. Ils déposèrent une demande d’asile auprès de l’Office Fédéral de Migrations, sans faire état de risques particuliers qu’ils redoutaient en cas de renvoi en Italie. Leur demande ne fut pas examinée sur le fond et les autorités ordonnèrent leur expulsion vers l’Italie en application du règlement Dublin.

J’ouvre ici une autre parenthèse pour préciser que, même si la Suisse n’est pas un État membre de l’UE elle est liée par le règlement Dublin en vertu d’un accord d’association entre la Confédération et l’UE. Elle est liée par le règlement mais pas par les directives qui le complètent. Et elle n’est pas formellement liée par la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, même si le Tribunal fédéral essaye de ne pas adopter des positions contraires à celles de Luxembourg.

Le recours des requérants contre la décision d’expulsion fut rejeté par le Tribunal administratif fédéral, qui considéra, entre autres, que les requérants ne couraient pas de risques de traitement contraires à l’article 3 de la Convention car, malgré les difficultés que connaissait le système d’accueil des demandeurs d’asile en Italie, il n’y avait pas d’indications de « défaillances systémiques ».

La question des « défaillances systémiques » avait été abordée par la Cour de Luxembourg dans l’arrêt N.S. à propos de la Grèce et était déjà sous-jacente à l’arrêt M.S.S. de la Cour de Strasbourg.

Dans N.S., la Cour de Luxembourg avait considéré que la présomption de conformité était une présomption réfragable et, à la lecture de l’arrêt, on se rend compte qu’en présence de défaillances systémiques, elle est même renversée.

La question principale qui se pose donc dans l’affaire TARAKHEL est de savoir si, comme le soutiennent les requérants, des défaillances systémiques dans le système italien s’opposent à leur renvoi vers ce pays.

Il s’agit à l’évidence d’une question délicate. D’une part, ce type d’analyse présuppose de s’appuyer sur des éléments de preuve fiables et concordants (je signale que dans cette affaire, ni le HCR, ni le Commissaire aux droits de l’homme du Conseil de l’Europe n’ont demandé à intervenir, comme ils l’avaient fait dans d’autres affaires, notamment dans l’affaire M.S.S.). D’autre part, la Cour s’est déjà prononcée sur la question dans une série de décisions d’irrecevabilité adoptées en 2013 (MOHAMMED HUSSEIN et suivantes) où elle a considéré qu’il n’y avait pas de défaillances systémiques. On notera également qu’un certain nombre de tribunaux administratifs allemands ont à l’inverse considéré que le système d’accueil des demandeurs d’asile en Italie souffrait bel et bien de défaillances systémiques. La question de l’établissement des faits est donc cruciale dans le cadre de l’affaire TARAKHEL.

Par ailleurs, je sais que beaucoup de commentateurs s’attendent à ce que la Cour clarifie la question de savoir si, dans les renvois Dublin, le fait qu’il n’y ait pas de défaillances systémiques suffit à rendre un renvoi licite au sens de la Convention. Malheureusement, je ne peux que présenter le contexte sans vous donner la moindre indication sur l’approche adoptée par la Cour dans cette affaire.

**Conclusion**

Pour conclure, je dirais que oui, la Cour a une influence certaine sur l’évolution du droit d’asile mais, parallèlement, la Convention étant un instrument vivant qu’il faut interpréter à la lumière des évolutions de la société, la jurisprudence du juge national, votre jurisprudence, a également une influence sur la jurisprudence de la Cour.

En vous remerciant, je profite de l’occasion pour signaler que le Greffe va bientôt procéder à la traduction des arrêts et décisions les plus importants en langue arabe. Ils seront disponibles dans la base de données HUDOC de la Cour.

MERCI.