

# **International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation**

Volume 3, Issue 2, 2022

## **Migration Irrégulière et Protection Des Droits Humains**

DOI: 10.21608/IJDJL.2021.102473.1120

Pages 545-583

**Dolly Hamad Najjar**

Docteur en Droit, Consultante Juridique, Formatrice à l'Institut Supérieur de la  
Magistrature (Tunisie)

**Correspondance:** Dolly Hamad Najjar, Docteur en Droit, Consultante  
Juridique, Formatrice à l'Institut Supérieur de la Magistrature (Tunisie).

**E-mail:** dollyhamad@yahoo.com

**Received Date:** 23 October 2021, **Accept Date :** 26 December 2021

**Citation:** Dolly Hamad Najjar, Migration Irrégulière et Protection Des Droits  
Humains, International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation, Volume  
3, Issue 2, 2022, Pages (545-583)

المجلة الدولية للفقہ والقضاء والتشريع  
المجلد ٣ ، العدد ٢ ، ٢٠٢٢

## الهجرة غير النظامية وحماية حقوق الانسان

معرف الوثيقة الرقمية: 10.21608/IJDJL.2021.102473.1120

الصفحات ٥٨٣-٥٤٥

دولي حمد

مستشارة قانونية

المراسلة: دولي حمد، مستشارة قانونية.

البريد الإلكتروني: dollyhamad@yahoo.com

تاريخ الإرسال: ٢٣ أكتوبر ٢٠٢١ ، تاريخ القبول: ٢٦ ديسمبر ٢٠٢١

نسق توثيق المقالة: دولي حمد، الهجرة غير النظامية وحماية حقوق الانسان، المجلة الدولية للفقہ والقضاء والتشريع، المجلد ٣، العدد ٢، ٢٠٢٢، صفحات (٥٨٣-٥٤٥)

## Abstraite

Quelles que soient les causes du déplacement, il est impératif de respecter l'approche de la migration fondée sur les droits humains, tenant compte notamment des besoins particuliers des groupes vulnérables que sont, par exemple, les enfants, les personnes handicapées et les personnes âgées.

Contrairement aux idées reçues, les droits des migrants ne sont pas en opposition avec la souveraineté de l'État ; en fait, les États sont tenus de respecter les droits humains soit parce qu'ils ont ratifié les conventions relatives à ces droits soit par les normes du Droit international coutumier. C'est ainsi que le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières (Pacte de Marrakech, décembre 2018) respecte la souveraineté des États et les obligations que leur fait le droit international.

Par ailleurs, la primauté du droit international sur le droit interne est un principe qui a parfois une valeur constitutionnelle comme c'est le cas de l'article 20 de la Constitution tunisienne, le Préambule de la Constitution libanaise et l'article 55 de la Constitution française.

Quoi qu'il en soit, le droit international des droits de l'Homme met en place des mécanismes subsidiaires de protection des droits humains en général et les droits des migrants en particulier (II); la protection des droits des migrants se fait sur plusieurs niveaux notamment quant aux droits substantiels (ou matériels) des migrants (A) et quant à leur traitement (B).

Ce sont les juridictions nationales qui sont compétentes en premier lieu pour contrôler l'application de ces droits (I). Quand les juridictions nationales ne parviennent pas à protéger les droits humains, le cadre juridique régional ou international donne aux détenteurs des droits violés la possibilité de plaider leur cas devant une institution régionale (A) ou internationale (B).

**Mots clés:** Migrants, droits fondamentaux, garanties.

## Abstract

Whatever the causes of displacement, it is imperative to respect the human rights-based approach to migration, taking into account in particular the special needs of vulnerable groups such as, for example, children, persons with disabilities and the elderly.

Contrary to popular belief, the rights of migrants are not in opposition to state sovereignty;

in fact, states are bound to respect human rights either because they have ratified human rights conventions or by the norms of customary international law. This is how the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (Marrakesh Pact, December 2018) respects the sovereignty of States and their obligations under international law.

In addition, the primacy of international law over domestic law is a principle which sometimes has constitutional value, as is the case with article 20 of the Tunisian Constitution, the Preamble of the Lebanese Constitution and article 55 of the French constitution.

International human rights law establishes subsidiary mechanisms for the protection of human rights in general and the rights of migrants in particular (II); the protection of migrants' rights takes place on several levels, in particular with regard to the substantive (or material) rights of migrants (A) and with regard to their treatment (B).

**Keywords:** Migrants, fundamental rights, guarantee.

La migration irrégulière désigne le « Mouvement de personnes contrevenant aux lois, aux réglementations ou aux accords internationaux qui régissent l'entrée ou la sortie du pays d'origine, de transit ou de destination »<sup>(1)</sup>.

Selon l'Observation générale (OG) n° 2<sup>(2)</sup> du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (CMW), le Comité est d'avis que les expressions «en situation irrégulière» ou «sans papiers» constituent la terminologie appropriée pour désigner ce statut. L'emploi du terme «illégal» pour qualifier les travailleurs migrants en situation irrégulière n'est pas approprié et doit être évité car il tend à stigmatiser les migrants en les associant à la criminalité (§ 4)<sup>(3)</sup>.

Quelles que soient les causes du déplacement, il est impératif de respecter l'approche de la migration fondée sur les droits humains, tenant compte notamment des besoins particuliers des groupes vulnérables que sont, par exemple, les enfants, les personnes handicapées et les personnes âgées.

---

<sup>(1)</sup><https://www.iom.int/fr/termes-cles-de-la-migration>, dernière consultation le 22 octobre 2021.

<sup>(2)</sup>Sur les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière et des membres de leur famille.

<sup>(3)</sup>Voir également: OG n°1 du CMW sur les travailleurs domestiques migrants, OG n° 6 (2005) du Comité des droits de l'enfant (CRC) sur le «Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine», OG conjointe n° 3 (2017) du CMW et n° 22 (2017) du CRC sur les principes généraux relatifs aux droits de l'Homme des enfants dans le contexte des migrations internationales, OG conjointe n° 4 (2017) du CMW et n° 23 (2017) du CRC sur les obligations des États en matière de droits de l'Homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour.

Contrairement aux idées reçues, les droits des migrants ne sont pas en opposition avec la souveraineté de l'État ; en fait, les États sont tenus de respecter les droits humains soit parce qu'ils ont ratifié les conventions relatives à ces droits soit par les normes du Droit international coutumier. C'est ainsi que le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières (Pacte de Marrakech)<sup>(4)</sup> respecte la souveraineté des États<sup>(5)</sup> et les obligations que leur fait le droit international<sup>(6)</sup>.

Il convient de signaler le rôle de la coopération internationale concernant notamment les droits économiques, sociaux et culturels (en ce sens, l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels - PIDESC). Également, le Pacte de Marrakech favorise la coopération internationale en matière de migration entre tous les acteurs compétents, sachant qu'aucun État ne peut gérer seul la question des migrations (Préambule, 7). Avec ce Pacte, les pays signataires cherchent à mieux coopérer sur le sujet des migrations. Il repose aussi bien sur les droits de l'Homme que sur les réalités auxquelles font face les États, notamment en termes de sécurité et de contrôle des frontières. Il y a ainsi un engagement général des États de le mettre en œuvre « en coopération et en partenariat » avec les migrants, la société civile, les diasporas et beaucoup d'autres acteurs (§ 44).

Par ailleurs, la primauté du droit international sur le droit interne<sup>(7)</sup> est un principe qui a parfois une valeur constitutionnelle comme c'est le cas de l'article 20 de la Constitution tunisienne, le Préambule<sup>(8)</sup> de la Constitution libanaise<sup>(9)</sup> et l'article 55 de la Constitution française.

A cet égard, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) applique constamment le principe de primauté de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>(10)</sup>. À ce titre,

---

<sup>(4)</sup> Les 10 et 11 décembre 2018 s'est tenue à Marrakech une conférence sous l'égide des Nations unies afin d'adopter le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, pacte issu d'un processus ouvert par la Déclaration de New York. Le Pacte (avec 23 objectifs) établit un cadre de coopération juridiquement non contraignant, qui repose sur les engagements convenus par les États membres dans la Déclaration de New York.

<sup>(5)</sup> Le texte insiste ainsi sur la souveraineté des États concernant leur politique migratoire.

<sup>(6)</sup> Préambule, 7.

<sup>(7)</sup> La portée du principe de primauté des traités internationaux n'est pas appréciée de la même manière dans tous les États ; on distingue à cet égard le système moniste comme en Tunisie et en France et le système dualiste comme en Italie et au Royaume Uni.

<sup>(8)</sup> Voir en ce sens, Conseil constitutionnel libanais, décision n° 7/2014 du 6 août 2014, disponible en ligne sur le lien suivant : <https://www.cc.gov.lb/fr/node/5804>. Également pour une application du principe de primauté, juge unique pénal de Beyrouth, 15 avril 2008, Revue Al Adl, année 42, 2008, n° 3, page 1366 ; Cour d'appel (correctionnel) de Beyrouth, 20 août 2001, cité par : Ziad Mekanna, « la Convention contre la torture, les principes fondamentaux » (en arabe), Al Mouhamoun, 2010, n° 4, page 70.

<sup>(9)</sup> Le principe de primauté est repris à l'article 2 du Code de procédure civile libanais.

<sup>(10)</sup> En vertu de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'Homme, les États se sont engagés par leur adhésion

elle rappelle aux États qu'ils répondent du respect de la Convention à raison de l'exercice de « l'ensemble de leur juridiction », quel que soit le type de norme ou de mesure en cause<sup>(11)</sup> ; leur « organisation institutionnelle et politique [...] doit respecter les droits et principes inscrits dans la Convention »<sup>(12)</sup>.

Toutefois, la crise économique en Europe et les tensions sécuritaires liées à la multiplication des actes terroristes sur le continent ont conduit certains États à prôner la fermeture des frontières au détriment de la politique d'accueil et de respect des droits fondamentaux.

A l'évidence, la conciliation difficile entre la protection des libertés fondamentales- dont certaines sont indérogeables- et la protection de l'ordre public ou la défense d'intérêts nationaux légitimes est au cœur des débats politiques actuels<sup>(13)</sup>.

Quoi qu'il en soit, le droit international des droits de l'Homme met en place des mécanismes subsidiaires de protection des droits humains en général et les droits des migrants en particulier (II); ce sont les juridictions nationales qui sont compétentes en premier lieu pour contrôler l'application de ces droits (I).

## I. Les juridictions nationales garantes des droits des migrants

L'État partie à une Convention des droits humains a pour obligation de respecter les droits qui y sont énoncés. Cette obligation prend une dimension particulière pour les autorités juridictionnelles qui assurent la garantie de ces droits. C'est ainsi qu'en droit tunisien, le juge est le garant des droits et libertés (articles 49 et 102 de la Constitution).

Conformément au principe de primauté des Conventions, le juge applique les dispositions conventionnelles; s'il refuse le contrôle de constitutionnalité, il accepterait le contrôle de conventionnalité<sup>(14)</sup>.

La protection des droits des migrants se fait sur plusieurs niveaux notamment quant aux droits substantiels (ou matériels) des migrants (A) et quant à leur traitement (B).

---

à la Convention à reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés qu'elle définit au titre I.

<sup>(11)</sup>CEDH, Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie, 30 janvier 1998, § 29.

<sup>(12)</sup>Ibid, § 30. Pour une autre application du principe par la Cour : Zielinski et Pradal et Gonzales et autres c. France, 28 octobre 1999.

<sup>(13)</sup>Jean-Marc Sauvé, intervention sur «Les migrations saisies par le droit: le regard d'un juge de l'Union européenne, ancien négociateur de l'accord de Schengen et de la convention de Dublin», Aix-en-Provence, 31 mai 2017, disponible en ligne sur: [https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/les-migrations-saisies-par-le-droit-le-regard-d-un-juge-de-l-union-europeenne-ancien-negociateur-de-l-accord-de-schengen-et-de-la-convention-de#\\_ftn49](https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/les-migrations-saisies-par-le-droit-le-regard-d-un-juge-de-l-union-europeenne-ancien-negociateur-de-l-accord-de-schengen-et-de-la-convention-de#_ftn49).

<sup>(14)</sup>En ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation française, Cafés Jacques Vabre du 24 mai 1975, où le juge acceptait d'écarter une loi pour son incompatibilité au traité ou à l'accord international, ce, en application de l'article 55 de la Constitution. Disponible en ligne sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/juri>.

## A. La protection quant aux droits substantiels

De nombreux instruments internationaux<sup>(15)</sup> contiennent des dispositions qui garantissent un certain nombre de droits civils, politiques, économiques et sociaux minimaux aux migrants en situation irrégulière<sup>(16)</sup>; parmi les droits fondamentaux, on trouve la non-discrimination, le droit à la vie, le droit à l'éducation, le droit à la santé...

Le Conseil constitutionnel français a élaboré ce qui a été décrit comme un « statut constitutionnel des étrangers »<sup>(17)</sup>. Par les considérants introductifs de sa décision du 13 août 1993, il a rappelé les fondements constitutionnels du régime juridique des étrangers en France. Il a, en premier lieu, souligné qu'aucun principe n'assure aux étrangers un droit général et absolu d'accès au territoire et qu'il est donc possible pour l'autorité administrative, habilitée par le législateur, de réguler l'accès au territoire français. Après en avoir déduit que cela plaçait les étrangers dans une situation juridique distincte de celle des nationaux<sup>(18)</sup>, le juge constitutionnel a précisé que cette spécificité n'autorise pas le législateur à édicter des normes méconnaissant les libertés et les droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République, notamment la liberté individuelle et la sûreté, la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage ainsi que le droit à la protection sociale (dès lors que les étrangers résident de manière stable et régulière sur le territoire français), et la possibilité d'exercer un recours assurant la garantie de ces droits et libertés<sup>(19)</sup>. Par conséquent, même si ces droits doivent être conciliés avec la nécessité de

---

<sup>(15)</sup>On cite à cet égard : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), en particulier la non-discrimination (article 2), l'interdiction d'être soumis aux traitements cruels ou inhumains ou dégradants (article 7), l'interdiction d'arrestations et des détentions arbitraires (article 9), l'égalité devant la loi (article 26) ; le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels (1966), en particulier la non-discrimination (article 2), le droit à la sécurité sociale (article 9), le droit à la santé (article 12), le droit à l'éducation (article 13) ; la Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants selon laquelle « Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture » (article 3) ; la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée ainsi que le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants et le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer.

<sup>(16)</sup>On rappelle que la Déclaration universelle des droits de l'Homme proclame que « Tous les êtres humains naissent libres et égaux » (article premier) « sans distinction aucune » (article 2), l'interdiction d'être soumis aux traitements cruels ou inhumains ou dégradants (article 5), l'interdiction d'arrestations et de détentions arbitraires (article 9), le droit de chercher asile (article 14) une égale protection de la loi (article 7).

<sup>(17)</sup>Conseil constitutionnel, 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, n° 93-325 DC, pts. 2 à 4.

<sup>(18)</sup>Conseil constitutionnel, 22 janvier 1990, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, n° 89-269 DC, pts. 33 à 35.

<sup>(19)</sup>Conseil constitutionnel, 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, n° 93-325 DC, pt. 3.

préservé l'ordre public, les étrangers résidant en France jouissent des mêmes droits que les nationaux, à l'exception bien entendu des droits politiques. Ils ne peuvent faire l'objet sur le terrain de l'égalité des droits, notamment sociaux, de restrictions que si celles-ci reposent sur un motif objectif et en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit<sup>(20)</sup>. La décision du Conseil constitutionnel français offre ainsi aux étrangers une « garantie générale des droits »<sup>(21)</sup> à l'instar de celle dont bénéficient les citoyens français.

En premier lieu, les migrants en situation irrégulière ne devraient pas faire l'objet de discrimination, conformément au Pacte international relatif aux droits civils et politiques-PIDCP<sup>(22)</sup> (article 2)<sup>(23)</sup>, le PIDESC (article 2, § 2 et 3), la Convention des droits de l'enfant-CDE (article 2) etc...

La CEDH dans l'affaire *Novruk et autres c. Russie* du 16 mars 2016 a conclu à la violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'Homme, les requérants se disant notamment victimes d'une discrimination en raison de leur séropositivité<sup>(24)</sup>. Elle a observé en particulier que la législation visant à prévenir la transmission du VIH utilisée en l'espèce pour interdire aux requérants l'entrée ou le séjour sur le territoire national reposait sur une présomption injustifiée selon laquelle ils adopteraient un comportement à risque, et qu'il n'avait pas été procédé à une mise en balance comportant une appréciation individualisée de chaque cas. Compte tenu de l'écrasant consensus au niveau européen et international dans le sens de l'abolition des restrictions posées par les États à l'entrée, au séjour et à la résidence sur leur territoire des personnes séropositives, lesquelles constituent un groupe particulièrement vulnérable, la Cour a conclu que la Russie n'avait pas justifié par des motifs impérieux ni par des éléments objectifs la différence de traitement que les requérants avaient subie en raison de leur séropositivité, et qu'ils avaient donc été victimes

---

<sup>(20)</sup> Ibid, pt. 16.

<sup>(21)</sup> Rapport de R. Chapus lors du colloque des 25 et 26 mai 1989 sur La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, cité par B. Genevois, «Un statut constitutionnel pour les étrangers. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993», RFDA, 1993, page 871.

<sup>(22)</sup> Par contre, le fait de réserver le droit de vote et l'exercice des fonctions publiques aux citoyens de l'État ne constitue pas un acte de discrimination (en ce sens, l'article 25 du PIDCP qui parle de «citoyen»).

<sup>(23)</sup> Et selon l'article 26, «Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination...».

<sup>(24)</sup> Pour obtenir un permis de séjour en Russie, les requérants durent subir un examen médical comportant un test obligatoire de dépistage du VIH. Ce test ayant révélé leur séropositivité, leurs demandes furent rejetées par le service des migrations en application de la loi sur les étrangers, qui dispose que les étrangers séropositifs ne peuvent obtenir un permis de séjour.

d'une discrimination fondée sur leur état de santé.

Concernant le principe d'égalité en second lieu, il est un droit fondamental en droit international des droits de l'Homme (en ce sens l'article premier de la Déclaration universelle des droits de l'Homme)<sup>(25)</sup>.

En jurisprudence comparée, le juge administratif français garantit aux étrangers présents en France le respect du principe d'égalité; les étrangers ne peuvent à titre d'exemple, du seul fait de leur nationalité, être écartés du bénéfice d'une prestation sociale (Conseil d'État, 30 juin 1989, Ville de Paris et bureau d'aide sociale de Paris c. Lévy)<sup>(26)</sup>; en effet, par une délibération du Conseil de Paris, il a été réservé le bénéfice de l'allocation de congé parental d'éducation aux seuls parents de nationalité française sauf si l'un au moins est titulaire de la carte de ressortissant d'un pays membre de la communauté économique européenne, soit bénéficie du statut de réfugié politique ou d'apatride et à la condition que celui-ci justifie d'au moins trois années de résidence à Paris.

Le Conseil d'État a considéré que l'institution de différences de traitement entre les attributaires potentiels de l'allocation de congé parental d'éducation, laquelle n'était pas la conséquence nécessaire d'une loi, impliquait l'existence ou de différences de situation de nature à justifier ces différences de traitement, ou de nécessités d'intérêt général en rapport avec l'objet de ladite allocation qui auraient commandé de telles discriminations; d'une part, la Ville de Paris ne soutient pas qu'il existerait, au regard des charges occasionnées par l'éducation des enfants, une différence de situation tenant à la nationalité des parents; d'autre part, eu égard à l'objet de l'allocation de congé parental d'éducation, qui est d'encourager le développement démographique de la population parisienne et de permettre à cette fin aux parents de se consacrer plus aisément au soin de leurs jeunes enfants, les préoccupations invoquées par la ville, et relatives à la préservation de l'équilibre démographique de la cité et au désir de remédier à l'insuffisance de familles nombreuses françaises ne peuvent être regardées comme des nécessités d'intérêt général en rapport avec l'objet de l'allocation susmentionnée; elles n'étaient, dès lors, pas de nature à permettre l'instauration de différences de traitement entre résidents parisiens, selon la nationalité de ceux-ci.

---

<sup>(25)</sup>En Tunisie, la loi organique n° 2018-50 du 23 octobre 2018 relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale a pour objectif (...) de consacrer l'égalité entre les individus en ce qui concerne la jouissance des droits et l'accomplissement des devoirs, et ce, conformément aux dispositions de la Constitution et des conventions internationales ratifiées par la République tunisienne (article premier).

<sup>(26)</sup>Disponible en ligne sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id>.

En 3<sup>ème</sup> lieu, le droit à l'unité familiale devrait être respecté (en ce sens les articles 9 et 10 de la Convention des droits de l'enfant ; également l'article 44 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille). Il ne devrait pas y avoir d'éloignement lorsque la personne concernée a des attaches familiales ou sociales très fortes avec le pays qui entend l'expulser et lorsque l'éloignement est susceptible de mener à la conclusion que l'expulsion est constitutive d'une violation du droit au respect de la vie familiale et/ou privée de la personne concernée.

Saisi par plusieurs associations, le juge des référés du Conseil d'État français (ordonnance du 21 janvier 2021) a suspendu la décision du Gouvernement d'interrompre, en raison de l'épidémie de Covid-19, la délivrance de visas de regroupement familial aux conjoints et enfants d'étrangers non-européens résidant en France. Le juge estime que cette décision porte une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale normale et à l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>(27)</sup>.

D'une manière générale, le juge administratif français s'est attaché à garantir aux étrangers présents en France l'application du droit au respect de la vie privée et familiale protégé par la Convention européenne des droits de l'Homme; ainsi, tout étranger peut se prévaloir des dispositions de l'article 8 de la Convention à l'encontre d'un arrêté d'éloignement du territoire<sup>(28)</sup> (CE Ass., 19 avril 1991, M. Belgacem)<sup>(29)</sup>.

Toutefois, le Conseil d'État n'a pas toujours accueilli favorablement le recours fondé sur la violation de l'article 8 de la Convention européenne. Ce fut le cas pour un arrêté de reconduite à la frontière d'une mère d'un enfant né en 1989, en état de grossesse reconnu par son père marié par ailleurs, ressortissant marocain, titulaire d'une carte de résident. Le Conseil d'État n'a pas considéré qu'il y avait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie familiale (CE Ass, 19 avril 1991, Mme Babas)<sup>(30)</sup>. Il en est également du refus

---

<sup>(27)</sup> Disponible en ligne sur : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/delivrance-des-visas-de-regroupement-familial-le-juge-des-referes-suspend-l-interruption-decidee-par-le-gouvernement>.

<sup>(28)</sup> « Considérant que M. X..., ressortissant algérien, n'a aucune attache familiale avec le pays dont il possède la nationalité ; qu'il réside depuis sa naissance en 1958 en France où demeure sa famille composée de douze frères et soeurs dont il a, avec son frère aîné, assumé une partie de la charge à la suite du décès de son père en 1976 ; que si l'intéressé s'est rendu coupable de plusieurs vols en 1980 et 1982, il ressort des pièces du dossier que, compte tenu de son comportement, postérieurement aux condamnations prononcées à raison de ces faits, la mesure d'expulsion prise à l'encontre de M. X... a, eu égard à la gravité de l'atteinte portée à sa vie familiale, excédé ce qui était nécessaire à la défense de l'ordre public ; que, dans ces conditions, elle a été prise en violation de l'article 8 de la convention précitée ».

<sup>(29)</sup> Disponible en ligne sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007780167/>.

<sup>(30)</sup> Disponible en ligne sur : [http://mediatheque.lecrips.net/docs/PDF\\_GED/S43106.pdf](http://mediatheque.lecrips.net/docs/PDF_GED/S43106.pdf), page 77.

de titre de séjour<sup>(31)</sup> (CE Sect., 10 avril 1992, n° 120573)<sup>(32)</sup>.

S'agissant des droits économiques et sociaux, le Comité des droits économiques sociaux et culturels (CODESC) a expressément reconnu l'applicabilité de ces droits aux migrants et a indiqué dans son Observation générale n° 20 (2009) sur la non-discrimination dans l'exercice de ces droits (article 2, § 2) que « Les droits visés par le Pacte s'appliquent à chacun, y compris les non-ressortissants, dont font partie notamment les réfugiés, les demandeurs d'asile, les apatrides, les travailleurs migrants et les victimes de la traite internationale de personnes, indépendamment de leur statut juridique et titres d'identité ».

Les droits minimaux devraient s'appliquer tels que les soins médicaux et un niveau de vie suffisant ; également la sécurité sociale ne devrait pas être refusée aux migrants en situation irrégulière.

Toutefois, tel n'est pas le cas de la Constitution égyptienne qui prévoit expressément le droit à la santé au « citoyen » et un régime d'assurance maladie « à tous les Égyptiens » (article 18).

Quant à la Constitution tunisienne, elle contient des dispositions incohérentes concernant notamment le droit à la santé; dans son article 38 en effet, il dispose que «Tout être humain a droit à la santé. L'État garantit la prévention et les soins de santé à tout citoyen et assure les moyens nécessaires à la sécurité et à la qualité des services de santé. L'État garantit la gratuité des soins pour les personnes sans soutien ou ne disposant pas de ressources suffisantes. Il garantit le droit à une couverture sociale conformément à ce qui est prévu par la loi».

Pourtant, une certaine jurisprudence comparée tranche en faveur des droits des migrants ; devant la Cour constitutionnelle allemande (18 juillet 2012)<sup>(33)</sup>, la question en jeu était si le montant des prestations sociales en espèces pour les demandeurs d'asile était compatible avec le droit fondamental à un niveau minimum d'existence comme découlant du droit à la dignité humaine (article 1.1 de la Loi fondamentale allemande) lu en combinaison avec le principe de la protection sociale (article 20.1).

---

<sup>(31)</sup>«Considérant que si M. Y... qui vit lui-même au Maroc depuis quinze ans invoque la présence en France d'une grande partie de sa famille ; le préfet en rejetant sa demande qui ne répondait pas aux conditions posées par les stipulations de la convention franco-algérienne relatives à l'entrée et au séjour des étrangers, n'a pas porté, eu égard au caractère des liens familiaux dont pouvait justifier le requérant une atteinte au respect de sa vie familiale disproportionnée aux buts en vue desquels ce refus lui a été opposé, et n'a, par suite, pas méconnu les dispositions précitées de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme ».

<sup>(32)</sup>Disponible en ligne sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007804182/>.

<sup>(33)</sup>Manuel sur la justiciabilité des droits économiques sociaux et culturels, Haut-Commissariat des droits de l'Homme-Tunisie, Commission internationale de juristes, 2015-2016, page 54.

La Cour a conclu que les dispositions qui régissent les prestations en espèces en question violent le droit fondamental à la garantie d'une existence minimum digne, protégée en vertu de la Loi fondamentale allemande (§ 1 et C.I.1). Ce droit est universel et s'applique à la fois aux nationaux et aux ressortissants étrangers (§ C.I.1.a). Il comprend « ... l'existence physique des êtres humains, à savoir la nourriture, des vêtements, des articles ménagers, un logement, un chauffage, hygiène et santé, et des garanties de la possibilité de maintenir des relations interpersonnelles et à un degré minimal de participation à la vie sociale, culturelle et politique, dès lors qu'un être humain existe nécessairement dans un contexte social» (§ C.I.1.b).

La Cour a affirmé que « les considérations de la politique d'immigration de minimiser des allocations versées aux demandeurs d'asile et des réfugiés pour éviter les incitations pour la migration... ne peuvent généralement justifier aucune réduction des prestations au-dessous des besoins physiques socio-culturels de l'existence minimum... La dignité humaine (...) ne peut pas être modifiée à la lumière des considérations de politique migratoire » (§ C.II.2.c).

En conclusion, la Cour a ordonné au législateur d'adopter immédiatement des nouvelles dispositions en ce qui concerne les prestations en espèces pour les demandeurs d'asile qui leur garantiraient une existence minimum digne. Comme mesure provisoire, la Cour a également demandé de mettre en place un régime transitoire pour le paiement des prestations en espèces (§ D.1 et 2).

De sa part, la Cour d'Appel de Hong Kong (17 décembre 2013)<sup>(34)</sup> a évalué la constitutionnalité de l'exigence de résidence de sept ans d'un non-national pour avoir accès aux prestations de la sécurité sociale.

La Cour a jugé que la croissance de la population, la population vieillissante et la hausse des dépenses de sécurité sociale n'étaient pas des justifications rationnelles à l'exigence de sept ans, étant donné qu'il existe d'autres moyens de résoudre ces problèmes (§ 66, 75, 96).

La Cour a indiqué que l'immigration dissuasive et la capacité des immigrants de s'appuyer sur des organismes de bienfaisance ne sont pas des arguments en faveur de la proportionnalité raisonnable de l'exigence de sept ans (articles L.1 et L.2). Elle a déclaré à l'unanimité que l'exigence de résidence de sept ans est inconstitutionnelle, rétablissant l'exigence d'une année précédente (§ 144).

Quant au droit au travail, dans son observation générale n° 18, le CODESC cite le fait de «refuser ou amoindrir l'égalité d'accès de tous à un travail décent, surtout les individus

---

<sup>(34)</sup>Ibid, page 75.

et groupes défavorisés et marginalisés, dont les détenus, les membres de minorités et les travailleurs migrants».

Dans un arrêt de la Cour de Cassation française (Chambre sociale du 18 mars 2020)<sup>(35)</sup>, après avoir exactement retenu que lorsque l'étranger employé sans titre de travail l'a été dans le cadre d'un travail dissimulé, il bénéficie soit des dispositions de l'article L. 8223-1 du code du travail, soit des dispositions des articles L. 8252-1 à L. 8252-4 du même code si celles-ci lui sont plus favorables, la Cour d'appel a estimé que le cumul des sommes allouées par elle à titre de rappel de salaire et d'indemnité forfaitaire de rupture en application de l'article L. 8252-2 du code du travail était plus favorable au travailleur étranger que l'indemnité forfaitaire de travail dissimulé prévue à l'article L. 8223-1 du même code.

En ce qui concerne les enfants non accompagnés, outre les différents instruments des droits humains, la CDE traite des questions liées aux droits des migrants<sup>(36)</sup> ; en vertu du Droit international en effet, les enfants non accompagnés<sup>(37)</sup> ont droit à une protection même s'ils sont entrés illégalement dans le pays d'accueil. Autoriser ces enfants à entrer sur le territoire constitue une condition préalable aux mesures de protection<sup>(38)</sup>.

On remarque à cet égard qu'en droit tunisien, l'article 47 de la Constitution garantit les droits de tous les enfants sans aucune distinction entre les enfants tunisiens et les enfants non tunisiens. En effet, et contrairement à d'autres droits et libertés où la Constitution vise « les citoyens et citoyennes » comme c'est le cas de l'article 21 et 40, les dispositions de l'article 47 concernent « les enfants » (dans le même sens, l'article 80 de la Constitution égyptienne) « sans discrimination ».

Reste à examiner l'aide à la circulation ou au séjour irrégulier, une question traitée dans l'arrêt de la Cour de cassation française (Chambre criminelle, arrêt n° 33 du 26 février 2020)<sup>(39)</sup> ; la Cour a conclu qu'il résulte de l'article L.622-4, 3° du CESEDA<sup>(40)</sup>, qu'est accordé

<sup>(35)</sup> Disponible en ligne sur: [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/arrets\\_publics\\_2986/chambre\\_sociale\\_3168/2020\\_9595/mars\\_9683/360\\_18\\_44692.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publics_2986/chambre_sociale_3168/2020_9595/mars_9683/360_18_44692.html)

<sup>(36)</sup> Dont les quatre principes fondamentaux à savoir : la non-discrimination (article 2); la priorité donnée à l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3, § 1); le droit de vivre, de survivre et de se développer (article 6); le respect des opinions de l'enfant (article 12). En outre, la Convention prévoit une protection et une aide spéciales de l'État pour tout enfant temporairement ou définitivement privé de son milieu familial (article 20), une assistance humanitaire à l'enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié (article 22).

<sup>(37)</sup> On rappelle que tous les enfants mais également les autres groupes vulnérables tels que les personnes âgées, les femmes enceintes, doivent jouir d'une protection et d'une attention particulières.

<sup>(38)</sup> Observation générale n° 6 (2005), « Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine », Comité des droits de l'enfant, 39<sup>ème</sup> session, 17 mai – 3 juin 2005, § 20.

<sup>(39)</sup> Disponible en ligne sur: [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambre\\_criminelle\\_578/33\\_26\\_44476.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/33_26_44476.html)

<sup>(40)</sup> Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

le bénéfice de l'immunité pénale à toute personne physique ou morale ayant apporté une aide à la circulation ou au séjour irrégulier d'un étranger lorsque l'acte reproché ne donnant lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte, a consisté à fournir une aide apportée dans un but exclusivement humanitaire. La situation de détresse des migrants n'est pas un élément visé par cet article. La protection dont bénéficient les auteurs d'actes accomplis dans un but exclusivement humanitaire n'est pas limitée aux actions purement individuelles et personnelles. N'en est pas exclue une action non spontanée et militante exercée au sein d'une association.

### **B. La protection quant au traitement**

Nationaux et non nationaux bénéficient en principe des mêmes droits. Certains traitements sont toutefois spécifiques aux étrangers comme c'est le cas du non-refoulement, du placement en rétention, et de l'accès à la procédure d'asile.

Concernant le principe de non-refoulement, le droit inhérent à la vie suppose que les États respectent pleinement leurs obligations en matière de non-refoulement en particulier les obligations codifiées dans l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et l'article 33 de la Convention de 1951 relative aux réfugiés. Ce principe de non-refoulement est réaffirmé à l'article 14 § 1 du Protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, ainsi qu'à l'article 19 § 1 du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée ou encore à l'article 40 § 4 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains.

Dans un jugement rendu par le juge unique pénal de Beyrouth (15 avril 2008)<sup>(41)</sup>, ce dernier a appliqué pleinement le principe de non-refoulement au profit d'un réfugié irakien entré irrégulièrement au Liban, conformément à la Convention de 1951 (en application du principe de la primauté des Conventions sur les lois), en dépit des dispositions de l'article 32 de la loi réglementant l'entrée et le séjour des étrangers qui pénalisent les étrangers en situation irrégulière sans distinction entre réfugiés et non réfugiés (dans le même sens, Cour d'appel (correctionnel) de Beyrouth, 20 août 2001 en application de l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou

---

<sup>(41)</sup>Revue Al Adl, année 42, 2008, n° 3, page 1366.

dégradants ; également, juge unique pénal de Beyrouth, 29 décembre 2007)<sup>(42)</sup>.

Il convient de noter que les motifs de sécurité nationale (ou autres) interviennent parfois dans le Droit international des droits de l'Homme où certains droits sont soumis à des limitations. Le PIDCP prévoit telles exceptions (article 12, § 3<sup>(43)</sup>, article 13, article 4, § 1).

Les considérations de sécurité offrent des possibilités d'exception au droit de non-refoulement (article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés). Par contre la Convention contre la torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants ne contient rien de ce genre (ainsi que l'article 7 du PIDCP qui interdit toute dérogation).

Le Comité contre la torture n'hésite pas à critiquer une loi nationale qui permet que pour des raisons de sécurité nationale, des personnes courant le risque d'être torturées dans leur pays puissent être expulsées<sup>(44)</sup>.

En droit tunisien, et selon la loi n° 68-7 du 8 mars 1968 relative à la condition des étrangers « Le Secrétaire d'État à l'Intérieur peut prendre un arrêt d'expulsion à l'encontre de tout étranger dont la présence sur le territoire tunisien constitue une menace pour l'ordre public » (article 18).

Toutefois, la loi prévoit le cas de l'étranger expulsé qui est dans l'impossibilité de quitter la Tunisie ; il revient au Secrétaire d'État à l'Intérieur de fixer le lieu où l'étranger doit résider, et qui doit se présenter régulièrement au Poste de Police ou de la Garde nationale du lieu de sa résidence en attendant qu'il lui soit possible de quitter le pays (article 19).

Concernant le placement en rétention, l'interdiction de l'arrestation ou de la détention « arbitraire » (article 9, § 1 PIDCP) ne fait pas obstacle à la rétention des migrants pendant la durée des formalités d'immigration.

Toutefois, le placement en rétention des migrants en situation irrégulière devrait intervenir en dernier recours seulement et ne pas se prolonger de manière excessive. Ces migrants devraient, au besoin, être placés dans des centres de rétention spécifiquement conçus à cet effet et être séparés des détenus condamnés.

Les enfants ne devraient être placés en rétention que s'il s'agit d'une mesure de dernier ressort et, dans ce cas, pour la durée appropriée la plus courte possible. Le placement en

---

<sup>(42)</sup>Ziad Mekanna, art. cit., page 70.

<sup>(43)</sup>Le droit de circuler librement ne peut être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte.

<sup>(44)</sup>CAT/C/SR.13, 1989, § 27.

rétenion d'autres personnes vulnérables (femmes enceintes, mère avec des enfants en bas âge, personnes âgées, personnes handicapées) devrait, autant que possible, être évité. Des lieux d'hébergement appropriés devraient être prévus pour accueillir les familles ; dans les autres cas, les hommes et les femmes devraient être logés séparément. Les personnes placées en rétention devraient avoir le droit de contacter toute personne de leur choix (avocats, membres de leur famille, organisations non gouvernementales (ONG), l'Agence des Nations unies pour les réfugiés etc...), avoir accès à des soins médicaux appropriés et, le cas échéant, bénéficier des services d'un interprète et d'une assistance juridique gratuite ; les migrants en situation irrégulière placés en rétention ont également le droit d'avoir des contacts avec les autorités consulaires de leur pays d'origine et d'être informés, par les autorités du pays dans lequel ils sont détenus, des droits que leur reconnaît la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires; le droit d'asile et le droit de non refoulement devraient être respectés; le migrant en situation irrégulière qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire devrait avoir droit à un recours effectif devant une autorité ou un organe compétent, indépendant et impartial. L'exercice du recours devrait avoir un effet suspensif si la personne à éloigner fait valoir un grief défendable prétendant qu'elle serait soumise à des traitements contraires aux droits de l'homme; les expulsions collectives d'étrangers, notamment des migrants en situation irrégulière, sont interdites<sup>(45)</sup>.

La Cour de cassation française a traité plusieurs cas de placement en rétention des migrants en situation irrégulière ; le juge judiciaire, saisi d'une requête en prolongation d'une rétention administrative, doit motiver sa décision sur le bien-fondé de la requête du préfet et la justification légale du maintien en rétention. Il ne doit pas se limiter à statuer sur les irrégularités de procédure soulevées par l'étranger (Première chambre civile, arrêt n° 981 du 20 novembre 2019)<sup>(46)</sup>.

Et en application de l'article L. 551-1, II du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, « l'étranger qui fait l'objet d'une décision de transfert vers un autre État, responsable de l'examen de sa demande d'asile, ne peut être placé en rétention que pour prévenir un risque non négligeable de fuite, et uniquement dans la mesure où le placement en rétention est proportionné et si les conditions d'une assignation à résidence ne sont pas remplies. Le risque non négligeable de fuite peut, sauf circonstance particulière, être regardé comme établi notamment si l'étranger est de nouveau présent sur le territoire français après

<sup>(45)</sup><https://books.google.tn/books?id=Aw7juyxGbP0C&pg=PA140&lpg=PA140&dq>, page 140.

<sup>(46)</sup> Disponible en ligne sur: [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/981\\_20\\_43934.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/981_20_43934.html).

l'exécution effective d'une mesure de transfert »<sup>(47)</sup> (Cour de cassation, Première chambre civile, arrêt n° 48 du 13 janvier 2021, § 4)<sup>(48)</sup>.

Il convient de noter que la Cour de cassation considère que les litiges concernant l'entrée, le séjour et l'éloignement des étrangers<sup>(49)</sup> n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit à un procès équitable (Première chambre civile du 17 octobre 2019)<sup>(50)</sup>.

Concernant le droit d'asile, il a parfois une valeur constitutionnelle ; en ce sens la Constitution tunisienne qui garantit le droit d'asile politique (article 26) ; bien que ce droit reste limité puisqu'il ne concerne que l'asile politique malgré l'existence de plusieurs autres raisons d'asile (ethniques à titre d'exemple), l'inscription de ce droit dans la Constitution est un acquis important (dans le même sens, l'article 91 de la Constitution égyptienne).

Par le considérant introductif de sa décision du 13 août 1993 (citée ci-haut), le Conseil constitutionnel français a rappelé que les étrangers peuvent se prévaloir d'un droit qui est propre à certains d'entre eux selon lequel tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République.

Le Conseil d'État français, a de sa part, contribué à renforcer un cadre protecteur des droits des étrangers en assurant une protection particulière des demandeurs d'asile qui doivent être autorisés à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur demande<sup>(51)</sup> et qui, une fois admis à séjourner en qualité de réfugié, ne peuvent se voir remettre aux autorités de leur pays d'origine<sup>(52)</sup>.

---

<sup>(47)</sup>M. X..., de nationalité afghane, entré irrégulièrement en France, a déposé une demande d'asile le 14 février 2019. La consultation du fichier Eurodac a mis en évidence qu'il avait précédemment introduit une demande de protection internationale en Allemagne. Après avoir été remis aux autorités allemandes le 23 mai, il est revenu sur le sol français et a déposé une nouvelle demande d'asile le 13 juin. Le 12 juillet, le préfet a notifié à M. X... deux arrêtés, l'un portant remise aux autorités allemandes, l'autre placement en rétention.

<sup>(48)</sup>Disponible en ligne sur: [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/48\\_13\\_46278.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/48_13_46278.html).

<sup>(49)</sup>M. X..., de nationalité soudanaise, en situation irrégulière sur le territoire national a été placé en rétention administrative ; il a saisi le juge des libertés et de la détention d'une requête tendant à contester la décision de ce placement.

<sup>(50)</sup>Disponible en ligne sur: [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/864\\_17\\_43774.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/864_17_43774.html).

<sup>(51)</sup>CE Ass., 13 décembre 1991, Nkodia, disponible en ligne sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007789567/> Également, CE Ass., 13 décembre 1991, Préfet de l'Hérault c. Dakoury, Rec. 440.

<sup>(52)</sup>CE, 1<sup>er</sup> avril 1988, Bereciartua-Echarri, n° 85234. Disponible en ligne sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007717808/>

Il a également envisagé, de manière large, la qualité de réfugié en y incluant, par exemple, les personnes persécutées en raison de leur homosexualité<sup>(53)</sup>. Ainsi, une décision de la Cour nationale du droit d'asile a été annulée, « en refusant à M. B...le statut de réfugié au motif, d'une part, que l'intéressé n'établissait pas qu'il aurait manifesté son orientation sexuelle et, d'autre part, que l'homosexualité n'est pas réprimée par le code pénal de la République démocratique du Congo, la Cour nationale du droit d'asile a commis une double erreur de droit ».

Par contre, ce n'est pas le cas d'une femme menacée d'excision dans son pays d'origine où le Conseil d'État « Considérant que c'est à bon droit que par une décision fondée sur des motifs suffisants et exempts de contradiction et de dénaturation, la Cour nationale du droit d'asile, après avoir relevé que la requérante avait vécu depuis novembre 2000 en France où elle a donné naissance à sa fille et refusé que celle-ci soit excisée, a rejeté le recours de Mme C. contre la décision du directeur général de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides refusant de lui reconnaître le statut de réfugiée, en relevant qu'il n'était pas établi qu'elle pourrait, du fait de son opposition aux mutilations sexuelles auxquelles sa fille serait exposée si elle retournait avec elle en Côte d'Ivoire, être regardée comme relevant d'un groupe social et susceptible à ce titre d'être personnellement exposée à des persécutions au sens des stipulations du 2 du A de l'article 1<sup>er</sup> de la convention de Genève »<sup>(54)</sup>.

Suite à la suspension de l'activité des guichets uniques pour demandeur d'asile (GUDA) en raison de l'épidémie de Covid-19, le Conseil d'État statuant au contentieux a rendu une ordonnance le 30 avril 2020 (n° 440250, 440253)<sup>(55)</sup> ; il résulte « des indications fournies par le ministre de l'intérieur que les étrangers en situation irrégulière qui manifesteraient l'intention de déposer une demande d'asile ne sauraient faire l'objet d'une mesure d'éloignement », que des mesures ont été prises pour assurer que tous les migrants qui le souhaitent bénéficient, dans le cadre du programme national d'aide aux personnes démunies, d'un hébergement et de «chèques services».

La carence de l'État à mettre en œuvre l'enregistrement des demandes d'asile, et en priorité celles émanant des personnes les plus vulnérables, qui peuvent être identifiées avec l'aide des associations, est de nature à justifier qu'il soit enjoint au ministre de l'intérieur

<sup>(53)</sup>Voir notamment CE, 27 juillet 2012, M. Mbwene, n° 349824. Disponible en ligne sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000026230121/>. Également, CE, 8 février 2017, M. Kmarul, n° 395821.

<sup>(54)</sup>CE Ass., 21 décembre 2012, Mme Fofana, Rec. 429, n° 332492. Disponible en ligne sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000026810746>.

<sup>(55)</sup>Disponible en ligne sur: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-30-avril-enregistrement-des-demandes-d-asile-en-ile-de-france>.

de rétablir l'enregistrement des demandes d'asile, en priorité des personnes présentant une vulnérabilité particulière (§ 11), et à l'Office français de l'immigration et de l'intégration de rétablir le fonctionnement de sa plateforme téléphonique.

Toujours dans un souci de protection, le Conseil d'État (Section, 13 juillet 2016)<sup>(56)</sup> a considéré « qu'il appartient aux autorités de l'État de mettre en oeuvre le droit à l'hébergement d'urgence reconnu par la loi à toute personne sans abri qui se trouve en situation de détresse médicale, psychique ou sociale ; qu'une carence caractérisée dans l'accomplissement de cette mission peut faire apparaître, pour l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle entraîne des conséquences graves pour la personne intéressée ; qu'il incombe au juge des référés d'apprécier dans chaque cas les diligences accomplies par l'administration en tenant compte des moyens dont elle dispose ainsi que de l'âge, de l'état de la santé et de la situation de famille de la personne intéressée ; que, les ressortissants étrangers qui font l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ou dont la demande d'asile a été définitivement rejetée et qui doivent ainsi quitter le territoire en vertu des dispositions de l'article L. 743-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile n'ayant pas vocation à bénéficier du dispositif d'hébergement d'urgence, une carence constitutive d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ne saurait être caractérisée, à l'issue de la période strictement nécessaire à la mise en oeuvre de leur départ volontaire, qu'en cas de circonstances exceptionnelles ; que constitue une telle circonstance, en particulier lorsque, notamment du fait de leur très jeune âge, une solution appropriée ne pourrait être trouvée dans leur prise en charge hors de leur milieu de vie habituel par le service de l'aide sociale à l'enfance, l'existence d'un risque grave pour la santé ou la sécurité d'enfants mineurs, dont l'intérêt supérieur doit être une considération primordiale dans les décisions les concernant » (§ 6)<sup>(57)</sup>.

Concernant enfin le traitement particulier des enfants non accompagnés, un jugement du juge des enfants (Tribunal de Sfax II, Tunisie)<sup>(58)</sup> en date du 1<sup>er</sup> février 2018 (n° 1957), mérite l'attention ; l'enfant a été poursuivi pour entrée ou séjour irrégulier d'un étranger en Tunisie conformément aux dispositions de l'article 23 de la loi du 8 mars 1968<sup>(59)</sup>.

---

<sup>(56)</sup> Disponible en ligne sur: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000032892436/>

<sup>(57)</sup> Mme C..., ressortissante russe, d'origine tchétchène, a été hébergée et prise en charge par l'État au centre d'accueil pour demandeurs d'asile avec ses deux enfants; cette prise en charge a cessé à la suite du rejet définitif de sa demande d'asile; elle a alors sollicité, avec son conjoint, un hébergement d'urgence auprès de l'État.

<sup>(58)</sup> Inédit.

<sup>(59)</sup> La loi relative à la condition des étrangers en Tunisie fixe les conditions d'entrée et de sortie des étrangers sous peine de

De nationalité marocaine, l'enfant vivait en Tunisie sans papiers depuis près d'un an où il travaillait après avoir entré clandestinement de la Libye. Il a été en mesure de percevoir une somme de 3000 dinars qu'il a versée à un passeur pour quitter la Tunisie vers l'Italie où il a été arrêté.

Le juge des enfants a trouvé que les faits sont établis à l'égard de l'enfant et a prononcé la remise de l'enfant à son tuteur, conformément à son intérêt supérieur, en le restituant à sa famille au Maroc par l'intermédiaire de l'Organisation internationale pour les migrations (OIM). Par conséquent, il a été confié à la représentante de l'OIM pour compléter les procédures de voyage quitte à garder l'enfant au Centre d'encadrement et d'orientation sociale de Sfax où il résidait pendant toute la procédure jusqu'à la date de son voyage.

Le juge soulève le principe selon lequel les enfants en conflit avec la loi quels que soient leur lieu de naissance, leur nationalité ou leur sexe jouissent des mesures de protection prévues dans la Constitution tunisienne, le Code de protection de l'enfant et toutes les conventions internationales garantissant la protection des droits des enfants ratifiées par l'État tunisien. En prenant de telles mesures, tous les aspects de l'enfant doivent être pris en compte pour plus d'efficacité y compris informer les organes diplomatiques concernés lorsqu'il s'agit d'enfants de nationalité non tunisienne et dont la famille est présente en dehors du territoire tunisien, y compris de tous les services fournis par les institutions de l'État jusqu'à l'achèvement des procédures relatives au refoulement selon son intérêt supérieur.

En France, le juge des référés du tribunal administratif de Lille (ordonnance du 26 juin 2017, n° 1705379) a, en premier lieu, enjoint au préfet, de mettre en place un dispositif adapté de maraude quotidienne à Calais à destination des mineurs non accompagnés, en deuxième lieu, enjoint au préfet et à la commune de créer plusieurs points d'eau situés à l'extérieur du centre de Calais dans des lieux facilement accessibles aux migrants et leur permettant de boire, de se laver et de laver leurs vêtements, ainsi que des latrines et d'organiser un dispositif d'accès à des douches, en troisième lieu, enjoint au préfet d'organiser des départs, depuis la commune de Calais, vers les centres d'accueil et d'orientation ouverts sur le territoire français dans lesquels des places sont disponibles<sup>(60)</sup>.

---

sanctions pénales (articles 23 et suivants).

<sup>(60)</sup>Cité dans: Le Conseil d'État statuant au contentieux (Section du contentieux, 6<sup>ème</sup> Chambre), 31 juillet 2017, décision n° 412125, 412171, disponible en ligne sur: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-31-juillet-2017-commune-de-calais-ministre-d-etat-ministre-de-l-interieur>.

Le Conseil d'État français statuant au contentieux<sup>(61)</sup>, a considéré les conditions de vie des migrants<sup>(62)</sup>, dont une centaine de mineurs, font apparaître que la prise en compte par les autorités publiques des besoins élémentaires en ce qui concerne leur hygiène et leur alimentation en eau potable demeure manifestement insuffisante et révèle une carence de nature à exposer ces personnes, de manière caractérisée, à des traitements inhumains ou dégradants, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale (§ 13).

Il convient de noter que, les mécanismes (tant nationaux qu'internationaux) ne sont en réalité pas toujours accessibles aux migrants, ce qui limite leur potentiel de protection, et ce pour plusieurs raisons, notamment se pose le problème des preuves et des témoignages, également l'accès au juge du territoire où se trouvent les migrants peut également être très difficile ; ensuite parce que les conditions de vie des migrants peuvent empêcher ceux-ci d'écrire une requête dans de bonnes conditions, outre les problèmes d'assistance juridique et de traduction. Enfin, parce que ces personnes ne veulent pas attirer l'attention sur leur situation ou leur présence irrégulière par crainte d'être expulsées<sup>(63)</sup>.

## **II. Les mécanismes régionaux et internationaux garants subsidiaires des droits des migrants**

Quand les juridictions nationales ne parviennent pas à protéger les droits humains, le cadre juridique régional ou international donne aux détenteurs des droits violés la possibilité de plaider leur cas devant une institution régionale (A) ou internationale (B).

### **A. Les mécanismes régionaux**

Au niveau régional, les mécanismes de protection des droits humains en général et des droits des migrants en particulier offrent des opportunités variées.

Il s'agit essentiellement des mécanismes juridictionnels et quasi juridictionnels, africains, européens et américains. Il convient de noter que seul les premiers mécanismes (africains)

---

<sup>(61)</sup>Section du contentieux, 6<sup>ème</sup> Chambre, 31 juillet 2017, décision n° 412125, 412171, disponible en ligne sur: <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-31-juillet-2017-commune-de-calais-ministre-d-etat-ministre-de-l-interieur>.

<sup>(62)</sup>«Les migrants se trouvent dans un état de dénuement et d'épuisement, n'ont accès à aucun point d'eau ou de douche ni à des toilettes et ne peuvent ainsi, notamment, ni se laver ni laver leurs vêtements et souffrent en conséquence de pathologies telles que la gale ou des impétigos, de divers troubles liés à une mauvaise hygiène ou encore de plaies infectées ainsi que de graves souffrances psychiques résultant de cette situation» (§ 12).

<sup>(63)</sup>«Le droit à la vie des migrants», Jean Matringe, dans «Plein droit» 2016/2 (n° 109), pages 23 à 26, disponible en ligne sur le lien suivant: <https://www.cairn.info/revue-plein-droit-2016-2-page-23.htm#no81>.

concernent quelques pays arabes de l'Afrique dont la Tunisie, l'Algérie et l'Égypte.

### 1. Les mécanismes africains

Il s'agit notamment de la Commission Africaine des droits de l'Homme et des Peuples et de la Cour africaine des droits de l'Homme et des Peuples.

Ainsi, quiconque peut introduire une plainte auprès de la Commission pour dénoncer la violation, par un État Partie à la Charte Africaine des droits de l'Homme et des Peuples, de l'un ou plusieurs droits qui y sont prévus, y compris la non-discrimination, l'égalité et le droit de circuler librement<sup>(64)</sup>.

Par ailleurs, la Commission a adopté plusieurs résolutions prônant une approche axée sur les droits humains en matière de migration telles que la Résolution sur la situation des migrants en Afrique (2016)<sup>(65)</sup>; la Résolution sur les flux migratoires mixtes, les défis de protection des migrants et l'interdiction de la traite des personnes et de toutes formes de violence en Afrique du Nord et subsaharienne (2018)<sup>(66)</sup>; la Résolution sur la nécessité d'entreprendre une étude sur les violations des droits de l'Homme à l'encontre des migrants (2018)<sup>(67)</sup>.

Dans la Résolution 470 du 3 décembre 2020 sur la protection des réfugiés, des demandeurs d'asile et des migrants dans le cadre de la lutte contre la pandémie de la Covid-19 en Afrique, la Commission « 1. Rappelle aux États leurs obligations conventionnelles et les engagements qu'ils ont pris en souscrivant aux normes et politiques de l'Union africaine relatives à la protection des demandeurs d'asile, des réfugiés et des migrants sur le continent, en particulier la Convention de l'UA [Union africaine] régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique de 1969 et la Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique (Convention de Kampala) de 2009 ; 2. Condamne toutes les violations de droits dont ont été victimes directement ou indirectement des demandeurs d'asile, des réfugiés et des migrants dans le cadre de la

---

<sup>(64)</sup> L'article 12 de la Charte africaine garantit à tout individu, le droit de circuler librement, de choisir sa résidence et interdit entre autres l'expulsion collective d'étrangers. Par ailleurs, la Convention de l'Organisation de l'Unité africaine (l'OUA qui a précédé à l'Union africaine) régit les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, ainsi que la Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique (Convention de Kampala) ; l'adoption par l'Union Africaine du Protocole au Traité instituant la Communauté économique africaine relatif à la libre circulation des personnes, au droit de séjour et au droit d'établissement, ainsi que l'élaboration du cadre de Politique migratoire pour l'Afrique et son Plan d'action ; également le Rapporteur spécial sur les réfugiés, les demandeurs d'asile et des personnes déplacées à l'intérieur a été établi par la CADHP en 2004.

<sup>(65)</sup> CADHP/RES.333(EXT.OS/XIX).

<sup>(66)</sup> CADHP/Rés. 398 (LXII).

<sup>(67)</sup> CADHP/Rés. 404 (LXII).

gestion de la pandémie de la Covid 19 dans les États parties à la Charte africaine et à ses protocoles ».

Quant à la Cour africaine des droits de l'Homme et des Peuples, elle a été saisie d'une requête qui porte sur un cas d'apatride (retrait de la nationalité et expulsion du requérant, affaire Anudo Ochieng Anudo c. la République unie de Tanzanie, Requête n° 012/2015 du 22 mars 2018)<sup>(68)</sup>.

En 2012, le requérant s'est présenté devant les autorités tanzaniennes pour accomplir les formalités requises pour son mariage ; la police a décidé de saisir son passeport au motif que sa nationalité tanzanienne avait suscité des soupçons<sup>(69)</sup> ; sa nationalité lui a été retirée et il a été expulsé au Kenya puis ré-expulsé en Tanzanie.

En effet, le tribunal de première instance de Homa Bay du Kenya l'a déclaré en « situation irrégulière » sur le territoire kenyan et l'a condamné de payer une amende pour séjour illégal. Suite à cette décision, le requérant a été expulsé en Tanzanie. Ne pouvant plus rentrer en Tanzanie, il allègue que depuis son expulsion, il vit en cachette dans la « zone tampon » située entre les deux Républiques dans des conditions très difficiles, sans aucun service social ou sanitaire de base. Il ajoute qu'en le privant de sa nationalité tanzanienne et en l'expulsant vers le Kenya qui, à son tour, l'a déclaré en « situation irrégulière », l'État défendeur a violé plusieurs de ses droits fondamentaux.

Le requérant affirme que l'État défendeur l'a abandonné dans une zone de non-droit dans des conditions inhumaines, humiliantes et dégradantes, caractérisées par l'absence d'eau potable, de nourriture et de sécurité, ce qui lui a causé de nombreuses souffrances physiques et psychologiques. Il soutient que ces violations sont consécutives de la déchéance illégale de sa nationalité et de son expulsion du territoire tanzanien et spécialement qu'il s'est retrouvé dans la situation d'apatride dans la « zone tampon ».

Condamnant la Tanzanie, la Cour constate que les violations alléguées tiennent les unes des conditions de vie du requérant dans cette zone, tandis que les autres se rapportent aux droits dont aurait jouit le requérant s'il n'avait pas perdu sa nationalité et été expulsé de la République unie de Tanzanie (§ 120) ; pour elle, la violation de ces droits sont les conséquences des violations principales (§ 121).

---

<sup>(68)</sup> Disponible en ligne sur le lien suivant: <https://fr.africancourt.org/images/Cases/Judgment/Anudo%20Arret%20en%20Requete%20No.%20012%20du%202015%20Datee%2022%20Mars%202018%20-%20Optimized.pdf>.

<sup>(69)</sup> Les services de l'immigration ont ouvert une enquête et interrogé certaines personnes; beaucoup ont attesté qu'il était le fils biologique d'Anudo Achok et Dorcas Rombo Jacop ; seul son oncle paternel a déclaré que le requérant était né au Kenya d'une certaine Damaris Jacobo et qu'il avait seulement émigré en Tanzanie.

Il convient de noter qu'en ce qui concerne les plaintes introduites par les individus et les Organisations non gouvernementales (ONG), le Protocole créant la Cour africaine prévoit des critères de recevabilité ; en sus des sept conditions de recevabilité, les affaires portées directement devant la Cour par les individus et les ONG ne sont recevables que lorsque l'État contre lequel la plainte est introduite a fait une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir de telles plaintes (l'article 34 (6) du Protocole). A titre d'exemple, la Tunisie a fait la déclaration en 2017.

## 2. Les mécanismes européens

Contrairement à la Cour africaine (ainsi que la Commission africaine), une riche jurisprudence en matière des droits des migrants a été développée par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH).

Avec l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*<sup>(70)</sup>, la Cour, saisie par un ressortissant afghan entré dans l'Union européenne par la Grèce avant de poursuivre sa route jusqu'en Belgique, a jugé que la remise par la Belgique de ce ressortissant aux autorités grecques méconnaissait les stipulations de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme compte tenu des mauvaises conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans ce pays<sup>(71)</sup>. « (...) [A]ssortie de garanties adéquates pour les personnes qui en font l'objet, la privation de liberté imposée aux étrangers n'est acceptable que pour permettre aux États de combattre l'immigration clandestine tout en respectant leurs engagements internationaux, notamment en vertu de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés et de la Convention [européenne des droits de l'Homme]. Le souci légitime des États de déjouer les tentatives de plus en plus fréquentes de contourner les restrictions à l'immigration ne doit pas priver les demandeurs d'asile de la protection accordée par ces conventions (...). Lorsque la Cour est amenée à contrôler les modalités d'exécution de la mesure de détention à l'aune de la Convention, elle doit avoir égard à la situation particulière de ces personnes (...). Les États doivent notamment prendre en considération l'article 3 de la Convention qui consacre l'une des valeurs fondamentales de toute société démocratique et prohibe en termes absolus la torture et les traitements inhumains ou dégradants quels que soient les circonstances et les agissements de la victime (...)»<sup>(72)</sup>.

---

<sup>(70)</sup> Arrêt de Grande Chambre du 21 janvier 2011, affaire n° 30696/09.

<sup>(71)</sup> Cette analyse a été reprise par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt du 21 décembre 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*, affaire C-411/10.

<sup>(72)</sup> §§ 216-218.

Les États membres doivent donc s'assurer, avant toute décision de transfert d'un demandeur d'asile, que l'État membre théoriquement responsable de l'examen de la demande d'asile respecte en particulier les principes fondamentaux de dignité de la personne humaine et d'interdiction des traitements inhumains et dégradants.

Concernant l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers, la Cour a conclu dans l'affaire *M.K. et autres c. Pologne* du 23 juillet 2020 qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme (refus des garde-frontières d'enregistrer des demandes d'asile, associé à un risque de refoulement vers le pays d'origine et de mauvais traitements au sein de celui-ci) ainsi que l'article 4 du Protocole n° 4<sup>(73)</sup>.

Dans l'affaire *Shahzad c. Hongrie* (8 juillet 2021, n° 12625/17)<sup>(74)</sup>, le refoulement d'un migrant vers une étroite bande de territoire appartenant à l'État défendeur et longeant une clôture frontalière est constitutif d'une expulsion et par conséquent l'article 4 du Protocole n° 4 trouve à s'appliquer<sup>(75)</sup> ; il y a une violation du fait du renvoi du requérant opéré à la suite d'une entrée irrégulière mais non génératrice de perturbations, sans décision individuelle des autorités et malgré le caractère limité de l'accès aux voies d'entrée légales et l'absence de procédure et de garanties formelles.

Par ailleurs, nombreuses sont les affaires qui concernent les conditions de détention; dans l'affaire *Kaak et autres c. Grèce* du 3 octobre 2019<sup>(76)</sup>, la Cour a conclu à la violation de

---

<sup>(73)</sup> Dans la procédure suivie à la frontière, les déclarations des requérants relatives à leur souhait de demander une protection internationale n'ont pas été prises en compte.

<sup>(74)</sup> [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-13341%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-13341%22]}).

<sup>(75)</sup> Également dans l'affaire *Conka c. Belgique* (5 février 2002), la CEDH a conclu à la violation de l'article 4 (interdiction des expulsions collectives d'étrangers) du Protocole n° 4, observant notamment que la procédure d'expulsion suivie n'avait pas offert des garanties suffisantes attestant d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées. Selon la Cour, le procédé suivi n'était pas de nature à exclure tout doute sur le caractère collectif de l'expulsion, notamment parce que : les instances politiques avaient précédemment donné des instructions à l'administration pour réaliser des opérations de ce genre ; les intéressés ont été convoqués simultanément au commissariat ; les ordres de quitter le territoire et d'arrestation présentaient un libellé identique ; il était très difficile pour les intéressés de contacter un avocat ; la procédure d'asile n'était pas encore terminée.

Les requérants, ressortissants slovaques d'origine tzigane, affirmaient avoir fui leur pays après avoir été victimes d'agressions racistes et de la passivité de la police. Ils furent arrêtés en vue de leur expulsion alors qu'ils avaient été seulement convoqués pour compléter leur demande d'asile. Les intéressés se plaignaient en particulier des conditions de leur arrestation et de leur expulsion vers la Slovaquie.

<sup>(76)</sup> Cette affaire concernait les conditions de détention de ressortissants syriens, afghans et palestiniens dans les hotspots de Vial et de Souda (Grèce). Les intéressés se plaignaient notamment de l'absence d'assistance juridique gratuite et de l'absence de tribunal administratif à Chios qui, selon eux, avaient rendu la contestation de la privation de liberté impossible en pratique et, par suite, arbitraire.

l'article 5 § 4<sup>(77)</sup> (droit de faire statuer à bref délai sur la légalité de la détention)<sup>(78)</sup>.

Dans l'affaire A.A. c. Grèce (n° 12186/08, 22 juillet 2010) qui concernait un ressortissant palestinien appréhendé par la police maritime dans les eaux territoriales grecques après avoir fui le camp de réfugiés où il vivait au Liban, la Cour a conclu à la violation de l'article 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention, tant en raison des conditions de vie dans le centre de détention, s'analysant pour le requérant en un traitement dégradant, qu'en raison du manque de diligence des autorités dans l'octroi d'une assistance médicale appropriée au requérant<sup>(79)</sup>.

Très souvent la Cour traite des conditions de détention dans la zone de transit ; dans l'affaire Riad et Idiab c. Belgique (24 janvier 2008), les requérants (des ressortissants palestiniens) se plaignaient notamment des conditions de leur détention dans la zone de transit de l'aéroport de Bruxelles-National à la suite de leur entrée irrégulière sur le territoire belge. La Cour a estimé que de par sa nature même, il s'agissait d'un lieu destiné à accueillir des personnes pour de très courtes durées. Présentant des caractéristiques pouvant faire naître chez le détenu un sentiment de solitude, sans accès à l'extérieur pour se promener ou faire de l'exercice physique, ni structure interne de restauration, ni poste de radio ou de télévision permettant un contact avec le monde extérieur, la zone de transit n'était en rien adaptée aux besoins d'un séjour de plus de dix jours.

Par contre, la Cour (Grande Chambre) a conclu, à l'unanimité, à l'absence de violation de l'article 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention à raison des conditions de vie des requérants dans la zone de transit dans l'affaire Ilias et Ahmed c. Hongrie (21 novembre 2019); elle a jugé en particulier que, compte tenu des conditions matérielles dans la zone de transit, de la durée du séjour et des possibilités qui leur étaient offertes d'avoir des contacts avec d'autres demandeurs d'asile, des représentants de l'Agence des Nations unies pour les réfugiés, des ONG et un avocat, la situation dénoncée par les requérants n'avait pas atteint le minimum de gravité nécessaire pour être constitutive d'un

---

<sup>(77)</sup>Par contre, elle a conclu à la non-violation de l'article 5 § 1 (droit à la liberté et à la sûreté) de la Convention.

<sup>(78)</sup>Également, l'affaire O.S.A. et autres c. Grèce (n° 39065/16 du 21 mars 2019) qui concernait les conditions de détention des ressortissants afghans, dans le centre de Vial situé sur l'île de Chios ; l'affaire A.M. c. France (n° 56324/13 du 12 juillet 2016) qui concernait un ressortissant tunisien.

<sup>(79)</sup>Les allégations de celui-ci concernant l'état du centre où il avait été détenu pendant trois mois étaient corroborées par plusieurs rapports concordants d'organisations internationales et d'organisations non gouvernementales grecques, qui faisaient état des problèmes suivants : surpopulation, exigüité et saleté extrêmes, toilettes mixtes délabrées, salle de bain baignant dans un centimètre d'eau, hospitalisation impossible, système d'égout défectueux, odeurs nauséabondes, maladies dermatologiques infectieuses, violences lors des arrestations.

mauvais traitement au sens de l'article 3<sup>(80)</sup>.

Quant au placement en rétention, la Cour a statué sur le caractère inadéquat des conditions de rétention d'un migrant à raison d'un isolement de fait excessif et d'un placement inutile avec de nouveaux arrivants en quarantaine Covid-19 (affaire Feilazoo c. Malte du 11 mars 2021, n° 6865/19)<sup>(81)</sup>; elle est particulièrement frappée par le fait que le requérant a été détenu seul dans un conteneur pendant près de soixante-quinze jours sans accès à la lumière naturelle ni à l'air frais, et qu'au cours des quarante premiers jours il n'a pu faire d'exercice. De plus, pendant cette période, et surtout pendant les quarante premiers jours, il a été soumis à un isolement de facto. Il a certes été placé en isolement à sa demande, pour sa propre protection, mais la rigueur et la durée de la mesure adoptée, à savoir que pendant au moins quarante jours il n'a eu pratiquement aucun contact avec qui que ce soit, apparaissent excessives au vu des circonstances. Les autorités ne semblent avoir pris aucune mesure pour s'assurer que l'état physique et psychologique du requérant lui permette de rester isolé, et il ne semble pas non plus que, dans les circonstances particulières de l'espèce, d'autres solutions à cet isolement aient été envisagées.

De plus, à l'issue de cette période, le requérant a été transféré dans d'autres locaux de détention où de nouveaux arrivants (demandeurs d'asile) étaient maintenus en quarantaine Covid-19. Rien n'indiquait qu'il ait eu besoin d'être lui aussi en quarantaine – en particulier après une période d'isolement qui avait duré près de sept semaines. Le placer pendant plusieurs semaines avec d'autres personnes qui auraient pu présenter un risque pour sa santé, en l'absence de tout élément pertinent à cet égard, ne peut donc passer pour une mesure conforme aux exigences sanitaires de base.

La Cour conclut également, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 5 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, les motifs de la détention du requérant (mesures prises en vue de son expulsion) n'étant pas demeurées valables pendant toute la durée de sa privation de liberté, de sorte que sa détention était irrégulière.

Dans l'affaire Moustahi c. France (25 juin 2020) sur les conditions dans lesquelles deux enfants comoriens, appréhendés lors de leur entrée irrégulière sur le territoire français à Mayotte, avaient été placés en rétention administrative en compagnie d'adultes, rattachés

---

<sup>(80)</sup>La Grande Chambre a conclu en revanche à la violation de l'article 3 de la Convention à raison de l'expulsion des requérants vers la Serbie, jugeant en particulier que les autorités hongroises avaient manqué à l'obligation qui leur incombait en vertu de l'article 3 d'apprécier les risques auxquels les requérants étaient exposés de ne pas pouvoir accéder à la procédure d'asile en Serbie ou de faire l'objet d'un refoulement en chaîne et d'être renvoyés en Grèce, où les conditions de vie dans les camps de réfugiés avaient déjà été jugées contraires à l'article 3.

<sup>(81)</sup>[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-13171%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-13171%22]}).

arbitrairement à l'un d'eux et renvoyés expéditivement vers les Comores sans examen attentif et individualisé de leur situation<sup>(82)</sup>, la Cour a conclu à la violation de l'article 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention du fait des conditions de leur rétention ainsi que du fait des conditions de leur renvoi vers les Comores.

C'est dire que la Cour a connu de nombreuses affaires relatives à la protection des personnes vulnérables ; l'affaire Chowdury et autres c. Grèce du 30 mars 2017<sup>(83)</sup> (violation de l'article 4 § 2 de la Convention à raison du manquement de l'État défendeur à ses obligations positives, à savoir celles consistant à prévenir la situation litigieuse de traite des êtres humains (travail forcé), protéger les victimes (42 ressortissants bangladais sans permis de travail), enquêter efficacement sur les infractions commises et sanctionner les responsables de traite (§ 128) ; l'affaire Rahimi c. Grèce (5 avril 2011) qui concernait la détention dans un centre de rétention pour adultes d'un mineur étranger non accompagné<sup>(84)</sup> (les autorités grecques ne s'étaient nullement penchées sur la question de l'intérêt supérieur du requérant en tant que mineur et n'avaient pas recherché si elles pouvaient substituer une mesure moins radicale à la détention)<sup>(85)</sup> ; l'affaire Mahmudi et autres c. Grèce (31 juillet 2012) qui concernait la rétention, dans le centre de Pagani sur l'île de Lesbos, d'une famille afghane, dont une femme<sup>(86)</sup> enceinte de huit mois et quatre enfants mineurs (les conditions de détention des requérants avaient emporté violation de l'article 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention)<sup>(87)</sup> ; l'affaire Asalya c. Turquie (15 avril 2014) où le requérant, un Palestinien paraplégique et cloué dans un fauteuil roulant, se plaignait notamment des conditions dans lesquelles il avait été détenu au centre d'admission

<sup>(82)</sup> Les deux enfants se plaignaient également du caractère irrégulier et injustifié de leur privation de liberté.

<sup>(83)</sup> Requête n° 21884/15.

<sup>(84)</sup> Également H.A. et autres c. Grèce (n° 19951/16, 28 février 2019) qui concernait le placement de neuf migrants, des mineurs non accompagnés, dans différents postes de police de Grèce, pendant des périodes allant de 21 et 33 jours. La Cour a conclu à la violation de l'article 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention européenne des droits de l'Homme.

<sup>(85)</sup> Elle a donc conclu que la détention du requérant n'avait pas été « régulière » au sens de l'article 5 § 1 de la Convention.

<sup>(86)</sup> Également sur la vulnérabilité des femmes : l'affaire Aden Ahmed c. Malte (23 juillet 2013) qui concernait une ressortissante somalienne, détenue à Malte après être entrée irrégulièrement dans le pays par bateau en février 2009 afin d'y demander l'asile. La Cour a conclu à la violation de l'article 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention. Elle s'est déclarée préoccupée par les conditions dans lesquelles la requérante – une personne particulièrement vulnérable en raison de sa santé fragile et de son état émotionnel – avait vécu au centre de détention, notamment l'exposition potentielle des détenus au froid, l'absence de personnel féminin au centre de détention, l'absence totale d'accès à l'air libre et de possibilités d'exercice pendant près de trois mois, un régime alimentaire inadapté. La requérante avait précédemment fait une fausse couche alors qu'elle était en détention et était séparée de son jeune fils.

<sup>(87)</sup> Également Muskhadzhayeva et autres c. Belgique (19 janvier 2010) ; la Cour a conclu à la violation de l'article 3 de la Convention à raison de la détention des quatre enfants (et leur mère), rappelant que l'extrême vulnérabilité d'un enfant est une considération primordiale et qui prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal.

et d'hébergement des étrangers de Kumkapı (Turquie) dans l'attente de son éloignement. À cet égard, il se plaignait principalement d'une insuffisance d'infrastructures adaptées aux détenus en fauteuil roulant, la Cour a conclu à la violation de l'article 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) ; dans l'arrêt *Paposhvili c. Belgique*<sup>(88)</sup> du 13 décembre 2016, la Grande Chambre a reconnu l'existence d'une lacune à combler dans le système de protection des droits du migrant malade. Elle a insisté sur l'obligation des États contractants d'effectuer un examen approfondi et rigoureux de la situation du requérant afin de vérifier qu'il n'y aurait pas de violations de l'article 3 une fois renvoyé<sup>(89)</sup>.

Quant au droit au respect de la vie familiale, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention dans l'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* (12 octobre 2006) qui portait sur la détention pendant près de deux mois dans un centre de transit pour adultes, géré par l'Office des Étrangers et situé près de l'aéroport de Bruxelles, d'une ressortissante congolaise âgée de cinq ans censée rejoindre sa mère, qui avait obtenu le statut de réfugié au Canada, et le refoulement ultérieur de l'enfant vers son pays d'origine. Selon les requérantes (la mère et l'enfant), la détention de l'enfant avait notamment constitué une ingérence disproportionnée dans leur droit au respect de la vie familiale.

Il en est de même de l'affaire *Tarakhel c. Suisse* (novembre 2014)<sup>(90)</sup> estimant qu'il y aurait violation de l'article 3 de la Convention à renvoyer vers l'Italie un couple de ressortissants afghans et leurs six enfants faute d'avoir obtenu l'assurance de ce pays que l'unité familiale serait préservée et que les enfants bénéficieraient d'une prise en charge adaptée.

Incontestablement, la Cour est stricte quant à la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant qui implique d'une part de maintenir, autant que possible, l'unité familiale, d'autre part, d'envisager des alternatives afin de ne recourir à la détention des mineurs qu'en dernier ressort (en ce sens, arrêt *Popov c. France* du 19 janvier 2012, §§ 140-141).

On rappelle que les États peuvent invoquer la sécurité nationale (mentionnée au § 2 des articles 8, 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme), comme l'un des «butts légitimes » rendant nécessaire une restriction apportée aux droits humains<sup>(91)</sup>. Un

---

<sup>(88)</sup>Requête n° 41738/10.

<sup>(89)</sup>La Cour européenne des droits de l'homme et les droits des migrants : approche protectrice ou prudente? Mémoire présenté pour l'obtention du Master en études européennes, par Carmela Diletto, Fév. 2017, page 66.

<sup>(90)</sup>Affaire n° 29217/12.

<sup>(91)</sup>La notion n'est pourtant pas clairement définie. La Commission européenne des droits de l'Homme a d'ailleurs considéré qu'elle ne pouvait recevoir de définition exhaustive, lui conférant ainsi une certaine élasticité et donc une certaine flexibilité, reflétée par la marge d'appréciation dont jouissent les États en la matière : Sécurité nationale et jurisprudence européenne,

exemple du rejet des motifs de sécurité nationale est donné dans l'affaire Auad c. Bulgarie (11 octobre 2011) ; le requérant, un apatride d'origine palestinienne, arriva en Bulgarie en mai 2009 et demanda l'asile peu après. Ayant été accusé d'actes de terrorisme (notamment de participation à plus de dix assassinats), il fit l'objet en novembre 2009 d'une décision d'éloignement vers le Liban pour des motifs de sécurité nationale<sup>(92)</sup>. La Cour a conclu à la violation de l'article 5 § 1 (droit à la liberté et à la sûreté) de la Convention car les motifs pour lesquels le requérant avait été maintenu en détention, à savoir les mesures prises en vue de son expulsion, n'étaient pas restés valables pendant toute la durée de sa détention, les autorités bulgares n'ayant pas mené la procédure correspondante avec la diligence requise.

La Commission européenne (qui veille, entre autres, au respect du droit européen) a également une position en matière de migration irrégulière; à cet égard, elle demande à la Hongrie de donner accès à la procédure d'asile conformément au droit de l'Union (octobre 2020)<sup>(93)</sup>; la Commission considère que les nouvelles procédures d'asile prévues par la loi et le décret hongrois qui ont été adoptés en réaction à la pandémie de coronavirus sont contraires au droit de l'Union européenne. Selon les nouvelles procédures, avant de pouvoir demander une protection internationale en Hongrie, les ressortissants de pays tiers doivent d'abord faire une déclaration d'intention dans laquelle ils affirment leur volonté de demander l'asile auprès d'une ambassade hongroise en dehors de l'Union et de se voir délivrer un permis d'entrée spécial à cet effet. La Commission considère que cette disposition constitue une restriction illégale à l'accès à la procédure d'asile qui est contraire à la directive relative aux procédures d'asile, lue à la lumière de la Charte des droits fondamentaux, dans la mesure où elle empêche les personnes se trouvant sur le territoire hongrois, y compris à la frontière, d'y demander une protection internationale<sup>(94)</sup>.

### 3. Les mécanismes américains

Au regard des articles 7.2 (privation de liberté) et 7.3 (détention et arrestation arbitraires) de la Convention américaine des droits de l'Homme, la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme<sup>(95)</sup> (CIDH) a indiqué que l'application de mesures punitives privatives de liberté aux fins de contrôle des flux migratoires, en particulier des flux irréguliers, doivent

---

Conseil de l'Europe, 2013, § 4.

<sup>(92)</sup> Il fut placé en détention jusqu'en mai 2011, c'est-à-dire pendant la durée maximale (18 mois) autorisée en droit bulgare pour les detentions préalables à l'éloignement. À sa remise en liberté, il resta à Sofia, où il devait se présenter quotidiennement au poste de police.

<sup>(93)</sup> Elle a décidé d'ouvrir une procédure d'infraction en envoyant une lettre de mise en demeure à la Hongrie au sujet de l'application incorrecte de la législation de l'Union en matière d'asile.

<sup>(94)</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/inf\\_20\\_1687](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/inf_20_1687).

<sup>(95)</sup> Voir: [https://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud\\_fr.pdf](https://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_fr.pdf), page 7.

respecter les conditions suivantes: i) que l'objectif des mesures privatives ou restrictives de liberté soit compatible avec la Convention; ii) que les mesures adoptées soient adéquates pour atteindre l'objectif visé; iii) qu'elles soient nécessaires, dans la mesure où elles sont absolument indispensables à l'atteinte de l'objectif visé et qu'il n'existe pas, parmi toutes les mesures aussi adéquates pour ledit objectif, une mesure moins intrusive pour le droit affecté, raison pour laquelle le Tribunal a indiqué que le droit à la liberté personnelle suppose que sa limitation doit être exceptionnelle, et; iv) qu'il s'agisse de mesures qui soient absolument proportionnelles, de sorte que le sacrifice inhérent à l'atteinte du droit à la liberté ne soit pas excessif ou démesuré relativement aux bénéfices obtenus par le biais de la restriction et à l'atteinte de l'objectif recherché<sup>(96)</sup>.

En effet, la Cour s'est prononcée d'une manière spécifique à l'égard des droits des migrants irréguliers dans l'affaire *Vélez Loor c. Panama* du 23 novembre 2010 concernant un ressortissant équatorien qui, en 2002, avait essayé d'entrer illégalement au Panama<sup>(97)</sup>. La Cour a dit que la privation de la liberté comportait en soi la violation d'autres droits humains et a établi le principe fondamental que l'imposition arbitraire de peines de prison pour punir la migration irrégulière est incompatible avec la Convention. En l'espèce, elle a rappelé l'importance de prendre en compte la vulnérabilité particulière des migrants irréguliers et, vu que l'État n'avait pas considéré les circonstances particulières de la victime, elle l'a retenu responsable de la violation de l'article 7, car la détention était arbitraire, et a estimé que la loi nationale était incompatible avec la Convention. La période maximale de détention doit être établie par la loi et elle ne peut pas être sans limites ou d'une durée excessive. En principe, la détention n'est pas interdite dans toutes les circonstances, mais il faut que des conditions strictes soient respectées<sup>(98)</sup>.

Ainsi, la Cour accorde une protection spécifique aux détenus, considérés comme «groupe vulnérable». Elle rappelle que, conformément aux articles 5.1 et 5.2 de la Convention, «chaque détenu a le droit de vivre dans des conditions de détention compatibles avec sa dignité personnelle» (§ 198), les États étant compétents pour garantir les droits de toute personne se trouvant sous sa garde. Ils ont à leur charge différentes obligations positives de protection, tant de la santé que du bien-être des détenus, et doivent s'assurer que les

---

<sup>(96)</sup> CIDH, affaire *Vélez Loor c. Panamá*, Série C. n° 218, §§ 166-167.

<sup>(97)</sup> Pour ce crime, une mesure de détention de deux ans fut décidée à son encontre par le Directeur de l'office national des migrations pour entrée illégale. Avant d'être renvoyé en Équateur, Vélez Loor était resté pendant 10 mois en prison. Devant la Cour, il déclara avoir été soumis à des traitements inhumains et dégradants, ne pas avoir eu la possibilité de se défendre et avoir vécu dans des conditions de détention épouvantables.

<sup>(98)</sup> La Cour européenne des droits de l'homme et les droits des migrants : approche protectrice ou prudente?, mém. cit., page 57.

conditions d'incarcération «ne dépassent pas le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention».

Concernant le cas particulier de la privation de liberté des migrants en attente d'une mesure d'éloignement, la Cour précise qu'ils se trouvent dans une situation de «vulnérabilité accrue» lorsqu'ils sont détenus dans les mêmes locaux que des personnes prévenues ou condamnées (§ 207). Elle impose alors aux États de prévoir des établissements distincts, en se fondant tant sur la qualité des deux groupes de personnes – migrants en situation irrégulière / prévenus et détenus – que sur les finalités de la détention – «le redressement et la réinsertion sociale» pour ces derniers, et la procédure d'éloignement pour les premiers. La Cour relève à cet égard tout un ensemble de normes internationales, plaidant en faveur de la reconnaissance de ce «principe de séparation», dont elle prend acte (§ 208). Mais elle précise aussi la portée de cette obligation, qui impose à l'État «d'adopter certaines mesures positives, concrètes et ciblées», «afin de prévenir le risque accru d'atteinte aux droits, à l'intégrité personnelle et familiale et au bien-être des migrants» (§ 209). Constatant pour finir que la victime a été placée successivement dans une maison d'arrêt puis dans un centre pénitentiaire, la Cour reconnaît le Panama responsable d'une violation des articles 5.1 et 5.2, lus de manière combinée avec son article 1.1.

La Cour s'attarde ensuite sur les conditions de détention subies par la victime et rappelle, dans ce cadre, deux obligations positives à la charge de l'État vis-à-vis des détenus: il doit permettre l'accès à l'eau potable (§ 215)<sup>(99)</sup> et prévoir des examens médicaux réguliers et des soins ou traitements appropriés si nécessaire (§ 216). Néanmoins, malgré ses efforts, le Panama n'a pas respecté ces deux obligations et s'est rendu coupable d'«un traitement cruel, inhumain et dégradant, contraire à la dignité de l'être humain» (§ 227).

En 2000 par ailleurs, la Cour s'est prononcée en matière d'expulsions collectives de travailleurs clandestins en raison de la couleur de leur peau. Même si les questions relatives à la politique de l'immigration relèvent du domaine de la souveraineté de l'État, la Cour a estimé que la compétence de l'État n'était pas sans limites<sup>(100)</sup>.

---

<sup>(99)</sup>Voir également l'affaire Instituto de Reeducación del Menor, § 152. La Cour estime en effet que sans eau, les détenus se trouvent privés de leur liberté de satisfaire un certain nombre de besoins fondamentaux, considérés comme essentiels pour le développement d'une vie digne. Voir CIDH, *Tibi c. Équateur, exceptions préliminaires, fond, réparations et frais*, 7 septembre 2004, série C, n° 114, § 56.

<sup>(100)</sup>La Cour européenne des droits de l'homme et les droits des migrants : approche protectrice ou prudente? *mém. cit.*, page 55.

Dans une affaire (*Familia Pacheco Tineo c. Bolivie*, du 23 novembre 2013)<sup>(101)</sup> concernant un couple de ressortissants péruviens et leurs trois enfants demandeurs d'asile, la Cour s'est prononcée sur le principe de non-refoulement et a établi, s'inspirant largement de la Cour européenne, un ensemble de critères minima que les États doivent respecter en matière d'asile et d'expulsion. Elle a déclaré notamment que l'individu était protégé contre le refoulement sur la base de l'article 22 § 8 de la Convention interaméricaine consacrant le droit d'asile, en dépit de son statut légal et de sa situation migratoire. Toutefois, cela n'empêche pas les États de mettre en place des actions à l'encontre de migrants qui violent les lois nationales. Mais, dans l'exercice de cette compétence, ils doivent respecter les droits de l'Homme, sans discrimination. En particulier, la mesure doit être individualisée, non discriminatoire et respecter les garanties minimales.

Dans cette affaire, la Cour a pu développer, entre autres, un ensemble de principes concernant la participation des enfants à la procédure d'asile et à l'expulsion. En l'espèce, elle a examiné avec une attention particulière la situation vulnérable des enfants qui, dans l'affaire en examen, avaient été traités par la Bolivie comme des objets conditionnés et limités par rapport aux droits de leurs parents et non pas comme des sujets de droits<sup>(102)</sup>.

La Commission interaméricaine des droits de l'Homme joue également un rôle en matière de protection des droits des migrants ; elle a ainsi condamné les États-Unis d'Amérique après interception de migrants haïtiens (l'affaire 10.675 du 13 mars 1997)<sup>(103)</sup>.

D'après la requête, les personnes qui arrivent d'Haïti dans des embarcations de fortune ("boat people") se sont vues refuser, et continuent à se voir refuser, l'entrée aux États-Unis et sont renvoyées en Haïti.

Pour la Commission, les États-Unis d'Amérique ont violé le « droit à la vie » (§ 183), le « droit à la liberté » (§ 184), le « droit à la sécurité de la personne » (§ 185), le « droit à l'égalité des personnes » (§ 186), le « droit à recourir aux tribunaux » (§ 187), le « droit à chercher et recevoir asile » (§ 188) et par conséquent, elle a recommandé que les États-Unis doivent verser une indemnisation adéquate aux victimes au motif des violations citées aux paragraphes 183 à 188 et informer les autorités compétentes de leur décision (§ 189).

---

<sup>(101)</sup> Série C. n° 272.

<sup>(102)</sup> La Cour européenne des droits de l'homme et les droits des migrants : approche protectrice ou prudente?, mém. cit., page 56.

<sup>(103)</sup> <https://www.cidh.oas.org/annualrep/96fren/ÉtatsUnis10675.htm>.

## B. Les mécanismes internationaux

Il s'agit essentiellement des Comités des Traités chargés du suivi de la mise en œuvre des conventions relatives aux droits humains et qui offrent également la possibilité de dépôt de plaintes individuelles (ou communications)<sup>(104)</sup> sous certaines conditions (des mécanismes quasi-juridictionnels).

On cite à cet égard une décision adoptée par le Comité contre la torture n° 829/2017 du 6 mai 2019<sup>(105)</sup>.

Le requérant (C. F. T.), un ressortissant béninois prétend que son expulsion vers le Bénin constituerait une violation par la Suisse de l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>(106)</sup>.

Le Comité rappelle son observation générale n° 4 (2017) sur l'application de l'article 3 de la Convention dans le contexte de l'article 22, selon laquelle l'obligation de non-refoulement existe chaque fois qu'il y a des « motifs sérieux » de croire qu'une personne risque d'être soumise à la torture dans un État vers lequel elle doit être expulsée, que ce soit à titre individuel ou en tant que membre d'un groupe susceptible d'être torturé dans l'État de destination. Le Comité a pour pratique, en de telles circonstances, de considérer que des « motifs sérieux » existent chaque fois que le risque de torture est « prévisible, personnel, actuel et réel ». Les facteurs de risque personnel peuvent comprendre, notamment, l'affiliation politique ou les activités politiques du requérant ou des membres de sa famille, ou l'existence d'un mandat d'arrêt sans garantie d'un traitement et d'un procès équitables.

Le Comité rappelle que la charge de la preuve incombe au requérant, qui doit présenter des arguments défendables, c'est-à-dire des arguments circonstanciés montrant que le risque d'être soumis à la torture est prévisible, personnel, actuel et réel. Toutefois, lorsque le requérant se trouve dans une situation dans laquelle il n'est pas en mesure de donner

---

<sup>(104)</sup>Le système des Nations unies pour la promotion et la protection des droits de l'Homme comporte deux types d'organismes : les organes de la Charte des Nations unies, dont le Conseil des droits de l'Homme et l'examen périodique universel, et les organes créés au nom des traités internationaux des droits de l'Homme.

<sup>(105)</sup>CAT/C/66/D/820/2017.

<sup>(106)</sup>Le requérant a été torturé par des membres des services secrets béninois et interrogé plusieurs fois par jour afin d'admettre qu'il aurait collaboré avec Patrice Talon (actuel Président de la République du Bénin) à la tentative d'empoisonnement du Chef d'État béninois de l'époque. En 2013, il arrive en Suisse et dépose le jour même une demande d'asile à Vallorbe ; l'Office fédéral des migrations rejette la demande d'asile du requérant et prononce son renvoi de Suisse. De sa part, le Tribunal fédéral rejette le recours du requérant et confirme son renvoi. Le requérant fait une demande de réexamen au Secrétariat d'État aux migrations, successeur de l'Office fédéral des migrations. Celui-ci rend une décision négative faisant valoir que les allégations de violences sexuelles ont été rapportées tardivement par le requérant. Le requérant dépose un recours contre cette dernière décision devant le Tribunal administratif fédéral. Ce recours est rejeté.

de détails sur son cas, la charge de la preuve est inversée et il incombe alors à l'État partie concerné d'enquêter sur les allégations et de vérifier les informations sur lesquelles est fondée la requête. Le Comité rappelle également qu'il accorde un poids considérable aux constatations de fait des organes de l'État partie concerné ; toutefois, il n'est pas lié par ces constatations et il évalue librement les informations qui lui sont soumises, conformément au paragraphe 4 de l'article 22 de la Convention, en tenant compte de toutes les circonstances de chaque cas (§ 7.4).

Le Comité rappelle qu'il lui appartient de déterminer si le requérant court actuellement le risque d'être soumis à la torture, en cas de renvoi au Bénin. Il note que le requérant a amplement eu la possibilité d'étayer et de préciser ses griefs, au niveau national, devant le Secrétariat d'État aux migrations et le Tribunal administratif fédéral, mais que les éléments apportés n'ont pas permis aux autorités nationales de conclure qu'il risquerait de subir des actes de torture ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants à son retour<sup>(107)</sup>.

Le Comité note que l'État partie conteste les allégations de violences sexuelles du requérant, et les considère invraisemblables et tardivement rapportées. À cet égard, le Comité prend note que les autorités nationales n'ont pas remis en question les séquelles du requérant, mais que le Tribunal administratif fédéral a retenu que les certificats médicaux n'établissaient pas l'origine des séquelles et ne confirmaient donc pas les allégations de torture, concluant que lesdits certificats n'apportaient pas d'éléments nouveaux susceptibles d'influencer l'appréciation de la crédibilité du récit du requérant quant aux risques de persécution (§ 7.7).

Il note également les arguments du requérant selon lesquels : a) il ne pourrait pas obtenir de traitement médical psychiatrique approprié dans son pays d'origine ; b) la relation thérapeutique qu'il a à présent établie avec son psychiatre pourrait compliquer la création d'un nouveau lien avec un soignant au Bénin ; et c) les propos qu'il tiendrait dans le cadre médical au Bénin pourraient être réutilisés par la police.

Il observe toutefois que l'état de santé du requérant a fait l'objet d'un examen approfondi par les autorités suisses, qu'il n'est plus hospitalisé à ce jour et que son traitement peut être dispensé au Bénin, puisqu'il existe à Cotonou plusieurs structures spécialisées dans

---

<sup>(107)</sup>Le Comité note que l'État partie considère qu'au Bénin, les actes de torture et mauvais traitements peuvent être qualifiés d'occasionnels. Il note également la conclusion de l'État partie selon laquelle rien n'indique qu'il existe des motifs sérieux de croire que le requérant serait exposé concrètement et personnellement à la torture en cas de retour au Bénin, au vu du nouveau contexte politique dans le pays, notamment le fait que Patrice Talon, ayant été gracié en 2014, est le Président du pays depuis le 6 avril 2016, et tenant compte du lien de parenté du requérant avec M. Talon. Le Comité observe que le contexte politique au Bénin a changé depuis les faits allégués et que le requérant ne prétend pas avoir pris part à des activités politiques (§ 7.6).

lesquelles le requérant pourra recevoir des soins adéquats (§ 7.8).

Dans ces circonstances, il considère que les informations soumises par le requérant ne sont pas suffisantes pour établir qu'il courrait personnellement un risque prévisible et réel d'être soumis à la torture s'il était renvoyé au Bénin (§ 7.9.).

Le Comité, agissant en vertu du paragraphe 7 de l'article 22 de la Convention, conclut que le renvoi du requérant vers le Bénin ne constituerait pas une violation par l'État partie de l'article 3 de la Convention (§ 8).

Toutefois, une opinion individuelle (dissidente) a été avancée par l'un des membres du Comité selon laquelle la protection accordée par le principe absolu de non-refoulement vise à prévenir le préjudice irréparable et non à réparer ce mal une fois qu'il a été fait<sup>(108)</sup>. Le Comité aurait dû appliquer le principe du bénéfice du doute en tant que mesure préventive contre un préjudice irréparable<sup>(109)</sup>. Dans les circonstances particulières de la présente requête, le Comité aurait dû conclure que le renvoi du requérant vers le Bénin constituerait une violation de l'article 3 de la Convention.

Le Comité des droits de l'Homme a eu à connaître également des affaires de migration irrégulière comme c'est le cas des Constatations adoptées le 14 mars 2019<sup>(110)</sup> ; l'auteur est entré au Danemark le 5 février 2011 sans documents de voyage valides. Le jour même, il a été arrêté par la police danoise pour séjour irrégulier et a demandé l'asile. Comme premier motif d'asile, l'auteur a fait valoir sa peur des réactions de son oncle maternel et de l'épouse de celui-ci s'il rentrait en Afghanistan parce que, à une date non précisée, six ans au moins avant son arrivée au Danemark, il avait apparemment frappé leur fils et lui avait jeté une pierre à la tête. Le Service danois de l'immigration a rejeté la demande d'asile présentée par l'auteur au titre de l'article 7 de la loi relative aux étrangers.

Sans sous-estimer les préoccupations qui peuvent légitimement être exprimées au sujet de la situation générale des droits de l'Homme en Afghanistan, le Comité estime que les faits et éléments de preuve présentés par l'auteur ne constituent pas des motifs suffisants de croire que son renvoi en Afghanistan était contraire aux articles 7 et 18 du Pacte relatif aux droits civils et politiques (§ 8.9). Il constate que l'expulsion de l'auteur vers l'Afghanistan n'a pas donné lieu à une violation des droits garantis aux articles 7 et 18 du Pacte (§ 9).

---

<sup>(108)</sup> Alan c. Suisse, § 11.5.

<sup>(109)</sup> Observation générale n° 4 du Comité, § 51.

<sup>(110)</sup> Communication n° 2345/2014, CCPR/C/125/D/2345/2014

Par contre, dans ses Constatations adoptées le 8 novembre 2017<sup>(111)</sup>, le Comité constate que l'État partie commettrait une violation des articles 6 et 7 du Pacte s'il expulsait l'auteur vers la République islamique d'Iran (§ 10).

L'auteur est arrivé au Bélarus en 1993 et peu après a fait la connaissance d'une femme avec qui il a eu trois enfants. Il a résidé au Bélarus jusqu'en 2005 sans s'y être dûment enregistré et a fait l'objet de sanctions administratives pour cette raison en 1999 et en 2002. Entre 2005 et 2009, il a exécuté une peine d'emprisonnement au Bélarus pour escroquerie. En septembre 2009, il a été expulsé en République islamique d'Iran.

La mesure d'interdiction du territoire pour une durée de cinq ans infligée à l'auteur ayant été réduite à la suite d'une demande de son épouse, il est retourné au Bélarus en 2011. En avril 2012, l'auteur s'est rendu en République islamique d'Iran pour rendre visite à sa mère malade et a regagné le Bélarus en août 2012. Les autorités iraniennes ont émis un mandat d'arrêt international contre l'auteur pour le meurtre de sa mère et de son frère.

Après une demande d'extradition présentée par les autorités iraniennes, l'auteur a déposé une demande d'asile auprès du Département de la citoyenneté et des migrations de la ville de Minsk. Sa demande a été rejetée. Il a estimé que l'auteur n'avait pas apporté de preuves suffisantes de sa conversion au christianisme, qu'il ne suffisait pas d'assister aux offices religieux et de vivre dans un pays chrétien pour se voir accorder une protection, qu'aucune information n'indiquait que les autorités iraniennes étaient au courant de sa conversion et que l'auteur n'avait signalé aucun problème à cet égard lorsqu'il était retourné en République islamique d'Iran en 2010 et 2012.

Conformément au paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte, selon lequel les États parties s'engagent à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur juridiction les droits reconnus dans le Pacte, l'État partie est tenu de réexaminer les griefs de l'auteur, en tenant compte de ses obligations au titre du Pacte et des présentes constatations du Comité. L'État partie est en outre prié de ne pas expulser l'auteur en République islamique d'Iran tant que le réexamen de sa demande d'asile n'est pas achevé (§ 11).

S'agissant des personnes vulnérables, le Comité des droits de l'enfant (Constatations adoptées concernant la communication n° 56/2018, V. A. contre Suisse du 28 septembre 2020), prend note de l'argument de l'auteure selon lequel les autorités n'ont pas pris en considération les traumatismes vécus par les enfants, y compris deux fuites de leur pays d'origine, dont une en passant par un tiers pays, et un retour dans leur pays natal ainsi

---

<sup>(111)</sup>Communication n° 2471/2014, CCPR/C/121/D/2471/2014.

qu'un autre essai dans des conditions très traumatisantes. Le Comité estime que n'ayant pas auditionné E. A. et U. A. sur ces faits dont les conséquences peuvent être pour eux très différentes des conséquences pour leur mère, les autorités nationales n'ont pas fait preuve de la diligence voulue afin d'apprécier leur intérêt supérieur (§ 7.4). Il constate que les faits dont il est saisi font apparaître une violation des articles 3 et 12 de la Convention des droits de l'enfant (§ 8).

Également, le Comité a adopté des Constatations concernant la communication no 4/2016, D. D. contre l'Espagne. En 2013, l'auteur a quitté son village du Mali en raison du conflit armé. En février 2014, il est arrivé au Maroc puis a rejoint l'Espagne qui l'a renvoyé au Maroc.

Le Comité estime qu'en application de l'article 37 de la Convention des droits de l'enfant et à la lumière du principe de nonrefoulement, l'État partie a l'obligation d'évaluer au préalable si l'enfant risque de subir un dommage irréparable et d'être victime de graves violations de ses droits dans le pays vers lequel il va être transféré ou renvoyé, tout en tenant compte de son intérêt supérieur.

Il estime que, compte tenu des circonstances de l'espèce, le fait de n'avoir pas établi l'identité ni évalué la situation de l'auteur avant son expulsion alors qu'il était un mineur non accompagné et de ne pas avoir donné à l'intéressé la possibilité de s'opposer à son expulsion constitue une violation des droits garantis aux articles 3 et 20 de la Convention (§ 14.7).

## **En conclusion**

les droits de l'Homme émanent de la dignité de la personne humaine et doivent être reconnus à toute personne y compris les migrants.

Toutefois, la possibilité pour un État d'invoquer des considérations de sécurité nationale (ou autres) pour amoindrir la protection de ces droits est forcément préoccupante en ce qu'on ne peut totalement écarter le risque d'abus.

Pour l'instant en effet, les États gardent leur prérogative en matière migratoire ; incontestablement, les droits des migrants sont aujourd'hui confrontés à une crise migratoire sans précédent, qui en bouleverse les fondements et appelle de nouvelles réponses.

La première des réponses doit consister à ne pas remettre en cause les principes fondamentaux qui doivent être le socle de la réponse politique des États. Ainsi, le principe de non-refoulement ne saurait être méconnu.

A l'évidence, aucun État ne peut, par ses seuls moyens, faire face à la crise migratoire actuelle. La réponse à ces problèmes s'inscrit principalement, dans la réaffirmation du principe de solidarité, principe au cœur de la politique commune en matière d'asile et d'immigration<sup>(112)</sup>.

---

<sup>(112)</sup>Jean-Marc Sauvé, op. cit.