

**CHRONIQUE**  
**DES CONSTATATIONS DES**  
**COMITÉS CONVENTIONNELS**  
**DES NATIONS UNIES**  
**ADOPTÉES EN 2021**

Sous la direction de

**Aude Brejon, Sarah Jamal et Audrey Lebret**

Avec les notes de

**Shadi Abou Zeid, Juliette Bagary-Latchimy, Victoria Bellami,  
Myriam Dahhan, Lèna Degobert, Victoria Dhaisne, Lisa Dumazet,  
Cécile Goubault--Larrecq, Marie-Lee Lurel, Claire Méric, Charles Mirallié,  
Koué Stéphane Ourigbale, Olivier Pedeboy, Nadia Seqat, Marc Servant,  
Salma Smiri, Anthony Visini et Nina Webert.**

Suivant une sélection d'affaires  
rendues pendant la période retenue

## SOMMAIRE

### COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME (CCPR)

Comité des droits de l'homme, J.Y. c. France, 5 mars 2021, communication n° 2944/2017, U.N. doc. CCPR/C/131/D/2944/2017.

Comité des droits de l'homme, Maharajah Madhewoo c. Maurice, 21 mars 2021, communication n° 3163/2018, U.N. doc. CCPR/C/131/D/3163/2018.

Comité des droits de l'homme, Mayrambek Topozov c. Kirghizstan, 24 mars 2021, communication n° 2700/2015, U.N. doc. CCPR/C/131/D/2700/2015.

Comité des droits de l'homme, Philippe Rudyard Bessis c. France, 24 mars 2021, communication n° 2988/2017, U.N. doc. CCPR/C/131/D/2988/2017.

Comité des droits de l'homme, Eugénie Chakupewa et autres c. République démocratique du Congo, 25 mars 2021, communication n° 2835/2016, U.N. doc. CCPR/C/131/D/2835/2016.

Comité des droits de l'homme, Irma Leticia Hidalgo Rea c. Mexique, 25 mars 2021, communication n° 3259/2018, U.N. doc. CCPR/C/131/D/3259/2018.

Comité des droits de l'homme, Camille Iriana Thompson c. Nouvelle-Zélande, 2 juillet 2021, communication n° 3162/2018, U.N. doc. CCPR/C/132/D/3162/2018.

Comité des droits de l'homme, Baltasar Garzón c. Espagne, 13 juillet 2021, communication n° 2844/2016, U.N. doc. CCPR/C/132/D/2844/2016.

Comité des droits de l'homme, Benito Oliveira Pereira et Lucio Guillermo Sosa Benega, en leur nom et au nom des autres membres de la Communauté autochtone Campo Agua'ẽ, du peuple Ava Guaraní c. Paraguay, 14 juillet 2021, communication n° 2552/2015, U.N. doc. CCPR/C/132/D/2552/2015.

Comité des droits de l'homme, Devi Maya Nepal c. Népal, 15 juillet 2021, communication n° 2615/2015, U.N. doc. CCPR/C/132/D/2615/2015.

Comité des droits de l'homme, Aleh Aheyev c. Bélarus, constatations du 15 juillet 2021, communication n° 2862/2016, doc. CCPR/C/132/D/2862/2016.

Comité des droits de l'homme, J.R.R. et L.A.A. c. Danemark, 22 juillet 2021, communication n° 2787/2016, U.N. doc. CCPR/C/132/D/2787/2016.

Comité des droits de l'homme, Allan Brewer-Carías c. République bolivienne du Venezuela, 18 octobre 2021, communication n° 3003/2017, U.N. doc. CCPR/C/133/D/3003/2017.

Comité des droits de l'homme, Dorin Șeremet et autres c. République de Moldavie, 21 octobre 2021, communication n° 3278/2018, U.N. doc. CCPR/C/133/D/3278/2018.

### **COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS (CESCR)**

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Lorne Joseph Walters c. Belgique, 12 octobre 2021, communication n° 61/2018, U.N. doc. E/C.12/70/D/61/2018.

### **COMITÉ CONTRE LA TORTURE (CAT)**

Comité contre la torture, X. c. Suisse, 22 juillet 2021, communication n° 900/2018, U.N. doc. CAT/C/71/D/900/2018.

Comité contre la torture, Y. c. Suisse, 12 novembre 2021, communication n° 916/2019, U.N. doc. CAT/C/72/D/916/2019.

Comité contre la torture, Damián Gallardo Martínez c. Mexique, 18 novembre 2021, communication n° 992/2020, U.N. doc. CAT/C/72/D/992/2020.

### **COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES (CRPD)**

Comité des droits des personnes handicapées, Grainne Sherlock c. Australie, 19 mars 2021, communication n° 20/2014, U.N. doc. CRPD/C/24/D/20/2014.

Comité des droits des personnes handicapées, Magdolna Rékasi c. Hongrie, 6 septembre 2021, communication n° 44/2017, U.N. doc. CRPD/C/25/D/44/2017.

Comité des droits des personnes handicapées, Z.H. c. Suède, 6 septembre 2021, communication n° 58/2019, U.N. doc. CRPD/C/25/D/58/2019.

### **COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT (CRC)**

Comité des droits de l'enfant, R.Y.S. c. Espagne, 4 février 2021, communication n° 76/2019, U.N. doc. CRC/C/86/D/76/2019.

Comité des droits de l'enfant, Y.A.M. c. Danemark, 4 février 2021, communication n° 83/2019, U.N. doc. CRC/C/86/D/83/2019.

Comité des droits de l'enfant, D.R. c. Suisse, 31 mai 2021, communication n° 86/2019, U.N. doc. CRC/C/87/D/86/2019.

Comité des droits de l'enfant, A.M. c. Suisse, 22 septembre 2021, communication n° 95/2019, U.N. doc. CRC/C/88/D/95/2019.

**COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION A L'ÉGARD DES FEMMES (CEDAW)**

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Magdulein Abaida c. Libye, 18 février 2021, communication n° 133/2018, U.N. doc. CEDAW/C/78/D/130/2018.

**COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE (CERD)**

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Grigore Zapescu c. République de Moldova, 22 avril 2021, communication n° 60/2019, U.N. doc. CERD/C/103/D/60/2016.

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Daniel Kotor c. France, 25 novembre 2021, communication n° 65/2018, U.N. doc. CERD/C/105/D/65/2018.

## Comité des droits de l'homme

**Comité des droits de l'homme, J. Y. c. France, 5 mars 2021, communication n° 2944/2017, U.N. doc. CCPR/C/131/D/2944/2017.**

**Résumé :** *Saisi par une ressortissante franco-israélienne, le Comité est amené à se prononcer dans le cadre d'une affaire d'enlèvement international d'enfant au regard du Pacte et ce à la lumière de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de 1980. Le Comité fait une application classique de sa jurisprudence relative au droit au respect de la vie privée et familiale, en faisant une lecture à la lumière de la Convention de La Haye, et conclut que la décision des juridictions françaises ordonnant le retour en Israël de l'enfant, objet d'un enlèvement international par sa mère, n'avait pas violé les articles 17, 23 (1) et 24 (1) du Pacte.*

**Mots clés :** enlèvement international d'enfant ; intérêt supérieur de l'enfant ; droits de garde ; litispendance.

L'État doit, en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, « préserver la famille, son unité et l'effectivité des relations familiales » (L. Hennebel et H. Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Éditions A. Pedone, 2018, 2ème édition, p. 1017). Ainsi, dans les affaires d'enlèvements d'enfant par l'un des deux parents, l'État doit œuvrer afin de permettre le maintien du noyau familial malgré la séparation des parents. À cette fin, les États ont adopté la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant (Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant, adoptée à La Haye le 25 octobre 1980), laquelle prévoit un mécanisme de retour immédiat de l'enfant, soumis à quelques exceptions. La Convention de La Haye repose sur l'hypothèse selon laquelle la restauration du *statu quo* préexistant à l'enlèvement est le meilleur point de départ pour protéger les droits en cause. Si le Comité n'est pas compétent pour contrôler le respect de cette Convention (§9.8), cette constatation révèle qu'il lui appartient de contrôler l'équilibre retenu par les États parties entre les intérêts concurrents en jeu : le maintien de l'unité familiale, de l'ordre public, et l'intérêt supérieur de l'enfant au regard des articles 17 (droit d'être protégé contre toute immixtion arbitraire ou illégale dans la famille), 23 (1) (droit à la protection de la famille) et 24 (1) (droit des enfants à la protection) du Pacte lorsque cette Convention est mise en œuvre.

Autrement dit, l'affaire *J. Y. contre France* rappelle le rôle joué par les organes de protection des droits de l'homme dans l'application de la Convention de La Haye dès lors que son application est susceptible de porter atteinte à des droits et libertés protégés par le Pacte.

L'auteur de la communication reproche à l'État français de s'être ingéré dans sa vie familiale en violation de l'article 17 23 (1), et 24 (1) du Pacte, en ce que les juridictions françaises ont ordonné le retour de son enfant en Israël en application de la Convention de La Haye, à laquelle Israël et la France sont parties.

S'agissant des faits, la requérante, de nationalité française, a acquis la nationalité israélienne à la suite de son mariage avec un ressortissant israélien. Le 5 avril 2012, elle donne naissance à un enfant. Au cours de la grossesse de l'auteur,

le père de l'enfant a été victime d'un grave accident le conduisant à une incapacité totale. Le 5 août 2012, elle se rend en France accompagnée de son enfant, avec l'accord de son mari. Il était prévu que le séjour dure dix jours. Cependant, l'auteure ayant décidé, sur avis médical, de prolonger son séjour, le mari a déposé une demande de retour de l'enfant auprès de l'autorité centrale israélienne en application de la Convention de La Haye.

S'agissant de la procédure, l'autorité israélienne a saisi son homologue français, ce qui a conduit à l'ouverture d'une enquête en France pour enlèvement international d'enfant. Par un jugement du 11 avril 2013, le tribunal de grande instance de Marseille considérant que l'auteure retenait l'enfant illégalement en France a ordonné son retour immédiat à sa résidence habituelle, en Israël. L'auteure de la communication a fait appel de la décision du TGI de Marseille, qui a été rejetée le 30 janvier 2014 par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. Elle s'est pourvue en cassation contre l'arrêt d'appel, et le 4 mars 2015, la première Chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. L'auteure a déposé une requête à la Cour européenne des droits de l'homme invoquant la violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le 15 octobre 2015, la Cour de Strasbourg a déclaré la requête irrecevable au titre des articles 34 et 35 de la Convention, sans pour autant transmettre les motivations de sa décision.

La requérante a alors saisi le Comité des droits de l'homme, affirmant que les autorités françaises se sont immiscées arbitrairement dans sa vie familiale et ont failli à protéger sa famille, contrairement à ce qu'exigent les articles 23 et 24 du Pacte, en ordonnant le retour de son fils en Israël et ce sans tenir compte de l'état de santé de l'auteure, mais aussi du père, et des conséquences d'un tel retour pour l'enfant. L'auteure affirme que le non-retour de son fils en Israël est licite au regard de l'article 3 de la Convention de La Haye. Ainsi l'auteure reproche à la France l'ingérence de ses juridictions dans les droits et libertés dont elle et son fils sont titulaires, en vertu des articles 17 et 23 (1) du Pacte, et la méconnaissance par ces dernières de l'article 24 (1) du Pacte prévoyant le droit de l'enfant à la protection de l'État, en ordonnant son retour en Israël sans tenir compte des allégations des risques qu'un tel retour faisait peser sur lui.

La requérante ayant préalablement saisi la Cour européenne des droits de l'homme, la France soulève l'irrecevabilité sur le fondement de sa réserve qui précise et complète l'article 5.2a) du Protocole facultatif. Par le jeu de cette réserve, la France exclut la compétence du Comité « pour examiner une communication émanant d'un particulier si la même question est en cours d'examen ou a déjà été examinée par une autre instance internationale d'enquête ou de règlement », précisant ainsi l'exception de litispendance. Elle considère que la déclaration d'irrecevabilité rendue par la Cour européenne emporte l'irrecevabilité de la communication présentée au Comité. Selon l'État partie, la requête ayant déjà été examinée au fond, elle serait irrecevable devant le Comité (§4.1).

Le Comité, en application de sa jurisprudence, énonce que « le raisonnement succinct exposé dans la lettre de la Cour ne [lui] permet pas [...] de conclure que l'examen a inclus une analyse suffisante des éléments de fond eu égard aux informations qui lui ont été fournies tant par l'auteur que par l'État partie » (Comité des droits de l'homme, *Achabal Puertas c. Espagne*, constatations du 27 mars 2013,

communication n° :1945/2010, doc. CCPR/C/107/D/1945/2010, §7.3). La Cour s'étant cantonnée à déclarer l'irrecevabilité de la requête sur le fondement des articles 34 et 35 sans davantage de précisions, cela ne permet dès lors pas de considérer que l'affaire a été analysée au fond. Le Comité admet dès lors la recevabilité de la communication (§§ 8.5-8.7).

Le Comité est alors amené à contrôler si la mise en application du mécanisme de retour immédiat de l'enfant, qui est prévu par la Convention de La Haye, s'est faite dans le respect du Pacte.

Le Comité n'est pas compétent pour appliquer la Convention de 1980, cependant il s'y réfère dès lors que son application intéresse des droits protégés par le Pacte. En effet, il rappelle que « la mise en œuvre de la Convention peut avoir des conséquences sur l'exercice des droits consacrés par le Pacte » (§9.3), en l'espèce le droit à la protection de la vie familiale (article 23(1)), et l'obligation de protection de l'enfant (article 24 (1)) par l'État.

Constatant une immixtion dans les droits garantis par le Pacte, le Comité examine « si cette [celle-ci] pourrait être considérée comme arbitraire ou illégale au titre des articles 17 et 23 (par. 1) du Pacte » (§9.3). Il convient de rappeler que toute immixtion n'est pas illicite dès lors que celle-ci est prévue par la loi poursuit un but légitime en adéquation avec le Pacte, et n'a pas un caractère disproportionné (§9.4). Les décisions des juridictions sont bien fondées sur la loi puisqu'elles prennent appui sur la Convention de La Haye elle-même transposée en droit interne français. Elles poursuivent un but légitime à savoir préserver le droit de garde du père et ainsi l'unité familiale (§ 9.6). Enfin, elles ne sont pas disproportionnées, le Comité ayant constaté que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a exigé et obtenu des garanties du mari de l'auteure, notamment « l'arrêt de la décision d'interdiction de sortie du territoire pour l'enfant » et « l'engagement de fournir pendant au moins quatre mois un logement et une aide financière pour l'auteure et l'enfant lors de leur retour en Israël » (§9.7). L'auteure n'a dès lors pas démontré en quoi les décisions judiciaires françaises ordonnant le retour de l'enfant sont arbitraires et ont méconnu le Pacte.

La requérante a avancé que son état de santé rendait impossible un voyage vers Israël et que cela n'avait pas été pris en considération par les juridictions françaises. Néanmoins, le Comité rappelle la compétence première de celles-ci pour apprécier les faits « à moins qu'il puisse être établi que les procédures suivies par les juridictions nationales ont été arbitraires ou ont représenté un déni de justice », ce que l'auteure n'a pas démontré en l'espèce (§ 9.5).

L'auteure reproche également à l'État français que les juridictions n'aient pas pris en considération le risque grave que faisaient courir à son fils les décisions de retour en Israël, l'auteure avançant le fait que depuis l'accident le père de l'enfant était incapable de s'occuper de son enfant. La France rappelle que l'article 13 b) Convention de La Haye fait peser la charge de la preuve de l'existence d'un « risque grave » sur le parent qui s'oppose au retour de l'enfant. Or la requérante n'a pas apporté d'éléments venant étayer l'existence d'un tel risque.

Finalement, le Comité prend soin de rappeler « le principe selon lequel dans toute décision touchant un enfant, l'intérêt supérieur de celui-ci doit être une

considération primordiale» (§ 9.7) tout en montrant que celui-ci a été dûment pris en compte par les juridictions nationales.

Pour conclure, le Comité estime que l'auteure n'a pas démontré en quoi les décisions des juridictions internes « ne satisfaisaient pas aux critères du caractère raisonnable, de l'objectivité et de la légitimité de l'objectif recherché », à savoir préserver la garde conjointe dans l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'elles devaient partant être considérées comme arbitraires. La France n'a donc commis aucune violation des droits que l'auteure et son fils tiennent des articles 17, 23 (1) et 24 (1) du Pacte.

Par conséquent, cette constatation s'inscrit dans la ligne du contrôle effectué par la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle est amenée à connaître de la question de l'enlèvement international d'enfant (CEDH, arrêt du 25 janvier 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, req. n° 31679/96, § 95) ; CEDH, arrêt du 26 juillet 2011, *Shaw c. Hongrie*, req. n° 6457/09, § 66 ; CEDH, arrêt du 5 février 2015, *Phostira Efthymion et Ribeiro Fernandes c. Portugal*, req. n° 66775/11). Il est de jurisprudence constante que les organes analysent le droit à la protection de la famille à la lumière de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant (. À l'image de la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité rappelle qu'il appartient à l'État de prendre les mesures positives nécessaires de manière à préserver l'unité familiale et l'effectivité des relations familiales, et ce dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Shadi Abou Zeid



**Comité des droits de l'homme, Maharajah Madhewoo c. Maurice, 21 mars 2021, communication n° 3163/2018, U.N. doc. CCPR/C/131/D/3163/2018.**

**Résumé :** *Les constatations du Comité des droits de l'homme dans l'affaire Maharajah Madhewoo c. Maurice sont les premières à traiter la question de l'insertion des données biométriques dans les cartes d'identité et de l'atteinte qu'elle porte au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 17 du Pacte. En l'espèce, le Comité prend position, de manière assez discutable, en concluant à la violation par l'État partie du droit au respect de la vie privée de l'auteur de la communication.*

**Mots clés :** vie privée ; données biométriques ; carte d'identité nationale ; confidentialité ; victime.

**L**es systèmes nationaux d'identité connaissent, depuis deux décennies, partout dans le monde, une modernisation à la faveur des avancées technologiques, notamment celles relatives aux techniques biométriques. Cette modernisation servant des objectifs d'intérêt général (tel que la lutte contre l'usurpation d'identité ou la lutte contre le terrorisme), n'est pas sans soulever des interrogations sur les atteintes pouvant être portées au droit au respect de la vie privée. Il en est ainsi de la communication soumise au Comité des droits de l'homme par Maharajah Madhewoo contre Maurice et dont les constatations furent rendues le 24 mars 2021.

Le système de carte d'identité nationale à Maurice a fait l'objet de modifications importantes en 2009 et en 2013. Le champ des informations à fournir par tout mauricien âgé de plus de 18 ans pour l'obtention d'une carte d'identité nationale a été élargi. Outre les informations personnelles dites « de base » ou « classiques » (nom, date de naissance, adresse, etc.), des données biométriques comprenant les empreintes digitales sont désormais exigées. La biométrie regroupe « l'ensemble des techniques informatiques qui permettent de reconnaître automatiquement un individu à partir de ses caractéristiques physiques, biologiques, voire comportementales » (tels que l'ADN, les empreintes digitales, etc.) » (N. Véron, *Le contrôle de l'utilisation des données biométriques au regard du droit au respect de la vie privée*, Paris, L'Harmattan, 2017, pp. 12-13 ; A. Türk « La biométrie vue par la CNIL et le G29 », in A. Ceyhan et P. Piazza (dir.), *L'identification biométrique, Champs, acteurs, enjeux et controverses*, Paris, La maison des sciences de l'Homme, 2011, pp. 260-261). Uniques et permanentes, ces données sont dites « sensibles » et requièrent de ce fait une protection particulière. Le nouveau système d'identité mauricien impose que ces données soient consignées dans un « Registre d'identité civile ». Aussi, il permet à une personne habilitée par la loi de vérifier l'identité du porteur de la carte d'identité, en demandant à voir la carte et en exigeant sa production (§§ 2.2 et 2.3).

L'auteur de la communication, M. Madhewoo, contesta la constitutionnalité du nouveau régime de la carte d'identité biométrique alléguant, entre autres, sa violation de l'article 9 de la Constitution mauricienne sur la protection de la vie privée. La Cour suprême, dans son arrêt du 29 mai 2015, tout en reconnaissant que les dispositions sur le traitement des empreintes digitales constituaient une ingérence dans les droits de l'auteur garantis par l'article 9 § 1 de la Constitution,

estima que de telles dispositions étaient autorisées en vertu du paragraphe 2 du même article, car elles étaient dans l'intérêt de l'ordre public (§ 4.3). En outre, la Cour des céans estima, en se référant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *S. et Marper c. Royaume-Uni* (CEDH, GC, arrêt du 4 décembre 2008, req. n° 30562/04 et 30566/04) et *Şabin c. Turquie* (CEDH, GC, arrêt du 10 novembre 2005, req. n° 44774/98), que le relevé des empreintes digitales était nécessaire et proportionné aux objectifs d'établissement d'un système sécurisé de protection de l'identité et de protection contre l'usurpation d'identité (*Ibid.*). Toutefois, s'appuyant sur les avis des experts, la Cour suprême affirma que le stockage et la conservation des données pour une durée indéterminée n'étaient pas sûrs et que leur « protection [était] notoirement difficile ». Elle conclut que ces modalités de traitement sont disproportionnées à la poursuite du but visé et dénuées de justification raisonnable dans une société démocratique (§ 2.4). À la suite de cette décision, un nouveau Règlement a été adopté en 2015, supprimant celui de 2013 relatif au « Registre d'identité civile ». Il prévoit, entre autres, l'enregistrement des informations biométriques uniquement sur la carte d'identité, la conservation des empreintes digitales le temps nécessaire à la délivrance de la carte d'identité et leurs suppression subséquentes (§ 2.5), ainsi que la possibilité de délégation de la prescription des données sensibles à l'exécutif (§ 3.2).

L'auteur de la communication interjeta appel du jugement de la Cour Suprême devant le Comité judiciaire du *Privy Council* en contestant la constitutionnalité des nouvelles dispositions du Règlement de 2015. Celui-ci rejeta l'appel, mais releva que la destruction des données biométriques après la délivrance des cartes d'identité rendait inefficace l'objectif de la loi, de prévention de l'usurpation d'identité et que le droit accordé à l'exécutif d'ajouter d'autres données biométriques à la carte d'identité « pourrait soulever de[s] problèmes de proportionnalité » (§ 2.7).

C'est ainsi que M. Madhewoo saisit le Comité d'une communication, dans laquelle il allègue, d'une part, de l'illégalité et de l'arbitraire de la loi sur la carte d'identité nationale et, d'autre part, de défaut de proportionnalité et de la nécessité des nouvelles dispositions, source selon lui d'une violation de son droit à la vie privée consacré par l'article 17 du Pacte (§§ 3.1 et 3.5).

Le Comité se penche, tout d'abord, sur la recevabilité de la communication. Il note que, bien que l'État partie ne conteste pas la recevabilité de la communication, il considère que son auteur, n'ayant *pas fait relever* ses empreintes, ne pouvait prétendre être victime d'une atteinte à ses droits (§ 2.4). Le Comité considère que l'auteur, ressortissant mauricien, est soumis à une obligation légale de disposer d'une carte d'identité nécessitant le relevé et l'enregistrement des empreintes digitales et, puisque le non-respect de cette obligation constitue une infraction pénale (§ 6.2), il satisfait donc à la condition de la qualité de victime.

Ensuite, s'assurant que l'affaire n'est pas en cours d'examen devant une autre instance internationale, que rien ne démontre que l'auteur n'a pas exercé les recours internes ou qu'il n'a pas suffisamment étayé ses allégations relatives à l'article 17 du Pacte à cette occasion, le Comité procède à l'examen du fond de la communication (§ 6.4) en s'attelant à répondre aux deux principaux griefs soulevés par l'auteur, à savoir l'illégalité et le caractère arbitraire du nouveau régime de la carte d'identité nationale (§ 7.2).

S'agissant du premier grief, l'auteur conteste la légalité du régime de la carte d'identité biométrique, et plus particulièrement des dispositions de la loi sur la carte d'identité qui permettent au ministre de l'état civil de prescrire l'enregistrement d'autres données sur la carte d'identité sans que cette décision ne fasse l'objet d'un contrôle indépendant. Il estime que, à défaut d'être suffisamment claires et précises, elles laissent au ministre la possibilité d'agir de manière arbitraire (§§ 3.2 et 3.3).

Le Comité note qu'aussi bien l'État partie que l'auteur s'accordent sur le fait que le relevé et l'enregistrement obligatoires des empreintes digitales de ce dernier constituent une ingérence dans sa vie privée. Se référant à son Observation générale n°16 relative au droit à la vie privée (CCPR, « Article 17 (Droit au respect de la vie privée) », Observation générale n° 16, 32<sup>e</sup> session, 1988), le Comité rappelle que toute ingérence dans la vie privée ne peut être autorisée que si elle a lieu sur la base d'une loi, laquelle loi doit être conforme aux dispositions, buts et objectifs du Pacte. Cela concerne aussi bien la collecte que la détention d'informations personnelles sur des ordinateurs, dans des banques de données et sur d'autres appareils, que ce soit par des autorités publiques ou des personnes ou organismes privés (*Ibid.*, §§ 3 et 10). Le Comité relève que la loi sur la carte d'identité nationale prévoit dans son article 4 (2) (c) que « [t]oute personne qui demande une carte d'identité doit [...] (c) permettre que ses empreintes digitales et d'autres informations biométriques la concernant soient relevées et enregistrées » et en déduit la légalité l'ingérence dans la vie privée de l'auteur (§ 7.3).

S'agissant du deuxième grief, le Comité contrôle la proportionnalité de l'ingérence par le prisme de l'« arbitraire » en s'appuyant sur son Observation n°16. Il souligne que l'interdiction de l'« arbitraire » vise à garantir que l'ingérence prévue par la loi « [soit] conforme aux dispositions, buts et objectifs du Pacte » et qu'elle soit « raisonnable dans les circonstances particulières » (*Ibid.*, § 4). Il rappelle aussi sa jurisprudence selon laquelle « l'ingérence dans la vie privée [...] doit être proportionnelle au but légitime recherché et nécessaire dans les circonstances de chaque espèce (CCPR, constatations du 4 avril 1994, *Toonen c. Australie*, communication n° 488/1992, U.N. doc. CCPR/C/C/50/D/488/1992, § 8.3 ; constatations du 18 juillet 2013, *Vandom c. République de Corée*, communication n° 2273/2013, U.N. doc. CCPR/C/123/D/2273/2013, § 8.8) (§ 7.3).

En effet, si l'État partie affirme que la récolte et la conservation des empreintes digitales sont « justifiées pour répondre au besoin social urgent de de prévention de l'usurpation d'identité en aidant les autorités à vérifier l'identité des citoyens, à éliminer les pratiques frauduleuses et à maintenir l'ordre public », et que l'ingérence n'est manifestement pas dénuée de fondement raisonnable (§ 4.4.), l'auteur conteste cette argumentation faisant valoir que l'inscription des données biométriques sur la seule carte d'identité ne permet pas d'atteindre l'objectif légitime de prévention de l'usurpation d'identité (§ 3.4). Le Comité se prononce sur les arguments des deux parties en concluant à l'inexistence de garanties suffisantes de la part de l'État contre les risques d'abus et d'arbitraire de l'ingérence dans le droit à la vie privée en cas de perte ou de vol de la carte, eu égard à la facilité avec laquelle les données qui y sont incluses pourraient être copiées sur des cartes falsifiées (§ 7.6). Aussi conclut-il au caractère déraisonnable des préoccupations de l'État en matière de sécurité, qualifiant le stockage et la conservation des données dactyloscopiques de l'auteur sur la carte d'identité d'ingérences arbitraires dans son droit au respect de la vie privée (*Ibid.*), dont découle la violation de l'article 17 du Pacte (§ 8).

Pour notre part, nous rejoignons l'opinion dissidente de Gentian Zyberi qui s'interroge sur les raisons qui ont empêché le Comité d'indiquer « les bonnes pratiques concernant l'inclusion ou l'exclusion de données biométriques » ou lorsqu'il considère qu'« il aurait été prudent pour le Comité de demander des observations à des tiers afin d'élucider les questions clés qui lui étaient soumises » (§ 3). Aussi, il nous paraît étonnant que le Comité ait vu dans l'enregistrement des données biométriques sur un support individuel sécurisé une ingérence arbitraire dans le droit de l'auteur de la communication au respect de sa vie privée. Cela est, en effet, à rebours de ce qu'il affirme quant au caractère préférable des traitements ayant recours à un support individuel à ceux ayant recours à un fichier (ou base centrale), du fait que ces données restent en possession du détenteur de la carte. Le procédé du support individuel constitue, en effet, une garantie de l'entière maîtrise par la personne de ses données biométriques collectées et « offre aux données personnelles la meilleure protection, en rendant plus difficile une éventuelle tentative d'utilisation frauduleuse » desdites données. Il s'ensuit que le contrôle effectué par les agents autorisés par la loi, appelé « authentification » est moins attentatoire au droit au respect de la vie privée) que le procédé dit d'« identification », lequel a recours au stockage des données dans un terminal de lecture-comparaison et permet à celui qui y procède d'accéder à l'ensemble des données qui y sont stockées (N. Véron, *Le contrôle de l'utilisation des données biométriques...*, précité, spéc. pp. 43, 49 et 139. ; B. Dorizzi, « Les taux d'erreurs dans le recours aux identifiants biométriques », in A. Ceyhan et P. Piazza (dir.), *L'identification biométrique...*, précité, spéc. pp. 126-127 ; A. Türk, « La biométrie vue par la CNIL et le G29 », in A. Ceyhan et P. Piazza (dir.), *L'identification biométrique...*, précité, spéc. pp. 261 et 268-269).

La position du Comité paraît d'ailleurs d'autant plus contestable que la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée quelques mois plus tard dans une affaire présentant des similitudes avec celle du Comité et a retenu une conclusion inverse. Dans l'affaire *Willems c. Pays-Bas*, le requérant, un ressortissant néerlandais, soutenait que l'obligation de fournir ses empreintes digitales lors de la demande d'un passeport et le stockage ultérieur des empreintes digitales sur une puce dans le passeport, violait, entre autres, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit au respect de la vie privée. La Cour de Strasbourg a rejeté ce grief le qualifiant de « manifestement mal fondés » (CEDH, décision du 9 novembre 2021, *Willems c. Pays-Bas*, req. n° 57294/16, § 37).

Salma Smiri

**Comité des droits de l'homme, Mayrambek Topozov c. Kirghizstan, 24 mars 2021, communication n° 2700/2015, U.N. doc. CCPR/C/131/D/2700/2015.**

**Résumé :** *Le Comité des droits de l'homme refuse de retenir la violation du droit à la liberté et la sécurité, du droit de ne pas être soumis à la torture (article 7) et du droit de ne pas s'auto-incriminer (article 14), considérant que la requête n'est pas suffisamment fondée, malgré le fait que le manque de preuves soit consubstantiel à la notion de détention arbitraire.*

**Mots clés :** torture ; détention arbitraire ; enquête effective ; présomption d'innocence.

**L**es faits de la présente affaire ne peuvent être présentés simplement. C'est d'ailleurs tout l'enjeu de cette décision du Comité des droits de l'homme, qui révèlent une problématique liée aux preuves de l'existence d'éventuelles violations.

Le requérant indique avoir été arrêté par la police lors d'une opération de contre-terrorisme, frappé, placé en détention au poste de police puis torturé afin qu'il avoue avoir coopéré avec les terroristes. L'auteur de la communication précise avoir été relâché le lendemain sans que son arrestation ou sa détention ne soit enregistrée ou ait fait l'objet d'une procédure écrite. Celui-ci n'aurait jamais été informé des motifs de son arrestation et aurait été détenu durant un jour entier, sans avoir accès à de l'eau ou à de la nourriture, en étant torturé et battu (§ 2.1). Plusieurs semaines après ces événements, il allègue avoir été opéré consécutivement aux coups reçus (§ 2.2). Le requérant porte plainte contre des agents de police non identifiés et le procureur demande une expertise médicale, laquelle conclut à des blessures légères pouvant avoir été occasionnées par un objet contondant et, surtout, considère qu'il est impossible de déterminer la date de l'apparition des blessures (§ 2.3). Le procureur refuse d'ouvrir une enquête pénale (§§ 2.4-2.7).

Le requérant demande au Comité de constater la violation des articles 7, seul et en lien avec l'article 2 (3), 9 (1) et (2) et 14 (3) (g) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après, le « Pacte ») garantissant respectivement le droit de ne pas être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, le droit au recours, le droit à la liberté et à la sécurité, le droit d'être informé des raisons de son arrestation et le droit de ne pas s'auto-incriminer. Le requérant demande donc une enquête effective sur ses allégations de torture, la poursuite et la sanction des auteurs, ainsi qu'une indemnisation adéquate. Le requérant demande également au Comité de prononcer des garanties de non-répétition à l'égard de l'État visant à empêcher que des violations similaires ne se reproduisent, en veillant à ce que tous les détenus soient enregistrés dès le moment de leur arrestation et en créant un mécanisme indépendant capable d'enquêter sur les allégations de torture conformément aux principes internationaux (§ 2.8). Les observations de l'État partie tendent à remettre en cause les allégations du requérant. L'État partie rappelle les circonstances de l'opération anti-terroriste et reconnaît que M. Topozov a été transféré au poste de police (§§ 4.1-4.3). L'État semble vouloir jeter le discrédit sur les éléments avancés par le requérant en considérant que l'examen médical n'est pas réellement concluant (§ 4.4) et que les

procès-verbaux des interrogatoires menés sont en contradiction avec la version des faits du plaignant (§§ 4.5-4.7).

Le Comité conclut sans encombre à la recevabilité de la requête (§§ 6.2-6.3), tout en précisant que le grief tenant à la violation de l'article 14 (3) (g) n'est pas recevable faute de précision, mais que les griefs tenant à la violation de l'article 7 seul et en combinaison avec l'article 2 (3) et l'article 9 (1) et (2) sont bien recevables (§§ 6.4-6.5).

Au fond, il semble prendre en compte les critiques de l'État tenant au caractère tardif de l'examen médical et note que de nombreux recours internes ont été intentés par l'auteur (§ 7.3). En outre, le Comité note des incohérences dans la version des faits présentée par l'auteur et semble considérer que les preuves ne sont pas suffisantes pour conclure à la violation des obligations conventionnelles (§ 7.4).

Ces constatations soulèvent plusieurs questions. D'une part, le raisonnement du Comité ne semble pas parfaitement cohérent. En effet, à l'occasion de celui-ci, le Comité déplore les manquements de l'État à ses obligations d'enquête et, le cas échéant, de poursuites (§ 6). Plus précisément, et en lien direct avec la présente affaire, le Comité note que, souvent, les examens médico-légaux « n'interviennent pas rapidement après les allégations de mauvais traitements » et il s'avère que « le personnel médical n'enregistre pas de manière adéquate les blessures des détenus et les autorités n'ouvrent donc pas d'enquête officielle sur les allégations de torture, faute de preuves » (§ 6). Or, en l'espèce, le Comité ne semble pas prendre en compte ce contexte de violations systémiques, malgré ce qui est décrit comme « la pratique persistante et répandue consistant à infliger des actes de torture et des mauvais traitements à des personnes privées de liberté, en particulier pendant la garde à vue, pour leur extorquer des aveux » (Comité contre la torture, *Observations finales concernant le deuxième rapport périodique du Kirghizstan*, 20 décembre 2013, CAT/C/KGZ/CO/2, § 5). D'autre part, à l'instar des opinions individuelles de deux membres du Comité, Hernán Quezada Cabrera et Furuya Shuichi, le constat de non-violation rendu dans la présente affaire interroge tant concernant l'article 7 que l'article 9 du Pacte. Concernant l'article 7, Furuya Shuichi rappelle justement la jurisprudence du Comité selon laquelle « un État partie est responsable de la sécurité de toute personne placée en détention, et que si un détenu a été blessé, l'État partie est tenu d'apporter des preuves réfutant les allégations de l'auteur » (Comité des droits de l'homme, *Olimzhon Esbonov c. Ouzbékistan*, constatations du 22 juillet 2010, communication n° 1225/2003, doc. CCPR/C/99/D/1225/2003, § 9.8). Ce renversement de la charge de la preuve est justifié par le fait que seul l'État a souvent accès aux informations pertinentes (Comité des droits de l'homme, *Albert Womah Mukong c. Cameroun*, constatations du 26 février 1991, communication n° 458/1991, doc. CCPR/C/51/D/458/1991, § 9.2). Dans ce cadre, le membre du Comité juge qu'il est indéniable que l'auteur a été placé en garde à vue alors qu'il existait des doutes sur le caractère officiel de son arrestation (§ 3). Il indique également la contradiction entre les présentes constatations et l'Observation générale n° 20 selon laquelle il faut enregistrer les noms des personnes détenues, leur lieu de détention ainsi que le nom des personnes responsables (§ 4; Comité des droits de l'homme, Article 7 (Interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), Observation générale n° 20, 1992, § 11). Cette exigence, classique en droit international (voir

CIADH, arrêt du 18 septembre 2003, *Bulacio c. Argentine*, Série C, n° 100, § 132), aurait été violée par l'État défendeur. Concernant l'article 9, Furuya Shuichi rappelle l'Observation générale n° 35 selon laquelle le droit d'être informé des raisons de l'arrestation n'est pas limité aux arrestations formelles au sens du droit interne (§ 5 ; Comité des droits de l'homme, *Liberté et sécurité de la personne*, Observation générale n° 35 du Comité, 2014, § 24). Ce droit d'être informé, reconnu en droit international des droits de l'homme, « oblige à signaler à une telle personne [...] les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse en contester la légalité devant un tribunal » (voir CEDH, GC, arrêt du 15 décembre 2016, *Khlajfia et a. c. Italie*, req. n° 16483/12, §§ 115 et s.). Dès lors, ce droit est une « garantie minimum contre l'arbitraire » (CEDH, arrêt du 12 avril 2005, *Chamaïev c. Géorgie et Russie*, req. n° 36378/02, § 413). Le droit d'être informé des motifs d'une détention est bien distinct du droit des personnes accusées d'une infraction pénale d'être informées de la teneur de l'accusation portée contre elles dans le plus court délai (Comité des droits de l'homme, *Kelly c. Jamaïque*, constatations du 17 juillet 1991, communication n° 253/1987, doc. CCPR/C/41/D/253/1987, § 5.8) et, partant, est bien applicable à la présente affaire. Cela conduit le membre dissident précité ainsi que Hernán Quezada Cabrera à considérer que l'article 9 a été violé puisque le requérant a été détenu sans qu'il soit informé des raisons de cette détention et sans enregistrement officiel de celle-ci, qui est donc illégale et arbitraire (§§ 3- 4).

Ainsi, s'il est évident que tout constat de violation doit être fondé et justifié, il est dommageable que le Comité fasse primer les doutes planant sur les faits de l'affaire sans considérer que ceux-ci pouvaient être consubstantiels au caractère arbitraire de la détention.

Claire Méric

**Comité des droits de l'homme, Philippe Rudyard Bessis c. France, 24 mars 2021, communication n° 2988/2017, U.N. doc. CCPR/C/131/D/2988/2017.**

**Résumé :** *S'attachant à analyser des allégations de dysfonctionnements des procédures ordinaires, le Comité des droits de l'homme conclut que ces procédures répondent aux standards garantis par l'article 14§ 1 du Pacte, c'est-à-dire aux conditions des garanties d'indépendance, d'impartialité et de publicité des audiences. Si le Comité confirme, au gré de son raisonnement, l'état du droit établi dans ses précédentes constatations, il se retrouve toutefois, par manque d'audace, à renoncer au contrôle du respect par les juridictions ordinaires de l'ordre national des chirurgiens-dentistes des garanties d'indépendance et d'impartialité...*

**Mots clés :** procédure disciplinaire ; juridiction ordinaire ; abus du droit de plainte ; épuisement des voies de recours internes ; droit à un procès équitable ; indépendance ; impartialité ; publicité ; article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

**I**l n'est sûrement pas anodin que le deuxième prénom de Philippe Bessis ait été Rudyard, tant il semble prendre inspiration de son homonyme, Kipling. Loin d'être un petit homme perdu au milieu d'une jungle contentieuse, il est en réalité l'auteur, sinon d'un *Livre*, d'un certain nombre de recours, dont la plainte d'espèce en réponse à laquelle le Comité des droits de l'homme a adopté les présentes constatations. À la fois avocat et chirurgien-dentiste, Philippe Bessis a la particularité d'avoir fait l'objet de sanctions disciplinaires par les instances ordinaires de ces deux professions et d'avoir eu recours aux organes internationaux de protection des droits de l'homme en chaque occasion. Après avoir contesté devant la Cour européenne des droits de l'homme l'interdiction d'exercer la profession d'avocat qui lui avait été opposée par le Conseil de l'ordre en 1997, au motif de l'incompatibilité de l'exercice de la profession d'avocat avec une autre profession, y compris celle de chirurgien-dentiste, c'est désormais vers le Comité des droits de l'homme qu'il se tourne pour contester sa radiation à vie de l'ordre national des chirurgiens-dentistes. Celle-ci fait suite à la publication, en 1996, d'un article dans lequel le Docteur Bessis pointe du doigt l'opacité des comptes de l'ordre des chirurgiens-dentistes (§ 2.2) et appelle, par conséquent, les praticiens à cesser de payer leurs cotisations ordinaires (§ 2.3). Sur plainte du conseil national et du conseil départemental de l'ordre national des chirurgiens-dentistes (§ 2.3), la chambre disciplinaire de première instance prononce sa radiation à vie (§ 2.5). La chambre disciplinaire nationale de l'ordre, saisie de l'appel interjeté par le requérant, commute sa radiation en une interdiction d'exercer la profession de chirurgien-dentiste pendant dix-huit mois, avec un sursis de douze mois : son cabinet dentaire ferme alors pendant six mois (§ 2.7). En cassation, le Conseil d'État annule toutefois la décision adoptée en appel et renvoie l'affaire à la chambre disciplinaire nationale de l'ordre des chirurgiens-dentistes (§ 2.7), qui confirme cette fois-ci, par une décision du 28 octobre 2011, la radiation à vie du Docteur Bessis (§ 2.9). Son cabinet dentaire ferme définitivement le 1<sup>er</sup> décembre 2011, le Conseil d'État n'ayant pas fait droit à son second pourvoi (§ 2.10). C'est dans ce cadre que, le 1<sup>er</sup> mars 2017, il saisit le Comité des droits de l'homme. Néanmoins, malgré les divers recours dont il est l'auteur, Philippe Bessis n'a toujours pas rencontré le succès tant espéré. Après que la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré sa requête irrecevable en 2011, la jugeant abusive, car « fondée sciemment sur des faits inexacts » (CEDH, décision du 13 septembre 2011,



*Bessis c. France*, req. n° 207/05), c'est désormais au tour du Comité des droits de l'homme de rejeter sa plainte. Pour cause, il juge, premièrement, les griefs relatifs à sa radiation de l'ordre des avocats du barreau de Paris et ceux relatifs à la méconnaissance de sa liberté d'expression, protégée par l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après, le « Pacte »), du fait de sa radiation de l'ordre national des chirurgiens-dentistes, irrecevables. Deuxièmement, il estime que son droit à un procès équitable, garanti par l'article 14 § 1 du Pacte, n'a pas été violé, les juridictions ordinaires n'ayant pas méconnu les garanties d'indépendance, d'impartialité et de publicité de leurs audiences.

Premièrement, le Comité des droits de l'homme juge que deux catégories de griefs formulés par Philippe Bessis sont irrecevables : les griefs relatifs à sa radiation de l'ordre des avocats pour cause d'abus du droit de plainte et les griefs relatifs à sa radiation de l'ordre des chirurgiens-dentistes fondés sur l'article 19 du Pacte à défaut d'épuisement des voies de recours internes. D'une part, le Comité juge que, en soumettant à son examen des faits qui, ayant trait à sa radiation de l'ordre des avocats du barreau de Paris, ont été examinés par des instances nationales « il y a plus de treize ans », Philippe Bessis a « abus[é] de] son droit de plainte » (§ 8.6). Si aucune condition de délai de saisine du Comité n'est posée par le Protocole facultatif se rapportant au Pacte, son article 3, qui fait de l'abus du droit de présenter des communications une cause de son irrecevabilité, est interprété par le Comité comme exigeant qu'une plainte soit transmise « cinq ans après l'épuisement des voies de recours internes par son auteur ou, selon le cas, trois ans après l'achèvement d'une autre procédure internationale », à moins qu'un délai plus long puisse être justifié (CCPR, *Règlement intérieur du Comité des droits de l'homme*, 4 janvier 2021, U.N. doc. CCPR/C/3/Rev.12, Article 99 (c) ; CCPR, constatations du 29 octobre 2014, *Sharmila Tripathi c. Népal*, communication n° 2111/2011, U.N. doc. CCPR/C/112/D/2111/2011, § 6.4 (§ 8.6). D'autre part, le Comité juge que, à défaut d'avoir formulé ses moyens devant les instances de recours nationales au titre de l'article 19 du Pacte, l'auteur de la communication n'a pas épuisé les voies de recours internes eu égard à ses griefs relatifs à sa radiation de l'ordre des chirurgiens-dentistes fondés sur cette disposition (§ 8.5). Il n'a, en effet, soulevé de moyen relatif à sa liberté d'expression ni devant la chambre disciplinaire nationale, dans le cadre de son appel (§ 2.6) ni devant le Conseil d'État, lors de son second pourvoi (§ 2.10). Même si la procédure disciplinaire engagée à son encontre découlait des « critiques formulées » par l'auteur dans son article, une telle circonstance n'était pas propre à le défaire de son devoir, découlant du principe de subsidiarité, de s'assurer que son grief relatif à sa liberté d'expression avait été invoqué, à tout le moins en substance, à l'occasion des autres recours (§ 8.5) (voir, dans le même sens, CCPR, constatations du 26 juillet 2010, *Chen, Zhi Yang c. Pays-Bas*, communication n° 1609/2007, U.N. doc. CCPR/C/99/D/1609/2007, § 6.3).

Deuxièmement, le Comité des droits de l'homme a examiné l'indépendance et l'impartialité des formations de l'ordre national des chirurgiens-dentistes et la publicité de leurs audiences. Après avoir jugé le grief fondé sur l'article 14 § 1 du Pacte recevable, du fait que la France « a reconnu que le contentieux soumis aux juridictions ordinaires françaises se devait de remplir les exigences » du procès équitable (§ 8.4), il en déduit que « [les juridictions ordinaires] doivent être indépendantes et impartiales » (§ 9.4). L'impression pourrait alors être donnée d'un abandon par le Comité de ses constatations antérieures, similaires sur cette question à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, laissant

traditionnellement une option aux États : soit garantir le respect des exigences du procès équitable par les juridictions ordinaires elles-mêmes, soit assurer qu'un organe judiciaire de pleine juridiction, respectant les exigences d'indépendance et d'impartialité, contrôle les décisions des juridictions ordinaires (CCPR, constatations du 20 juillet 2004, *M. Paul Perterer c. Autriche*, communication n° 1015/2011, U.N. doc. CCPR/C/81/D/1015/2001, § 10.4 ; CEDH, Pl., arrêt du 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, req. n° 6878/75, § 51 (a) ; CEDH, Pl., arrêt du 10 février 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, req. n° 7299/75, § 29). Or, il n'en est rien. Le Comité ne pose aucunement comme principe que les juridictions ordinaires seraient désormais elles-mêmes tenues au respect des garanties du procès équitable en toute hypothèse, mais seulement que tel était le cas en l'espèce, et ce pour deux raisons. Premièrement, la France, dans ses observations, a reconnu, au gré d'une lecture erronée de la jurisprudence européenne, non seulement que l'article 14 § 1 du Pacte était applicable en son volet civil aux contentieux disciplinaires, mais aussi que les juridictions ordinaires étaient tenues de respecter les exigences qu'il pose (§ 4.2). Le Comité n'a donc fait que prendre pour point de départ de son analyse les éléments qui lui ont été soumis par les parties au litige, sans prétendre revenir sur l'état du droit établi dans ses constatations. Deuxièmement, l'État ne pouvait qu'être tenu d'assurer le respect des exigences du procès équitable par les juridictions ordinaires elles-mêmes, dès lors que le Conseil d'État juge de la cassation, n'aurait pu être considéré comme un organe de pleine juridiction (voir *mutatis mutandis* CEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, précité, § 36). Rien d'anormal donc à ce que le Comité examine les allégations tenant au manque d'indépendance et d'impartialité des juridictions ordinaires, d'une part, et celles relatives au défaut de publicité de leurs audiences, d'autre part.

Les allégations tenant au manque d'indépendance et d'impartialité auxquelles le Comité s'est intéressé visent essentiellement la chambre disciplinaire nationale. Philippe Bessis estime que son Président et ses assesseurs auraient participé à la séance du Conseil national de l'ordre lors de laquelle il fut décidé d'engager une procédure disciplinaire à son encontre. Il fait état, en ce sens, d'une « suspicion légitime » selon laquelle le procès-verbal de la séance du Conseil aurait été réécrit pour retirer les noms du Président et des assesseurs de la liste des présents (§ 3.3). Le Comité estime toutefois qu'à défaut de pouvoir réexaminer les faits établis par les juridictions nationales, « sauf en cas de déni de justice ou d'erreur manifeste d'appréciation », il doit s'en remettre aux faits tels qu'établis par la chambre disciplinaire nationale, devant laquelle a été produit le procès-verbal, dont il ressort que le Président et les assesseurs n'avaient pas participé à la séance litigieuse du Conseil de l'ordre (§ 9.3). Il rejette ainsi les allégations tenant au manque d'indépendance et d'impartialité de la chambre disciplinaire nationale, à défaut de pouvoir conclure en sens contraire sans aller « au-delà de simples affirmations ou supposition » (§ 9.4). Si ce raisonnement paraît, à première vue, cohérent avec la position traditionnelle selon laquelle « le Comité n'est pas une quatrième instance compétente pour réexaminer les conclusions de fait » (CCPR, constatations du 24 mars 2004, *Arenz c. Allemagne*, communication n° 1138/2002, U.N. doc. CCPR/C/80/D/1138/2002, § 8.6), il paraît toutefois toucher, dans la présente affaire, aux limites de la logique sous-jacente à une telle retenue. Celle-ci se justifie, à titre de principe, par le fait que les juridictions nationales sont généralement « le mieux à même d'apprécier les faits et les éléments de preuve » (CCPR, constatations du 27 juillet 2004, *Ramil Rayos c. Philippines*, communication n° 1167/2003, U.N.

doc. CCPR/C/81/D/1167/2003, § 6.7). Mieux que qui ? Mieux que le Comité qui n'a ni la proximité nécessaire ni la capacité suffisante pour établir les faits à la base de toutes les affaires qui lui sont communiquées en nombre (voir *mutatis mutandis* CEDH, GC, arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2010, *Demopoulos et autres c. Turquie*, req. n° 46113/99, § 69). Toutefois, pour qu'une juridiction nationale soit la plus à même d'établir les faits, encore faut-il qu'elle soit en mesure de correctement évaluer les faits de l'espèce. C'est pourquoi le Comité a estimé « qu'il appartient généralement aux juridictions des États parties au Pacte d'examiner les faits et les éléments de preuve dans une affaire donnée à moins qu'il puisse être établi [...] que le tribunal a violé [...] son obligation d'indépendance ou d'impartialité » (CCPR, constatations du 8 juillet 2004, *M. Leonid Svetik c. Bélarus*, communication n° 927/2000, U.N. doc. CCPR/C/81/D/927/2000, § 6.3). À l'évidence, s'en remettre à l'appréciation d'un élément de preuve par une juridiction pouvant remettre en cause son impartialité revient à lui abandonner et, pour le Comité, à renoncer au contrôle du respect de cette garantie par cette juridiction nationale. Tel est précisément ce que le Comité semble avoir fait dans les présentes constatations. L'emploi de la double négation – « il ne lui est *pas* possible de conclure [...] que les juridictions saisies par l'auteur n'étaient *pas* indépendantes ou impartiales » (§ 9.4) – dissimule bien mal l'absence d'une analyse substantielle, au-delà du seul constat du « manqu[e] de preuve » contraire, du respect de ces exigences par la chambre disciplinaire nationale.

Concernant la publicité des audiences, le Comité observe que l'accès aux locaux des juridictions ordinaires, bien que privés, n'avait pas été interdit à l'auteur de la communication, ni à toute autre personne intéressée par l'instance (§ 9.7). Si Philippe Bessis n'a pas assisté à l'audience de première instance, ce n'est pas en raison d'un manque de publicité, mais seulement parce qu'il a renoncé, tacitement, à jouir de sa publicité en ne s'y présentant pas (voir *mutatis mutandis* CEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, précité, § 59). Tel semble être la portée que le Comité entend conférer au constat qu'il fait de l'absence de contestation par Philippe Bessis de la publicité de l'audience de première instance devant la chambre disciplinaire nationale (§ 9.6).

Par conséquent, le Comité conclut à l'absence de toute violation par la France de l'article 14 § 1 du Pacte (§ 10) et ne fait donc pas droit aux allégations soulevées par l'auteur dans sa communication.

Cécile Goubault-Larrecq

**Comité des droits de l'homme, Eugénie Chakupewa et autres c. République démocratique du Congo, 25 mars 2021, communication n° 2835/2016, U.N. doc. CCPR/C/131/D/2835/2016.**

**Résumé :** *Du fait de l'absence de versement de l'indemnisation ordonnée par les juridictions nationales à des femmes reconnues victimes de violences sexuelles et de crime contre l'humanité en République démocratique du Congo, celles-ci portent leur communication devant le Comité des droits de l'homme. Constatant des violations des garanties de l'article 7 lu seul et conjointement avec l'article 2 § 3, de l'article 14 § 1 lu conjointement avec l'article 2 § 3 et des articles 3 et 26 du Pacte, le Comité retient, d'une part, l'obligation pour l'État partie d'exécuter des décisions relatives à des droits garantis par le Pacte, afin de garantir non seulement l'effectivité de ces derniers, mais également celle du droit à un recours utile. Il retient, d'autre part, que le fait de ne pas indemniser des femmes victimes de violences sexuelles constitue une discrimination fondée sur le genre, indépendamment d'un traitement différencié avec d'autres victimes de violences sexuelles.*

**Mots clés :** discrimination fondée sur le sexe ; droit à un recours utile ; réparation ; violences de genre.

L'impunité pour les cas de violences sexuelles comme actes de torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants demeure largement répandue dans les zones de conflits armés en République démocratique du Congo et touchent, parmi les personnes majeures, à 99,3 % des femmes (UNCHR, « La torture et l'impunité sont pratiques courantes dans les zones de conflit en République démocratique du Congo - Rapport de l'ONU », Communiqué de presse, 5 octobre 2022). La communication n° 2835/2016 introduite devant le Comité des droits de l'homme (ci-après, le « Comité ») aborde ces préoccupations, quant à la non-exécution du paiement par l'État des indemnités ordonnées par les juridictions internes aux femmes reconnues victimes de violences sexuelles et de crime contre l'humanité.

Les auteures de la communication sont sept femmes de nationalité congolaise qui ont été forcées de fuir leur village à la suite de violents affrontements entre un groupe armé non-étatique – les Forces démocratique de libération du Rwanda – et les Forces armées de la République démocratique du Congo (§ 2.1). Au cours d'une expédition visant à récupérer des provisions dans ledit village, des membres des Forces armées de la République démocratique du Congo les ont violées à tour de rôle (§ 2.2). Elles ont dénoncé ces crimes aux autorités militaires de poursuites, qui ont immédiatement ouvert une enquête menant à l'identification de cinq soldats (§ 2.4). Le 30 octobre 2010, le tribunal militaire de garnison d'Uvira a condamné ces derniers à la peine de servitude pénale (emprisonnement) à perpétuité pour l'infraction de crime contre l'humanité par viol massif et, au titre de l'action civile, à verser *in solidum* avec l'État, des dommages et intérêts (§ 2.5). Le recours en appel a confirmé ce jugement le 7 novembre 2011 (§ 2.6).

Pourtant, dans les années suivantes, l'État n'a pas procédé au versement de la compensation, et ce malgré le respect des exigences procédurales visant à l'exécution du jugement (§§ 2.7-2.8). Les auteures ont alors dénoncé cette passivité auprès de la Commission nationale des droits de l'homme et de la Conseillère

spéciale du Chef de l'État en matière de lutte contre les violences sexuelles, sans succès toutefois (§ 2.9). Face à cette impasse procédurale, les requérantes ont saisi le Comité des droits de l'homme le 26 juillet 2016. Elles soutiennent qu'en ne procédant pas au versement de leur indemnisation, la République démocratique du Congo contrevient à ses obligations en vertu des articles 7 et 14 § 1, lus seuls et conjointement avec l'article 2 § 3, et des articles 2 § 1, 3 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après, le « Pacte »), soit, respectivement, leurs droits à ne pas subir de torture, à un recours utile, à un procès équitable et à ne pas être discriminées en raison de leur genre.

En premier lieu, le Comité examine la recevabilité de la communication. Après s'être assuré du respect des conditions énoncées à l'article 5 § 2 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte, le Comité examine plus particulièrement la recevabilité du grief relatif à la violation continue de l'article 7 du Pacte. Se référant à ses observations générales, il rappelle que cet article renferme l'obligation d'octroyer une réparation adéquate en cas de violation, dont le manquement par l'État partie dans le cas de l'espèce a pour effet que les auteures conservent leur qualité de victimes (CCPR, « Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités », Observation générale n° 20, 44<sup>ème</sup> session, 1992, U.N. doc. HRI/HEN/1/Rev.1, § 14 ; CCPR, « La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte », Observation générale n° 31, 80<sup>e</sup> session, 26 mai 2004, U.N. doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 16) (§ 5.4). Tandis que le Comité considère les griefs formulés au titre de l'article 7 lu seul et conjointement avec l'article 2 § 3, de l'article 14 § 1 lu conjointement avec l'article 2 § 3 et des articles 3 et 26 du Pacte suffisamment étayés, il déclare irrecevable la violation alléguée de l'article 2 § 1 du Pacte (§ 5.5). À cet égard, le Comité maintient sa jurisprudence de principe, selon laquelle les dispositions de l'article 2 ne peuvent être invoquées isolément (voir, par exemple, CCPR, constatations du 23 juillet 2015, *H.E.A.K. c. Danemark*, communication n° 2343/2014, U.N. doc. CCPR/C/114/D/2343/2014, § 7.4).

En second lieu, sur le fond, le Comité adresse successivement les allégations invoquées par les auteures. S'agissant de la violation de l'article 7 lu seul et conjointement avec l'article 2 § 3 du Pacte, il relève tout d'abord qu'il y a une reconnaissance expresse par l'État de la qualité de victimes de viol massif aux auteures, et qu'il est établi que la compensation n'a pas été versée à ces dernières. Le Comité raisonne sur les conséquences que cette situation entraîne en matière de responsabilité. Il observe que ce n'est pas seulement l'effet de la sanction qui est diminué par le défaut d'exécution du jugement, mais l'ensemble du système pénal de répression de crimes, y compris l'effectivité de l'enquête (§ 6.2). Il est évident que l'obligation d'instaurer un cadre législatif et réglementaire dont ont la charge les États parties au titre de l'article 7 du Pacte serait fictive si une décision de condamnation n'est pas observée. Le Comité poursuit ce raisonnement quant au droit d'accès à un tribunal prévu par l'article 14 § 1 du Pacte. Il déclare que, dans cette situation, celui-ci apparaît « illusoire », puisque ni la décision ni la procédure permettant de l'exécuter n'ont été respectées par l'État partie (§ 6.3). Dès lors, il constate une violation des droits garantis par l'article 14 § 1 lu conjointement avec l'article 2 § 3 du Pacte.

Finalement, s'agissant du principe de non-discrimination consacré par les articles 3 et 26 du Pacte, sont allégués des manquements aux obligations positives

de prévenir que les violences sexuelles faites aux femmes soient banalisées dans la culture congolaise, mais également que les femmes qui en sont victimes soient stigmatisées et marginalisées (§ 6.4). Bien que les auteures n'aient pas étayé leurs arguments quant aux critères raisonnables et objectifs démontrant qu'elles font l'objet d'un traitement différencié par rapport aux autres victimes de violences sexuelles, le Comité se prononce en leur faveur. Il se fonde largement sur le travail du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes qui établit, d'une part, que les violences sexuelles touchent spécialement les femmes – et constituent donc une discrimination fondée sur le genre (CEDAW, « Sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, portant actualisation de la recommandation générale n° 19 », Recommandation générale n° 35, 26 juillet 2017, U.N. doc. CEDAW/C/GC/35), et d'autre part que, en période de conflits, cette réalité est exacerbée (CEDAW, « Sur les femmes dans la prévention des conflits, les conflits et les situations d'après conflit », Recommandation générale n° 30, 18 octobre 2013, U.N. doc. CEDAW/C/GC/30). Le fait, pour la République démocratique du Congo, de ne pas les avoir indemnisées, participe à normaliser la violence de genre.

Sans surprise, une partie des membres du Comité ont exprimé leur désaccord avec cette analyse des griefs relatifs aux violations alléguées des articles 3 et 26 du Pacte. Dans deux opinions conjointes, partiellement dissidente et dissidente respectivement, ces membres reprochent un manque d'éléments factuels démontrant un traitement différencié des auteures par rapport à d'autres victimes de violences sexuelles quant à l'indemnisation. En reconnaissant une discrimination, sans vérifier l'existence d'une différence de traitement, le Comité aurait dénaturé l'article 26 du Pacte. Pour autant, il aurait été regrettable qu'il en décide autrement, car, comme le souligne certains de ses membres, ce sont « des circonstances où il n'y a pas d'équivalence factuelle » (Opinion conjointe [concordante] d'Arif Bulkan et Hélène Tigroudja, § 4). Une analyse comparative serait en effet dénuée de sens s'agissant des violences sexuelles, puisqu'il est incontestable qu'elles sont éminemment genrées. Les États doivent donc redoubler d'attention pour les prévenir. Dans leur opinion conjointe, Arif Bulkan et Hélène Tigroudja ont proposé que le Comité développe, s'agissant des plaintes pour discrimination fondée sur le genre, une approche « réelle » de l'égalité. Sans consacrer expressément l'abandon d'une approche formelle de la discrimination, la lignée jurisprudentielle que suit le Comité ses dernières années révèle d'ailleurs une prise en compte accrue du critère du genre s'agissant des violences liées au sexe dans les contextes de conflits armés internes ou internationaux (voir, par exemple, CCPR, constatations du 18 mars 2019, *Fulmati Nyaya c. Népal*, communication n° 2556/2015, U.N. doc. CCPR/C/125/D/2556/2015 et note sous CCPR, constatations du 18 mars 2018, *Fulmati Nyaya c. Népal*, communication n° 2556/2015, U.N. doc. CCPR/C/125/D/2556/2015 par O. Pedeboy, « Chronique des constatations des comités conventionnels des Nations Unies (année 2019) », *Droits fondamentaux*, 2020, n° 18, pp. 3-6).

Lèna Degobert

**Comité des droits de l'homme, Irma Leticia Hidalgo Rea c. Mexique, 25 mars 2021, communication n° 3259/2018, U.N. doc. CCPR/C/131/D/3259/2018.**

**Résumé :** *Par ses constatations en date du 25 mars 2021, le Comité des droits de l'homme se prononce à nouveau sur une affaire relative aux disparitions forcées. Bien que la disparition ait été perpétrée par des acteurs non-étatiques, le Comité estime que cette disparition est attribuable à l'État et conclut ainsi à la violation des droits du disparu et de l'auteure de la communication.*

**Mots clés :** disparitions forcées ; groupes armés non-étatiques ; renversement de la charge de la preuve ; Mexique ; épuisement des voies de recours internes.

**L**e 11 janvier 2011, une dizaine d'individus armés se revendiquant du *Cartel del Golfo* – une organisation criminelle active à *Nuevo León* (Mexique) –, ont pénétré dans l'habitation d'Irma Leticia Hidalgo Rea (ci-après, « l'auteure de la communication » ou « l'auteure »). Après avoir déclaré être envoyés par le gouvernement, les individus ont enlevé Roy Rivera Hidalgo, le fils de l'auteure, qu'ils accusaient alors de revendre de la drogue (§ 2.3). Ils ont également dérobé des objets de valeur, de l'argent et deux véhicules (§ 2.3). Peu de temps après l'enlèvement de M. Rivera Hidalgo, l'auteure et son plus jeune fils ont aperçu une voiture de police aux environs de leur habitation (§ 2.4). Dans les jours qui ont suivi, l'auteure a reçu de nombreux appels téléphones de divers numéros, réclamant cinq-cent-mille pesos mexicains en guise de rançon. Lors d'un de ces appels, Mme Hidalgo Rea a entendu son fils se faire battre et crier (§ 2.5). Finalement, bien qu'elle ait déposé de l'argent, l'auteure n'eut jamais plus de nouvelles de son fils (§ 2.6).

Mme Hidalgo Rea a soumis pas moins de quatre plaintes en 2011 pour porter à la connaissance des autorités la disparition de son fils. Elle a déposé plainte une première fois le 4 février 2011. Toutefois, seule sa seconde plainte du 28 février a été enregistrée (§ 2.6). Le 1<sup>er</sup> mars 2011 une enquête préliminaire a été ouverte (§ 2.6). Un mois plus tard, les autorités ont envoyé une demande de traçage de l'un des numéros fournis par l'auteure, dont les résultats n'ont pas été ajoutés au dossier de M. Rivera Hidalgo que le 25 mai 2012 en raison d'erreurs commises par ces mêmes autorités (§ 2.7). Entre temps, le 13 juin 2011, Mme Hidalgo Rea a soumis une plainte à la Commission Nationale des droits de l'homme de Nuevo León (§ 2.8) et le 13 septembre de la même année, elle a déposé une autre plainte au Bureau du procureur général adjoint chargé des enquêtes sur le crime organisé du bureau du procureur général (§ 2.10). Estimant que les autorités étaient inactives, Mme Hidalgo Rea a formé un recours en *amparo* le 15 décembre 2017 (§ 2.14).

Finalement, Mme Hidalgo Rea s'est tournée vers le Comité des droits de l'homme (ci-après, le « Comité »), lui demandant de constater la violation des droits de son fils M. Rivera Hidalgo à la vie, protégé par l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après, le « PIDCP » ou le « Pacte »), de ne pas être soumis à la torture ou autres traitements inhumains ou dégradants (article 7), à la liberté et à la sécurité de sa personne (article 9) ainsi qu'à la reconnaissance de sa personnalité juridique (article 16), à raison de sa disparition forcée dont il a fait l'objet (§ 3.2). Elle estime également avoir été victime d'une violation de son droit

à ne pas être soumise à des peines ou à des traitements inhumains ou dégradants (article 7) (§ 3.4) et au respect de sa vie privée (article 17) (§ 3.5). Enfin, elle considère que tant son fils qu'elle-même n'ont pas eu accès à un recours effectif (article 2 § 3) (§§ 3.3 à 3.5).

Compte tenu de l'existence de poursuites nationales en cours, le Comité a été amené en second lieu à se prononcer en premier lieu sur la recevabilité de la communication. Puis, s'agissant des violations alléguées à raison d'une disparition forcée, le Comité a été confronté à la question du rattachement de la disparition de M. Rivera Hidalgo à l'État mexicain.

En ce qui concerne tout d'abord la recevabilité de la communication, l'État mexicain alléguait que la plainte méconnaît manifestement l'article 5 § 2(b) du Protocole facultatif au PIDCP qui requiert d'un particulier qu'il épuise toutes les voies de recours internes, car l'enquête est toujours en cours (§ 4.1). Jugeant que l'obligation d'enquête et de poursuite est une obligation de moyens, et non de résultat, le Mexique considère avoir satisfait ses obligations conventionnelles (§ 6.2).

Sans surprise, le Comité écarte l'argument ; ce même article du Protocole facultatif prévoyait une exception à la règle en cas de procédures de recours excédant les délais raisonnables. En l'espèce, il conclut effectivement à la durée excessive des procédures nationales, qu'il estime à dix ans. En se basant sur la date d'émission de sa communication pour évaluer le caractère excessif ou non des délais, il s'inscrit dans la continuité de sa jurisprudence (CCPR, constatations du 11 mars 2020, *Alcedo Mora Márquez et autres c. Venezuela*, communication n° 3018/2017, U.N. doc. CCPR/C/128/D/3018/2017, § 8.4 ; CCPR, constatations du 5 novembre 2019, *Carlos Moreno Zamora et autres c. Mexique*, communication n° 2760/2016, U.N. doc. CCPR/C/127/D/2760/2016, § 11.4). En outre, le Comité souligne l'absence de progrès significatifs des autorités nationales durant cette période, le conduisant alors à reconnaître la communication recevable (§ 8.4).

Le Comité a donc ensuite été amené à s'intéresser au fond de la communication, avec, en premier lieu, la question du rattachement de la disparition de M. Rivera Hidalgo à l'État mexicain. En effet, la qualification d'une disparition forcée requiert, en droit international des droits de l'homme, la preuve d'une implication d'agents étatiques, directement ou par l'intermédiaire d'autres individus (voir, par exemple, Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 61/177 du 20 décembre 2006, article 2).

Le manque de preuves attestant de l'implication d'autorités étatiques ne permettrait pas, selon le Mexique, de lui imputer cette disparition (§ 6.3). Par ailleurs, l'imprévisibilité de la disparition de M. Rivera Hidalgo ne permettrait pas non plus de lui reprocher une quelconque omission d'agir (§ 6.4). Cependant, le Comité, rappelant ici encore sa jurisprudence constante (CCPR, constatations du 15 juillet 2019, *Padilla García et autres c. Mexique*, communication n° 2750/2016, U.N. doc. CCPR/C/126/D/2750/2016, § 9.3 ; CCPR, constatations du 15 juillet 2019, *Kandel et autres c. Népal*, communication n° 2560/2015, U.N. doc. CCPR/C/126/D/2560/2015, § 7.4 ; CCPR, constatations du 19 juillet 2018, *Bolakebe c. Népal*, communication n° 2658/2015, U.N. doc. CCPR/C/123/D/2658/2015, § 7.4), souligne que la charge de la preuve ne saurait



peser uniquement sur l'auteure (§ 9.3). En l'occurrence, il considère qu'il y a des éléments de preuve circonstanciels suffisants pour que la charge de la preuve soit renversée et qu'il appartienne par conséquent à l'État partie de réfuter les allégations en menant une enquête. Ainsi, faute d'avoir démontré le contraire, le Mexique se voit imputer la disparition de M. Rivera Hidalgo (§9.4).

Avec cette décision, le Comité des droits de l'homme adopte une approche très large de la notion de rattachement d'actes constitutifs de disparitions forcées à l'État. Il met également en évidence l'importance de l'environnement global attaché à la disparition dans la détermination de son lien avec les autorités étatiques (CCPR, *Padilla García et autres c. Mexique*, précitées, §9.4 ; CCPR, constatations du 9 juillet 2015, *Rosa Maria Serna et autres c. Colombie*, communication n° 2134/2012, U.N. doc. CCPR/C/114/D/2134/2012, § 9.3), voire même sa prépondérance en l'absence de preuves suffisantes. Cela renforce inévitablement les obligations à la charge des États de garantir et de veiller au respect des droits contenus dans le Pacte. Car, si les disparitions forcées ne sont pas mentionnées expressément, elles « constitue[nt] un ensemble unique et intégré d'actes représentant une violation continue de plusieurs droits consacrés par [le Pacte] » (§ 9.5) (CCPR, *Padilla García et autres c. Mexique*, précitées, §9.5 ; CCPR, constatations du 10 mars 2017, *Nakarmi c. Népal*, communication n° 2184/2012, U.N. doc. CCPR/C/119/D/2184/2012, § 11.5 ; CCPR, constatations du 17 mars 2017, *El Boathi c. Algérie*, communication n° 2259/2013, U.N. doc. CCPR/C/119/D/2259/2013, § 7.4). Ainsi, ayant caractérisé la disparition de M. Rivera Hidalgo de disparition forcée attribuable au Mexique (§ 9.4), le Comité s'est tourné vers l'étude des violations alléguées.

Il reconnaît sans difficulté la violation du droit à la vie du fils de l'auteure (PIDCP, article 6), et rappelle qu'« en matière de disparitions forcées, la privation de liberté, suivi du refus de reconnaître celle-ci, ou la dissimulation du sort de la personne disparue, soustrait cette personne de la protection de la loi, et fait peser sur sa vie un risque constant et sérieux pour lequel l'État doit être tenu responsable » (CCPR, *Padilla García et autres c. Mexique*, précitées, § 9.6 ; CCPR, *Nakarmi c. Népal*, précitées, § 11.6 ; CCPR, constatations du 28 juillet 2017, *Khelifati c. Algérie*, communication n° 2267/2013, U.N. doc. CCPR/C/120/D/2267/2013, § 6.4).

Le Comité reconnaît également la violation de l'article 7 du Pacte, à savoir l'interdiction de la torture ou autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. Tant M. Rivera Hidalgo – en raison de la souffrance causée par sa disparition et des probables souffrances physiques subies pendant sa détention – (CCPR, *Nakarmi c. Népal*, précitées, § 11.7 ; CCPR, *Khelifati c. Algérie*, précitées, § 6.5), que l'auteure – en raison de l'angoisse et la souffrance causées par la disparition de son fils – (CCPR, *Nakarmi c. Népal*, précitées, § 11.8 ; CCPR, *Khelifati c. Algérie*, précitées, § 6.7) sont reconnus victimes de cette violation (§ 9.6).

Par ailleurs, le Comité considère que, constituant une forme aggravée d'une détention arbitraire, la disparition de M. Rivera Hidalgo viole l'article 9 du Pacte, relatif au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne (§ 9.7) (voir par exemple CCPR, constatations du 21 juillet 2017, *Neupane et Neupane c. Népal*, communication n° 2170/2012, U.N. doc. CCPR/C/120/D/2170/2012, § 10.9).

Le Comité admet ensuite que la disparition forcée a soustrait le fils de l'auteure à la protection de la loi (voir par exemple CCPR, *Padilla García et autres*

*c. Mexique*, précitées, § 9.9) et conclut donc à la violation de son droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique (§ 9.8).

De manière plus spécifique, compte tenu de l'intrusion dans son domicile et du vol de divers objets de valeurs (voir *supra*), le Comité reconnaît la violation du droit de l'auteure à ne pas subir d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée (§ 9.9) (PIDCP, article 17).

Enfin, le Comité reconnaît que le droit de l'auteure et de son fils à disposer d'un recours utile fondé sur l'article 2 § 3 du Pacte, lu en conjointement avec ses articles 7 et 17 (pour l'auteure) puis 6, 7, 9 et 16 (pour son fils), a été violé (voir par exemple CCPR, *Nakarmi c. Népal*, précitées, § 11.11 ; CCPR, constatations du 30 octobre 2017, *Boudjema c. Algérie*, communication n° 2283/2013, U.N. doc. CCPR/C/121/D/2283/2013, § 8.13).

Ainsi, le Comité des droits de l'homme enjoint l'État mexicain de remédier à ces violations (§ 11).

Juliette Bagary-Latchimy

**Comité des droits de l'homme, Camille Iriana Thompson c. Nouvelle-Zélande, 2 juillet 2021, communication n° 3162/2018, U.N. doc. CCPR/C/132/D/3162/2018.**

**Résumé :** *Bien que l'illégalité de la détention de l'auteur de la communication ait été admise par l'État, aucune réparation ne lui été accordée, le droit néo-zélandais ne prévoyant aucun recours en indemnisation du fait d'une détention dont l'illégalité serait la conséquence d'un acte judiciaire erroné. Le Comité conclut par conséquent à la violation de l'article 9 § 5 du Pacte, rappelant que la réparation due doit prendre la forme d'une indemnisation sans que la libération de la personne suffise. Il précise également que cette obligation de réparation ne méconnaît pas l'indépendance du juge qui a commis l'erreur.*

**Mots clés :** détention illégale ; erreur judiciaire ; réparation ; indépendance du pouvoir judiciaire.

**M**me Camille Iriana Thompson a été condamnée, dans une première affaire, à cent heures de travaux d'intérêt général et neuf mois de surveillance par des agents de probation (§ 2.1) et, deux ans plus tard, dans une seconde affaire, à quinze mois de surveillance intensive (§ 2.2). Pendant les deux ans séparant ces deux affaires, plusieurs demandes d'annulation de la peine de travail d'intérêt général de la requérante ont été formulées par ses agents de probation. Toutefois, les juridictions ont reporté leur examen dans l'attente que soit apportée la preuve de leurs notifications (§ 2.1). Alors que ces demandes étaient encore pendantes, le juge saisi de la seconde affaire a fait droit au grief tendant à l'annulation de cette peine (§ 2.2). Le greffe de la juridiction, chargé de renseigner son système électronique de gestion des affaires, a omis toutefois d'y enregistrer l'annulation de la peine de travail d'intérêt général (§ 2.2). N'en ayant pas connaissance, un juge s'est penché sur les demandes qui, selon le système électronique, étaient restées pendantes. Mme Thompson ne s'est pas présentée à l'audience. Par conséquent, un mandat d'arrêt a été émis à son encontre (§ 2.3). Elle fut arrêtée un mois plus tard, placée en détention provisoire pendant la nuit avant d'être présentée, le lendemain matin, à un juge (§ 2.4). Ce dernier a ordonné sa libération, après quinze heures et vingt-deux minutes de détention (§ 2.4).

L'auteure de la communication a cherché par la suite à obtenir réparation du fait de sa détention illégale. Dans un premier temps, elle a demandé au *Crown Law Office* de convenir d'une réparation à l'amiable, mais n'a obtenu aucune réponse (§ 2.5). Face à ce silence, elle a saisi, dans un second temps, les juridictions d'une demande en réparation de son préjudice civil à l'encontre, non pas du juge pénal, protégé par son immunité de juridiction, mais contre l'*Attorney-General*, officier de justice en chef de la Couronne en Nouvelle-Zélande, en ce que, s'il n'avait pas fait preuve de négligence dans la supervision de l'administration de la justice, aucun mandat d'arrêt n'aurait été émis à son encontre (§ 2.6). Cette demande a été rejetée, en première instance comme en appel, au motif qu'est irrecevable, en droit national, toute action en réparation intentée contre la Couronne pour des actes judiciaires (§§ 2.6-2.7) même si, comme l'a jugé par la cour d'appel, la détention était bien illégale et arbitraire (§ 2.7).

Mme Thompson saisit alors le Comité des droits de l'homme (ci-après, le « Comité ») d'une communication, alléguant la violation par la Nouvelle-Zélande de l'article 9 § 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après, le « Pacte ») consacrant le droit, pour toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention illégale, d'obtenir réparation. Relevant que la recevabilité de la communication ne soulève aucune difficulté, le Comité se penche directement et exclusivement sur la question de la violation de l'article 9 § 5 du Pacte. Pour cause, la reconnaissance par l'État défendeur du caractère arbitraire *et* illégal de la détention en cause emporte à la fois le constat de violation de l'article 9 § 1 du Pacte prohibant toute « *détention arbitraire* », sans qu'un examen des faits par le Comité ne soit nécessaire (§ 7.2), et l'opposabilité du droit de toute personne « *victime [...] de détention illégale* » à réparation, tel que prévu à l'article 9 § 5. Le Comité envisage donc, dans les présentes constatations, le paragraphe 5 de l'article 9 comme étant la source d'une obligation primaire de protéger le droit de l'auteur à la réparation du préjudice subi en conséquence du caractère illicite du comportement de l'État partie. Dans un état antérieur de sa jurisprudence, le Comité se limitait toutefois à l'envisager au stade de la définition de l'obligation de réparation, découlant du constat de violation du paragraphe 1 de l'article 9 (CCPR, constatations du 20 juillet 1994, *Roberto Zelaya Blanco c. Nicaragua*, communication n° 328/1988, U.N. doc. CCPR/C/51/D/328/1988, § 10.3 et § 12 ; CCPR, constatations du 26 juillet 1989, *Floresmilo Bolaños c. Équateur*, communication n° 238/1987, § 9 et § 10, U.N. doc. CCPR/C/36/D/238/1987 ; CCPR, constatations du 29 mars 2005, *Rafael Marques de Morais*, communication n° 1128/2002, U.N. doc. CCPR/C/83/D/1128/2002, § 6.6).

A cette occasion, le Comité répond, à deux questions lui permettant de préciser le régime du droit d'obtenir réparation en cas d'arrestation ou de détention illégale : premièrement, si la réparation peut prendre une autre forme qu'une indemnisation et, deuxièmement, si l'indépendance du pouvoir judiciaire fait obstacle à ce que la réparation soit due lorsque l'illégalité trouve sa cause dans un acte judiciaire. Malgré les arguments de l'État défendeur en sens contraire, le Comité répond à chacune de ces questions par la négative.

Premièrement, s'agissant de la forme de la réparation due, le Comité juge que s'il est vrai que l'article 9 § 5 ne précise pas la forme de la procédure attendue – le choix d'une procédure dirigée contre l'État ou contre ses agents, responsables de l'illégalité de la détention, étant laissé à l'État partie –, la réparation devra prendre la forme du paiement d'une somme d'argent (§ 7.3). Aussi, même si Mme Thompson a passé moins d'un jour en détention, le fait qu'elle ait été libérée dans les plus brefs délais (« *her swift release at the earliest possible opportunity* ») ne saurait constituer une réparation satisfaisante au titre de l'article 9 § 5 du Pacte (§ 7.4). Le Comité précise d'ailleurs qu'une telle mesure ne saurait jamais permettre de réparer adéquatement l'illégalité de la détention, qui résulte du seul fait qu'elle ait eu lieu, peu importe sa durée (« *regardless of the duration of the detention* ») (*ibid.*). Il n'y a là rien de surprenant. Le Comité avait déjà eu l'occasion de préciser dans son Observation générale n° 35 que, au titre du paragraphe 5 de l'article 9 du Pacte, « les victimes d'une arrestation ou d'une détention arbitraire ont [...] droit à une indemnisation financière » (CCPR, « Article 9 (Liberté et sécurité de la personne) », Observation générale n° 35, 16 décembre 2014, U.N. doc. CCPR/C/GC/35, § 49). Il ne fait donc qu'une application contentieuse du droit positif.

Deuxièmement, le Comité juge que l'opposabilité du droit à réparation, dans les cas où l'illégalité de l'arrestation ou de la détention prend racine dans un acte judiciaire lui-même illégal, n'a pas pour effet de remettre en cause l'indépendance du pouvoir judiciaire. Si l'État a l'obligation de prévoir l'existence, dans son droit interne, de recours utiles permettant à la victime d'obtenir réparation, cela ne signifie pas qu'il ait à leur donner la forme d'un recours permettant d'engager la responsabilité du juge, mais seulement d'un recours permettant de contester la légalité d'une de ses décisions (§ 7.6).

La responsabilité de l'État à défaut de réparation du préjudice découlant d'une erreur judiciaire ne saurait donc s'assimiler à la responsabilité du juge du fait d'une erreur qu'il a commise : là où la seconde amoindrirait l'indépendance du pouvoir judiciaire, la première permettrait l'inverse en renforçant la confiance du public dans la justice (« *strengthen accountability and trust in the judiciary by providing a remedy for a wrong* ») (§ 7.6). La circonstance, relevée par la cour d'appel, que l'illégalité de la détention de Mme Thompson a résulté de l'illégalité de la décision du juge pénal d'émettre un mandat d'arrêt n'était pas propre à permettre à l'État partie de déroger au respect de ses obligations conventionnelles. Il est vrai que ce juge n'a pas été saisi d'une demande en ce sens par un agent de probation, contrairement à ce que requiert le droit interne, et que sa décision ne peut être justifiée par le non-respect par l'auteur d'une obligation de comparaître, à défaut pour elle d'avoir été convoquée à l'audience (§ 2.7). Mais, comme le rappelle le Comité, l'article 9 § 5 du Pacte ne prévoit pas d'exception (§ 7.5). Aucun État partie, y compris la Nouvelle-Zélande, ne saurait donc « s'exonérer de sa responsabilité pour les violations du Pacte commises par ses propres agents » (CCPR, constatations du 27 mars 2014, *Horvath c. Australie*, communication n° 1885/2009, U.N. doc. CCPR/C/110/D/1885/2009, § 8.5), et ce, que la violation du droit à la réparation découle d'une erreur judiciaire ayant eu pour effet d'exclure l'illégalité de la détention et, d'un même mouvement, le jeu du droit à la réparation dont elle est la condition *sine qua non* (CCPR, constatations du 21 juillet 2015, *Yusupova c. Fédération de Russie*, communication n° 2036/2011, U.N. doc. CCPR/C/114/D/2036/2011, § 7.4) ou d'une erreur judiciaire ayant été la cause de l'illégalité de la détention, mais en réponse à laquelle aucune indemnisation n'a été accordée, le jeu du droit à la réparation étant exclu par le droit interne dans une telle hypothèse, comme au cas d'espèce.

Par conséquent, le Comité a conclu à la violation par la Nouvelle-Zélande de l'article 9 § 5 du Pacte et au nécessaire respect, désormais, de ses obligations secondaires (§ 9). D'une part, ne laissant sur ce point aucun choix à la Nouvelle-Zélande, le Comité juge que devra être versée à Mme Thompson une indemnisation permettant de réparer le préjudice subi du fait de sa détention illégale, en ce qu'il s'agit de la seule mesure permettant, au titre de la *restitutio in integrum*, de rétablir l'auteur de la plainte dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'article 9 § 5 du Pacte n'avait pas été violé. D'autre part, le Comité rappelle que l'État partie devra adopter des mesures d'ordre général pour empêcher que des violations similaires à celle constatée ne se reproduisent. Sans rien imposer sur ce point à l'État défendeur, le Comité se contente de lui indiquer qu'une mesure appropriée pourrait consister à modifier sa législation interne, sans que cela ne soit la seule mesure possible. Même si le droit interne venait à ne pas être modifié, la réalisation par les instances de recours, dans une affaire similaire à celle de Mme Thompson, d'un contrôle de conventionnalité sur le fondement de

l'article 9 § 5 du Pacte permettant, par exemple, d'écarter l'application de la règle de droit faisant obstacle à la réparation, malgré le constat de l'illégalité de la détention, suffirait amplement.

Cécile Goubault-Larrecq

**Comité des droits de l'homme, Baltasar Garzón c. Espagne, 13 juillet 2021, communication n° 2844/2016, U.N. doc. CCPR/C/132/D/2844/2016.**

**Résumé :** *Un magistrat, chargé de l'instruction de deux affaires sensibles, est mis en cause pour l'interprétation et l'application qu'il a faites du droit interne dans ses décisions ordonnant des mesures d'enquête. Il est condamné par la Cour suprême espagnole du chef de délit de prévarication. Le Comité conclut sans réelle difficulté à la violation du droit de faire examiner sa condamnation par une juridiction supérieure (article 14 § 5) et du principe de légalité des délits et des peines (article 15 § 1). Il laisse toutefois irrésolue la question de la conventionnalité de l'incidence des procédures pénales engagées à l'encontre du juge Garzón sur son indépendance (article 14 § 1).*

**Mots clés :** indépendance ; prévarication ; juge ; fonction judiciaire ; interprétation ; arbitraire ; droit à un procès équitable ; article 14 § 1 ; droit au réexamen de la condamnation ; article 14 § 5 ; principe de légalité des délits et des peines ; article 15 § 1.

**M.** Baltasar Garzón, magistrat, a été en charge de l'instruction dans deux affaires politiquement sensibles – l'une relative à des crimes contre l'humanité commis pendant la dictature de Franco (l'« affaire Franquismo ») et l'autre relative à des faits de corruption au sein d'un des partis politiques principaux d'Espagne (l'« affaire Gürtel ») – qui lui ont attiré les foudres des autorités espagnoles (§ 1.2). Dans l'affaire Franquismo, M. Garzón a décidé d'ouvrir une procédure pénale, après avoir écarté la qualification de crimes de droit commun pour les faits en cause, ce qui a fait obstacle au jeu de la prescription, de l'amnistie et de l'application rétroactive de la loi pénale (§§ 2.7-2.8). Dans l'affaire Gürtel, M. Garzón a ordonné l'enregistrement de toutes les discussions entre les principaux suspects, en détention provisoire, et leurs avocats, après avoir retenu le caractère alternatif, et non cumulatif, des conditions posées à l'article 51(2) de la *Ley Orgánica General Penitenciaria* (§§ 2.3-2.4). Plusieurs des personnes concernées par les décisions du juge Garzón ayant déposé plainte à son encontre, les autorités espagnoles ont ouvert une enquête pour prévarication, infraction pénale prévue en droit espagnol dont un juge se rend coupable lorsqu'il commet « un grave écart du droit » dans une de ses décisions (Tribunal suprême d'Espagne, 9 février 2012, STS n° 79/2012). M. Garzón a été suspendu de ses fonctions dans l'attente des décisions judiciaires (§ 1.2). La Cour suprême, compétente en premier et dernier ressort pour juger de la responsabilité pénale des magistrats (§ 2.5), l'a acquitté pour les faits qui lui étaient reprochés dans l'affaire Franquismo, alors qu'elle l'avait condamné, cinq jours plus tôt (§ 3.7), dans l'affaire Gürtel, du même chef de prévarication aux termes de l'article 446 du code pénal (§§ 2.8-2.9) en ce qu'il aurait retenu une interprétation manifestement illégale de l'article 51(2) de la *Ley Orgánica General Penitenciaria* (§ 2.4 et § 3.9). Ce faisant, M. Garzón a été déchu de ses fonctions pour une durée de onze ans, mettant du même coup un terme à sa carrière judiciaire (§ 3.6). C'est dans ce cadre qu'il a transmis une communication au Comité des droits de l'homme (ci-après, le « Comité »), qui l'a jugée recevable en 2019 (§ 1.4), et à l'occasion de laquelle il allègue la violation par l'Espagne de plusieurs dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après, le « Pacte ») du fait, dans un premier temps, des procédures pénales dont il a fait l'objet dans les

affaires Franquismo et Gürtel et, dans un second temps, de sa condamnation pénale dans l'affaire Gürtel.

Dans un premier temps, s'agissant des deux procédures pénales engagées à son encontre, M. Garzón allègue la violation de l'article 14 § 1 du Pacte, relatif au droit à un procès équitable, en raison de l'arbitraire qui aurait entaché leur ouverture et de la partialité des formations de jugement. D'une part, après avoir pris note du fait que les procédures avaient été engagées à l'encontre de M. Garzón en raison de l'interprétation du droit qu'il a retenue dans l'exercice de sa fonction judiciaire (§ 5.3), le Comité a dissocié l'examen de la conventionnalité des deux procédures. S'agissant de celle dans l'affaire Franquismo, il a relevé que la qualification des crimes retenue était le produit de décisions motivées et n'était pas une position isolée en jurisprudence, de sorte qu'elle constituait, à tout le moins, une interprétation juridique plausible du droit (§ 5.7). Il en déduit que si, aux termes de son Observation générale n° 32 et des Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, les juges, du fait de leur indépendance, ne peuvent être démis de leurs fonctions qu'en cas de faute ou de manque de compétence caractérisant leur incapacité à les exercer (§ 5.4), tel ne saurait être le cas en l'espèce (§ 5.7). S'agissant de la procédure dans l'affaire Gürtel, le Comité a relevé que l'interprétation de la *Ley Orgánica General Penitenciaria* retenue par le juge Garzón était également plausible et ne révélait aucune faute ou incompétence propre à justifier sa condamnation pénale, dès lors que d'autres juges s'étaient ralliés à son interprétation dans la même affaire et que la jurisprudence de manière générale manquait d'uniformité sur cette question (§ 5.8). D'autre part, au sujet de l'impartialité des juges qui ont statué sur la responsabilité de M. Garzón, le Comité note que deux des juges qui l'avait condamné dans l'affaire Gürtel ont également siégé, cinq jours après, dans l'affaire Franquismo et que l'un deux, principal juge d'instruction dans cette dernière affaire, avait participé à la modification de plusieurs actes d'accusation (§ 3.7 et § 5.9). Il en déduit que l'apparence d'impartialité, requise au titre de la garantie d'impartialité objective, avait fait défaut aux formations de jugement saisies de ces deux affaires (§ 5.10). Par conséquent, le Comité juge que les droits dont M. Garzón est titulaire aux termes de l'article 14 § 1 du Pacte avaient été violés (§ 5.11). La raison en est que, « [c]ompte tenu de toutes les informations susmentionnées et des doutes concernant la partialité éventuelle de certains des juges [de la Cour suprême] concernés, le Comité ne peut pas conclure que [M. Garzón] a eu accès à un *tribunal indépendant et impartial* dans les procédures engagées contre lui dans les affaires Franquismo et Gürtel » (*ibid.*, nous soulignons). Le constat de violation de l'article 14 § 1 se fonde donc, non pas seulement sur le manque d'impartialité, mais aussi d'indépendance, des juges de la Cour suprême. Rien de surprenant à cela : les garanties d'indépendance et d'impartialité objective sont si étroitement liées que la violation de l'une emporte bien souvent méconnaissance de l'autre (CEDH, arrêt du 25 février 1997, *Findlay c. Royaume-Uni*, req. n° 22107/93, § 73).

Il est vrai qu'en se penchant sur la question de l'arbitraire des procédures pénales engagées à l'encontre du juge Garzón, le Comité avait pris soin de nourrir son examen des principes protégeant l'indépendance statutaire des juges et semblait ainsi s'être intéressé à la protection de l'indépendance du juge Garzón. Mais le Comité n'a pas pour autant conclu à la méconnaissance de son indépendance par les autorités espagnoles. Il est heureux et peu surprenant qu'il n'ait pas conclu à la violation de l'article 14 § 1 du Pacte, relatif au procès équitable, sur ce point.



Heureux, puisque le Comité évite, ce faisant, l'amalgame entre le principe d'indépendance du pouvoir judiciaire, qui est une garantie objective de l'État de droit, et la garantie d'indépendance des juges saisis d'un litige, protégée au titre du droit à un procès équitable, qui est un droit subjectif (Opinion dissidente du juge Wojtyczek sous CEDH, G.C., arrêt du 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, req. n° 20261/12, § 5). En effet, pour que la méconnaissance de l'indépendance du juge Garzón entraîne la violation de l'article 14 § 1 du Pacte, encore faudrait-il qu'un juge ait droit, au titre du procès équitable, à la protection de son indépendance statutaire. Or, cela ne saurait être le cas : les garanties du procès équitable ont pour objet commun de protéger les intérêts des parties à un litige, et non les intérêts des juges. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a, en ce sens, précisé que la garantie de l'indépendance du juge, découlant du droit à un procès équitable protégé par l'article 8 § 1 de la Convention américaine, protège seulement le droit pour tout justiciable à être jugé par un tribunal indépendant (CIADH, arrêt du 30 juin 2009, *Reverón Trujillo c. Venezuela* (exceptions préliminaires, fond, réparations et coûts), Série C, n° 197, § 148). Le Comité n'a d'ailleurs jamais prétendu le contraire, que ce soit dans ses précédentes ou présentes constatations. En effet, il a toujours traité les affaires dans lesquelles la mise en cause d'un juge affectait son indépendance statutaire sous l'angle de l'article 25 c) du Pacte – et non de l'article 14 § 1 –, seule disposition protégeant le droit de tout magistrat à rester en fonction (CCPR, constatations du 31 juillet 2003, *Busyo, Wongodi, Matubuka et autres c. République démocratique du Congo*, communication n° 933/2000, U.N. doc. CCPR/C/78/D/933/2000, § 5.2 ; CCPR, constatations du 5 août 2003, *Pastukhov c. Bélarus*, communication n° 814/1998, U.N. doc. CCPR/C/78/D/814/1998, § 7.3 ; CCPR, constatations du 24 juillet 2008, *Bandaranayake c. Sri Lanka*, communication n° 1376/2005, U.N. doc. CCPR/C/93/D/1376/2005, § 7.3).

Le Comité ne fonde pas pour autant son examen sur le terrain de l'article 25 c) du Pacte. Il est vrai que le grief de M. Garzón relatif à l'« affront à l'indépendance de la justice » résultant de l'engagement de procédures pénales à son encontre (§ 3.2) avait été formulé sur le fondement exclusif de l'article 14 § 1 du Pacte (§§ 1.1-1.2). Le Comité aurait toutefois pu, à l'instar de ce que fait la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, arrêt du 21 février 1990, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, req. n° 9310/81, § 29), requalifier le grief au titre de l'article 25 c) du Pacte – d'autant plus que tel est le fondement sur lequel le Comité a examiné, dans ses constatations antérieures, l'incidence de la mise en cause d'un magistrat sur son indépendance (*Busyo, Wongodi, Matubuka et autres c. République démocratique du Congo*, précitées ; *Pastukhov c. Bélarus*, précitées ; *Bandaranayake c. Sri Lanka*, précitées). Il n'y a, cependant, rien de surprenant à ce que le Comité n'ait pas procédé à une telle requalification. En effet, s'il l'avait fait, le Comité aurait dû préciser le régime juridique du droit de tout magistrat à rester en fonction et répondre à la question de savoir si, lorsqu'un juge est mis en cause du fait de son interprétation du droit, la protection prévue par l'article 25 c) du Pacte devient absolue. Or, cette question n'a, pour l'heure, pas été résolue par les organes de protection et donne prise à un véritable malaise en jurisprudence. En effet, s'il est admis que la responsabilité d'un juge peut être recherchée si certaines conditions sont remplies (§ 5.4), traduisant le caractère non-absolu de la protection, un doute se manifeste néanmoins lorsque cette recherche de responsabilité est motivée par l'interprétation ou l'application que le juge a faites du droit, l'exigence d'indépendance semblant y faire obstacle de manière absolue (§ 5.5). Ce malaise est d'ailleurs particulièrement perceptible dans

l'affaire *Apitz Barnera et autres c. Venezuela* jugée par la Cour interaméricaine. Alors qu'elle reconnaît, à l'instar du Comité, un droit pour tout magistrat à rester en fonction, au titre des articles 8 § 1 et 23 § 1 c) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (voir CIADH, arrêt du 5 octobre 2015, *López Lone et autres c. Honduras* (exceptions préliminaires, fond, réparations et coûts), Série C, n° 302, §§ 182 et 183), elle a tout simplement éludé la question, pourtant soumise à son appréciation par la Commission interaméricaine, de la violation de la Convention résultant de l'engagement de la responsabilité d'un juge à raison de son interprétation du droit en vigueur (CIADH, arrêt du 5 août 2008, *Apitz Barera et autres c. Venezuela* (exceptions préliminaires, fond, réparations et coûts), Série C, n° 182). Il s'agit d'ailleurs de la seule affaire dont a eu à connaître la Cour interaméricaine des droits de l'homme, à l'exclusion de toutes les autres, formant pourtant sa jurisprudence sur le droit du juge à rester en fonction, à laquelle le Comité a fait référence dans les présentes constatations (note 24 au § 5.3 et note 29 au § 5.5). Le Comité semble donc suivre les pas de la Cour interaméricaine et garde ainsi le silence sur la question de l'incidence qu'a pu avoir l'engagement de la procédure pénale sur l'indépendance de M. Garzón. Il ne fonde son examen ni sur le terrain de l'article 25 c), pour ne pas avoir à préciser le régime du droit de tout magistrat à rester en fonction, ni ne déduit de son examen une quelconque violation de l'article 14 § 1 du Pacte, aucun droit à l'indépendance n'étant reconnu au juge sur ce fondement.

Dans un second temps, s'agissant de sa condamnation dans l'affaire Gürtel, M. Garzón allègue, d'une part, la violation de l'article 14 § 5 du Pacte, à défaut de voie de recours lui permettant d'interjeter appel de sa condamnation pénale dès lors que la Cour suprême avait statué en premier et dernier ressort, et, d'autre part, la violation de l'article 15 § 1 du Pacte, relatif au principe de légalité des délits et des peines, motif pris du défaut de prévisibilité de l'interprétation retenue par la Cour suprême du délit de prévarication, défini à l'article 466 du code pénal, aux termes duquel elle l'a condamné. D'une part, le Comité conclut, sans grande surprise, à la violation du droit de M. Garzón d'interjeter appel de sa condamnation pénale (§ 5.12). Il rappelle, comme il l'a déjà fait par le passé, que le seul fait que la condamnation ait été prononcée par la plus haute juridiction de l'État partie n'a pas pour effet de lui permettre de déroger à son obligation d'ouvrir un recours permettant son réexamen, dès lors que la condition de légalité posée à l'article 14 § 5 n'est pas la source d'une discrétion laissée aux États d'ouvrir un tel recours, mais d'une obligation de prévoir son existence en droit interne (*ibid.*; CCPR, constatations du 25 mars 2008, *Luis Hens Serena et Juan Ramón Corujo Rodríguez c. Espagne*, communications n° 1351/2005 et 1352/2005, U.N. docs. CCPR/C/92/D/1351-1352/2005, § 9.3). D'autre part, s'agissant du respect du principe de légalité des délits et des peines par la Cour suprême, le Comité relève que l'article 446 du code pénal espagnol, sur lequel elle s'est fondée pour condamner M. Garzón, définit le délit de prévarication comme le fait pour un juge de rendre « un jugement ou une décision injuste » (« *sentencia o resolución injusta* ») et que ces termes, dont la portée a été précisée en jurisprudence, renvoient exclusivement au fait pour le juge de retenir une interprétation du droit qui serait, de manière flagrante et manifeste, illégale et absurde (§ 5.16). Or, l'interprétation de l'article 51(2) de la *Ley Orgánica General Penitenciaria* retenue par le juge Garzón, dès lors qu'elle a été suivie par d'autres magistrats et que, parmi eux, le juge qui a pris sa suite à l'instruction de l'affaire Gürtel n'avait fait l'objet d'aucune procédure pénale (*ibid.*), ne pouvait raisonnablement répondre aux qualificatifs de l'illégalité et d'absurdité

manifestes, que lui a pourtant attribués la Cour suprême. Après avoir noté que l'interprétation qu'a faite cette dernière de l'article 446 du code pénal a abouti à la condamnation pénale de M. Garzón (§ 5.17), le Comité conclut à son caractère imprévisible et arbitraire et, de ce fait, à la violation du principe de légalité des délits et des peines de l'article 15 § 1 du Pacte (§ 5.17). Mme Vasilka Sancin, membre du Comité de nationalité slovène, s'oppose toutefois à cette conclusion dans son opinion individuelle. Elle estime que si l'application de l'article 446 du code pénal espagnol à M. Garzón par la Cour suprême était indéniablement arbitraire, la jurisprudence qui précise la portée de ses termes était suffisamment claire, de sorte que la question de la conventionnalité de cette interprétation du droit interne ne se posait pas sur le terrain de l'article 15 § 1 mais de l'article 14 § 1 du Pacte. Le Comité n'est, cependant, pas le seul à exiger que l'interprétation du droit retenue par une juridiction nationale, dans le cas d'espèce, ne soit pas entachée d'arbitraire sur le fondement du principe de légalité des délits et des peines (voir la référence faite par la Cour européenne des droits de l'homme à la condition de légalité de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, CEDH, G.C., arrêt du 8 juillet 2019, *Mihalache c. Roumanie*, req. n° 54012/10, § 112).

Par conséquent, le Comité rappelle à l'État son obligation de réparer les violations constatées, en lui indiquant la nécessité, entre autres, que soit effacé le casier judiciaire de M. Garzón et que lui soit accordé une indemnisation adéquate au titre du préjudice subi (§ 5.17). MM. Gentian Zyberi et Hernán Quezada Cabrera, dans leur opinion conjointe, regrettent que le Comité n'ait pas également rendu explicite la nécessité que soit annulée la condamnation, et la sanction qui en découle, du juge Garzón (§ 4). S'il est vrai que l'obligation de réparation de l'État responsable suppose qu'il « effac[e] toutes les conséquences de l'acte illicite » commis (CPJI, arrêt du 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów (demande en indemnité)*, Série A, n° 17, p. 47), il n'est toutefois pas anodin pour les organes juridictionnels internationaux de faire preuve d'une grande prudence une fois venu le moment de préciser les mesures devant être adoptées, d'autant plus si l'annulation d'un jugement interne semble s'imposer (Déclaration de M. le juge Robinson sous CIJ, arrêt du 17 juillet 2019, *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, C.I.J. Recueil 2019, p. 510, spéc. p. 514, § 2 (x)).

Cécile Goubault-Larrecq

**Comité des droits de l'homme, Benito Oliveira Pereira et Lucio Guillermo Sosa Benega, en leur nom et au nom des autres membres de la Communauté autochtone Campo Agua'ë, du peuple Ava Guaraní c. Paraguay, 14 juillet 2021, communication n° 2552/2015, U.N. doc. CCPR/C/132/D/2552/2015.**

**Résumé :** *Dans la lignée de ses constatations rendues dans l'affaire Norma Portillo Cáceres c. Paraguay, le Comité des droits de l'homme reconnaît que les éléments constitutifs du territoire des membres d'une communauté autochtone, entrent dans le champ de la protection de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Selon le Comité, l'État défendeur, en ne respectant pas son obligation de protéger, a permis, pendant plusieurs années, l'épandage massif de pesticides par des entreprises, causant des problèmes de santé aux membres de la communauté, polluant leur environnement et détruisant leurs moyens de subsistance. Ainsi, le Comité des droits de l'homme a constaté la violation par l'État du Paraguay des articles 17 et 27 du Pacte, lus séparément et conjointement avec l'article 2 § 3 du Pacte.*

**Mots clés :** pollution ; entreprises ; peuples autochtones ; droit au respect de sa vie privée et familiale et son domicile ; droit de jouir de sa propre culture ; droit à un recours effectif ; droit à la vie ; dignité humaine ; obligation positive de protéger.

**E**n l'espèce, le territoire ancestral de la communauté Campo Agua'ë, appartenant au peuple autochtone Ava Guaraní, constitue le fondement de leur organisation socio-politique et culturelle. L'État paraguayen l'a légalement reconnu afin de préserver leurs ressources et leur identité culturelle (§ 2.3). Ce territoire est situé dans une zone d'expansion de la monoculture intensive de graines de soja transgéniques qui est contrôlée par des entreprises brésiliennes (§ 2.4). La réglementation paraguayenne en matière environnementale encadre cette activité en établissant notamment à la charge de ces entreprises une obligation d'établir des zones tampons entre, d'une part, les zones traitées aux pesticides et, d'autre part, les cours d'eau, les routes et les villages. Or, ces entreprises étrangères agiraient en violation de cette règle en pulvérisant des produits agrochimiques aux abords des habitations, de l'école de la communauté, y compris pendant les heures de classe, la route qui y conduit, ainsi que près de trois rivières dans lesquelles la communauté s'approvisionne en eau, pêche ou lave ses vêtements (§ 2.5). Ces fumigations massives porteraient atteinte aux ressources naturelles de la communauté autochtone, lesquelles constituent ses moyens de subsistance et sont étroitement liées à ses pratiques culturelles ancestrales (chasse, pêche, cueillette, agroécologie). Cela aggraverait ainsi leur situation d'extrême pauvreté. De surcroît, l'épandage de pesticides par ces entreprises aurait des effets, d'une part, sur la santé des membres de la communauté qui présenteraient des signes d'intoxication et, d'autre part, sur leurs sources d'eau, si bien que la faune et la flore seraient à leur tour contaminées (§§ 2.8-2.10).

Le 30 octobre 2009, les représentants légaux de la Communauté autochtone Campo Agua'ë ont soumis une plainte en matière pénale auprès de l'unité en charge de la lutte contre les crimes environnementaux du Bureau du Procureur de Curuguaty alléguant souffrir de problèmes de santé du fait de l'utilisation de ces agrotoxiques. Le 3 novembre 2009, le Ministère public a décidé l'ouverture d'une enquête et en a informé le Service national en charge de la qualité et de la salubrité des espèces végétales et des semences (ci-après le « SENAVE ») (§§ 2.11-2.12). Ce service est chargé de contrôler l'utilisation, la commercialisation, la distribution,

l'exportation, l'importation et le transport de produits phytosanitaires à usage agricole. Le 24 mai 2010, le Bureau du Procureur a demandé que des techniciens spécialisés réalisent des analyses des échantillons d'eau, de sang et d'urine récoltés sur le terrain. Toutefois, ce test n'a jamais été effectué du fait d'erreurs dans la procédure (§ 2.15). En outre, le 3 août 2010, les requérants ont demandé l'inculpation des responsables en soutenant que les fumigations massives porteraient atteinte à leur droit à la vie, à l'intégrité et à la santé et seraient donc constitutives de violations du code pénal, de la loi n° 716/96 relative aux crimes environnementaux et de la Constitution qui protège les droits des peuples autochtones (§ 2.16). Le 2 octobre 2010, les auteurs ont également soulevé un moyen tiré de la violation de leur droit à une alimentation adéquate (§ 2.18). Après avoir été ajournée à sept reprises, l'audience préliminaire a eu lieu le 25 juin 2013 (§ 2.24). Le 30 juillet 2013, le Ministère public a confirmé la demande de licenciement provisoire des deux accusés et, le 23 septembre 2013, le tribunal pénal de Curuguaty a confirmé ledit licenciement (§ 2.25). En outre, les représentants légaux de la communauté autochtones ont déposé une plainte auprès du SENAVE. Après inspection dans les deux entreprises le 12 janvier 2010, il a été constaté qu'elles utilisaient en grande quantité des pesticides hautement toxiques pour l'Homme et son environnement, voire certains agents agricoles dont la commercialisation est interdite, et ce, sans avoir été enregistrés auprès du Service. Toutefois, cette demande n'a pas été suivie d'effets si bien que les entreprises auraient poursuivi l'épandage de ces agrottoxiques (§§ 2.27-2.28).

C'est pourquoi, les requérants ont présenté une communication au Comité des droits de l'homme (ci-après, le « Comité ») le 30 septembre 2014. S'agissant de sa recevabilité, ils se prévalent de l'exception à l'épuisement préalable des voies de recours internes disponibles, au titre de laquelle ils ne sont pas tenus d'épuiser une voie de recours à défaut pour celle-ci d'avoir été effective, en ce qu'elles auraient été prolongées de manière déraisonnable (§ 3.2). Sur le fond, ils allèguent d'abord une violation de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après, le « Pacte ») en soutenant que les notions de domicile et de vie privée doivent être comprises dans le cadre de la relation spéciale que les peuples autochtones entretiennent avec leurs territoires et qu'il y aurait *culpa in vigilando*, car l'État paraguayen disposait de suffisamment d'éléments prouvant que ces deux entreprises polluaient l'environnement de la communauté autochtone (§§ 3.4-3.7). De plus, les auteurs de la communication soulèvent un moyen tiré de la violation de l'article 27 du Pacte, garantissant leur droit de jouir de leur propre culture. D'une part, ils n'auraient pas été consultés concernant l'adoption de mesures interférant avec la pratique de leurs activités culturelles. D'autre part, les atteintes graves à l'environnement auraient détruit les ressources naturelles qui fondent leur identité culturelle et, par conséquent, auraient conduit à un affaiblissement de leur subsistance alimentaire, la perte des connaissances traditionnelles associées à leurs pratiques culturelles, l'impossibilité de célébrer les cérémonies et autres rites essentiels pour la préservation de leur identité culturelle ainsi qu'au déplacement forcé de plusieurs familles du fait de leur paupérisation (§ 3.10). Par ailleurs, les requérants invoquent une violation de l'article 2 § 3 du Pacte, lu conjointement avec les articles 17 et 27, en l'absence d'un recours effectif pour protéger la communauté des violations alléguées (§ 3.11). Au titre de réparation, ils ont ainsi demandé qu'une enquête sur les faits soit conduite et que les responsables soient condamnés, que l'État paraguayen adopte des garanties de non-répétition, notamment en créant un tribunal agro-environnemental et en édictant un code de procédure agraire et

environnemental, et que les membres de la communauté reçoivent une réparation complète et adéquate (plans agro-environnementaux pour leur territoire, accès à l'eau potable, services d'assainissement, logement décent et services de santé publique) (§ 3.14).

Quant à l'État paraguayen, le 4 novembre 2019, ce dernier a d'abord soutenu que la communication était irrecevable en ce qui concerne la Communauté autochtone Campo Agua'ẽ car le Pacte ne protège que des droits individuels et non pas des droits collectifs (§ 4.1). En outre, les requérants n'auraient pas épuisé toutes les voies de recours internes disponibles, car ils n'ont pas allégué des violations des articles 17 et 27 du Pacte devant le juge national (§ 4.2). De même, selon les autorités paraguayennes, les procédures pénales ordinaires ne constituaient pas le recours le plus approprié : il aurait été plus opportun de saisir le Secrétariat national de l'environnement ou d'exercer une action possessoire ou le recours en *amparo* (§ 4.3). Sur le fond, l'État défendeur fait valoir qu'il n'y aurait pas de violation de l'article 17 du Pacte, car les faits reprochés sont sans rapport avec les deux auteurs, qu'il ne serait pas prouvé que des produits agrochimiques aient pollué le territoire de la communauté ou que les intoxications soient dues au contact avec ces agrototoxiques (§ 4.4). En ce qui concerne le grief tiré de la violation de l'article 27, le Paraguay a avancé l'argument selon lequel il n'y aurait pas violation de cet article dès lors que le Pacte ne reconnaît pas de droits collectifs et que les deux requérants n'auraient pas démontré l'existence d'un préjudice personnel (§ 4.5). Il rejette également l'allégation selon laquelle il aurait violé l'article 2 § 3 du Pacte, car les auteurs n'auraient pas épuisé les voies de recours internes disponibles (§ 4.6).

Dans ses constatations rendues le 14 juillet 2021, le Comité des droits de l'homme a donc procédé à un examen de la recevabilité et au fond de la communication. En ce qui concerne la recevabilité, il s'est en premier lieu attaché à l'épuisement des voies de recours internes. S'il a noté que l'État partie semblait se fonder sur une exception d'irrecevabilité *ratione materiae* au motif que les droits environnementaux ne sont pas couverts par le Pacte, le Comité a ici considéré que l'article 3 du Protocole facultatif ne constituait pas un obstacle à la recevabilité de cette communication. En effet, devant le juge interne, les auteurs ont allégué que les fumigations massives, sans que l'État n'exerce de contrôle sur ces dernières, avaient entraîné la perte de leurs moyens de subsistance (élevage, chasse, pêche, cueillette) et pollué les cours d'eau si bien que leur santé aurait été affectée et que tout cela aurait provoqué la désintégration de la communauté autochtone. Or, dans la lignée de ses constatations rendues dans l'affaire *Norma Portillo Cáceres c. Paraguay*, le Comité est d'avis que tous ces éléments constituent, dans les circonstances particulières de l'affaire, la substance même des articles 17 et 27 du Pacte (CCPR, constatations du 25 juillet 2019, *Norma Portillo Cáceres c. Paraguay*, communication n° 2751/2016, U.N. doc. CCPR/C/126/D/2751/2016, § 6.3) (§ 7.4). De plus, sur le fondement de ces mêmes constatations, le Comité a estimé que ni un recours administratif auprès du ministère de l'Environnement, ni un recours en *amparo*, ni une action civile n'auraient pu constituer un recours efficace (CCPR, *Norma Portillo Cáceres c. Paraguay*, précitées, § 6.5 et § 7.9). Considérant que l'action pénale est la voie la plus adaptée, que plus de dix ans se sont écoulés sans progrès significatifs dans cette affaire et que l'État défendeur n'a pas justifié ce retard, le Comité a déclaré recevable cette communication au titre de l'article 5 § 2 b) du Protocole facultatif (§ 7.5). En second lieu, les experts ont examiné si la communication était recevable *ratione personae* du fait que les auteurs agissaient en leur nom propre et au

nom des autres membres de leur communauté autochtone. Rappelant ses constatations dans l'affaire *Tiina Sanila-Aikio c. Finlande* (CCPR, constatations du 28 mars 2017, *Tiina Sanila-Aikio c. Finlande*, communication n° 2668/2015, U.N. doc. CCPR/C/119/D/2668/2015, § 8.5), le Comité a jugé qu'il n'y avait aucun obstacle à la recevabilité de cette communication concernant non seulement les deux auteurs, mais aussi les autres membres de la Communauté autochtone Campo Agua'ë au nom de laquelle les deux requérants peuvent agir devant le Comité, conformément à leur propre règlement interne et à la procuration signée par les autres membres (§ 7.7).

Dans le cadre de son examen au fond de la communication, le Comité a, dans un premier temps, considéré le grief tiré de la violation de l'article 17 du Pacte.

Il a noté que les membres de la Communauté autochtone Campo Agua'ë dépendaient, pour leur subsistance, de leurs cultures, de leur bétail, de leurs arbres fruitiers, de la chasse, de la cueillette, de la pêche et des ressources en eau, grâce auxquels ils vivent et développent leur vie privée sur leur territoire ancestral. En interprétant le Pacte à la lumière de l'article 26 § 1 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution n° 61/295 du 13 septembre 2007, U.N. doc. A/RES/61/295) et de la Recommandation générale n° 23 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale concernant les droits des populations autochtones (CERD, « Les droits des populations autochtones », Recommandation générale n° 23, 51<sup>ème</sup> session, 1997, § 5), le Comité estime qu'il s'agit d'éléments qui sont constitutifs du mode de vie des membres de la communauté, lesquels entretiennent une relation particulière avec leur territoire. Par conséquent, ces éléments de leur territoire, constitutifs de leur mode de vie, sont susceptibles d'entrer dans le champ de protection de l'article 17 du Pacte. Le raisonnement du Comité s'inscrit ici dans la lignée de celui qu'il avait pu suivre dans ses constatations rendues dans l'affaire *Francis Hopu et Tepoaitu Bessert c. France* (CCPR, constatations du 29 juillet 1997, *Francis Hopu et Tepoaitu Bessert c. France*, communication n° 549/1993, U.N. doc. CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1, § 10.3) et l'affaire précitée *Norma Portillo Cáceres c. Paraguay* (CCPR, *Norma Portillo Cáceres c. Paraguay*, précitées, § 7.8) (§ 8.3). Cependant, l'apport du cas d'espèce semble résider dans l'inclusion d'éléments de la faune et de la flore, dont dépendent les membres de la communauté autochtone pour vivre, dans le régime de garantie du droit à la vie privée, familiale et au domicile.

De surcroît, le Comité a rappelé, en s'appuyant notamment sur son Observation générale n° 16 sur le droit au respect de la vie privée (CCPR, « Article 17 (Droit au respect de la vie privée) », Observation générale n° 16, 32<sup>e</sup> session, 1988, § 1), que l'article 17 visait l'obligation d'adopter toutes les mesures positives nécessaires afin de garantir le respect de ce droit face à l'ingérence des autorités étatiques et des personnes physiques ou morales. Or, au Paraguay, c'est auprès du SENAVE que doivent être enregistrés les agrototoxiques en vente contrôlée ainsi que les personnes qui les utilisent (§ 2.6). Toutefois, les entreprises à l'origine des fumigations auraient utilisé des agents toxiques prohibés ou du glyphosate ; ce qui avait déjà été attesté par différents organes des Nations Unies (§ 2.7), constaté par l'État partie lui-même (§§ 2.13-2.23) et admis par les deux dirigeants d'entreprise accusés (§ 2.21). Les experts considèrent donc qu'en l'absence de l'exercice d'un contrôle adéquat sur ces activités polluantes illégales,

l'État du Paraguay n'a pas réussi à prévenir les pollutions. En effet, cette omission de son obligation de protéger, selon le Comité, a permis l'épandage de pesticides, y compris interdits par le droit interne, pendant plusieurs années, causant ainsi des problèmes de santé aux membres de la communauté, polluant leur environnement et détruisant leurs moyens de subsistance, qui sont des éléments constitutifs de leur vie privée et familiale et leur domicile. L'État défendeur n'ayant avancé que peu d'arguments et n'ayant donc pas démontré qu'il n'existait pas de lien de causalité entre les fumigations d'agrotoxiques et les préjudices subis, le Comité a conclu à la violation de l'article 17 du Pacte en l'espèce. De l'avis du Comité, tel qu'il l'a jugé dans ses constatations dans l'affaire précitée *Norma Portillo Cáceres c. Paraguay*, lorsque la pollution a des effets directs sur ce droit et quand ses conséquences présentent un certain degré de gravité alors la dégradation de l'environnement affecte le bien-être de l'individu et entraîne la violation de son droit à la vie privée et familiale et au domicile (CCPR, *Norma Portillo Cáceres c. Paraguay*, précitées, § 7.8) (§ 8.4). Il convient de souligner que, dans cette même affaire *Norma Portillo Cáceres c. Paraguay*, le Comité avait interprété les articles 6 et 17 du Pacte, notamment à la lumière du Droit international de l'environnement, pour en déduire l'existence d'une obligation autonome de prévenir les pollutions environnementales avec diligence raisonnable. A ce titre, tout État partie est, d'une part, tenu d'adopter un cadre juridique visant à prévenir toute pollution environnementale. D'autre part, il doit garantir l'application dudit cadre juridique avec la diligence requise. Seulement, dans le cas d'espèce, les membres du Comité ne semblent pas se fonder sur ce même critère de la *due diligence* pour constater la violation de l'article 17 du Pacte par l'État paraguayen. Dans un second temps, le Comité a examiné le moyen tiré de la violation de l'article 27 du Pacte. En se fondant sur son Observation générale n° 23 sur les droits des minorités (CCPR, « Droits des minorités (Article 27) », Observation générale n° 23, 50<sup>e</sup> session, 1994, § 3.2, § 7 et § 9), ses constatations dans l'affaire *Ángela Poma Poma c. Pérou* (CCPR, constatations du 27 mars 2009, *Ángela Poma Poma c. Pérou*, communication n° 1457/2006, U.N. doc. CCPR/C/95/D/1457/2006, § 7.2) et ses observations finales concernant le quatrième rapport périodique du Paraguay (CCPR, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique du Paraguay, 20 août 2019, U.N. doc. CCPR/C/PRY/CO/4, §§ 44-45), le Comité a rappelé que, dans le cas des peuples autochtones, la jouissance de leur culture peut être associée à un mode de vie étroitement lié au territoire et à l'utilisation de ses ressources, notamment la pêche et la chasse. De la sorte, protéger ce droit vise à assurer la survie et le développement permanent de l'identité culturelle. Le raisonnement juridique du Comité repose également ici sur une interprétation systémique du Pacte puisque ce dernier mobilise la lecture qui est faite du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CESCR, « Droit de chacun de participer à la vie culturelle (art. 15, par. 1 a), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », Observation générale n° 21, 43<sup>ème</sup> session, 2009, § 36), la jurisprudence du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD, avis du 18 novembre 2020, *Lars-Anders Ágren et autres c. Suède*, communication n° 54/2013, U.N. doc. CERD/C/102/D/54/2013, § 6.6) laquelle fait un renvoi à celle de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (CIADH, arrêt du 31 août 2001, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* (fond, réparation et coûts), Série C, n° 79, § 149 ; CIADH, arrêt du 28 novembre 2007, *Peuple Saramaka c. Suriname* (exceptions préliminaires, fond, réparation et coûts), Série C, n° 172, § 121) et plus largement la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones



susmentionnée (articles 20, 26 § 1 et 33). Il en déduit que l'article 27 du Pacte consacre le droit inaliénable des peuples autochtones à jouir des territoires et ressources naturelles qu'ils utilisent traditionnellement pour leur subsistance alimentaire et leur identité culturelle (§ 8.6). A cet égard, le Comité a souligné que tout État partie doit adopter les mesures nécessaires afin de garantir la participation effective des peuples autochtones aux décisions les concernant, notamment celles qui ont trait à leurs activités économiques, et ce, en s'appuyant sur sa jurisprudence (CCPR, Observation générale n° 23, précitée, § 7 ; CCPR, *Ángela Poma Poma c. Pérou*, précitées, § 7.2 et § 7.6), celle du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD, *Lars-Anders Ágren et autres c. Suède*, précité, § 6.7) et l'article 32 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (§ 8.7). Selon le Comité, quoique l'État partie ait pu raisonnablement prévoir la menace que représentait l'usage massif d'agrotoxiques par les entreprises, celui-ci n'a pas mis fin à ces activités. N'ayant ni fourni d'autres explications, ni prouvé qu'il avait pris des mesures pour protéger le droit d'avoir sa propre vie culturelle des auteurs et des autres membres de la Communauté autochtone Campo Agua'ẽ, le Paraguay a donc violé l'article 27 du Pacte (§ 8.8).

Toutefois, dans une opinion conjointe partiellement concordante et partiellement dissidente, deux membres du Comité, les professeurs Gentian Zyberi et Photini Pazartsis, ont souligné que le grief tiré de la violation de l'article 27 du Pacte aurait dû être déclaré irrecevable ou insuffisamment étayé. Les auteurs ont fait valoir que l'usage intensif de pesticides avait entraîné des conséquences telles qu'il y avait atteinte à leur droit de jouir de leur culture. Or, aucune étude n'aurait été menée afin de recueillir des échantillons d'eau, de sang et d'urine afin d'établir si le niveau de produits chimiques utilisés pour les fumigations dépassait les seuils maximums autorisés et leurs effets d'ensemble sur la communauté (§ 3). Par conséquent, sur la base des informations limitées dont il disposait, le Comité ne pouvait conclure à la violation de l'article 27 du Pacte (§ 4). Néanmoins, selon une jurisprudence constante de la Cour internationale de Justice, au titre de l'adage *onus probandi incumbit actori*, il revient à la partie qui allègue un fait à l'appui de ses prétentions d'en démontrer l'existence (v. notamment CIJ, 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p.14, spéc. p. 71, § 162). Or, cette règle n'est pas absolue en ce que l'établissement de la charge de la preuve dépend de l'objet et de la nature de chaque différend ainsi que des faits qu'il est nécessaire d'établir pour les besoins du jugement de l'affaire (CIJ, 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639, spéc. p. 660, § 53). Par conséquent, ce principe peut être assoupli lorsque le défendeur peut être mieux à même d'établir certains faits. En matière de dommages environnementaux, leur existence et l'établissement d'un lien de causalité peuvent soulever des difficultés, en particulier lorsque « le dommage [est] attribuable à plusieurs causes concomitantes, ou encore que l'état des connaissances scientifiques ne [permet] pas de le relier avec certitude au fait illicite par un lien de causalité ». Lesdites difficultés doivent alors être examinées quand elles surviennent « à la lumière des faits propres à l'affaire et des éléments de preuve présentés » (CIJ, 2 février 2018, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018, p. 15, spéc. p. 26, § 34). De même, la charge de la preuve est, selon le Comité des droits de l'Homme, partagée. En effet, dans ses constatations rendues dans l'affaire précitée *Norma Portillo Cáceres c. Paraguay*, le Comité a rappelé que « la charge de la preuve n'incombe pas uniquement à l'auteur d'une communication

donnée, d'autant plus que l'auteur et l'État partie n'ont pas toujours un accès égal aux éléments de preuve et que souvent seul l'État partie dispose des renseignements nécessaires » (CCPR, *Norma Portillo Cáceres c. Paraguay*, précitées, § 7.2). Dès lors, si l'État partie est le seul à détenir ces renseignements alors le Comité peut considérer que les allégations sont fondées, car l'État ne les a pas réfutés en apportant des preuves et des explications satisfaisantes (CCPR, constatations du 14 juillet 2006, *Ali Medjnoune c. Algérie*, communication n° 1297/2004, U.N. doc. CCPR/C/87/D/1297/2004, § 8.3). Dans un troisième et dernier temps, le Comité a constaté la violation de l'article 2 § 3, lu conjointement avec les articles 17 et 27 du Pacte. En effet, les membres ont considéré que, plus de douze ans après que les auteurs ont déposé une plainte pénale, les enquêtes n'avaient ni avancé de manière substantielle, ni permis de réparer le préjudice subi et ce, sans que les autorités paraguayennes n'aient fourni de justification à ce retard (§ 8.9). En somme, le Comité des droits de l'homme a constaté la violation par l'État du Paraguay des articles 17 et 27 du Pacte, lus séparément et conjointement avec l'article 2 § 3 du Pacte.

Cependant, dans une opinion conjointe concordante, les membres du Comité, les professeurs Hélène Tigroudja, Vasilka Sancin et Arif Bulkan, ont déploré que l'une des principales questions soulevées en l'espèce, c'est-à-dire les conséquences de la pollution sur le droit à la vie, protégé par l'article 6 du Pacte, ne l'ait pas été par les parties ou *proprio motu* par le Comité. En ce sens, au titre de son Observation générale n° 36 sur le droit à la vie, il a estimé que ce droit ne pouvait être interprété étroitement et qu'il englobait le droit de jouir d'une vie dans la dignité si bien que les États parties doivent « prendre des mesures appropriées destinées à améliorer certains contextes dans la société susceptibles d'engendrer des menaces directes pour la vie ou d'empêcher des personnes de jouir de leur droit à la vie dans la dignité. Il peut s'agir notamment [...] de la dégradation de l'environnement, [...] de la privation des peuples autochtones de leurs terres, territoires et ressources [...] » (CCPR, « Article 6 : droit à la vie », Observation générale n° 36, 2019, § 3 et § 26) (§ 2). Les auteurs de l'opinion se fondent également ici sur l'interprétation développée par la Cour interaméricaine de la notion de « vie digne » afin de consacrer le droit d'avoir accès aux conditions garantissant une existence digne et son obligation positive étatique corrélative (CIADH, arrêt du 19 novembre 1999, *Villagrán Morales et autres c. Guatemala* (fond), Série C, n° 63, § 144 ; CIADH, arrêt du 10 octobre 2013, *Luna López v. Honduras* (fond, réparation et coûts), Série C, n° 269, § 138 ; CIADH, arrêt du 17 avril 2015, *Cruz Sánchez et autres c. Pérou* (exceptions préliminaires, fond, réparation et coûts), Série C, n° 292, § 260). Les juges de San José ont ainsi établi un lien entre le droit à la vie et les droits économiques, sociaux et culturels, garantis par l'article 26 de la Convention américaine des droits de l'homme, pour reconnaître le droit des communautés autochtones à une vie décente (CIADH, arrêt du 17 juin 2005, *Communauté autochtone Yakeye Axa c. Paraguay* (fond, réparation et coûts), Série C, n° 125, § 163) ; ce qu'ils ont ensuite confirmé dans leur avis consultatif sur l'environnement et les droits de l'Homme (CIADH, avis consultatif OC-23/17 du 15 novembre 2017, *Environnement et droits de l'Homme*, Série A, n° 23, § 48). La Cour interaméricaine est allée jusqu'à constater la violation du droit à la vie même en l'absence de décès eu égard à la réunion des conditions minimales pour vivre dignement (voir, en ce sens ; J. Pasqualucci, « The Right to a Dignified Life (Vida Digna) : The integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System », *Hastings International and Comparative Law Review.*, vol. 31,

2008, pp. 1-32). En l'espèce, selon ces trois membres du Comité, il est évident que le Paraguay a violé le droit à une vie digne des membres de la communauté autochtone et de la Communauté autochtone Campo Agua'ẽ elle-même. D'une part, comme dans l'affaire précitée *Norma Portillo Cáceres c. Paraguay*, le Comité aurait dû se fonder sur l'article 6 du Pacte, car celui-ci est applicable même si les auteurs de la communication ne sont pas décédés et parce que l'utilisation excessive de pesticides a gravement affecté leur santé. D'autre part, la contamination à grande échelle aux agrotoxiques a porté atteinte aux ressources et moyens de subsistance des membres de la communauté et a, par conséquent, aggravé la situation d'extrême pauvreté dans laquelle ils se trouvaient (§ 5). En définitive, considérant que les conséquences des fumigations massives étaient partiellement couvertes par l'article 27 du Pacte, le Comité des droits de l'homme aurait dû conclure à la violation de l'article 6 du Pacte en l'espèce (§§ 6-7).

Nadia Seqat

**Comité des droits de l'homme, Devi Maya Nepal c. Népal, 15 juillet 2021, communication n° 2615/2015, U.N. doc. CCPR/C/132/D/2615/2015.**

**Résumé :** *Dans la continuité de ses précédentes constatations concernant des faits commis par les autorités dans le cadre du conflit interne s'étant déroulé au Népal entre 1996 et 2006, le Comité des droits de l'homme dans l'affaire Devi Maya Nepal est saisi d'une communication individuelle relative à des faits de viol sur une femme membre d'une communauté autochtone par des agents de l'État. Le Comité constate la violation par l'État partie de la prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 7), du droit à la non-discrimination de l'auteur (articles 2(1), 3 et 26), de son droit à un recours effectif (article 2(3)) et de son droit au respect de la vie privée et familiale (articles 17 et 23).*

**Mots clés :** viol ; prohibition de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants ; droit à un recours effectif ; discrimination fondée sur le sexe ; droit au respect de la vie privée et familiale.

**L**a situation au Népal entre 1996 et 2006 a fait l'objet de plusieurs observations et rapports mettant en lumière de nombreuses contrariétés aux droits de l'homme, dont ceux protégés par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après, le « Pacte ») (voir Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations unies, *Nepal Conflict Report*, Genève, 2012 et Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le deuxième rapport périodique du Népal, 15 avril 2014, doc. CCPR/C/NPL/CO/2, § 5). Le Comité des droits de l'homme (ci-après, le « Comité ») a constaté à plusieurs reprises lors de communications individuelles la violation du Pacte par le Népal lors du conflit (Comité des droits de l'homme, *Katwal c. Nepal*, constatations du 5 mai 2015, communication n° 2000/2010, doc. CCPR/C/113/D/2000/2010 ; *Maya c. Népal*, constatations du 17 mars 2017, communication n° 2245/2013, doc. CCPR/C/119/D/2245/2013 ; *Nyaya c. Nepal*, constatations du 11 juin 2019, communication n° 2556/2015, doc. CCPR/C/125/D/2556/2015). Les constatations adoptées dans l'affaire *Devi Maya Nepal* s'inscrivent dans cette malheureuse continuité, le Comité y transposant ses conclusions antérieures à la fois sur la recevabilité et sur les violations engendrées par des actes de violence sexuelle, en l'espèce un viol, perpétrés par les autorités.

L'auteure de la communication, Devi Maya Nepal (pseudonyme), est de nationalité népalaise (§ 1) et appartient au peuple des Tharus, une communauté autochtone. Au moment des faits, elle était mariée, avait une fille âgée de trois ans et vivait dans des conditions économiques extrêmement pauvres (§ 2.2). Le 20 août 2022, lors d'une visite de son village par l'armée royale népalaise et la police armée du Népal, un groupe de six hommes a pénétré dans sa maison prétextant chercher des insurgés maoïstes. Ils ont alors insulté, menacé, frappé et violé l'auteure de la communication durant une heure jusqu'à ce qu'elle perde connaissance (§ 2.3). En état de choc et physiquement très affaiblie, l'auteure de la communication a été emmenée dans un centre médical le 21 août 2022 (§ 2.4). En juin 2003, l'auteure a donné naissance à une fille, convaincue avec son mari que sa grossesse résultait du viol qu'elle avait subi (§ 2.5). Ces faits ont eu de multiples conséquences sur l'auteure tant physiques et psychologiques que sociales du fait de sa stigmatisation et marginalisation à la fois par son mari et par ses voisins et les membres de sa

communauté (§ 2.6.). L'auteure de la communication n'a pas déposé de plainte pour de nombreuses raisons telles que la nature des faits, la structure sociale patriarcale de la société népalaise, la stigmatisation du peuple des Tharus, la crainte de représailles ou encore l'absence de connaissance même de la possibilité de porter plainte auprès des autorités (§ 2.7.).

En 2014, lorsqu'elle a su qu'elle pouvait porter plainte, le bureau de police du district puis le *Chief District Officer* ont refusé d'enregistrer sa plainte au motif qu'elle n'avait pas été déposée dans le délai légal de trente-cinq jours prévu par le code pénal népalais pour rapporter tout crime de viol. L'auteure a également effectué une demande d'indemnisation devant la *Kanchanpur District Court* qui a également été rejetée pour la même raison (§ 2.9). Le 22 janvier 2015, l'auteure a produit un *writ of mandamus* devant la Cour suprême du Népal sollicitant la non-application du délai de trente-cinq jours fixé par le code pénal népalais à son cas (§ 2.10). Le 2 février 2015, la Cour suprême a publié un *show cause notice*, dans lequel elle demandait aux instances inférieures de fournir une explication quant aux différents rejets dans un délai quinze jours. Le délai a expiré et les autorités concernées n'ont pas fourni de réponse (§ 2.11). Devi Maya Nepal a ensuite présenté une communication individuelle devant le Comité alléguant la violation de plusieurs droits consacrés par le Pacte (§3.1).

L'État partie conteste la recevabilité de la communication en raison du non-épuisement des voies de recours internes tant devant les juridictions pénales que devant le mécanisme de justice transitionnelle chargé de rechercher la vérité sur les crimes commis pendant le conflit armé (§ 4.1). Concernant les juridictions pénales, l'État affirme qu'une requête est toujours pendante devant la Cour Suprême (§ 4.2). Cependant, le Comité prend note des démarches pénales de l'auteure, toutes refusées au motif du dépassement du délai légal de 35 jours et du rejet en 2019 de la demande de l'auteure devant la Cour suprême concernant la non-application du délai de trente-cinq jours (§ 6.4). Se référant à une communication antérieure (*Nyaya c. Nepal*, précitées, § 6.4), le Comité considère que « les recours dans le système de justice pénale étaient à la fois inefficaces et inaccessibles à l'auteure, compte tenu des limites juridiques et pratiques au dépôt d'une plainte pour viol dans l'État partie » (§ 6.4). Concernant le système de justice transitionnelle, l'État affirme que l'auteure de la communication peut déposer une plainte devant le mécanisme de justice transitionnelle (§§ 4.3-4.6). Cependant, le Comité rappelle également ses constatations antérieures interprétant les conditions de l'épuisement des voies de recours interne au regard de l'article 5 § 2 b) du Protocole (*Katwal c. Nepal*, précitées, § 6.3) affirmant qu'il n'est pas nécessaire pour l'auteur d'une communication d'épuiser les voies de recours devant les organes non-judiciaires (§ 6.5). Enfin, considérant que l'auteure a suffisamment étayé ses griefs, il déclare la communication recevable (§ 6.7).

Sur le fond, l'auteure allègue la violation de ses droits garantis par le Pacte en raison des actes qu'elle a subis et de leurs conséquences sur sa vie privée et familiale, mais également de la privation de son droit à un recours effectif et de la discrimination qu'elle a subie dans le respect des droits garantis par le Pacte (§§ 3.2-3.7).

Premièrement, le Comité prend note des allégations détaillées de la requérante au regard de l'article 7 du Pacte (§ 3.2), étayées par des rapports institutionnels et

d'organisations non-gouvernementales faisant état d'un ensemble général de violations commises par les forces de sécurité de l'État partie pendant le conflit interne. Ces violations comprennent les violences sexuelles infligées lors des interrogatoires de femmes soupçonnées d'être maoïstes ou sympathisants maoïstes. En rappelant sa décision antérieure (*Maya c. Népal*, précitées, § 12.4), le Comité considère que le viol et les autres actes de violence sexuelle infligés par l'armée royale népalaise et la police armée à l'auteure ont violé ses droits à ne pas subir d'actes de torture en vertu de l'article 7 du Pacte (§ 7.2).

Deuxièmement, le Comité note le caractère discriminatoire, au regard de l'article 7 lu conjointement 2 § 1, 3 et 26 du Pacte, des conséquences du viol dont a été victime l'auteure de la communication, à savoir la honte et la stigmatisation qu'elle a subies, en particulier dans sa communauté autochtone. À l'instar de ses constatations antérieures concernant le conflit au Népal (*Maya c. Népal*, précitées, § 12.4.) et de son Observation générale (Comité des droits de l'homme, *Article 3 (Égalité entre femmes et hommes)*, Observation générale n° 28, 2000, doc. HRI/GEN/1/Rev.9), le Comité rappelle que les femmes sont particulièrement vulnérables en période de conflit armé interne ou international et que les États parties au Pacte doivent prendre toutes les mesures pour les protéger contre le viol, l'enlèvement et d'autres formes de violence sexiste, en particulier les femmes et les filles appartenant à des groupes plus vulnérables, comme les communautés autochtones. Le Comité considère que l'article 7 a été violé par l'État partie, lu conjointement aux articles 2 § 1, 3 et 26 du Pacte (§ 7.3).

Troisièmement, quant aux obligations positives de l'État partie, au regard de l'article 7 lu conjointement avec l'article 2 § 3, d'enquêter et d'établir les responsabilités pour les violences sexuelles dont l'auteure a été victime, le Comité constate que, malgré les démarches pénales de l'auteure, l'État partie n'a pas enquêté sur ses allégations pour des raisons procédurales, notamment le délai légal de trente-cinq jours. Rappelant ses constatations antérieures (*Nyaya c. Népal*, précitées, § 7.2.), le Comité affirme que la rapidité et l'efficacité sont particulièrement importantes lorsqu'il s'agit de statuer sur des affaires d'une gravité telle qu'une affaire de viol. Ainsi, le Comité considère qu'il résulte de l'absence d'enquête rapide et efficace sur les allégations de viol de l'auteure une violation de l'article 7 lu conjointement avec l'article 2 § 3 du Pacte (§ 7.4.). En outre, le Comité enjoint l'État partie à supprimer les obstacles qui entravent le dépôt de plaintes et l'accès effectif à la justice et à l'indemnisation des victimes de viol et d'autres formes de violence sexuelle, y compris en augmentant sensiblement le délai de prescription proportionnellement à la gravité de ces crimes (§ 9).

Quatrièmement, le Comité constate que le viol que l'auteure a subi constitue une ingérence arbitraire dans sa vie privée et son autonomie sexuelle telles que protégées par l'article 17 du Pacte. Le Comité souligne que celle-ci est aggravée en raison, d'une part, de la stigmatisation et marginalisation dont elle a fait l'objet par son mari et les membres de sa communauté et, d'autre part, de l'absence de mesure de réparation octroyée à l'auteure par l'État partie. Le Comité considère donc que l'État partie a violé l'article 17 du Pacte (§ 7.5).

Cinquièmement et dernièrement, sur les conséquences des faits qu'elle a subi dans sa vie familiale, résultant notamment du traumatisme de l'auteure et de sa fille de trois ans au moment des faits, témoin du viol, et de la stigmatisation de l'auteure

et de celle de son deuxième enfant, le Comité considère qu'elles constituent une perturbation grave de la vie familiale et conjugale de l'auteure. Ainsi, le Comité considère que l'État partie a violé ses droits au titre du paragraphe 1 de l'article 23 du Pacte (§ 7.6).

La constatation par le Comité de la violation de ces deux derniers articles du Pacte s'inscrit dans la continuité de ses constatations antérieures concernant une femme victime de viol dans le même contexte et ayant ensuite fait l'objet d'une marginalisation, stigmatisation et honte émanant de sa famille et de sa communauté (*Nyaya c. Nepal*, précitées, § 7.8). Elle se distingue toutefois d'une autre affaire, *Nyaya c. Nepal*, du fait de la distinction opérée par le Comité entre deux violations du Pacte : la méconnaissance du droit de l'auteure au respect de sa vie privée, garanti par l'article 17, et celle du droit de la famille, en tant qu'« élément naturel et fondamental de la société », « à la protection de la société et de l'État », garanti par l'article 23 § 1. Le Comité précise dans cette affaire que la marginalisation et la stigmatisation par l'époux et la communauté de l'auteure sont des éléments constitutifs de la violation de son droit de la famille à la protection de l'État. Le Comité précise également qu'elles constituent une circonstance aggravante de la violation, née du viol qu'elle a subi, de son droit au respect de sa vie privée (§§ 7.5-7.6).

Le Comité des droits de l'homme conclut en rappelant l'obligation de l'État partie d'enquêter de manière approfondie et effective sur le viol, les violences sexuelles et les mauvais traitements subis par la victime, de poursuivre les auteurs, d'en informer l'auteure de la communication, de veiller à ce que toute réadaptation psychologique et tout traitement médical nécessaires et adéquats soient fournis gratuitement à l'auteur, et de fournir une indemnisation adéquate et des mesures de satisfaction appropriées à l'auteur pour les violations subies, notamment en organisant des excuses officielles lors d'une cérémonie privée. Dans le respect de ses obligations pour prévenir d'autres violations, le Comité émet à nouveau les recommandations formulées à l'occasion de ses dernières Observations finales visant le Népal concernant l'impunité des auteurs de violations flagrantes commises pendant le conflit entre 1996 et 2006 (Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le deuxième rapport périodique du Népal, précitées, § 5).

Charles Mirallié

**Comité des droits de l'homme, Aleh Aheyeu c. Bélarus, constatations du 15 juillet 2021, communication n° 2862/2016, doc. CCPR/C/132/D/2862/2016.**

**Résumé :** *À la suite de l'annulation de sa licence d'avocat du fait d'une prise de position publique, l'auteur de la communication, avocat du candidat d'opposition à l'élection présidentielle bélarusse Ales Mikhalevich, M. Aleh Aheyeu porte devant le Comité des droits de l'homme (ci-après, le « Comité ») sa communication tendant à faire reconnaître la violation de son droit à la liberté d'expression et celle de son droit au procès équitable au cours d'une procédure disciplinaire fortement politisée. À cette occasion, le Comité a pu préciser son interprétation de la notion de « contestation sur ses droits et obligations de caractère civil » au sens de l'article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques pour y intégrer le contentieux des licences d'exercice de la profession d'avocat. Ainsi, le Comité constate les multiples violations du Pacte en l'espèce et alerte une nouvelle fois sur l'indépendance de la justice et l'exercice de la liberté d'expression au Bélarus.*

**Mots clés :** avocat ; normes déontologiques ; droit à un recours effectif ; droit au procès équitable ; droits de la défense ; indépendance du pouvoir judiciaire ; liberté d'expression ; sanction disciplinaire.

**D**ans le cadre de l'affaire ayant opposé Aleh Aheyeu à l'État bélarusse, le Comité des droits de l'homme a trouvé l'opportunité d'étendre l'interprétation de la notion de contestation sur les droits et obligations de caractère civil au sens de l'article 14 § 1 du Pacte (droit au procès équitable) pour y admettre le contentieux de l'annulation des licences d'exercice de la profession d'avocat. Ainsi, le Comité a pu renforcer une nouvelle fois la garantie des droits offerte par le Pacte, tout en examinant les atteintes structurelles à l'indépendance et à la liberté d'expression des avocats en Bélarus.

En l'espèce, le contentieux naît de la diffusion par la branche bélarusse du média Euro Radio, le 23 décembre 2010, d'une prise de position de l'auteur de la communication et avocat de l'ancien candidat défait à la présidentielle bélarusse Ales Mikhalevich mis en détention trois jours auparavant. M. Aheyeu s'inquiète en effet de la rétention des correspondances de son client incarcéré, le *Committee of State Security* les ayant vraisemblablement interceptées. Le 5 janvier 2011 le ministère de la justice a fait parvenir à l'auteur un avertissement que ladite déclaration était en violation de la réglementation de la profession d'avocat et de sa déontologie car participant à la diffusion de « fausses informations ». Sur le fondement de l'article 75 de la réglementation bélarusse des professions soumises à licence, l'État a alors demandé à l'auteur de prendre sous quinze jours les mesures appropriées pour faire cesser cette prétendue violation au risque d'une annulation de sa licence au titre de l'article 76 de la même réglementation. L'auteur s'est alors conformé à la demande en produisant le 13 janvier une déclaration demandant au média Euro Radio de ne plus diffuser ses déclarations sans avoir recueilli son consentement. Toutefois, sur recommandation du même *Committee of State Security*, un audit portant sur les activités des avocats au barreau de Minsk fut mené du 14 janvier au 14 février 2011, permettant ainsi la saisie de multiples contrats et documents au cabinet de l'auteur. Dès le 14 février, une session du *Qualification Commission on the Work of Advocates*, organe du ministère de la justice majoritairement composé de membres de l'exécutif



(§ 3.9) a été tenue pour constater une prétendue atteinte par l'auteur à la législation relative à l'avocat postérieurement à l'avertissement administratif du 5 janvier 2011. Ainsi, le Comité de qualification a préconisé l'annulation de la licence professionnelle de M. Aleyeuh, préconisation suivie le même jour de l'annulation par le ministère de la Justice de ladite licence et une communication *a posteriori* de la décision à l'auteur le 17 février 2011. Ce dernier a immédiatement formé un recours devant la *Moskovsky district court in Minsk* contre cette décision, sur le fondement d'une violation de son droit au procès équitable. Le recours a été toutefois rejeté le 26 avril 2011. Ce rejet fut réitéré le 28 novembre 2011 par la *Minsk city court*, à la suite de la procédure d'appel de l'auteur intentée le 29 juin 2011. Par suite, ce dernier a porté sa demande devant le Comité le 19 août 2016, afin de faire constater les multiples violations de ses droits durant cette procédure administrative interne et les recours l'ayant suivie (§ 2.10).

Le Comité a examiné tout d'abord la recevabilité de la requête. Sans surprise, le Comité a constaté l'épuisement effectif des voies de recours internes (§ 6.3) malgré l'argument de l'État bélarusse soutenant que l'auteur aurait pu demander le réexamen de sa contestation tant devant la Cour Suprême bélarusse que devant le bureau du procureur général, dès lors que la décision de la *Minsk City Court* était revêtue de l'autorité de *res judicata* au sens des articles 436 et 437 du code de procédure pénal bélarusse (§ 4.3). En effet, le Comité considère de façon constante que ces deux procédures reposent sur une compétence discrétionnaire d'admission de la requête par les magistrats bélarusses. Il revient, en conséquence, à l'État bélarusse de prouver que de telles requêtes auraient pourvu un recours effectif à l'auteur (voir CCPR, constatations du 2 juillet 2014, *Alexandrov c. Bélarus*, communication n° 1933/2010, U.N. doc. CCPR/C/111/D/1933/2010, § 6.3) ce qui n'a pas été fait en l'espèce.

Concernant la recevabilité au fond, le Comité opère une qualification plus nuancée du fait de la nature disciplinaire de la procédure interne, qualifiée de la sorte par l'État bélarusse. En effet, le Comité considère de façon constante que les mesures disciplinaires ne constituent pas nécessairement des décisions de nature pénale bénéficiant de la garantie de l'article 14 § 3 (droits de la défense), ni même un contentieux encadré par les droits de l'article 14 § 1 (droit au procès équitable) (voir CCPR, constatations du 20 juillet 2004, *Perterer c. Autriche*, communication n° 1015/2001, U.N. doc. CCPR/C/81/D/1015/2001, § 9.2). Le Comité doit dès lors établir *in concreto* si la communication soumise par l'auteur relève de l'une de ces deux hypothèses pour en déterminer l'admissibilité et, le cas échéant, le régime qui lui est applicable. En l'espèce, le Comité refuse d'admettre la communication sur le fondement des articles 14 § 2 (droit à la présomption d'innocence) et 14 § 3, l'auteur ayant été le destinataire d'une sanction prise sur le fondement de la législation régulant la profession d'avocat et d'une atteinte à la déontologie de la profession, le Comité considère que la procédure ne relève pas formellement de la matière pénale au sens du Pacte et est, dès lors, inadmissible sur ces fondements. Malgré la formulation par José Manuel Santos Pais d'une opinion partiellement dissidente visant à reconnaître le caractère substantiellement pénal du contentieux soumis au Comité (opinion dissidente, § 7), c'est uniquement à la lumière des articles 14 § 1 et 19 § 2 (droit à la liberté d'expression) que ce dernier reconnaît que le seuil de démonstration du grief nécessaire à la recevabilité de la communication est atteint et accepte donc de procéder à l'examen de cette dernière.

C'est à l'occasion de l'examen de la requête sur le fondement de l'article 14 § 1 que le Comité se montre le plus innovant dans sa volonté de renforcer l'effectivité contentieuse du Pacte. En effet, l'auteur soutient que le bénéfice des droits prévus à l'article 14 § 1 du Pacte doit être accordé dans le contentieux du retrait des licences d'avocat par l'État biélorusse, même si ce dernier ne présente cette procédure que comme simplement disciplinaire et n'entrant pas dans le régime de l'article 14 § 1. Le Comité va alors rappeler son interprétation constante de l'article 14 § 1 qui inclut tant le procès pénal que les contestations en matière de détermination des droits et obligations de caractère civil (§ 7.4) (voir CCPR, « Article 14. Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable », Observation Générale n° 32, 90<sup>ème</sup> session, 23 août 2007, U.N. doc. CCPR/C/GC/32, § 16). Privilégiant une interprétation au prisme « du statut du droit en question plutôt que de la nature de l'une des parties » (voir CCPR, constatations du 7 décembre 1981, *Y.L. c. Canada*, communication n° 112/1981, U.N. doc. CCPR/C/27/D/112/1981, § 9.2), le Comité précise le champ de l'article 14 § 1 comme incluant les procédures juridictionnelles de droit privé, mais également celles de droit public, et prévoit de surcroît un « troisième scénario » d'appréciation « au cas par cas » pour adapter cette interprétation selon la nature du droit en question (§ 7.4). En considérant, dans le cadre de cette appréciation casuistique, que les procédures relatives à l'annulation d'une licence d'avocat participent à « la détermination des droits et obligations de caractère civil » (§ 7.4), le Comité les intègre formellement aux contestations (« *suit at law* ») relevant de l'article 14 § 1. Dès lors, eu égard à la nature du droit en question tout comme à la gravité des violations dénoncées, l'auteur de la communication aurait dû bénéficier de l'ensemble des droits garantis par les principes du procès équitable prévu à cet article du Pacte. Ainsi, le Comité constate que la procédure fut conduite par un « organe composé de membres de l'exécutif », donc soumis hiérarchiquement au gouvernement ayant vaincu électoralement le client de l'auteur de la communication, et ayant pour objet de contourner la procédure disciplinaire légalement établie (§ 7.8). De surcroît, cet organe a pris une sanction « d'une particulière gravité » (*Ibid.*) sans avoir permis à Aleh Aheyeu de préparer sa défense en omettant de l'informer de l'existence d'une procédure en cours et en l'ayant privé de son droit à être légalement représenté durant cette dernière (*Ibid.*). Le Comité ne peut donc que constater le caractère « clairement arbitraire » d'une procédure incompatible avec les garanties fondamentales de l'article 14 1, entraînant une violation du Pacte par l'État biélorusse sur ce fondement (*Ibid.*).

Concernant l'atteinte au droit à la liberté d'expression de l'auteur garantie par l'article 19 § 2 du Pacte, le Comité rappelle en préambule la particulière nécessité d'assurer la garantie de ce droit aux avocats et particulièrement leur droit à participer aux discussions publiques concernant « le droit, l'administration de la justice et [...] les droits humains » (§ 7.4) (voir Nations Unies, « Rapport du huitième congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants », 7 septembre 1990, U.N. doc. A/CONF.144/28/Rev.1, pp. 124-131) De surcroît, le Comité considère que la qualité d'avocat de l'ancien candidat à la présidentielle, Ales Mikhalevich, implique qu'une sanction « du fait même d'avoir parlé aux médias constitue une restriction à sa liberté d'expression » (§ 7.11). Or, si le Pacte peut admettre des restrictions légales au droit à la liberté d'expression, il appartient à l'État partie de démontrer qu'elles soient expressément fixées par la loi et, cumulativement, qu'elles soient nécessaires « au respect des droits ou de la réputation d'autrui » ou « à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public,

de la santé ou de la moralité publiques » au sens de l'article 19 § 3 (voir CCPR, constatations du 10 novembre 2006, *Korneenko c. Bélarus*, constatations du 10 novembre 2006, communication n° 1274/2004, U.N. doc. CCPR/C/88/D/1274/2004, § 7.2). En l'espèce, le Comité souligne qu'il n'est pas contesté que l'auteur « a été sévèrement sanctionné pour avoir fait une déclaration publique dans les médias » (§ 7.14) et que l'État bélarusse n'a pas fourni d'éléments démontrant la nécessité de cette restriction à la liberté d'expression sur le fondement de l'article 19 § 3. Dès lors le Comité ne peut que constater une violation de l'article 19 § 2 du Pacte, faute d'une justification par l'État bélarusse de cette restriction des droits de l'auteur de la communication (§ 7.14).

Si, une nouvelle fois, l'État bélarusse est le destinataire des constatations du Comité l'appelant à revoir sa législation et sa pratique relative à l'exercice de la liberté d'expression (§ 9) (voir notamment CCPR, constatations du 24 juillet 2013, *Turchenyak et al. C. Bélarus*, communication n° 1948/2010, U.N. doc. CCPR/C/108/D/1948/2010, § 9), les constatations adoptées par le Comité participent notablement à clarifier le régime et la portée des droits garantis à l'article 14 § 1 du Pacte. En admettant ainsi le bénéfice du droit au procès équitable dans le contentieux des licences d'avocats le Comité permet à la fois d'harmoniser son interprétation avec celle de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (voir Cour EDH, *H c. Belgique*, arrêt du 30 novembre 1987, req. n° 8950/80, §§ 47 et 48), mais, avant tout, de garantir l'effectivité du Pacte au-delà de qualifications procédurales contrôlées par les États. Toutefois, c'est également au sujet de la question de la portée de l'article 14 que José Manuel Santos Pais formule l'unique opinion partiellement dissidente. Ce dernier considère que le Comité aurait dû reconnaître l'admissibilité de la requête au sens des articles 14 §§ 2 et 3, eu égard à la particulière gravité des sanctions en l'espèce. En préconisant une qualification des faits par analogie avec les peines ordinairement encourues dans le droit pénal bélarusse, M. Santos Pais appelle donc à reconnaître ces sanctions comme « criminelle par nature » (opinion dissidente, § 7) et à dépasser « la notion formelle de charges criminelles » (opinion dissidente, § 5) pour combattre le « comportement inquiétant de l'État partie dans sa relation aux avocats » (§ 2.11).

Marc Servant

**Comité des droits de l'homme, J.R.R et L.A.A c. Danemark, 22 juillet 2021, communication n° 2787/2016, U.N. doc. CCPR/C/132/D/2787/2016.**

**Résumé :** *Saisi par deux citoyens syriens ayant rejoint illégalement le Danemark après avoir trouvé asile en Bulgarie, le Comité des droits de l'homme rappelle son exigence d'une démonstration d'un risque personnel et élevé de subir un traitement cruel, inhumain ou dégradant pour s'opposer à un retour vers le pays de premier asile dans le cadre d'une procédure dite « Dublin ». Ainsi le Comité se refuse à considérer que le renvoi de membres de la minorité kurde syrienne vers la Bulgarie impliquerait un risque spécial accentué par les failles systémiques du système d'accueil national.*

**Mots clés :** articles 6 et 7 du Pacte ; Danemark ; droits socio-économiques ; intérêt supérieur de l'enfant ; non-refoulement ; règlement de Dublin ; droits socio-économiques.

**L'**affaire *J.R.R et L.A.A contre Danemark* rappelle les conditions exigées par le Comité des droits de l'homme (ci-après, le « Comité ») pour s'opposer au renvoi de réfugiés syriens dans l'État bulgare par application du régime européen d'asile posé par le « Règlement de Dublin » (Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride).

Les auteurs de la communication, un couple de kurdes syriens ayant fui la Syrie durant la guerre civile et leurs deux enfants, trouvèrent asile dans l'État bulgare le 26 octobre 2014. Craignant notamment le risque de perte de leur logement, d'exclusion de la protection sociale et des services éducatifs bulgares, ils ont rejoint le Danemark et y ont formulé une demande d'asile le 4 juin 2015. Les services d'immigration danois ont rejeté cette demande par une décision en date du 1<sup>er</sup> juin 2016, rejet fondé sur une stricte application du droit européen établissant une obligation exclusive d'accueil à la charge de l'État membre ayant réceptionné la demande d'asile initiale. Les auteurs ont été alors notifiés de leur future reconduite sur le sol bulgare le 19 juillet 2016 par la police danoise. Bien que les intéressés ont interjeté appel de cette décision le 6 juillet 2016 devant l'autorité administrative du *Refugee Appeals Board*, le caractère non-suspensif de la procédure d'appel a rendu nécessaire le dépôt d'une communication individuelle devant le Comité des droits de l'homme. L'introduction de cette communication le 15 juillet 2016 visait à établir que l'exécution de la mesure de reconduction violerait le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après, le « Pacte ») en ses articles 7 (interdiction des traitements cruels, inhumains ou dégradants) et 24 (1) (droits de l'enfant). Malgré une confirmation en appel le 18 juillet 2016 de la décision de reconduite sur le sol bulgare, le *Refugee Appeals Board* a suspendu l'exécution de cette dernière dès le lendemain dans l'attente de la décision du Comité des droits de l'homme.

Le Comité statue d'abord sur la recevabilité de la demande. Il commence par analyser l'épuisement des voies de recours internes effectives par les auteurs de la communication. Conformément à l'article 5 (2) (b) du Pacte, le Comité constate que le caractère non suspensif de la procédure d'appel devant le *Refugee Appeals Board*,

empêchait les auteurs de bénéficier d'un recours effectif et accessible à l'encontre d'une décision dont l'exécution était imminente et qu'aucun recours juridictionnel n'aurait pu empêcher (§ 9.3). La recevabilité de la communication sur le fondement de l'article 5 (2) (b) étant admise par le Comité, il reste à en établir l'admissibilité *ratione materiae*. En premier lieu, le Comité examine la recevabilité de la communication sur le fondement de l'article 24 (1). De façon notable, les auteurs demandent au Comité de reconnaître une obligation de non-refoulement sur ce fondement, en ce que le renvoi sur le sol bulgare les exposerait à une situation de vulnérabilité portant atteinte à l'intérêt supérieur de leurs enfants. En ce sens, la demande invite le Comité à procéder à une analogie avec sa jurisprudence relative aux articles 6 et 7 du Pacte, seuls articles sur le terrain desquels il a déjà opposé à un État une obligation de non-refoulement s'il existe des motifs sérieux de croire que l'auteur risque de subir un préjudice irréparable en cas de retour (voir CCPR, constatations du 21 décembre 2016, *Cb. H. O. c. Canada*, communication n° 2195/2012, doc. CCPR/C/118/2195/2012, § 9.5). Si le Comité admet la validité de l'argument soulevé par les auteurs que le seuil de gravité du préjudice nécessaire à cette qualification n'a jamais été explicitement défini en dehors de champs des articles 6 et 7 du Pacte (§ 9.4), il refuse néanmoins de préciser le niveau de ce seuil pour que l'article 24 (1) soit applicable, en se contentant de sanctionner laconiquement l'insuffisance des éléments de preuve d'un risque de préjudice irréparable. Bien que le Comité ne ferme pas la porte à une obligation de non-refoulement sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant, son *invocabilité* reste pour l'instant obscure faute d'avoir adopté une position explicite.

C'est au contraire sur le fondement classique de l'article 7 que le Comité admet la recevabilité de la communication. Le Comité ayant déjà pu reconnaître le risque d'un traitement cruel, inhumain ou dégradant né du renvoi d'individus vers la Bulgarie qui leur avait initialement octroyé asile (voir CCPR, constatations du 28 octobre 2016, *R.A.A. et Z.M. c. Danemark*, communication n° 2608/2015, U.N. doc. CCPR/C/118/D/2608/2015, § 8), les auteurs ont opté pour cette stratégie contentieuse. En se basant sur l'examen de la situation bulgare mené par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (voir CERD, Observations finales concernant le rapport de la Bulgarie valant vingtième à vingt-deuxième rapports périodiques, 31 mai 2017, U.N. doc. CERD/C/BGR/CO/20-22, § 11) puis par le Comité des droits de l'homme (voir CCPR, Observations finales du Comité des droits de l'homme concernant le quatrième rapport périodique de la Bulgarie, 15 novembre 2018, U.N. doc. CCPR/C/BGR/CO/4, § 9), les auteurs ont tout d'abord su convaincre du risque réel de subir des crimes de haine en cas de renvoi en Bulgarie, en proie à la montée des discours xénophobes notamment à l'encontre de la minorité kurde (§ 7.8). De surcroît, le Comité a déjà pu admettre les risques spécifiques de violations de l'article 7 subies par les nationaux syriens ayant trouvé leur premier asile en Bulgarie (voir CCPR, constatations 16 décembre 2016, *B.M.I. et N.A.K. c. Danemark*, communication n° 2569/2015, U.N. doc. CCPR/C/118/D/2569/2015, § 7.4). Dès lors, le Comité ne peut que reconnaître la recevabilité de la communication pour l'examiner au fond.

Le Comité est alors appelé à prendre une nouvelle fois position sur les failles du système d'accueil bulgare. En soulignant la stricte limitation de la provision d'un logement à six mois au maximum (§ 10.4) et en admettant la démonstration d'une volonté assumée de suspension des programmes d'intégration des réfugiés sur le sol bulgare (§ 7.4), le Comité reconnaît ainsi un terrain particulièrement propice aux

violations du Pacte. Toutefois, et en cohérence avec sa jurisprudence, le Comité rappelle la stricte nécessité d'une démonstration du caractère personnel du risque auquel les auteurs risqueraient d'être confrontés (CCPR, constatations du 12 mai 2014, *X c. Danemark*, communication n° 2007/2010, U.N. doc. CCPR/C/110/D/2007/2010, § 9.2). À cela s'ajoute une lecture exigeante du niveau de gravité attendu de ces risques sur le terrain des articles 6 et 7 du Pacte (voir CCPR, constatations du 17 janvier 2012, *X. c. Suède*, communication n° 1833/2008, U.N. doc. CCPR/C/103/D/1833/2008, § 9.4). Prenant en compte les éléments fournis par l'enquête menée dans le cadre de la procédure interne, dont la régularité est admise (§ 10.7), le Comité retient une lecture restreinte du seuil de violation : en considérant que les auteurs et leurs enfants n'étaient pas privés de domicile au moment de leur départ, que ces derniers ne contestent pas avoir obtenu les soins nécessaires lors de leur arrivée dans l'État bulgare et qu'*in abstracto* rien n'empêche les auteurs de trouver un emploi ou de requérir la protection sociale bulgare, le Comité retient que « la simple possibilité d'être confronté[s] à des difficultés » ne constitue pas une situation spéciale de vulnérabilité ou différente de celle de nombreuses autres familles bulgares (§ 10.6). Dès lors, le Comité refuse d'admettre que le transfert des auteurs et de leurs enfants vers la Bulgarie puisse constituer une violation de l'article 7 du Pacte.

Si le Comité contribue à une meilleure définition du risque de violation de l'article 7 par une mesure d'éloignement au sein de l'espace européen en excluant le principe d'un risque socio-économique spécifique à la minorité kurde réfugiée en Bulgarie, cette position ne suscite pas l'adhésion unanime des membres du Comité. L'opinion dissidente formulée par José Santos Pais, Hélène Tigroudja et Duncan Laki Muhumuza, s'attache ainsi à souligner la systématicité des conditions de vie dégradées imposées aux bénéficiaires de l'asile en Bulgarie et réintègre l'argument délaissé par le Comité du risque d'exposition aux discriminations connues par les réfugiés syriens. Ainsi, le critère de la démonstration d'un risque personnel et réel apparaît, par cette opinion, dépassé par un contexte de vulnérabilité systémique (§ 13).

Marc Servant

**Comité des droits de l'homme, Allan Brewer-Carías c. République bolivienne du Venezuela, 18 octobre 2021, communication n° 3003/2017, U.N. doc. CCPR/C/133/D/3003/2017.**

**Résumé :** *Les présentes constatations sont consacrées à l'étude du respect du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par la République bolivarienne du Venezuela dans le contexte de la condamnation pénale de l'avocat du chef de l'opposition politique après qu'il a émis un avis négatif à la mise en place d'un gouvernement de transition. Cette affaire met en exergue une problématique générale d'indépendance et d'impartialité tant des juges que des procureurs qui se voient régulièrement révoqués sans motif ni recours, en droit et en fait. En l'espèce, le Comité conclut à la violation du droit à un recours utile et exécutoire (article 2 § 3) et du droit à un procès équitable lato sensu (article 14 §§ 1 et 2).*

**Mots clés :** droit à un procès équitable ; droit à un recours utile ; indépendance des juges ; impartialité ; présomption d'innocence ; détention provisoire.

**A** travers le prisme de cette présente affaire, qui puise son contexte dans la tentative du coup d'État vénézuélien à l'encontre de Hugo Chávez, le Comité s'est fermement attaché à rappeler la cardinalité des principes fondamentaux liés au droit à un recours utile et exécutoire. Les faits ont débuté le 12 avril 2002, lorsque le chef de l'opposition a annoncé publiquement la dissolution du gouvernement et son remplacement par un « gouvernement démocratique transitoire » par décret. Consulté par l'opposition en tant qu'avocat et expert reconnu de la Constitution, l'auteur de la communication a réfuté la constitutionnalité du décret (§ 2.1). En juillet 2002, il fut accusé par la commission parlementaire spéciale de l'avoir rédigé conjointement avec le chef de l'opposition (§ 2.2). En janvier 2005, il a été inculpé par ordonnance du délit « d'entente en vue de modifier la Constitution par la violence » (§ 2.3). La procédure a été ponctuée par la suspension de tous les juges ayant adopté une décision garantissant les droits de l'auteur, qu'il s'agisse des juges de la cour d'appel – ayant voté l'annulation de l'ordonnance au motif qu'elle n'était pas motivée – ou encore du second juge de première instance – ayant ordonné au procureur provisoire de fournir aux avocats les copies du dossier qu'ils avaient demandées (§ 2.4). En septembre 2005, l'auteur de la communication a quitté légalement le territoire et n'y est plus revenu craignant pour sa sécurité. En octobre 2005, le procureur a engagé des poursuites pénales à son encontre et ordonna son placement en détention provisoire. En octobre et novembre 2005, les avocats ont déposé respectivement une demande de déclaration d'irrecevabilité ainsi qu'une requête en annulation de l'ensemble de la procédure, toutes deux restées sans réponse (§ 2.5). Au surplus, le procureur général en fonction a publié un livre l'accusant d'avoir participé à la rédaction du décret (§ 2.5) et l'Ambassadeur de l'État partie au Costa Rica envoya des lettres au Gouvernement costaricien demandant son arrestation (§ 2.6). Par ailleurs, la demande des avocats de classer l'affaire sur la base de la loi d'amnistie spéciale a été rejetée alors même qu'a été prononcé un non-lieu pour ses coaccusés (§ 2.7). Devant le Comité des droits de l'homme, l'auteur affirme avoir subi la violation de plusieurs des droits garantis par le Pacte relatif aux droits civils et politiques, dont le droit à un recours utile (article 2 § 3), le droit à la liberté et à la sécurité (article 9), le droit à la liberté de circuler et de quitter le territoire (article 12), le droit à un procès équitable *lato sensu* (article 14 § 1, § 2, § 3b)

et § 3e)), le droit à l'honneur et à la réputation (article 17), le droit à la liberté d'opinion et d'expression (article 19) ainsi que le droit à l'égalité et à la non-discrimination (article 26). À cet effet, le Comité a examiné la recevabilité et le fond de la communication.

Dans un premier temps, le Comité s'attache à examiner la recevabilité de la communication. Eu égard, en premier lieu à la clause de litispendance, la version espagnole du Protocole portant à une interprétation différente, le Comité a lu ce dernier à la lumière de l'article 33 § 4) de la Convention de Vienne de 1969. Partant et selon une jurisprudence constante, en conciliant l'interprétation aux textes authentiques visés à l'article 14 § 1) du Protocole (voir CCPR, constatations du 30 juillet 2003, *Semey c. Espagne*, communication n° 986/2001, U.N. doc. CCPR/C/78/D/986/2001, § 8.3 ; CCPR, constatations du 18 juillet 2013, *Rodríguez Castañeda c. Mexique*, communication n° 2202/2012, U.N. doc. CCPR/C/108/D/2202/2012, § 6.3), le fait que la communication « a été soumise » à la Cour interaméricaine des droits de l'homme ne s'oppose en rien à ce que la communication soit déclarée recevable par le Comité (§ 8.3). En deuxième lieu, eu égard à l'épuisement des voies de recours internes, le Comité considère que rien ne s'oppose à ce que la communication soit déclarée recevable (CCPR, constatations du 14 juillet 2021, *Pichardo Salazar c. République bolivarienne du Venezuela*, communication n° 2833/2016, doc. CCPR/C/132/D/2833/2016, § 6.3) (§ 8.5). À cet effet, le Comité a tenu compte de la position de la Cour interaméricaine qui estime que l'auteur n'avait pas épuisé les recours appropriés et effectifs et que les exceptions à l'obligation d'épuiser ces recours ne s'appliquaient pas (CIADH, arrêt du 26 mai 2014, *Brewer Carías c. République bolivarienne du Venezuela (exceptions préliminaires)*, série C, n° 278). Enfin, en dernier lieu, le Comité déclare irrecevables les allégations de violations relatives au droit à l'honneur et à la réputation en raison du manque d'informations apportées par l'auteur (§ 8.4) ainsi qu'à la liberté d'expression dès lors qu'il n'était définitivement pas en mesure de déterminer le degré de participation de l'auteur à l'élaboration du décret (§ 8.7). Si ces dernières allégations font l'objet d'une justification étayée, force est de constater que les allégations relatives à l'égalité et à la non-discrimination, à la liberté et à la sécurité et à la liberté de circulation ont pour le moins de façon péremptoire été déclarées irrecevables au motif que les griefs étaient insuffisamment étayés (§§ 8.6-8.8).

Dans un second temps, le Comité s'attache à analyser le fond de la communication. En premier lieu, s'agissant de l'allégation relative à la violation du droit à un recours utile, le Comité met en exergue que l'auteur s'est fortement impliqué le long de la procédure pénale, qu'il a non seulement fait preuve de diligence pendant la phase préliminaire de l'enquête, mais qu'il a aussi déposé des recours en annulation préalablement à l'inculpation du procureur et à l'ordonnance de placement en détention provisoire. Au surplus, l'auteur a établi une crainte fondée d'être soumis à des procédures pénales arbitraires. Le Comité conclut par conséquent à la violation du paragraphe 3 de l'article 2.

En deuxième lieu, concernant les allégations relatives à la violation du droit à un tribunal compétent, indépendant et impartial, le Comité rappelle que la procédure de nomination des juges ainsi que leur inamovibilité sont des conditions préalables à l'indépendance du pouvoir judiciaire, que toute situation dans laquelle l'exécutif est en mesure de contrôler ou de diriger le pouvoir judiciaire est incompatible avec le Pacte, que les nominations temporaires doivent être



exceptionnelles et limitées dans le temps (voir CCPR, constatations du 7 novembre 2017, *Osío Zamora c. République bolivarienne du Venezuela*, communication n° 2203/2012, U.N. doc. CCPR/C/121/D/2203/2012, § 9.3). Dans une démarche d'harmonisation d'interprétation, le Comité va plus loin en se calquant sur la jurisprudence de la Cour interaméricaine qui veut que ces garanties s'étendent également aux procureurs (voir à cet effet les affaires suivantes : CIADH, arrêt du 6 octobre 2020, *Martínez Esquivia c. Colombie (exceptions préliminaires, fond et réparations)*, série C, n° 412, §§ 94-97 ; CIADH, arrêt du 24 novembre 2020, *Casa Nina c. Pérou (exceptions préliminaires, fond et réparations)*, série C, n° 383, §§ 78-79). En l'espèce, l'auteur a prouvé qu'ont été nommés à titre provisoire tous les procureurs et les juges impliqués dans son affaire et qu'ils ont été révoqués sans motif ni recours à une procédure d'appel. En conséquence, il en ressort que les juges et les procureurs impliqués dans la procédure pénale ne jouissaient pas des garanties d'indépendance et qu'il revient à l'État partie d'avoir la charge de prouver que les juges et les procureurs dans cette affaire bénéficiaient de garanties d'inamovibilité qui leur permettaient d'exercer leurs fonctions en toute indépendance. Sans surprise aucune, le Comité conclut à la violation du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 14.

En troisième lieu, s'agissant des allégations relatives à la violation du droit à la présomption d'innocence, le Comité souligne que les autorités publiques doivent s'abstenir de préjuger de l'issue d'un procès et de tenir des déclarations publiques affirmant la culpabilité de l'accusé. Le Comité se réfère notamment à son Observation générale n° 32 sur l'article 14 (« Droit d'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable », 23 août 2007, U.N. doc. CCPR/C/GC/32, § 30). Pour autant, le Président de l'État partie de l'époque dans une allocution, le procureur général dans son livre et l'ambassadeur de l'État partie dans ces lettres à destination de l'État Costaricain et de l'institut des droits de l'homme ont tous déclaré que l'auteur avait rédigé le décret. Si le Comité conclut à la violation dudit droit, José Manuel Santos Pais dans son opinion partiellement dissidente quant à lui y voit une « présomption de culpabilité pour l'État partie » empêchant les juridictions internes de prouver que l'ingérence du pouvoir exécutif n'a pas à elle seule entravé l'indépendance de la justice. À cela, il sera simplement soutenu que si comme le souligne l'expert indépendant, des précédents exigent que l'auteur apporte la preuve de l'impact d'une déclaration publique sur l'issue de son procès (voir CCPR, constatations du 8 novembre 2019, *Khudayberdiyev c. Kirghizstan*, communication n° 2522/2015, U.N. doc. CCPR/C/127/D/2522/2015, § 10.2 ; CCPR, constatations du 13 juillet 2017, *Kb.B. c. Kirghizstan*, communication n° 2163/2012, U.N. doc. CCPR/C/120/D/2163/2012 § 11.2 ; CCPR, constatations du 24 juillet 2019, *Yury Orkin c. Fédération Russe*, communication n° 2410/2014, U.N. doc. CCPR/C/126/D/2410/2014, § 12.6), il serait fort regrettable de faire abstraction des faits susmentionnés retranscrivant un faisceau d'indices explicite qui, une fois lu à la lumière de l'article 14 § 1, devrait dispenser l'auteur de cette charge.

Enfin, en dernier lieu, le Comité rappelle, en accord à son Observation générale n° 32 susmentionnée que le droit d'un défendeur de disposer de moyens adéquats pour préparer sa défense comprend l'accès à toutes les pièces. En l'espèce, les avocats ont eu pleinement accès au dossier et ont pu prendre des notes manuscrites de toute information qu'ils jugeaient pertinente pour la défense. Toutefois, le Comité considère que sur la base d'informations disponibles, il n'est pas en mesure de déterminer dans quelle mesure le fait de ne pas avoir obtenu de

copies des vidéos ainsi que leur transcription intégrale aurait porté atteinte au droit de l'auteur de disposer du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense. Dès lors, il conclut de façon péremptoire que les faits ne lui permettent pas de conclure à une violation des paragraphes 3 (b) et (e) de l'article 14. Dans leur opinion partiellement dissidente, Arif Bulkan et Hélène Tigroudja soutiennent qu'il s'agit là d'une « forme de *probatio diabolica* » et regrettent que le Comité ne se soit aligné ni avec les positions de la Cour européenne des droits de l'homme (en particulier CEDH, G.C., arrêt du 8 février 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, req. n° 18731/91, § 45) ni à celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (notamment CIADH, arrêt du 23 novembre 2012, *Mohamed c. Argentine (exceptions préliminaires, fond et réparations)*, série C, n° 255, § 91) en faisant porter la charge de la preuve des atteintes portées à son droit à la défense à l'auteur. Cette position est partagée par l'expert Vasilka Sancin, qui ajoute que l'État partie n'a jamais réfuté l'argument de l'auteur selon lequel il n'a pas pu avoir accès à toutes les vidéos utilisées pour son inculpation (voir § 3.7, § 6.5 et § 7.4). Partant, en se détachant de façon regrettable de sa jurisprudence antérieure (voir CCPR, constatations du 29 mars 2016, *Esergepov c. Kazakhstan*, communication n° 2129/2012, U.N. doc. CCPR/C/116/D/2129/2012, § 11.4), le Comité fait peser le poids bien trop lourd de la charge de la preuve sur l'auteur de la communication.

Il est difficile de considérer cette affaire sans le caractère intrinsèquement politique qui lui est inhérent et les failles systémiques institutionnelles bien connues du Comité (voir CCPR, Observations finales sur le quatrième rapport périodique de la République bolivarienne du Venezuela, 14 août 2015, U.N. doc. CCPR/C/VEN/CO/4, § 15 ; Déclaration du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme lors de la réunion spéciale du Conseil des droits de l'homme à l'occasion de la visite du Président de la République bolivarienne du Venezuela, 7 juillet 2015, U.N. doc. E/C.12/VEN/CO/3, § 10). Par conséquent, l'absence de violation des paragraphes 3 (b) et (e) de l'article 14 peut être regrettée, si, et cela est fort probable, une nouvelle procédure à l'encontre de l'auteur devait avoir lieu. Toutefois, la position du Comité peut être saluée dès lors que l'État vénézuélien est tenu en premier lieu, de déclarer la procédure contre l'auteur nulle et non avenue en invalidant l'ordonnance de détention provisoire à son encontre, en deuxième lieu, de s'assurer qu'en cas de nouvelle procédure, cette dernière respecte toutes les garanties d'une procédure régulière et, en dernier lieu, d'accorder à l'auteur une indemnisation adéquate. *In fine*, c'est sur la réaffirmation nécessaire du respect des principes fondamentaux liés au droit à un recours utile et exécutoire que se clôt la présente communication.

Myriam Dahhan

**Comité des droits de l'homme, Dorin Șeremet et autres c. République de Moldavie, 21 octobre 2021, communication n° 3278/2018, U.N. doc. CCPR/C/133/D/3278/2018.**

**Résumé :** *Les présentes constatations abordent la question de la participation aux élections des citoyens moldaves résidant à l'étranger et soulèvent par conséquent des questions adjacentes de respect des principes démocratiques et de garanties de l'État de droit. Elles revêtent un intérêt d'autant plus important qu'elles s'inscrivent dans un contexte de transition d'un système d'élection au suffrage indirect dans lequel le Président est élu par le Parlement à un système d'élection au suffrage universel direct. En l'espèce, le Comité conclut à l'absence de violation de l'article 25 b) relatif au droit de vote, lu seul et à la lumière de l'article 2 § 1 relatif au droit à un recours effectif et 14 § 1 relatif au droit d'accès à un tribunal.*

**Mots clés :** droit de vote ; droit de vote à l'étranger ; droit à un recours effectif ; droit d'accès à un tribunal.

Lors du premier tour de la première élection présidentielle ayant eu lieu le 30 octobre 2016 au suffrage direct en République de Moldavie, la candidate Maia Sandu a demandé l'augmentation du nombre de bulletins de vote pour le second tour à la suite de leur insuffisance dans les bureaux étrangers, (§ 2.4). Si la Commission centrale a augmenté le nombre de bulletins, elle n'a pour autant pris aucune mesure concernant le nombre de bureaux de vote (§ 2.6). Dès lors, 4 031 citoyens moldaves, n'ayant pu voter, dont les auteurs, ont déposé des plaintes alléguant une violation de leur droit de vote en raison de la quantité insuffisante de bulletins (§ 2.7). Les bureaux électoraux à l'étranger ont décliné leur compétence et envoyé les plaintes au Conseil électoral du district de Chisinau. Par deux décisions, datées des 16 et 17 novembre 2016, les plaintes ont été transmises à la Cour constitutionnelle (§ 2.8). La Cour constitutionnelle a refusé d'admettre les plaintes et ces dernières ont été redirigées vers la Commission électorale centrale pour examen. Le 18 novembre 2016, la Commission a déclaré qu'elle considérait qu'il appartenait à la Cour constitutionnelle d'évaluer les allégations (§ 2.9). Le 21 novembre 2016, les représentants ont intenté une action en justice pour faire déclarer nulles et non avenues les décisions des 16 et 17 novembre 2016 du Conseil électoral (§ 2.10). Par une décision incidente datée du 28 novembre 2016, le tribunal central de première instance de Chisinau en l'absence de toute base légale rejeta la plainte. Le 6 décembre 2016, la Cour d'appel de Chisinau a confirmé la décision de première instance. Le 12 décembre 2016, la Cour suprême de justice a déclaré irrecevable le pourvoi en cassation (§ 2.13). Le 13 décembre 2016, la Cour constitutionnelle a confirmé les résultats de l'élection présidentielle tout en précisant qu'il appartenait aux organes électoraux et aux juridictions ordinaires d'examiner les plaintes et qu'ils n'auraient pas dû décliné leur compétence (§ 2.14). Au surplus, selon cette dernière, l'État jouissant d'une grande marge d'appréciation a estimé que l'égalité devant le droit de vote n'impliquait pas que ce droit puisse être exercé dans les mêmes conditions à l'intérieur et à l'extérieur du pays (§ 2.15). La Cour suprême sollicitée par les auteurs et plaignants a déclaré irrecevable la demande de révision de la décision du 12 décembre 2016 (§ 2.17).

Devant le Comité des droits de l'homme, les auteurs affirment avoir subi la violation de leur droit de vote garanti par l'article 25 (b), une discrimination à raison de leur lieu de résidence en vertu de l'article 25 (b) combiné à l'article 2 § 1 et enfin la violation de leur droit d'accès à un tribunal protégé par l'article 14 § 1 du Pacte. L'État partie, se fondant sur la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme (voir notamment CEDH, G.C., arrêt du 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni*, req. n° 74025/01, §§ 60-61 où la Cour a déclaré que les droits conférés par l'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas absolus et que les États contractants jouissent d'une large marge d'appréciation) et l'Observation générale n° 25 du Comité, considère que la communication d'une part, doit être déclarée irrecevable pour incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions du Pacte (§ 4.3) et, d'autre part, infondée dès lors qu'il a agi avec diligence (voir CEDH, G.C., arrêt du 15 mars 2012, *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*, req. n° 42202/07 § 71) (§ 4.8) et que le cas des auteurs était isolé et sans précédent (§ 4.9). À cet effet, le Comité a examiné la recevabilité et le fond de la communication.

Dans un premier temps, le Comité s'attache à examiner la recevabilité de la communication.

En premier lieu, s'agissant des allégations relatives à la violation du droit de vote de tout citoyen (article 25 b)), le Comité met en exergue que la plainte n'est pas incompatible *ratione materiae* avec le Pacte dès lors que, d'une part, l'alinéa b) de l'article 25 du Pacte garantit le droit de vote de tout citoyen, sans aucune des distinctions mentionnées à l'article 2 du Pacte et, d'autre part, l'État partie reconnaît dans sa propre législation le droit de vote de ses citoyens vivant à l'étranger. Dès lors, l'État partie est tenu de garantir ce droit conformément à l'article 25 b) du Pacte à ses citoyens vivant à l'étranger. Par conséquent, la plainte est recevable en vertu de l'article 3 du Protocole facultatif (§ 6.4).

En deuxième lieu, s'agissant des allégations relatives à une discrimination fondée sur le critère de la résidence à l'étranger (article 25 (b) lu conjointement avec l'article 2 § 1), si l'État partie estime que le Pacte n'imposait pas aux États parties une obligation positive de garantir aux citoyens vivant hors du territoire national l'exercice de leur droit de vote, le Comité considère que les auteurs de la communication ont suffisamment expliqué les raisons soutenant leur allégation de discrimination, reprenant ici le raisonnement susmentionné. L'État ayant reconnu son code électoral le droit de vote des citoyens vivant à l'étranger, une lecture extensive de l'article 25 permet d'invoquer un traitement discriminatoire fondé sur la résidence (§ 6.5). Dès lors, le Comité considère la plainte comme étant recevable sur ce point.

En dernier lieu, s'agissant enfin des allégations relatives à l'absence d'accès à un tribunal (première phrase de l'article 14 § 1), force est de constater que le Comité considère de façon pour le moins péremptoire que les griefs ont été suffisamment étayés aux fins de la recevabilité (§ 6.7). Toutefois, les griefs formulés par les auteurs au titre de la deuxième phrase de l'article 14 § 1 du Pacte, à savoir que le tribunal de première instance de Chisinau Central n'a pas accepté d'entendre deux témoins en leur faveur, qu'il a refusé de prendre en compte comme éléments de preuve les enregistrements vidéo et les photos prises le jour de l'élection et rejeté la demande de retransmission en direct du procès, et que les décisions des tribunaux n'ont pas été

publiées sur leurs pages Web, sont irrecevables en vertu de l'article 2 du Protocole facultatif (§ 6.6). En effet, d'une part, la réclamation relative à la publicité était insuffisamment étayée et, d'autre part, les autres griefs soulevés portent sur l'application du droit interne par les tribunaux de l'État partie. Cela se justifie notamment au regard du principe de subsidiarité, consciencieusement respecté dans la jurisprudence constante du Comité, impliquant qu'il appartient généralement aux tribunaux des États parties de réexaminer les faits ainsi que les éléments de preuve ou l'application de la législation nationale à moins qu'il ne soit démontré que cette évaluation ou application était manifestement arbitraire, équivalait à une erreur manifeste ou à un déni de justice (voir notamment CCPR, constatations du 2 novembre 2004, *Riedl-Riedenstein et autres c. Allemagne*, communication n° 1188/2003, U.N. doc. CCPR/C/82/D/1188/2003), § 7.3 ; CCPR, constatations du 3 avril 2003, *Schedko c. Bélarus*, communication n° 886/1999, U.N. doc. CCPR/C/77/D/886/1999, § 9.3 ; CCPR, constatations du 24 mars 2004, *Arenz et autres c. Allemagne*, communication n° 1138/2002, U.N. doc. CCPR/C/80/D/1138/2002, § 8.6).

Dans un second temps, le Comité s'attache à examiner le fond de la communication. À cet effet, le Comité rappelle conformément à son Observation générale n° 25 que le droit de vote n'est pas un droit absolu et que des restrictions peuvent lui être imposées à condition qu'elles ne soient pas déraisonnables ou discriminatoires (§ 7.3).

En premier lieu, s'agissant de l'allégation relative à la violation du droit de vote (article 25 b)), le Comité s'attache à évaluer si les restrictions auxquelles les auteurs ont été confrontés en tant qu'électeurs à l'étranger étaient déraisonnables. Le Comité considère que la méthode utilisée pour prévoir le nombre d'électeurs potentiels n'est pas déraisonnable (§ 7.5). Ce calcul, permettant de déterminer le nombre de citoyens présentant un intérêt à exercer leur droit de vote, repose alors soit sur l'intérêt déjà manifesté dans les élections au suffrage universel précédentes soit sur les préinscriptions aux élections futures (§ 7.5)). Au surplus, le Comité met en exergue que d'une part, les auteurs n'ont pas démontré que le fait d'être dirigés vers des bureaux de vote voisins situés dans un rayon de 30 à 45 kilomètres aurait imposé une charge excessive et, d'autre part, que les modifications législatives de 2017 ont augmenté de 3 000 à 5 000 le nombre de bulletins pouvant être distribués dans chaque bureau de vote (§ 7.6). Compte tenu de l'ensemble de ces critères et du fait qu'il s'agissait de la première élection présidentielle directe depuis 1996 le Comité considère qu'il n'y a pas de violation de l'article 25 b) du Pacte (§ 7.7). Cette position n'est manifestement pas soutenue par l'expert Furuya Shuichi dans son opinion dissidente. Pour cause, les questions relatives au respect des principes démocratiques sous-tendues en l'espèce génèrent des lectures différentes de l'encadrement du droit de vote. Si le fait que le Comité devait examiner que la République de Moldavie avait pris toutes les mesures appropriées pour garantir l'exercice du droit de vote conformément à l'article 25 b) par ces citoyens vivant en dehors de l'État partie ne fait pas débat, c'est la méthode employée par ce dernier à cet effet qui est ici remise en question. Pour l'expert, l'État a fait preuve d'un manque de diligence manifeste dès lors que, en premier lieu, il existait un manque flagrant de fiabilité dans l'enregistrement préliminaire, en deuxième lieu, les bulletins de vote ont été épuisés avant l'heure de fermeture durant le premier tour et, en dernier lieu, la candidate à la présidence, Maia Sandu, a porté cette situation à l'attention du ministère des Affaires étrangères et de l'intégration européenne et de

la Commission électorale centrale. Pour l'expert, l'État partie aurait pu et dû augmenter le nombre de bulletins de vote alloués aux bureaux de vote au-delà du nombre maximum fixé (Opinion dissidente, § 5). C'est précisément sur la base de ce faisceau d'indices précis que l'expert conclut, en s'opposant à la position du Comité, que les faits font apparaître une violation de l'article 25 b) du Pacte (*Ibid.*, § 6).

En deuxième lieu, s'agissant de l'allégation relative à une discrimination fondée sur le lieu de résidence, le Comité souligne que la limitation du nombre de bulletins de vote disponibles dans la ville de l'auteur était due à une insuffisance de l'estimation locale des électeurs plutôt qu'à une distinction juridique fondée sur la résidence dès lors que les dispositions du code électoral n'opèrent pas de distinction entre les bureaux de vote internes et à l'étranger. Par conséquent, l'estimation de bulletins de votes n'ayant été ni déraisonnable ni discriminatoire, le Comité considère qu'il n'y a pas de violation de l'article 25 b) lu conjointement avec l'article 2 § 1) du Pacte (§ 7.8).

Enfin, en dernier lieu, s'agissant des allégations selon lesquelles les plaintes déposées le jour de l'élection pour violation de leur droit de vote n'ont pas été examinées par les organes électoraux ou par les tribunaux (article 14 § 1), le Comité fait état du fait, d'une part, que les juridictions internes se sont néanmoins prononcées sur ces plaintes avant que la Cour constitutionnelle ne confirme les résultats de l'élection présidentielle et valide le mandat du Président de la République de Moldavie le 13 décembre 2016 et, d'autre part, que les auteurs ont eu la possibilité d'adresser leurs plaintes aux tribunaux de l'État partie et de faire entendre leur cause. Par conséquent, bien que la Cour constitutionnelle ait relevé certaines incohérences dans le processus d'examen des plaintes introduites par les auteurs, le Comité ne pouvait, par conséquent, conclure que l'État partie a manqué à son obligation de garantir aux auteurs l'accès à un tribunal (§ 7.10).

L'examen de cette affaire ne doit pas être réalisé sans considération du caractère intrinsèquement politique qui lui est inhérent. En effet, les faits de l'espèce puisent leur fondement dans la décision de la Cour constitutionnelle en date du 4 mars 2016 qui instaure les premières élections universelles directes en République de Moldavie. Par conséquent, si en l'espèce l'absence de reconnaissance de violation du droit d'accès à un tribunal ne soulève pas de débat au sein du Comité, l'absence de constat de violation du droit de vote sur la base de l'égalité avec les autres citoyens lu seul et conjointement avec le droit à un recours utile peut être regrettée eu égard au manque de diligence manifeste de l'État, comme le souligne l'experte Furuya Shuichi dans son opinion dissidente. Toutefois, bien que l'absence de violation de l'article 25 b) lu seul et conjointement avec l'article 2 § 1 puisse paraître inopportune – les faits de l'espèce lus sous le prisme d'une défaillance systémique – une prise en compte du caractère exceptionnel et nouveau de transition démocratique dans lequel s'inscrivent ces élections peut permettre de comprendre la position du Comité.

Myriam Dahhan

## Comité des droits économiques, sociaux et culturels

**Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Lorne Joseph Walters c. Belgique, 12 octobre 2021, communication n° 61/2018, U.N. doc. E/C.12/70/D/61/2018.**

**Résumé :** *Saisi par une personne âgée vivant dans une situation précaire, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a constaté la violation par l'État belge du droit à un logement suffisant au titre de l'article 11 du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Bien que prévue par la loi, l'expulsion sans motif du locataire, auteur de la communication, a entraîné des conséquences disproportionnées sur son droit au logement suffisant. Par ces constatations, le Comité met en lumière la rigidité de la loi belge qui ne prend pas en compte le caractère intersectionnel de cette discrimination indirecte à l'encontre des personnes vulnérables.*

**Mots clés :** articles 11 et 2 § 2 du Pacte ; article 3 § 1 et 2.f) du Protocole facultatif ; droit à un logement convenable ; mesures provisoires ; discrimination indirecte et intersectionnelle ; abus du droit de présenter une communication ; expulsion du locataire.

**L'** affaire *Lorne Joseph Walters contre Belgique* met en lumière l'importance du droit au logement convenable et rappelle plus largement le rôle de l'État dans la préservation de l'intérêt général face à la financiarisation du logement.

S'agissant des faits et de la procédure devant les juridictions internes, le locataire auteur de la communication a reçu notification de la résiliation de son bail le 21 août 2017, sans motif, moyennant une indemnité et un préavis. Les 28 novembre 2017, puis les 14 mars 2018 et 29 mai 2018 à la suite de l'appel de l'auteur, les juridictions belges ont validé ce congé locatif, en accordant cependant un délai de grâce jusqu'au 30 septembre 2018 pour quitter le logement. Celui-ci a été prolongé au 17 octobre 2018, en raison de la situation personnelle, de l'âge et surtout de l'état psychique de l'auteur. Le 26 septembre 2018, l'auteur a entamé des démarches en vue d'un pourvoi en cassation, et a saisi en urgence le Comité le 5 octobre 2018, avant que la Cour de cassation belge ne rende sa décision. Ces deux saisines avaient pour objet de contester son expulsion imminente ; et la conformité des conditions de son expulsion par rapport aux dispositions du Pacte ; au motif qu'en raison de son état physique, psychique, de sa situation socioéconomique et de l'indisponibilité des logements sociaux, l'auteur n'était pas parvenu à trouver un logement décent malgré de nombreuses démarches (§ 2.8). De manière plus générale, l'auteur se plaint ici du manque de flexibilité de la loi belge, laquelle permet l'expulsion sans motif et sans solution de relogement préalable, y compris des personnes vulnérables que sont les personnes âgées à faible revenu, entraînant ainsi une violation de l'article 11§ 1 du Pacte (§ 3.4).

L'État belge conteste la recevabilité de la communication au titre de la procédure engagée devant le Comité, au motif que l'auteur n'aurait pas épuisé les voies de recours (§ 4.2). Par ailleurs, selon l'État partie, l'auteur abuserait du droit de présenter une communication, en s'étant placé lui-même dans cette situation, par

son refus des logements temporaires du substitution qui lui étaient proposés (§ 4.3). Le Comité valide toutefois l'argument de l'auteur selon lequel l'urgence de la situation justifiait la saisine du Comité en demande de mesures provisoires. En effet, la procédure de pourvoi en cassation n'aurait pu aboutir avant l'expulsion forcée imminente du requérant. De plus, dans la lignée de ses interprétations procédurales *pro persona*, le Comité prend en compte la date de l'adoption des constatations et non pas celle de la communication. Cela lui permet de constater qu'entre temps, le pourvoi de l'auteur ayant été rejeté le 4 novembre 2020, celui-ci a bien épuisé les voies de recours (§ 7.2). Par ailleurs, « la plainte de l'auteur concern[ant] les conditions de l'expulsion et leur conformité aux dispositions du Pacte » (§ 7.3) et non pas l'expulsion en elle-même, le Comité ne retient pas l'abus de droit consacré par l'article 3 § 2.f) du Protocole facultatif évoqué par l'État partie. La communication est donc jugée recevable.

Sur le fond, le Comité examine deux questions : d'une part, savoir si l'expulsion de l'auteur, ayant eu lieu le 17 octobre 2018, et les dispositions de la loi y relatives, sont conformes aux dispositions du Pacte, en particulier à l'article 11 ; d'autre part, déterminer si l'État partie a violé le droit au logement de remplacement convenable de l'auteur à la suite de l'expulsion de celui-ci.

Le Comité rappelle l'importance du droit au logement, dont les implications concrètes ont été développées dans ses Observations générales n° 4 et n° 7 (Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Le droit à un logement suffisant (art. 11, par. 1, du Pacte)*, Observation générale n° 4, 1991, doc. E/1992/23 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Le droit à un logement suffisant (art. 11, par. 1, du Pacte) : expulsions forcées*, Observation générale n° 7, 1997, doc. E/1998/22). L'interdépendance de ce droit avec les autres droits garantis (Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 4, précitée, § 1, § 7 et § 9), ainsi que son application sans distinction de revenus et au maximum des ressources disponibles de l'État partie sont ainsi soulignées (§ 9.1 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 4, précitée, § 7 et § 12). Le principe de la capacité de paiement du logement est ainsi lié à la jouissance du droit au logement convenable (§ 11.4). Par conséquent, les expulsions forcées, interdites *prima facie* (Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 4, précitée, § 18 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 7, précitée, § 1), constituent une limitation à l'exercice du droit au logement. Conformément à l'article 4 du Pacte, le Comité vérifie si cette limitation dans la jouissance d'un droit protégé par le Pacte est prévue par la loi, si elle favorise le bien-être général dans une société démocratique, si elle est proportionnée au but légitime invoqué, si elle est nécessaire en ce qu'aucune alternative moins restrictive n'est possible, et si la limitation a plus de bienfaits que de conséquences pour l'exercice du droit concerné (§ 9.3).

En l'espèce, la procédure d'expulsion sans motif était prévue par la loi belge du 20 février 1991 et s'est déroulée conformément à cette législation, ainsi que l'ont confirmé les juridictions internes (§ 11.3). De plus, le Comité reconnaît « l'intérêt légitime qu'a l'État partie de légiférer au sujet des contrats de bail » (§ 11.3) de même que l'obligation pour l'État partie de protéger la propriété privée (§ 11.5). Ainsi, c'est la proportionnalité des conséquences de l'application rigide de la législation belge, par rapport au but légitime de régulation des contrats de bail, qu'il s'agit de



juger conforme ou non aux dispositions du Pacte. Pour cela, le Comité s'intéresse à la situation spécifique de l'auteur, lequel est une personne âgée économiquement précaire, particulièrement touchée par les conséquences d'une telle expulsion sans motif. Celle-ci provoque une rupture avec sa vie sociale, une précarisation importante, et un impact non négligeable sur son état de santé, notamment psychique (§ 3.3, § 6.5 et § 11.4). Le Comité rappelle cela en précisant « que le Plan d'action international de Vienne sur le vieillissement dit clairement, dans sa recommandation 19, que le logement pour les personnes âgées ne doit pas être envisagé comme un simple abri, car, outre ses caractéristiques physiques, il a une signification psychologique et sociale dont il faut tenir compte » (§ 11.6). Le Comité s'appuie également sur les arguments mis en lumière par la tierce intervention de l'*Equality Law Clinic*, notamment le caractère intersectionnel de la discrimination subie par l'auteur, lequel est à la fois âgé et en situation socioéconomique précaire. Ainsi, l'État partie est tenu dans sa législation de prendre en compte la spécificité de certains groupes vulnérables (§ 11.6) et de prévoir des flexibilités au sein de ce cadre législatif.

À l'étude de la rigidité de la loi s'ajoutent les conditions spécifiques du marché locatif, que le Comité analyse également (§ 12.1). En effet, la législation permettant de manière généralisée la résiliation du contrat de bail sans motif a pour conséquence une hausse générale des loyers bruxellois, puisque de nombreux propriétaires mettent fin au bail afin de remettre l'appartement à la location avec un loyer plus élevé, entraînant ainsi une crise du logement dans la région (§ 5.3 et § 12.1). Cela a un impact sur le caractère abordable du logement.

Cette financiarisation du logement est une problématique dont l'Organisation des Nations Unies, comme la Cour européenne des droits de l'homme, se sont d'ailleurs déjà emparées, en encourageant les États à réguler les forces du marché en matière de logement. En prenant spécifiquement en compte les groupes vulnérables, ces institutions encouragent les États à lutter de manière préventive contre la spéculation foncière et immobilière, principales causes des expulsions forcées (Rapporteuse spéciale sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant ainsi que sur le droit à la non-discrimination à cet égard, *Financiarisation du logement et le droit à un logement convenable*, doc. A/HRC/34/51, 2017, pp. 1-2. ; *Principes de base et directives concernant les expulsions et les déplacements liés au développement*, Annexe 1 du rapport du Rapporteur spécial sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant, doc. A/HRC/4/18, 2007, § 30 ; CEDH, arrêt du 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, requête n° 8793/79, § 47).

Le Comité note que le cadre législatif belge prévoit certaines garanties. Cependant, en analysant conjointement l'impact disproportionné sur certains groupes vulnérables et l'état du marché locatif, le Comité estime que l'État partie n'a pas respecté la double obligation que le choix d'un tel cadre normatif lui imposait, à savoir la mise en place d'un mécanisme de suivi sur l'application d'une telle loi auprès de certains groupes vulnérables, ainsi que la possibilité d'introduire des flexibilités pour ces groupes vulnérables, notamment les personnes âgées en difficulté socioéconomique (§ 12.3).

De plus, selon le Comité, l'expulsion n'était pas nécessaire, le logement étant toujours à la location à la suite de l'expulsion. Des alternatives étaient possibles, telle

une médiation avec soutien financier de la part de l'État partie afin d'ajuster le prix du loyer tout en permettant à l'auteur de rester dans son appartement (§ 12.5).

Concernant le droit à un logement convenable de remplacement en cas d'expulsion, les États parties ont une certaine liberté de choix dans les mesures proposées. Toutefois, l'exigence du caractère convenable d'un tel logement suppose le respect par l'État de certains standards (§§ 10.1-10.4). L'hypothèse d'un logement de remplacement temporaire est envisageable, à condition de respecter la dignité des personnes et qu'il ne devienne pas permanent. En l'espèce, le Comité estime que les propositions de relogement par l'État partie, en raison de leur caractère temporaire et précaire, n'ont pas pris en compte la vulnérabilité spécifique de l'auteur, du fait de son âge avancé. En effet, le logement proposé ne permet pas de garder le réseau social de l'auteur ni de s'adapter à ses besoins et exigences que le Comité estime raisonnables (§ 12.6 et 12.7).

À travers une approche *pro persona*, qui prend en compte tant l'intersectionnalité des discriminations dans la jouissance des droits garantis par le Pacte, que les forces du marché et le phénomène lié qu'est la financiarisation du loyer, le Comité conclut donc à la violation par l'État partie de l'article 11 du Pacte lu seul et conjointement avec l'article 2 § 2 du Pacte (§ 12.8). Cependant le Comité ne conclut pas à une violation de l'article 3 §§ 1 et 2.f) du Protocole facultatif, étant donné qu'il « considère que l'État partie a respecté les mesures provisoires demandées, puisqu'il a proposé à l'auteur ce qu'il considérait, à ce moment-là et de bonne foi, comme une solution de relogement adéquate » (§ 12.9).

Nina Weibert

## Comité contre la torture

**Comité contre la torture, X. c. Suisse, 22 juillet 2021, communication n° 900/2018, U.N. doc. CAT/C/71/D/900/2018.**

**Résumé :** *S'agissant de l'obligation de non-refoulement, le Comité examine le respect in concreto des obligations procédurales et substantielles de l'État sous l'angle de l'article 3 de la Convention contre la torture et conclut, dans une formulation négative inhabituelle – sans doute motivée par les spécificités de la charge de la preuve dans ce contexte – que le peu d'informations disponibles ne permet pas d'écarter l'existence d'un risque prévisible, réel et personnel de torture en cas de renvoi.*

**Mots clés :** enrôlement forcé dans l'armée ; mineur non accompagné ; obligation de non-refoulement ; obligations procédurales ; torture ; traitements cruels, inhumains ou dégradants.

L'auteur de la communication, né en 1998, est de nationalité érythréenne. Après avoir interrompu sa scolarité, il a été recherché à son domicile par des soldats de l'armée nationale. Craignant d'être enrôlé de force et torturé, il a quitté l'Érythrée (§ 2.1). Alors mineur non accompagné, sa demande d'asile en Suisse a été refusée par le Secrétariat d'État aux migrations en 2018, à la suite d'auditions tenues le 8 octobre 2015 et le 20 avril 2017, au motif principal que sa crainte ne reposait sur aucun élément concret (§ 2.2-2.5). Le Tribunal administratif fédéral a confirmé cette décision tout en admettant que la sanction pour refus de servir et désertion est souvent accompagnée d'actes de torture et constitue une persécution dont la crainte entraîne la reconnaissance de la qualité de réfugié (§ 2.7). Dans sa communication présentée au Comité contre la torture le 4 décembre 2018, l'auteur soutient que son renvoi vers l'Érythrée constituerait une violation des articles 1, 3 et 16 de la Convention contre la torture prévoyant notamment, l'obligation de non-refoulement d'une personne vers un État « où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture » et l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. A titre principal, il allègue, d'une part, que son renvoi l'exposerait à un risque de torture du fait de son statut de réfractaire à l'armée et de sa sortie illégale de l'Érythrée et, d'autre part, qu'il n'aurait pas bénéficié d'un examen effectif de sa demande d'asile et de la décision d'expulsion par les autorités suisses (§§ 3.1-3.7). Par ailleurs, le Comité a classiquement demandé à l'État, au titre des mesures provisoires de protection, de ne pas expulser l'auteur tant que sa requête serait à l'examen. En réponse, la Suisse a suspendu son renvoi vers l'Érythrée (§ 1.2).

Après avoir constaté l'absence d'obstacle à la recevabilité de la requête (§ 7), le Comité procède à son examen au fond.

Il statue d'abord sur le grief tiré de l'article 3 de la Convention en rappelant essentiellement que l'obligation de non-refoulement existe dès qu'il y a des « motifs sérieux » de croire qu'une personne risque d'être soumise à la torture dans [l'État de destination], que ce soit à titre individuel ou en tant que membre d'un groupe », c'est-à-dire qu'elle court un risque qui est « prévisible, personnel, actuel et réel »

(§ 8.2 ; Comité contre la torture, *Application de l'article 3 de la Convention dans le contexte de l'article 22*, Observation générale n° 4, 2017, § 9 et § 11).

Premièrement, fidèle à sa position constante, le Comité examine le respect *in concreto* par l'État partie de ses obligations procédurales puisque « le droit à un recours utile que contient l'article 3 de la Convention exige [...] qu'il soit possible de procéder à un examen effectif, indépendant et impartial de la décision d'expulsion » (§ 8.4 ; Comité contre la torture, *Agiza c. Suède*, constatations du 20 mai 2005, communication n° 233/2003, doc. CAT/C/34/D/233/2003, § 13.7) dans une langue que la personne comprend ou avec l'assistance d'un interprète (Comité contre la torture, Observation générale n° 4, précitée, § 13 et § 18.c)). D'abord, s'agissant du déroulement de la procédure, le Comité considère que les informations disponibles – en particulier le contenu des procès-verbaux d'auditions signés par l'auteur –, ne démontrent pas que le déroulement de celles-ci en *tigrinya*, qui n'est pas sa langue maternelle, constituerait une violation de l'obligation de l'État partie « d'assurer un examen effectif, indépendant et impartial » (§ 8.4 ; *a contrario* en présence d'une demande expresse de ne pas être auditionné dans cette langue, voir *M. G. c. Suisse*, constatations du 7 décembre 2018, communication n° 811/2017, doc. CAT/C/65/D/811/2017, § 7.4). Ensuite, concernant le délai de traitement de la demande d'asile – que le Comité semble rarement avoir l'occasion d'examiner –, il rappelle que « des garanties fondamentales » doivent être offertes, notamment quant « à la rapidité et à la transparence de la procédure » (Comité contre la torture, Observation générale n° 4, précitée, § 13), en particulier aux personnes vulnérables comme les demandeurs d'asile et les mineurs non accompagnés (§ 8.5 ; *Ibid.*, § 40). En l'espèce, les dix-huit mois séparant l'audition préliminaire de l'audition approfondie sur les motifs d'asile « n'indique[nt] pas en soi une erreur procédurale ». Néanmoins, le Comité opère un contrôle *in concreto* en observant, d'une part, que l'auteur a été privé, durant la seconde audition lors de laquelle il était majeur, de l'assistance d'une curatrice dont il avait bénéficié mineur, et d'autre part, que l'État partie n'a pas justifié l'absence d'audition approfondie durant la minorité de l'auteur, qui aurait alors « bénéficié d'un niveau de protection plus important en raison de son âge » (§ 8.5). Par conséquent, dans ces circonstances, le Comité estime que ce délai viole l'obligation de l'État partie d'assurer un examen effectif de la demande d'asile.

Deuxièmement, le Comité analyse le respect par l'État partie de ses obligations substantielles, conditionné par la question de savoir si « le requérant risque actuellement de subir des tortures en cas de renvoi en Érythrée » (§ 8.6). S'appuyant volontiers, comme souvent, sur des rapports récents relatifs à la situation des droits de l'homme en Érythrée, le Comité remarque que « la désertion, l'insoumission et la sortie illégale » sont sanctionnées arbitrairement, notamment par la détention, régulièrement assortie d'actes de torture (§§ 8.7-8.8, *a contrario* pour un cas où la désertion – ici de l'Agence nationale de renseignement – n'entraîne pas de risque de torture, voir *A.M. c. Suisse*, constatations du 15 novembre 2018, communication n° 841/2017, CAT/C/65/D/841/2017, § 7.7). En l'espèce, le Comité note que les allégations de l'auteur sont compatibles avec les informations connues sur la situation érythréenne. Il termine son analyse en ajoutant que les incohérences mineures soulignées par l'État partie – sans doute évaluées à l'aune de la « fragilité physique et psychologique de la majorité des [...] demandeurs d'asile » (Comité contre la torture, Observation générale n° 4, précitée, § 49.h) et i) – ne remettent pas en cause sa crédibilité (§ 8.9).

Dès lors, dans une formulation doublement négative inhabituelle, le Comité indique qu'il « ne peut pas conclure qu'en l'espèce, il n'existe pas un risque prévisible, réel et personnel pour le requérant d'être soumis à la torture en cas de renvoi vers l'Érythrée ». Son renvoi violerait ainsi l'article 3 de la Convention (§ 8.10). Cette conclusion contraste avec les formules classiques de constat de violation par le Comité telles que : « le requérant a suffisamment démontré qu'il courrait un risque prévisible, réel et personnel de torture » (voir Comité contre la torture, *Alhaj Ali c. Maroc*, constatations du 3 août 2016, communication n° 682/2015, doc. CAT/C/58/D/682/2015, § 8.9) ou « il existe des motifs sérieux de croire que l'auteur risque d'être soumis à la torture » (voir Comité contre la torture, *Mutombo c. Suisse*, constatations du 27 avril 1994, communication n° 13/1993, doc. CAT/C/12/D/13/1993, § 9.4). Toutefois, le Comité s'écarte également nécessairement de son énoncé traditionnel en cas de non-violation, selon lequel « le requérant n'a pas fourni d'éléments de preuve suffisants pour lui permettre de conclure que son [renvoi] lui ferait courir [un tel risque] » (voir Comité contre la torture, *A. c. Canada*, constatations du 9 mai 2016, communication n° 583/2014, doc. CAT/C/57/D/583/2014). La tournure intermédiaire de l'espèce s'explique sans doute par le fait que, sans aller jusqu'à convaincre le Comité d'un risque précisément caractérisé, l'auteur a établi, conformément à la charge de la preuve en la matière, une allégation défendable *prima facie* quant au risque de torture. Il revenait alors ensuite à l'État d'évaluer convenablement ce risque (M. Nowak et E. MacArthur, *The United Nations Convention Against Torture : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 1649 p., spéc. p. 221). Or, si « [l]e Comité accorde un poids considérable aux conclusions des organes de l'État partie », il n'y est pas lié (§ 8.2) et paraît en l'espèce avoir estimé que les autorités nationales n'ont pas suffisamment examiné le risque de torture et justifié leurs décisions, notamment au regard des allégations du requérant et des maigres informations disponibles sur la conscription des jeunes et la torture infligée à ceux qui ont quitté l'Érythrée illégalement (§§ 8.9-8.10, voir aussi Comité contre la torture, *Bakay c. Maroc*, constatations du 4 décembre 2019, communication n° 826/2017, doc. CAT/C/68/D/826/2017, § 7.11).

En revanche, « le Comité n'estime pas nécessaire d'examiner le grief de violation de l'article 16 de la Convention » selon lequel le service militaire érythréen serait constitutif d'esclavage et de travail forcé (§ 3.8). Au demeurant, la frontière vaporeuse entre les notions de mauvais traitements et de torture (Comité contre la torture, *Application de l'article 2 par les États parties*, Observation générale n°2, 2008, § 3) ainsi que l'absence de vérification de chaque élément de définition de la torture lors du constat de violation de l'article 3 de la Convention permettent de s'interroger quant à la persistance de l'exclusion des mauvais traitements du champ d'application de l'obligation de non-refoulement.

Partant, le Comité conclut sommairement, sans autres formes de réparations spécifiques ou recommandations générales, que l'État ne doit pas renvoyer le requérant vers l'Érythrée (*a contrario*, voir Comité contre la torture, *Onder c. Maroc*, constatations du 10 mai 2019, communication n° 845/2017, doc. CAT/C/66/D/845/2017, § 9).

Victoria Dhaisne

**Comité contre la torture, Y. c. Suisse, 12 novembre 2021, communication n° 916/2019, U.N. doc. CAT/C/72/D/916/2019.**

**Résumé :** *Dans la lignée des constatations X. c. Suisse rendues quatre mois plus tôt, le Comité contre la torture conclut que la Suisse méconnaîtrait ses engagements découlant de l'article 3 de la Convention, et plus précisément, son obligation de non-refoulement, si elle procédait au renvoi d'un érythréen ayant illégalement quitté le territoire lorsqu'il était encore mineur afin d'échapper à ses obligations militaires, ce qui l'exposerait dès lors à son retour à des sanctions en tant que déserteur. L'intérêt principal de ces constatations tient à la prise en compte afin caractériser le risque encouru par le requérant, de rapports postérieurs aux décisions des autorités suisses sur la demande d'asile du requérant.*

**Mots clés :** épuisement des voies de recours internes ; principe de non-refoulement ; torture ; droit à un recours utile ; conscription ; désertion ; preuve.

L'auteur de la communication, Y., est né le 5 novembre 1998 à Hadish Adi en Érythrée, État dont il détient la nationalité et où il a vécu quasiment jusqu'à l'âge de ses 16 ans. Au début de l'année 2014, après avoir été soupçonné à tort d'être adepte d'un mouvement religieux non reconnu par l'État, il aurait été arrêté et détenu deux mois et demi par l'armée érythréenne pour laquelle il aurait travaillé dans un champ maraîcher (§§ 2.3-2.4). Quelques mois après sa libération, sa mère a été informée par l'administrateur du village qu'il allait devoir commencer son entraînement militaire en raison de sa déscolarisation. Opposé à cette obligation de conscription pour une durée indéterminée, et par crainte d'être pris dans une nouvelle rafle, il a décidé de quitter illégalement l'Érythrée en octobre 2014 (§ 2.6). L'auteur de la communication arrive en Suisse en mai 2015, en tant que mineur non accompagné, et il enregistre une demande d'asile le 28 mai 2015 (§ 2.9). Il est alors auditionné seul à deux reprises en juin 2015 et une fois le 14 juillet 2016 en présence de sa curatrice, afin de présenter les motifs de sa demande d'asile (§§ 2.10-2.11).

Sa demande est rejetée le 6 mars 2017 par le Secrétariat d'État aux migrations et il dépose un recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral le 7 avril 2017 (§§ 2.11-2.14). Ce recours est lui aussi rejeté le 22 novembre 2018 par le Tribunal administratif fédéral. D'une part, le Tribunal considère qu'il n'existe pas de circonstances propres à conclure que le requérant serait, en cas de retour, personnellement exposé à un risque majeur de sanction en raison de son départ illégal. D'autre part, en l'absence de circonstances propres à la situation du requérant, le Tribunal considère qu'on ne saurait admettre que le renvoi vers l'Érythrée d'un ressortissant érythréen astreint au service national serait illicite (§ 2.15). Le 28 novembre 2018, le Secrétariat d'État aux migrations informe le requérant qu'il est tenu de quitter le territoire le 27 décembre 2018 au plus tard (§ 2.16).

Le 21 février 2019, il introduit une communication devant le Comité contre la torture, en soutenant à titre principal que si la Suisse le renvoyait vers l'Érythrée, l'État partie méconnaîtrait son obligation découlant de l'article 3 de la Convention contre la torture (de ne pas expulser, renvoyer ou extraditer une personne vers un

État où il existe des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture (§ 3.1). Le requérant soutient plus particulièrement que, ayant quitté illégalement le pays et étant en âge de conscription, «il serait puni et exposé à un risque réel et imminent de subir un traitement inhumain et dégradant qui aurait comme conséquence de mettre son intégrité physique et psychique en grave danger» (§ 3.1). Le 16 juin 2021, le Comité demande à l'État partie de ne pas expulser le requérant vers l'Érythrée tant que sa requête est à l'examen, demande à laquelle se conforme la Suisse dès la semaine suivante (§ 1.2).

Sur la recevabilité, le Comité conclut logiquement que le requérant a bien épuisé les voies de recours internes comme l'exige l'article 22 § 5 (b) de la Convention, à tout le moins vis-à-vis d'une partie des griefs qu'il formule sur la base de l'article 3 de la Convention. Si l'auteur de la communication a en effet fait valoir en substance tout au long de la procédure le risque de torture auquel il serait exposé s'il était renvoyé vers l'Érythrée, le Comité note qu'il n'a pas soulevé devant les autorités suisses les allégations selon lesquelles ses conditions de vies ainsi que son traitement en Suisse constitueraient une violation des articles 3 et 16 de la Convention, déclarant ainsi irrecevable cette dimension de la communication (§§ 7.2-7.3). Quant à la recevabilité *ratione materiae* de la communication, le Comité considère notamment que les différents griefs formulés sur la base de l'article 3 de la Convention sont suffisamment fondés pour qu'ils puissent faire l'objet d'un examen sur le fond (§ 7.4).

Sur le fond, le Comité commence, dans un premier temps, par rappeler l'interprétation qu'il a donnée de l'article 3 de la Convention dans son Observation générale n° 4 (CAT, « Observation générale n° 4 (2017) sur l'application de l'article 3 de la Convention dans le contexte de l'article 22 », 4 septembre 2018, U.N. doc CAT/C/GC/4; voir sur le principe de non-refoulement la thèse de O. Delas, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme. De la consécration à la contestation*, Bruxelles, Bruylant, 2011). Le Comité précise dans cette Observation générale que l'obligation de non-refoulement existe d'une part, « 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 », et d'autre part, « qu'il existe des "motifs sérieux" chaque fois que le risque est "prévisible, personnel, actuel et réel" » (§ 8.2; CAT, « Observation générale n° 4 », précitée, § 11). Le Comité précise également que si la charge de la preuve pèse, en premier lieu, sur l'auteur de la communication, à qui il appartient de présenter des arguments circonstanciés montrant que le risque d'être soumis à la torture est prévisible, actuel, personnel et réel, la charge de la preuve peut être renversée dans les cas où l'individu se trouve dans une situation où il ne peut pas donner davantage de détails sur son cas. Dans de telles circonstances, il appartient à l'État partie « d'enquêter sur les allégations et de vérifier les informations sur lesquelles la communication est fondée » (§ 8.2; CAT, « Observation générale n° 4 », précitée, § 38). Enfin, et dans une logique de subsidiarité, le Comité rappelle qu'il accorde un poids considérable aux conclusions des organes de l'État partie, sans qu'il ne soit évidemment lié par celles-ci, puisqu'il lui appartient toujours d'apprécier librement les informations qui lui sont soumises et de tenir compte de toutes les circonstances de chaque cause (§ 8.2; CAT, « Observation générale n° 4 », précitée, § 50).

Dans un deuxième temps, le Comité doit se prononcer sur l'argument du requérant selon lequel « les autorités suisses en matière d'asile n'ont pas examiné de manière approfondie ses arguments, les faits pertinents et les informations actuelles sur la situation des droits humains en Érythrée » (§ 8.3). Un tel grief vise implicitement le droit à un recours utile découlant de l'article 3 de la Convention, tel que précisé dans les constatations *M.G. c. Suisse* (CAT, constatations du 7 décembre 2018, *M.G. c. Suisse*, communication n° 811/2017, U.N. doc. CAT/C/65/D/811/2017). Le Comité y énonce que le droit à un recours utile exige qu'il soit procédé « à un examen effectif, indépendant et impartial de la décision d'expulsion ou de renvoi une fois la décision prise, si l'on est en présence d'une allégation plausible mettant en cause le respect de l'article 3 » (CAT, *M.G. c. Suisse*, précitées, § 7.4). Un tel droit avait été méconnu dans cette affaire par les autorités suisses à l'égard d'un ressortissant érythréen, car l'État partie n'avait « pas donné la possibilité au requérant de démontrer les risques qu'il encourrait en cas de retour forcé en Érythrée » (*Ibid.*). Dans les constatations plus récentes *X. c. Suisse*, ce même droit avait été méconnu en raison du fait que la demande d'asile d'un mineur érythréen, initiée lorsqu'il avait dix-sept ans et un mois, n'avait donné lieu à une audition approfondie qu'après ses dix-huit ans, le privant dès lors d'un niveau de protection plus important en raison de son âge (CAT, constatations du 22 juillet 2021, *X. c. Suisse*, communication n° 900/2018, U.N. doc. CAT/C/71/D/900/2018, § 8.5). Or, force est de constater que dans les faits de l'espèce, comme le soutenait l'État partie, un tel grief apparaissait insuffisamment étayé (§ 4.13). D'abord, Y. a été auditionné le 14 juillet 2016 lorsqu'il était encore mineur en présence d'une curatrice afin qu'il expose les motifs de sa demande d'asile. Ensuite et surtout, le Comité, « ayant examiné le raisonnement détaillé sur lequel sont fondées les décisions d'asile », observe que les informations disponibles ne lui permettent pas de conclure que lors de la procédure d'asile, l'État n'a pas conduit un examen effectif, indépendant et impartial de sa demande. Partant, son droit à un recours utile prévu par l'article 3 n'a pas été méconnu par la Suisse (§ 8.4).

Dans un dernier temps, il appartient au Comité d'examiner si, en renvoyant le requérant vers l'Érythrée, l'État partie l'exposerait à un risque prévisible, réel et personnel de subir des actes de torture, en violation de l'obligation de non-refoulement prévue par l'article 3 de la Convention. C'est ce point qui constitue l'enjeu principal de ces constatations. Aux fins de cet examen, « le Comité se réfère à des rapports récents sur la situation des droits humains en Érythrée, tout en notant que les rapports cités [...] ont été publiés après l'émission des décisions des autorités suisses sur la demande d'asile du requérant » (§ 8.5). Trois sources sont principalement mobilisées par le Comité : tout d'abord, et très logiquement, les travaux de la Rapporteuse spéciale sur la situation des droits de l'homme en Érythrée en date du 16 mai 2019 et 11 mai 2020 (AGNU, « Situation des droits de l'homme en Érythrée, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des droits de l'homme en Érythrée, 41<sup>ème</sup> session, 16 mai 2019, U.N. doc. A/HRC/41/53 ; AGNU, « Situation des droits de l'homme en Érythrée », Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des droits de l'homme en Érythrée, 44<sup>ème</sup> session, 11 mai 2020, U.N. doc. A/HRC/44/23) ; ensuite, le rapport de l'organisation non-gouvernementale *Human Rights Watch* en date du 8 août 2019 (*Human Rights Watch*, « *They Are Making Us into Slaves, Not Educating Us* », *How Indefinite Conscription Restricts Young People's Rights, Access to Education in Eritrea* », 8 août 2019) ; enfin, les travaux du Secrétariat d'État aux migrations lui-même, qui a rédigé un rapport publié par le



Bureau européen d'appui en matière d'asile en septembre 2019 (*European Asylum Support Office*, « *Eritrea, National service, exit and return* », *Country of Origin Information Report*, septembre 2019). Faut-il encore ici souligner que cette prise en compte par le Comité de rapports postérieurs à la dernière décision des autorités suisses en matière d'asile, aussi audacieuse soit-elle d'un point de vue probatoire, puisque supposant l'examen d'informations dont ne pouvaient pas disposer les autorités nationales au moment des faits, est logique afin d'éviter d'exposer le requérant, à partir de la saisine du Comité, à des risques pourtant caractérisés de torture sur la base de rapports actualisés. D'ailleurs, le Comité avait déjà tranché en ce sens le 22 juillet 2021 dans l'affaire *X c. Suisse* (CAT, *X. c. Suisse*, précitées, § 8.6) et il semble dès lors entériner une telle pratique à travers les présentes constatations.

Ces rapports permettent au Comité de caractériser, sur la base d'éléments généraux, le risque personnellement encouru par le requérant s'il venait à être renvoyé en Érythrée. À cet égard, les autorités suisses ont pu soutenir que l'auteur de la communication « n'a pas rendu vraisemblable l'affirmation selon laquelle il aurait violé ses obligations militaires préalablement à son départ illégal » (§ 4.17) considérant notamment qu'il n'avait pas l'âge requis pour servir lorsqu'il était encore sur le territoire érythréen, qu'il n'avait pas eu de contact concret préalable avec les autorités militaires avant son départ et que la lettre de convocation du 5 janvier n'était pas de nature à établir que le requérant était destiné à être recruté (§ 2.15). Les conclusions du Comité sont pourtant tout autres. Il observe que le recrutement militaire en Érythrée vise parfois des jeunes âgés de moins de dix-huit ans et souligne « qu'au vu de l'absence d'informations disponibles sur les méthodes de recrutement utilisées pour la conscription des jeunes en Érythrée, le Tribunal administratif fédéral n'a pas justifié sa conclusion selon laquelle la convocation reçue par la famille du requérant n'avait pas été préparée par le service de la population de Hadish Adi aux fins de la conscription du requérant, qui était alors âgé de 16 ans » (§ 8.7). Par ailleurs, le Comité relève que des sanctions pour désertion, insoumission et sortie illégale du territoire continuent d'être appliquées en Érythrée de façon arbitraire et incohérente et que ces dernières peuvent donner lieu à de l'emprisonnement pour des périodes allant d'un à douze mois, voire trois ans dans les cas où l'individu avait quitté le pays sans autorisation préalable. Enfin, le Comité note que les détenus peuvent être victimes d'actes de torture (§ 8.6).

Ces éléments fondent dès lors la conclusion implacable du Comité qu'il affirme avec force : « [e]u égard aux allégations du requérant selon lesquelles des rafles avaient souvent lieu dans son village aux fins de conscription, ce qui l'a motivé à quitter son pays de manière illégale ; eu égard également aux informations récentes sur le recours généralisé en Érythrée à la conscription des jeunes, particulièrement de sexe masculin, et sur la possibilité pour les insoumis et ceux qui ont quitté le pays de manière illégale d'être victimes d'actes de torture à leur retour ; eu égard enfin au peu d'informations disponibles et fiables sur l'ampleur de ce risque, le Comité ne peut pas conclure qu'en l'espèce, il n'existe pas un risque prévisible, réel et personnel pour le requérant d'être soumis à la torture en cas de renvoi vers l'Érythrée » (§ 8.8). En conséquence, l'État partie violerait l'article 3 s'il renvoyait le requérant et le Comité estime que la Suisse est tenue de s'abstenir de mettre en œuvre un tel renvoi (§§ 9-10).

Ce raisonnement du Comité n'apparaît pas surprenant tant il s'inscrit dans la lignée directe des constatations *X. c. Suisse* rendues quatre mois plus tôt. Dans cette affaire, le requérant, également né en 1998, présentait un récit similaire à Y. : lui

aussi était déscolarisé lorsqu'il était mineur en Érythrée, prétendait se cacher des rafles qui avaient lieu dans son village et avait quitté le pays lorsque les autorités militaires avaient cherché à entrer en contact afin de l'enrôler de force (CAT, *X. c. Suisse*, précitées, § 2.1). Si donc, dans le fond, les constatations *Y. c. Suisse* du 12 novembre 2021 sont très largement inspirées de ces dernières, rendues le 22 juillet 2021, on peut toutefois relever une légère différence de forme, et plus précisément de vocabulaire, entre celles-ci : par deux fois, la formulation de *X. c. Suisse* relative à la « situation des droits de l'homme en Érythrée » (CAT, *X. c. Suisse*, précitées, § 8.6) se voit substituée dans les présentes constatations par celle de « situation des droits humains en Érythrée » (CAT, *Y. c. Suisse*, précitées, §§ 8.4 et 8.5). Il ne faudrait toutefois pas tirer de conclusion hâtive sur ce qui ne semble ici n'être qu'une errance linguistique plutôt qu'une volonté d'entériner un changement définitif de vocabulaire dans les constatations du Comité contre la torture. L'on s'en convaincra en prenant l'exemple de constatations adoptées à la même date, dans lesquelles le Comité emploie de nouveau l'expression « droits de l'homme » (voir par exemple, lors de la même session CAT, constatations du 12 novembre 2021, *P. S. c. Suède*, communication n° 1000/2020, U.N. doc. CAT/C/72/D/1000/2020). On pourrait toutefois plus modestement y voir une tendance relativement nouvelle au sein de certains comités conventionnels des Nations Unies à varier leur terminologie et à privilégier parfois, ci et là, la formule « droits humains » (voir, à titre d'illustration, CERD, constatations du 25 novembre 2021, *Daniel Kotor c. France*, communication n° 65/2018, U.N. doc. CERD/C/105/D/65/2018 ; CESCR, constatations du 12 octobre 2021, *Lorne Joseph Walters c. Belgique*, communication n° 61/2018, U.N. doc. E/C.12/70/D/61/2018 ; CEDAW, constatations du 25 octobre 2021, *Khanum Jeiranova c. Géorgie*, communication n° 140/2019, U.N. doc. CEDAW/C/80/D/140/2019 ; CEDAW, constatations du 18 février 2021, *Magdulein Abaida c. Libye*, communication n° 133/2018, U.N. doc. CEDAW/C/78/D/130/2018).

Olivier Pedeboy

**Comité contre la torture, *Damián Gallardo Martínez c. Mexique*, 18 novembre 2021, communication n° 992/2020, U.N. doc. CAT/C/72/D/992/2020.**

**Résumé :** *Le Comité contre la torture conclut à la violation de multiples dispositions de la Convention en raison d'actes de torture commis à l'encontre d'un défenseur des droits de l'homme détenu de manière arbitraire. Le Comité s'inscrit ainsi dans l'orbe d'autres organes de protection des droits ayant dénoncé l'existence de nombreuses attaques à l'encontre des défenseurs des droits de l'homme et des minorités au Mexique.*

**Mots clés :** torture ; détention arbitraire ; enquête effective.

**M.**

Martínez, défenseur du droit à l'éducation et des droits des peuples autochtones (§ 1), est arrêté le 18 mai 2013 (§ 2.2). Lors de son arrestation, il fait l'objet de mauvais traitements (§ 2.2). Il est ensuite détenu au secret, frappé afin qu'il divulgue des informations, forcé de signer des feuilles blanches ensuite utilisées comme preuve d'auto-incrimination (§ 2.3). Le lendemain, un rapport médical constate des ecchymoses, mais ne mentionne pas le moment où les blessures ont été causées ou la façon dont elles l'ont été (§ 2.4). Le requérant est ensuite inculpé pour participation au crime organisé et kidnapping de deux enfants mineurs (§ 2.10). Par la suite, M. Martínez est transféré dans une prison de sécurité maximum (§ .10). Plus d'un an après le début de sa détention, un avis médical et psychologique conclut à la commission d'actes de torture (§ 2.14). Deux autres rapports médicaux réalisés durant la détention démontrent un stress post-traumatique ainsi que des blessures causées par des coups (§§ 2.15-2.16). Après cinq années de détention, le requérant est acquitté à la suite d'un non-lieu (§ 2.10).

Devant les juridictions internes, la sœur de M. Martínez dépose une demande d'*amparo* pour disparition, détention au secret, torture et risque d'atteinte à la vie (§ 2.17). Celle-ci signale également la détention et la disparition de son frère à la Commission nationale des droits de l'homme qui dépose deux plaintes concernant ces faits (§ 2.18). La sœur de M. Martínez dépose également plainte pour torture et une enquête préliminaire est ouverte, mais, à ce jour, aucun progrès n'a été enregistré (§ 2.19). M. Martínez fait appel des ordonnances de détention émises contre lui et dépose deux recours en *amparo* (§§ 2.20-2.22). Les requérants portent une nouvelle fois plainte contre les agents de la police fédérale, une enquête préliminaire est ouverte, mais aucun progrès n'a été enregistré (§ 2.21).

Le Comité est saisi par M. Martínez, en son nom propre et au nom de ses autres enfants mineurs, ainsi que par ses proches afin de faire constater une violation des articles 1, 2, 11, 12, 13, 14 et 15 de la Convention contre la torture, garantissant respectivement la prohibition de la torture, l'obligation étatique de prendre des mesures appropriées afin de lutter contre celle-ci, la prohibition spécifique de celle-ci dans le cadre d'interrogatoires, l'obligation de mener une enquête en cas d'allégation de torture, le droit de porter plainte, le droit à la réparation ainsi que l'impossibilité de considérer un élément obtenu sous torture comme élément de preuve. Afin de comprendre les enjeux de la présente affaire,

plusieurs éléments doivent être soulignés. De nombreux organes des Nations Unies se sont mobilisés et certains ont demandé la libération immédiate du plaignant (§ 2.25 ; Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, Procédures spéciales, Rapporteuse spéciale sur les défenseurs des droits de l'homme, appel urgent du 22 avril 2014, doc. UA G/SO 214 (67-17) G/SO 214 (107-9) G/SO 214 (53-24) MEX 3/2014 ; Nations Unies, Assemblée Générale, Groupe de travail sur la détention arbitraire, communication du 20 juin 2014, A/HRC/WGAD/2014/23). Au demeurant, les requérants expliquent que les poursuites pénales engagées contre le plaignant « s'inscrivent dans une logique de torture et de criminalisation de la contestation sociale » et recensent de nombreuses détentions arbitraires de défenseurs des droits (§ 2.26).

Avant d'étudier les griefs allégués, le Comité vérifie la recevabilité de la requête. Le premier point litigieux concerne la saisine du Groupe de travail sur la détention arbitraire et du Rapporteur spécial sur la torture. Le Comité admet la recevabilité de la requête considérant que le mandant du Groupe de travail est limité *ratione materiae* et que les procédures spéciales ne constituent pas des procédures internationales d'enquête ou de règlement (§ 6.2) et réaffirme ainsi la complémentarité des organes onusiens (voir Comité contre la torture, *Déogratias Niyonzima c. Burundi*, constatations du 21 novembre 2014, communication n° 514/2012, doc. CAT/C/53/D/514/2012, § 7.1). Le second élément litigieux concerne l'épuisement des voies de recours internes. L'État nie celui-ci considérant que les enquêtes préliminaires sont pendantes et que les requérants n'ont signalé aucun manquement ou retard dans l'enquête en engageant une procédure d'*amparo* (§ 4.2). Conformément à sa jurisprudence (voir Comité contre la torture, *A.E. c. Suisse*, constatations du 8 mai 1995, communication n° 24/1995, doc. CAT/C/14/D/24/1995, § 4) reflétant une position commune en droit international des droits de l'homme (voir Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 5, § 2.b) ; Comité des droits de l'homme, *Fillastré Bizouarn c. Bolivie*, constatations du 5 novembre 1991, communication n° 336/1988, doc. CCPR/C/43/D/336/1988, § 5.2 ; CEDH, GC, arrêt du 16 septembre 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, req. n° 21893/93, § 68), le Comité affirme que la condition de l'épuisement des voies de recours internes ne s'applique pas si ces recours se prolongent de manière déraisonnable (§ 6.4). En l'espèce, le Comité conclut que tel est le cas puisque le recours court depuis plus de huit ans sans qu'aucun progrès significatif n'ait été réalisé et sans que l'État justifie ce retard (§§ 6.4-6.5). Troisièmement, le Comité considère que les griefs présentés au titre des articles 1, 2 et 11 à 15 sont suffisamment étayés et les déclare recevables (§ 6.6). La recevabilité de la communication est donc admise.

Dès lors, il convient d'examiner les allégations de violation de la Convention. À titre liminaire, le Comité considère que les conditions d'arrestation et de détention du requérant constituent des actes de torture au sens de l'article premier (§§ 7.3-7.4). Premièrement, concernant l'article 2, le Comité note que M. Martínez a été détenu sans mandat, interrogé sous la torture et contraint de signer des aveux (§ 7.5). Le Comité inscrit le cas particulier du plaignant dans un cadre systémique d'atteinte aux droits des détenus. En effet, le Comité rappelle qu'il a déjà prié l'État de « prendre des mesures efficaces pour faire en sorte que les détenus bénéficient de toutes les garanties fondamentales » (voir Comité contre la torture, Observations finales concernant le septième rapport périodique du Mexique, 2019, doc. CAT/C/MEX/CO/7, § 15). Dans ce cadre, le Comité considère que l'État

partie a manqué à son obligation de prendre des mesures efficaces pour prévenir les actes de torture (§ 7.5). Deuxièmement, les requérants invoquent une violation de l'article 11 de la Convention considérant que « l'État partie n'a pas mis en place de mécanismes d'évaluation du respect des lois et règlements en vigueur, ce qui a ouvert la voie à de graves irrégularités dans l'enregistrement de la détention et le manque d'accès à un avocat et à un médecin indépendant » (§ 7.6). Le Comité insiste sur l'obligation de l'État d'assurer le réexamen systématique des procédures d'interrogatoire et d'arrestation et conclut à la violation de l'article 11 (§ 7.6). Troisièmement, le Comité étudie les allégations de violation des articles 12 et 13 de la Convention. Le Comité rappelle que l'article 12 fait obligation aux États parties de veiller à ce que leurs autorités compétentes procèdent à une enquête rapide et impartiale chaque fois qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture a été commis (§ 7.8 ; dans le même sens voir CEDH, arrêt du 18 décembre 1996, *Akosy c. Turquie*, req. n° 21987/93, § 98). Plus encore, le Comité en a déduit que les enquêtes sur de tels faits doivent être menées d'office (voir Comité contre la torture, *Ramiro Ramírez Martínez c. Mexique*, constatations du 4 août 2015, communication n° 500/2012, doc. CAT/C/55/D/500/2012, § 17.7). Au surplus, l'enquête doit être menée avec célérité et impartialité puisque les traces physiques de la torture disparaissent rapidement (§ 7.9 ; voir *ibid*, § 17.8). Ainsi, le Comité conclut à la violation de l'article 12 et, sans précision particulière, à la violation de l'article 13. Quatrièmement, les requérants considèrent que le préjudice subi n'a pas été réparé. Le Comité, rappelant son Observation générale n° 3 selon laquelle la famille immédiate ou les personnes à charge de la victime sont considérées comme des victimes, conclut à la violation de l'article 14 à l'égard de M. Martínez et des autres requérants (§ 7.11 ; Comité contre la torture, *Application de l'article 14 par les États parties*, Observation générale n° 3, 2012, doc. CAT/C/CG/3, § 3). Cinquièmement, le Comité note que le plaignant a été contraint de s'auto-incriminer contrairement à l'article 15. Le Comité constate dès lors la violation par l'État de son obligation de veiller à ce que toute déclaration faite sous la torture ne puisse être utilisée dans le cadre d'un procès (§ 7.12 ; voir Comité contre la torture, Observations finales concernant le septième rapport périodique du Mexique, 24 juillet 2019, doc. CAT/C/MEX/CO/7, §§ 20-21).

Le Comité conclut à une violation de l'article 2, lu isolément et conjointement avec les articles 1<sup>er</sup>, 11, 12, 13, 14 et 15 de la Convention, au détriment de M. Martínez, et de l'article 14, au détriment des autres requérants (§ 8). Partant, l'organe onusien demande à l'État partie d'ouvrir une enquête concernant les actes de torture, de poursuivre les personnes responsables, de réparer le préjudice et de prendre les mesures nécessaires pour fournir des garanties de non-répétition, y compris la cessation de la criminalisation de la défense des droits des peuples autochtones (§ 9 ; voir Conseil des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones*, 10 septembre 2018, doc. A/HRC/39/17, §§ 71-77). Ainsi, l'étude de la présente communication dans son contexte permet au Comité de retenir aisément de nombreuses violations de la Convention, caractéristiques du contexte de violences systémiques envers les défenseurs des droits de l'homme et des peuples autochtones, notamment dans le cadre de la détention.

Claire Méric

## Comité des droits des personnes handicapées

**Comité des droits des personnes handicapées, Grainne Sherlock c. Australie, 19 mars 2021, communication n° 20/2014, U.N. doc. CRPD/C/24/D/20/2014.**

**Résumé :** *Selon le Comité, dans le cadre de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, la juridiction d'un État partie inclut ses procédures d'immigration, étendant la garantie des droits consacrés par la dite-Convention aux personnes en situation de handicap demandeuses de visa. En outre, faire reposer l'octroi de la demande de visa sur une condition de bonne santé peut constituer une discrimination indirecte fondée sur le handicap dans la jouissance des droits garantis.*

**Mots clés :** juridiction ; procédure de demande de visa ; liberté de circulation ; droit de choisir librement son lieu de résidence ; accès à un visa de travail ; santé.

L' auteure de la communication, Grainne Sherlock, de nationalité irlandaise (§ 1), mariée et mère de deux enfants, est soignée depuis 2008 pour une sclérose en plaque à l'aide du Tysabri, un traitement, administré par perfusion à l'hôpital de manière mensuelle. Grâce à ce traitement, elle est désormais en bonne santé (§ 2.1). Occupant un poste de commerciale cadre supérieur dans la société Oracle à Dublin, le 5 novembre 2012, l'auteure est choisie pour un poste de niveau supérieur dans la même société à Melbourne en Australie (§ 2.2). Elle présente alors une demande de visa de sous-classe 457 (main d'œuvre qualifiée) parrainée par la société par voie électronique auprès du Ministère australien de l'immigration et de la citoyenneté (ci-après, le « Ministère ») le 30 novembre 2012 (§ 2.2). En raison du Règlement sur les migrations de 1994, ce type de visa implique une obligation de bonne santé du demandeur ou, à défaut, que l'employeur s'engage à s'acquitter de tous les frais médicaux de la personne recrutée. L'auteure souscrit à une assurance Platinum pour visiteurs étrangers conformément à la procédure de demande de visa et, en vertu d'un accord de réciprocité en vigueur entre les deux États, est autorisée à adhérer au système public australien d'assurance maladie (§ 2.3). Le 28 janvier 2013, le Ministère informe Deloitte, « agent de migration » pour Oracle, que le coût du traitement de l'auteure s'élevant à 97 000 dollars australiens pour quatre ans, au-dessus du seuil de 35 000 dollars australiens, celle-ci ne satisfaisait pas à l'obligation de bonne santé. Sa demande pourrait toutefois être accueillie si Oracle, parrainant sa demande, s'engageait à prendre en charge tous les traitements ou autres liés à sa sclérose en plaque (§ 2.4), y compris au moyen d'un accord privé avec l'auteure (§ 2.6). Le 31 janvier 2013, l'auteure informe Deloitte et Oracle qu'elle est prête à s'acquitter des frais non couverts par l'assurance australienne par la déduction de leur montant de son salaire. Le 1<sup>er</sup> février 2013, le Ministère informe Deloitte que ce type d'accord n'est pas permis en droit australien. Le 15 février 2013, Oracle refuse de signer l'engagement de parrainage (§ 2.4). Le 19 février 2013, l'auteure informe Oracle et l'autorité australienne d'enregistrement des agents de migration que, sous certaines conditions, son assureur australien couvrirait le coût du traitement par le Tysabri, le coûts des séjours d'hospitalisation à 100 % ainsi que les traitements en ambulatoire à 150 %. Le 22 février 2013, Oracle retire la demande de visa de l'auteure et annule sa nomination pour le poste (§ 2.4).

Le 1<sup>er</sup> mai 2013, l'auteure adresse une lettre au Ministre australien de l'immigration et de la citoyenneté pour que le traitement discriminatoire fondé sur sa maladie de son dossier fasse l'objet d'une enquête (§ 2.5). Le 14 juin 2013, un fonctionnaire du Ministère lui répond que son assureur ne couvrirait qu'à hauteur de 500 dollars les coûts des produits pharmaceutiques et appliquerait un délai de carence de douze mois pour les traitements en lien avec sa sclérose en plaque (§ 2.6). Durant cette période, l'auteure et sa famille subissent de nombreux préjudices matériels – pertes de revenus professionnels pour les deux époux et de qualité de vie pour l'ensemble de la famille (§ 2.6) – et psychiques – à la suite de l'annulation du projet familial de partir en Australie (§ 2.7).

Devant le Comité des droits des personnes handicapées (ci-après, le « Comité »), l'auteure entreprend notamment de démontrer que l'État australien exerçait bien sa juridiction au regard de l'article 1<sup>er</sup> § 1 du Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées (adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution A/RES/61/106 du 13 décembre 2006, entré en vigueur le 3 mai 2008, ci-après, le « Protocole »). À cette fin, l'auteure se prévaut notamment d'une interprétation fondée sur l'objet et le but de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution A/RES/61/106 du 13 décembre 2006, entrée en vigueur le 3 mai 2008, ci-après, « la Convention »), en application de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (adoptée à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980) (§ 5.1). Elle invoque également l'Observation générale n° 31 du Comité des droits de l'homme (*La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, 2004, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 10) portant sur le respect et la garantie des droits tirés du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XX) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, ci-après, le « Pacte »), à toute personne se trouvant sous le pouvoir ou le contrôle effectif de l'État (§ 5.2). Elle soutient que dès lors qu'elle prétend à la migration dans un État, elle relève de la juridiction de celui-ci « pendant toute la période de traitement de sa demande de visa » (§ 5.1), indépendamment de sa présence sur son territoire (§ 5.2), la décision d'accorder ou non un visa « contrôl[ant] le comportement des non-ressortissants » (§ 5.3). Dans le cadre de cette procédure, l'État doit alors garantir à l'auteure les droits qu'elle tient de la Convention sans discrimination et par toute mesure appropriée (art. 4 § 1, al. a) à e) portant sur les obligations générales), en particulier en « interdis[ant] toutes les discriminations fondées sur le handicap et [en] garantiss[ant] [...] une égale et effective protection juridique contre toute discrimination [...] » (art. 5 § 2) et en reconnaissant et en garantissant « aux personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres, le droit de circuler librement [et] de choisir librement leur lieu de résidence » (art. 18 § 1) (§§ 3.1 ; 5.4).

L'État considère quant à lui que la Convention serait « d'application territoriale limitée », et dans le contexte des lois migratoires, qui ne servent qu'à réguler les entrées sur le territoire, il n'exercerait pas un droit de contrôle suffisant ou « effectif » (§ 6), nécessaire pour estimer qu'un individu relève de sa juridiction (§ 4.6). Par-là, il réitère sa « déclaration » émise au moment de la ratification de la Convention, dans laquelle il « entend [...] que la Convention ne donne à une personne le droit d'entrer ou de rester dans un pays dont elle n'est pas résidente »

(la déclaration est disponible en intégralité sur le site des Nations Unies, *Collection des traités*). En outre, il se fonde sur le paragraphe 5 de l'Observation générale n° 15 du Comité des droits de l'homme (*Situation des étrangers au regard du Pacte*, 1986) à propos de l'article 12 du Pacte, dont la pertinence est contestée par l'auteure (§ 5.5), et dans lequel le Comité des droits de l'homme explique que « [l]e Pacte ne reconnaît pas aux étrangers le droit d'entrer sur le territoire d'un État partie ou d'y séjourner » et qu'« [e]n principe, il appartient à l'État de décider qui il admet sur son territoire ». Toutefois, ce paragraphe précise que « dans certaines situations, un étranger peut bénéficier de la protection du Pacte même en ce qui concerne l'entrée ou le séjour : tel est le cas si *des considérations relatives à la non-discrimination* [...] entrent en jeu » [notre accentuation], or l'espèce soulève bien de telles considérations.

Interprétant la notion de « juridiction » à l'article 1<sup>er</sup> § 1 du Protocole facultatif à la lumière de l'article 18 § 1 b) de la Convention – garantissant le droit des personnes handicapées sur la base de l'égalité avec les autres de circuler librement « y compris en ayant recours aux procédures d'immigration qui peuvent être nécessaires pour faciliter l'exercice du droit de circuler librement » –, le Comité conclut que la « juridiction d'un État partie » est « étend[ue] à ses procédures pertinentes, y compris [...] d'immigration » et que l'auteure relevait alors bien de la juridiction de l'Australie (§ 7.4). *A contrario*, en 2020, dans l'affaire *M.N. et autres c. Belgique*, la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a répondu par la négative à la question de savoir « si le fait d'avoir engagé une procédure au niveau national [en l'espèce, une demande de visa humanitaire] a pu constituer une circonstance exceptionnelle suffisante pour déclencher, unilatéralement, un lien juridictionnel extraterritorial entre les requérants et la Belgique », donnant ainsi droit aux arguments présentés par les États en l'espèce et s'inquiétant en outre d'un risque de *protection shopping* en matière de droits de l'homme de la part de potentiels demandeurs (CEDH, GC, arrêt du 5 mai 2020, *M.N. et autres c. Belgique*, req. n° 3599/18, spéc. §§ 107-109 et §§ 121-126).

Par ailleurs, l'État estime que le grief fondé sur l'article 18 n'est pas recevable, car l'auteure ne se trouve pas légalement sur son territoire au moment des faits (§ 4.1). Le Comité, considérant que « la Convention dans son ensemble et son article 18 en particulier [...] étend [...] l'obligation de protéger les droits existants aux procédures d'immigration et l'auteure ayant allégué une inégalité de traitement fondée le handicap dans l'exercice de son droit de recourir aux procédures d'immigration par rapport aux autres demandeurs », conclut que ce grief peut faire l'objet d'un examen sur le fond (§§ 7.5-7.6).

Concernant le fond de l'affaire, l'auteure estime que l'obligation de bonne santé dans le droit australien constitue un traitement différencié qui ne serait ni exercé dans un but légitime ni fondé sur des critères raisonnables et objectifs (§ 3.4), opère manifestement une discrimination à son égard en raison de son handicap (§ 3.3). Plus précisément, elle s'appuie, premièrement, sur le fait qu'elle a satisfait à l'obligation de souscrire une assurance santé privée qui couvrirait tous les soins et qu'elle bénéficierait de l'accord de réciprocité entre l'Irlande et l'Australie ; deuxièmement, sur le fait qu'elle n'aurait pas compromis l'accès des ressortissants australiens aux services publics de soins de santé ; et enfin, troisièmement, sur le fait que la contribution que sa famille et elle auraient apporté à la société australienne n'a à aucun moment été prise en compte (§ 3.3).



*A contrario*, l'État argue que ni la Convention ni le droit international n'établissent le droit d'entrer dans un pays ou d'y résider, rendant possible l'obligation de bonne santé dans les procédures de visa, cette obligation n'étant pas par elle-même discriminatoire, mais au contraire légitime, fondée sur des critères raisonnables et objectifs et, enfin, proportionnée au but à atteindre (§ 4.2). En ce sens, il réitère également la déclaration précitée dans laquelle « [l']Australie entend [...] que la Convention [...] ne modifie en rien [ses] exigences sanitaires [...] à l'égard des non-ressortissants cherchant à entrer ou rester en Australie, lorsque ces exigences sont fondées sur des critères légitimes, objectifs et raisonnables » (§ 4.10). *Premièrement*, sur le but légitime poursuivi par l'obligation de bonne santé, l'État se prévaut de la prévention de la propagation des maladies transmissibles ainsi que de la préservation du système national de santé (§ 4.11). *Deuxièmement*, concernant les critères objectifs et raisonnables fondant cette obligation, il soulève notamment que, dans l'évaluation des demandes de visa de sous-classe 457, l'obligation de souscrire à une assurance maladie et l'obligation de bonne santé sont deux critères autonomes, la dernière étant appréciée par référence à une personne fictive et indépendamment de la situation financière du demandeur par le médecin du *Commonwealth* (§ 4.4) et qu'en outre, le médecin compare « les coûts estimatifs des traitements au seuil à partir duquel le coût est qualifié d'important », soit 35 000 dollars à l'époque (§ 4.12). Par ailleurs, la dérogation prévue à cette obligation – l'engagement par l'employeur parrainant d'assumer les frais médicaux –, bien que restrictive, est cohérente avec ce programme de visa « [non] plafonné et [...] repos[ant] sur le parrainage de l'employeur » (§ 4.13). *Troisièmement*, cette obligation serait proportionnée tant parce qu'elle permet de « maîtriser [souplement] les dépenses de santé induites par la migration », qu'en raison de la possibilité d'y déroger, par l'engagement de l'employeur (§ 4.15). L'État soutient par ailleurs que, bien que son droit n'interdise pas, quant au paiement ou remboursement des frais de santé, des accords entre un employeur et son employé, ceux-ci ne sont pas pris en compte au titre de la délivrance du visa (§ 4.7).

En outre, au titre de l'article 18, l'État argue que cette obligation de bonne santé est exigée de pratiquement tous les demandeurs de visa (§ 4.3) et de tous les demandeurs d'un visa de sous-classe 457, exigence appréciée selon les mêmes critères pour tous et le handicap ou le problème médical ne faisant pas obstacle par eux-mêmes à la reconnaissance du respect de cette obligation (§ 4.9).

D'abord, le Comité confirme que la déclaration australienne est bien une déclaration interprétative et non une réserve, lui permettant dès lors d'analyser la conformité de l'obligation de bonne santé avec les articles de la Convention invoqués par l'auteur (§ 8.3). Ensuite, pour le Comité, à la lumière de sa pratique (§ 8.5, citant notamment ses constatations dans *H. M. c. Suède*, constatations du 19 avril 2012, communication n° 3/2011, doc. CRPD/C/7/D/3/2011, 2011, § 8.3), l'auteur a été victime d'« un traitement constitutif d'une discrimination indirecte » fondée sur son handicap (§ 8.8), la demande de visa de l'auteur n'ayant été rejetée « qu'au seul motif que celle-ci avait une sclérose en plaques » et « l'obligation de bonne santé [ayant] donc eu un effet disproportionné sur l'auteur » (§ 8.7).

En effet, la procédure d'examen des demandes – telle qu'elle ressort du Règlement de 1994 sur les migrations (§ 8.8) – est contraire à la Convention notamment quant à l'appréciation de la bonne santé par rapport à une personne fictive par le médecin du *Commonwealth*. Pour le Comité, cette appréciation se

fonderait sur le postulat que « les coûts seront [nécessairement] engagés et des services [...] utilisés par les demandeurs de visa » sans prendre en compte d'autres éléments qui pourraient l'infléchir *in concreto*, à la lumière du but exprimé de protéger l'accès des ressortissants au système national de santé (§ 8.4). En outre, contrairement aux principes portés par la Convention, la procédure en elle-même ainsi que les autorités de l'État en l'espèce ne « s'intéresse[nt] [pas] aux barrières comportementales et environnementales » (sur cette approche dans la Convention, voir le rappel du droit par le Comité, § 8.6), ou à d'autres éléments tels « la pleine capacité de l'auteure à s'acquitter des fonctions attachées au poste pour lequel elle avait été sélectionnée ; les effets de ce déni sur sa vie personnelle et professionnelle ; ou encore les solutions qu'elle avait proposées » pour éviter de faire reposer la charge de son traitement sur l'État partie, qui fait porter la pleine responsabilité des coûts de celui-ci sur l'entreprise (§ 8.7).

Concluant à la violation des droits que l'auteure tient des articles 4 § 1 a) à e) et 5 lus seuls et conjointement avec l'article 18 § 1 de la Convention (§ 8.8), le Comité recommande à l'Australie de lui assurer une réparation effective comprenant une indemnisation et le remboursement de ses frais de justice (§ 9 a)), et de manière plus systémique, d'éliminer « les obstacles qui se posent à la jouissance par les personnes handicapées du droit de tirer parti des procédures d'immigration dans des conditions d'égalité avec les autres [...] par voie de législation interne » et d'inclure parmi les critères d'obtention du visa les accords privés entre les employés et l'employeur relatif au paiement ou remboursement des frais de santé, compte tenu à l'absence d'interdiction en droit interne de les conclure (§ 9 b)). Toutefois, il conviendrait d'explorer davantage le bien-fondé même de ces accords privés dans le contexte des relations employeur-employés en matière de santé, notamment vis-à-vis des risques d'un recours systématique par les employeurs à ces accords et d'inclusion de termes déséquilibrés dans ces derniers au détriment des employés. Plus généralement, on retrouve « la privatisation des droits sociaux » au détriment des exclus...

Victoria Bellami

**Comité des droits des personnes handicapées, Magdolna Rékasi c. Hongrie, 6 septembre 2021, communication n° 44/2017, U.N. doc. CRPD/C/25/D/44/2017.**

**Résumé :** À l'occasion de la constatation de la violation du droit de l'auteure d'exercer sa capacité juridique dans ses affaires financières en raison de la conclusion d'un contrat d'assurance-vie par son tuteur sans qu'il ait déterminé ses préférences et sa volonté, le Comité invite de nouveau la Hongrie à abroger les dispositions légales relatives à la tutelle.

**Mots clés :** capacité juridique ; personnes handicapées ; décision par substitution ; affaires financières ; tutelle.

L'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées (adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution A/RES/61/106 du 13 décembre 2006, entrée en vigueur le 3 mai 2008, ci-après, la « Convention ») initie un « changement fondamental de paradigme » en matière d'autonomie des personnes handicapées (M. Schulze, *Comprendre la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées*, Direction des ressources techniques, Handicap international (éd.), Lyon, juillet 2010, p. 75 ; voir aussi G. Quinn, « Une interprétation controversée. La personne et ses capacités : quelques perspectives sur le changement de paradigme de l'article 12 », in B. Eyraud, J. Minoc et C. Hanon (dir.), *Choisir et agir pour autrui ? Controverse autour de la convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées*, Doïn, 2018, pp. 21-34). En effet, il consacre la reconnaissance de la jouissance de la « capacité juridique » des personnes handicapées « dans tous les domaines » par les États parties, mais aussi l'obligation pour ces derniers de « prendre des mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique » (article 12, § 3), y compris en matière de contrôle de leurs finances (*ibid.*, § 5). Concernant cet accompagnement, certains acteurs considèrent que les « systèmes légaux de prise de décision substitutive (curatelle, tutelle [...]) [...] peuvent permettre un “accès aux droits” que les personnes ne réalisent pas par elles-mêmes » (B. Eyraud et A. Béal, « Le processus d'ancrage territorial des droits humains : l'exemple de la Convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées », *Annales de géographie*, 2021/1, n° 737, 2021, p. 87). Aussi, à l'heure actuelle, quatorze États défendent plus ou moins directement, à travers leurs réserves et/ou leurs déclarations, la possibilité de prendre des mesures substitutives (*idem*, p. 92 ; l'intégralité des réserves sont disponibles sur le site des Nations Unies, *Collection des traités*). *A contrario*, d'autres acteurs considèrent que la Convention « [exige] l'abolition [de ces] systèmes [...] au motif qu'ils discriminaient les personnes handicapées » (*idem*, p. 87). Ceux-ci sont « confortés par le comité [sic] des droits des personnes handicapées » (*idem*, p. 87). L'auteure de la communication, Magdolna Rékasi (ci-après, « l'auteure ») de nationalité hongroise (§ 1) entend se prévaloir de cette interprétation dans le différend qui l'oppose à la Hongrie.

Ayant un handicap psychosocial mineur (« *minor psychosocial disability* ») et après avoir été diagnostiquée schizophrène, l'auteure est placée sous tutelle

(« *guardianship* ») en application de l'article 15 § 1 du Code civil (Acte IV) de 1959 (ci-après, le « Code civil de 1959 »), par la Cour municipale de Jászberény en Hongrie le 29 janvier 2009. D'après le rapport de l'expert psychiatrique, obligatoire dans les procédures juridictionnelles de tutelle, elle présente à ce moment des symptômes de désorientation hallucinatoire (« *delusional disorientation* ») (§ 2.1).

Le 22 mars 2012, alors que l'auteure, âgée de quarante-deux ans, est en bonne santé (§ 3.1), son tuteur conclut un contrat d'assurance-vie en son nom dans le « seul but » de couvrir les frais des funérailles de l'auteure en cas de décès (§ 2.3). Neuf jours après, le paiement des frais d'assurances, d'environ 1 500 dollars (§ 2.4), est autorisé par l'autorité de tutelle (« *guardianship authority* ») de la ville de Újszász (§ 2.3), alors que l'auteure ne touche qu'une pension mensuelle de 203 dollars (§ 2.4). Jamais contactée par son tuteur, l'auteure n'est ni informée de la conclusion de ce contrat ni mise en mesure de pouvoir exprimer son avis ou ses préférences personnelles. Elle ne reçoit ni copie du contrat, ni copie de la demande d'autorisation soumise par son tuteur, ni copie de l'autorisation de l'autorité de tutelle (§ 2.3).

En parallèle, à la suite d'une procédure classique d'examen de sa mise sous tutelle initiée par l'auteure en 2013, la Cour centrale du district de Pest juge, le 16 juin 2014, qu'en raison de son état mental, l'auteure, qui n'est pas en mesure de gérer ses affaires, doit être placée sous tutelle générale (« *general guardianship* »), en application de la section 14 § 4 du Code civil de 1959. Après une nouvelle procédure lancée par l'auteure en 2015, la même Cour limite, le 15 février 2016, la tutelle aux questions relatives à ses soins de santé en application de l'article 2:19 § 2 du Code civil (Acte V) de 2013 (ci-après, le « Code civil de 2013 ») (§ 2.2). Le 20 juin 2016, à la remise par le tuteur du compte final (« *final account* ») de la gestion de ses affaires financières, l'auteure prend connaissance du contrat d'assurance-vie (§ 2.3). D'après les termes de celui-ci, elle ne peut se faire rembourser l'intégralité des 1 500 dollars (§ 2.4), la décision du tuteur lui causant alors une perte financière significative (§ 3.1).

Informée tardivement de l'existence du contrat et n'estimant pas les actions du tuteur frauduleuses ni ne contestant la légalité du contrat, l'auteure ne peut se tourner vers les juridictions hongroises (§§ 5.1-5-2 ; § 9.1). Cependant, elle sollicite par écrit l'autorité de tutelle, qui, même si elle avait répondu, n'aurait pu altérer le contrat, celui-ci restant valide et exécutoire (§ 2.5). Par ailleurs, en réponse à une plainte déposée par son père à une date non spécifiée, concernant notamment la conclusion du contrat contesté, le Commissaire pour les droits fondamentaux – qui ne peut émettre que des recommandations non contraignantes à l'autorité de tutelle –, n'a en outre conclu à aucune violation des droits fondamentaux de l'auteure, alors que, selon elle, la procédure standardisée de gestion des affaires financières par les tuteurs ne semble pas requérir une évaluation spécifique des besoins des personnes en situation de handicap (§ 2.6).

Par conséquent, devant le Comité des droits des personnes handicapées (ci-après, le « Comité »), en matière de recevabilité, l'auteure argue qu'elle n'a pas eu accès à un recours interne effectif et que dès lors, elle ne pouvait pas épuiser les voies de recours internes. Le Comité rejoint l'auteure, en particulier sur le point selon lequel il n'existe pas en droit hongrois de recours effectif pour contester le fait qu'elle n'a pas été consultée et que sa volonté et ses préférences n'ont pas été

prises en compte concernant la conclusion du contrat d'assurance-vie », et considère sa communication recevable au regard de l'article 2 (d) du Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées (adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution A/RES/61/106 du 13 décembre 2006, entré en vigueur le 3 mai 2008, ci-après, le « Protocole facultatif ») (§ 10.3).

Sur le fond, l'auteure estime que l'État n'a pas adopté de mesures prévoyant des garanties appropriées et efficaces pour l'exercice de sa capacité juridique en matière financière, en violation des articles 3 et 12 § 3, § 4 et § 5 de la Convention (§ 3.1). Plus précisément, l'auteure estime que le paragraphe 3 de l'article 12 met à la charge des États parties l'obligation de soutenir, dans le respect de leurs droits, leur volonté et leurs préférences, les personnes avec des handicaps dans l'exercice de leur capacité juridique, notamment de prendre des décisions revêtues d'effets juridiques, et de s'abstenir de nier leur capacité juridique. Le soutien apporté par les États ne devrait jamais constituer en une prise de décision par substitution (« *substitute decision making* ») (§ 3.2). L'auteure n'ayant toutefois pas invoqué l'article 3 conjointement avec d'autres droits substantiels de la Convention – cet article rappelant les principes généraux de celle-ci et, par conséquent, « ne donn[ant] en principe pas lieu à des revendications autonomes » –, le Comité écarte rapidement cette partie de la communication, irrecevable, car mal fondée ou insuffisamment étayée en application de l'article 2 (e) du Protocole facultatif (§ 10.4).

Le Comité se penche alors sur l'argumentation respective des parties nourries sur le fond et souligne, entre autres, les éléments suivants : l'absence de consultation préalable de l'auteure à la conclusion du contrat (§ 11.2) ; l'absence sur le document approuvant la conclusion du contrat par le tuteur des raisons qui auraient pu justifier cette absence de consultation au moment des faits, notamment la tutelle complète de l'auteure ainsi que la situation conflictuelle au sein de sa famille au sujet de l'organisation de ses funérailles (§ 11.3) ; l'absence de risque imminent de décès de l'auteure au moment de la conclusion du contrat et l'amélioration de son état de santé général (§ 11.4) ainsi que la perte financière significative pour l'auteure (§ 11.4, § 2.4, § 3.1) ; et, enfin, l'absence de justification par l'État de l'urgence ou du besoin de conclure ce contrat eu égard à ces circonstances (§ 11.4).

Le Comité rappelle ensuite les obligations des États découlant des paragraphes 4 et 5 de l'article 12 de la Convention. Ceux-ci impliquent que « toutes les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique prévoient des garanties appropriées et efficaces pour prévenir les abus ». Ces dernières doivent alors être « exemptes de tout conflit d'intérêts et de toute influence indue », « proportionnelles et adaptées à la situation de la personne », s'appliquer « pendant la période la plus courte possible », être « soumises à un examen régulier par une autorité ou un organe judiciaire compétent, indépendant et impartial », et, en particulier, ici « respect[er] les droits, la volonté et les préférences de la personne » (§ 11.5). Précisant alors que s'« il n'est pas possible de déterminer la volonté et les préférences d'un individu, [le paradigme de la] “meilleure interprétation de la volonté et des préférences” doit remplacer la détermination de l’“intérêt supérieur” » – qui « n'est pas une garantie conforme à l'article 12 en ce qui concerne les adultes » – (citant *verbatim* Comité des droits des personnes handicapées, *Article 12. Reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité*, Observation générale n° 1, doc. CRPD/C/GC/1, 2014,

§ 21), le Comité estime qu'en l'espèce l'État n'apporte pas la preuve de mesures qui auraient été prises pour « déterminer la volonté et les préférences de l'auteure », ou, à défaut « la meilleure interprétation de sa volonté et de ses préférences » (§ 11.6).

S'agissant enfin plus particulièrement des arguments avancés par l'auteure concernant l'incompatibilité entre la procédure de prise de décision prévue par le droit hongrois et le paragraphe 3 de l'article 12 de la Convention, le Comité rappelle d'abord la marge de manœuvre dont les États bénéficient « pour déterminer quels arrangements procéduraux pourraient permettre aux personnes handicapées d'avoir accès à l'aide dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique » (§ 11.7, citant *verbatim* ses constatations dans *Arturo Medina Vela c. Mexique*, constatations du 6 septembre 2019, communication n° 32/2015, doc. CRPD/C/22/D/32/2015, § 10.6 et se référant également à ses constatations dans *Marie-Louise Jungelin c. Suède*, constatations du 2 octobre 2014, communication n° 5/2011, doc. CRPD/C/12/D/5/2011, § 10.5). Il poursuit toutefois en soulignant que ces derniers « doivent respecter les garanties procédurales et les droits de la personne » (§ 11.7). Or, l'auteure étant sous tutelle au moment de la conclusion du contrat en 2012 (§ 2.1 et § 2.3), « elle n'a pas eu la possibilité d'exercer ses droits en ce qui concerne ses affaires financières et n'a pas bénéficié du soutien ou des aménagements nécessaires » (§ 11.7).

Constatant la violation par l'État des droits que l'auteure tient des paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 12 de la Convention (§ 11.8), le Comité lui recommande, en vertu de ses obligations conventionnelles, de prévoir pour l'auteure un recours effectif, y compris un soutien pour le rachat du contrat d'assurance-vie à sa demande ; de l'indemniser de toute perte financière, y compris des frais de justice engagés dans cette procédure de communication ; et de l'indemniser pour la violation de ses droits (§ 12.a.i). L'État doit également diffuser ces constatations auprès de l'ensemble de la population dans des formats accessibles (§ 12.a.ii). Sur le plan général, le Comité souligne la nécessité de mettre en place des formations appropriées et régulières à tous les niveaux et à tous les acteurs, en consultation et en coopération avec les personnes handicapées et les organisations les représentant « sur la reconnaissance de la capacité juridique des personnes handicapées et sur les mécanismes de prise de décisions assistée » (§ 12.b.ii, déjà formulée dans Comité des droits des personnes handicapées, Observations finales concernant le rapport périodique initial de la Hongrie, 2012, doc. CRPD/C/HUN/CO/1, § 26 ; mentionné également par le Comité au § 11.7). Concernant la législation hongroise, le Comité confirme l'élévation du standard de protection de la capacité des personnes handicapées à exercer leurs droits. En effet, en 2012, dans le cadre de la révision en cours de certaines lois, dont le Code civil – ayant débouché sur l'adoption du Code civil de 2013 –, le Comité avait seulement recommandé à l'État de « prendre des mesures immédiates visant à limiter la portée du régime de tutelle et ainsi passer de la prise de décision substitutive à la prise de décision assistée, [respectant] l'autonomie de la personne ainsi que sa volonté et ses préférences » [notre accentuation] (*ibid.*). En 2019, il demande plus fermement l'abolition des dispositions du Code civil autorisant « de priver *totalemment* ou *partiellement* les personnes handicapées de leur capacité d'agir » [notre accentuation] (Comité des droits des personnes handicapées, *Enquête concernant la Hongrie menée en application de l'article 6 du Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées*, adopté à sa 22<sup>e</sup> session, 2019, doc. CRPD/C/HUN/IR/1,

§ 110 a)). À nouveau dans le contexte de cette communication, le Comité enjoint la Hongrie à « [prendre] des mesures immédiates pour *déroger* à la tutelle, notamment en *abrogeant* les dispositions pertinentes du Code civil » [notre accentuation] (§ 12.b.i), afin que soit respecté en particulier « le droit des individus, dans leur propre capacité, d'avoir le contrôle de leurs affaires financières » (*ibid.*). Toutefois, en mars 2022, l'État n'avait toujours pas donné suite à ces recommandations. En effet, à l'occasion de l'examen de son deuxième et troisième rapports combinés, le Comité se préoccupe en particulier de « l'absence de mesure *abolissant* les dispositions discriminatoires du Code civil et la persistance du régime de décision par substitution, qui prive les personnes handicapées de leurs droits » [notre traduction et notre accentuation] (Comité des droits des personnes handicapées, *Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Hungary, 2022*, doc. CRPD/C/HUN/CO/2-3, § 24, voir également pour les recommandations § 25).

Victoria Bellami

**Comité des droits des personnes handicapées, Z. H. c. Suède, 6 septembre 2021, communication n° 58/2019, U.N. doc. CRPD/C/25/D/58/2019.**

**Résumé :** *Pour la deuxième année consécutive, le Comité des droits des personnes handicapées constate les manquements de la Suède dans l'appréciation des risques liés au renvoi d'un individu souffrant de graves pathologies mentales vers l'Afghanistan, où il existe des doutes sérieux quant à la possibilité pour lui de bénéficier d'un traitement médical approprié. Le Comité observe que si l'État partie venait à l'expulser, il contreviendrait à ses obligations découlant de l'article 15 de la Convention (droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants).*

**Mots clés :** principe de non-refoulement ; santé mentale ; traitements cruels, inhumains ou dégradants ; obligation d'évaluation des risques en cas de renvoi ; article 15.

**L**a communication *Z.H contre Suède* se situe dans la lignée directe de l'affaire *N.L contre Suède* à propos de laquelle le Comité des droits des personnes handicapées a adopté ses constatations le 6 septembre 2021 (CRPD, *N.L. c. Suède*, constatations du 6 septembre 2021, communication n° 58/2019, doc. CRPD/C/23/D/60/2019). Dans ces constatations, le Comité a conclu à la violation par la Suède de ses obligations découlant de l'article 15 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (ci-après, la « Convention »), relatif notamment au droit de ne pas être soumis à des traitements cruels, inhumains ou dégradants, au motif que les autorités n'avaient pas procédé à un examen des risques que ferait peser le renvoi de l'auteur de la communication, atteinte d'une grave dépression, vers l'Iraq (voir O. Pedebay, Note sur Comité des droits des personnes handicapées, *N.L. contre Suède*, constatations du 28 août 2020, communication n° 60/2019, doc. C/23/D/60/2019, « Chronique des constatations des comités conventionnels des Nations Unies », *Revue Droits fondamentaux*, n° 19, 2021, pp. 31-36). L'intérêt majeur des présentes constatations tient à la confirmation des principes dégagés dans *N. L.* ainsi qu'à leur application pour la première fois à une affaire où les autorités nationales avaient bien procédé à une appréciation des risques encourus par l'individu atteint d'une pathologie mentale en cas de renvoi.

L'auteur de la communication, de nationalité afghane, présente une demande d'asile aux autorités suédoises le 29 décembre 2008, laquelle est rejetée sans toutefois donner lieu au renvoi de l'individu vers l'Afghanistan, l'arrêté d'expulsion étant frappé de prescription à partir du 13 septembre 2015 (§ 2.1). Il présente une nouvelle demande le 17 septembre 2015 fondée sur les risques que son diagnostic de troubles post-traumatiques avec des caractéristiques psychotiques ferait peser sur sa santé s'il était renvoyé en Afghanistan compte tenu des lacunes des services de santé du pays. L'office des migrations rejette une telle argumentation le 7 avril 2017 considérant qu'il pourrait avoir accès à Kaboul à une certaine forme de traitement psychiatrique et aux médicaments qui lui étaient prescrits en Suède (§ 2.2). En appel, l'auteur de la communication présente de nouveaux rapports médicaux attestant qu'il a des pensées suicidaires et que ces dernières ont motivé une hospitalisation en Suède en application de la loi sur les soins psychiatriques obligatoires. Il est en outre placé sous contrôle médical en raison des symptômes de schizophrénie qu'il



présente. Considérant que le diagnostic de la schizophrénie paranoïde n'est pas établi et réitérant qu'il aurait accès aux soins que sa pathologie nécessite à Kaboul, le Tribunal administratif de l'immigration déboute l'auteur le 27 octobre 2017. La décision est jugée non susceptible de recours le 22 décembre 2017 (§ 2.3). L'auteur demande alors le 19 février 2018 un réexamen de l'affaire notamment sur la base de nouveaux rapports médicaux étayant son diagnostic de schizophrénie paranoïde. Cette demande est rejetée par une décision devenue définitive le 5 septembre 2018 au motif qu'il ne pouvait y avoir d'évaluation distincte des risques liés à la schizophrénie paranoïde puisque les symptômes d'une telle pathologie avaient déjà fait l'objet d'un examen sous le prisme des troubles post-traumatiques dont il souffre (§ 2.5).

Le 15 avril 2019, il saisit le Comité des droits des personnes handicapées en faisant valoir à titre principal que son renvoi vers l'Afghanistan l'exposerait à un risque grave de suicide et d'autres risques pour sa vie et sa santé, entraînant dès lors la violation de ses droits découlant des articles 10 (droit à la vie) et 15 de la Convention (droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) (§ 3.1). Une demande de mesures provisoires est adressée à la Suède le 30 avril 2019 priant l'État de surseoir à expulser l'auteur vers l'Afghanistan, à laquelle donne favorablement suite l'État partie (§ 1.2).

Premièrement, il existait peu de doutes quant à la recevabilité *ratione materiae* et *ratione loci* de cette communication que contestait pourtant la Suède. En effet, les constatations *O. O. J. contre Suède*, dont le raisonnement fut ensuite confirmé dans *N. L.*, avaient dans le passé déjà posé les jalons de l'admissibilité de telles communications (voir CRPD, *O. O. J. c. Suède*, constatations du 18 août 2017, communication n° 28/2015, doc. CRPD/C/18/D/28/2015, § 10.3 ; CRPD, *N. L. contre Suède*, précitées, § 6.4). A cet égard, le Comité conclut logiquement d'une part à l'existence d'une obligation matérielle de non-refoulement en cas de risque réel de violations graves des droits énoncés dans la Convention, notamment découlant des articles 10 et 15, tout en précisant, d'autre part, que l'effet extraterritorial d'une telle obligation ne fait pas obstacle à ce que le Comité puisse examiner la communication au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole facultatif (§ 9.4).

Deuxièmement, sur le fond, le Comité commence par rappeler les principes généraux relatifs au principe de non-refoulement inspirés par la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, du Comité contre la torture et de la Cour européenne des droits de l'homme, puis repris dans les constatations *N.L.*, lesquels, aux yeux des experts du Comité, « conservent toute leur pertinence dans l'appréciation du cas d'espèce » (§ 10.4). Il souligne à cet égard que l'obligation de non-refoulement impose aux États parties de ne pas éloigner un individu « s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque réel de préjudice irréparable » (§ 10.3 ; voir Comité des droits de l'homme, *La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Observation générale n° 31, 2001, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 12) et que cette obligation implique nécessairement que l'État procède à une appréciation préalable des risques pesant sur l'individu (§ 10.3 ; voir Comité des droits de l'homme, *Abdilafir Abubakar Ali et Mayul Ali Mohamad c. Danemark*, constatations du 29 mars 2016, communication n° 2409/2014, doc. CCPR/C/116/D/2409/2014, § 7.8). Attaché à mettre à l'honneur le principe de subsidiarité, le Comité note ensuite le poids important qu'il convient d'accorder à l'appréciation faite par l'État partie, à qui il revient

généralement en premier lieu « d'examiner et d'apprécier les faits et les éléments de preuve aux fins de déterminer l'existence d'un tel risque, à moins qu'il ne soit établi que cette appréciation a été clairement arbitraire ou manifestement erronée, ou a constitué un déni de justice » (§ 10.3 ; voir Comité des droits de l'homme, *K. c. Danemark*, constatations du 16 juillet 2015, communication n° 2393/2014, doc. CCPR/C/114/D/2393/2014, § 7.4).

Ces principes généraux dégagés, le Comité devait encore les appliquer aux faits de l'espèce. À cet égard, l'auteur de la communication reprochait d'abord aux autorités suédoises de ne pas avoir procédé à une nouvelle évaluation tenant compte du diagnostic de schizophrénie paranoïde et des risques qu'il engendrait en cas de renvoi en Afghanistan (§ 10.8). Or, dans l'affaire *N. L.*, c'est précisément l'absence d'évaluation des risques encourus par l'auteur de la communication qui avait fondé le constat de violation du Comité (Comité des droits des personnes handicapées, *N.L. c. Suède*, précitées, § 7.8). On pouvait dès lors pressentir qu'en plaçant son argumentation sur ce terrain, l'auteur de la communication emmènerait le Comité à des conclusions semblables. Toutefois, en notant que le Tribunal administratif de l'immigration avait considéré que les symptômes et les troubles fonctionnels de l'auteur étaient en grande partie les mêmes que ceux décrits dans les certificats médicaux confirmant le diagnostic de schizophrénie paranoïde, le Comité relève qu'il « ne peut pas conclure que le refus par les autorités de l'État partie d'effectuer une analyse de risque distincte, sur la base du nouveau diagnostic posé et dans le cadre d'une nouvelle procédure, fasse du rejet de la demande d'asile de l'auteur une décision arbitraire, une erreur manifeste ou un déni de justice » (§ 10.8).

Si l'absence de réévaluation des risques à l'aune du diagnostic de schizophrénie paranoïde ne posait donc pas en tant que telle de contrariété avec les obligations découlant de la Convention, le Comité devait toutefois désormais apprécier l'ensemble de la procédure nationale dans laquelle un examen des risques avait bien eu lieu vis-à-vis des troubles post-traumatiques de l'auteur. C'est sur ce point que ces constatations apportent de véritables précisions sur la démarche suivie par le Comité. À cet égard, il faut souligner que cette dernière est très largement calquée sur la jurisprudence européenne et plus précisément sur le « mode d'emploi » développé dans l'affaire *Paposhvili* (CEDH, GC, arrêt du 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, requête n° 41738/10, §§ 186-191 ; voir M. Bossuyt, « La Cour de Strasbourg souhaite que les États parties instaurent une procédure d'« asile médical » », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 111, 2017, pp. 651-668) puis systématisé dans l'éclairant arrêt *Savran* (CEDH, GC, arrêt du 7 décembre 2021, *Savran c. Danemark*, requête n° 57467/15, § 131 ; voir à ce propos C. Goubault-Larrecq, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (année 2021) », *Journal du droit international (Clunet)*, 2022, n°3, chron. n° 7, pp. 1071-1073). Dans ces affaires, la Cour décrit précisément les différentes étapes et exigences guidant l'examen des risques. La stricte application de ces principes par le Comité en l'espèce nous paraît la bienvenue tant, d'une part, elle permet une harmonisation des jurisprudences des différents organes de protection des droits de l'homme sur cette question et, d'autre part, elle offre aux États débiteurs d'obligations et aux individus titulaires de droits une certaine garantie de sécurité juridique.

Selon un tel « mode d'emploi », dans un premier temps, la charge de la preuve pèse sur l'individu et il lui appartient alors de produire les éléments « de nature à démontrer qu'il y a des motifs sérieux de croire qu'il sera exposé à un risque réel de

mauvais traitement en cas de renvoi » (§ 10.9 ; voir CEDH, GC, *Paposhvili c. Belgique*, précité, § 186). Cela ne pose pas de difficulté en l'espèce et le Comité précise par ailleurs qu'il n'est pas exigé que l'auteur apporte une preuve certaine des risques tant « une part de spéculation est inhérente à la fonction préventive du principe de non-refoulement » (§ 10.9).

Dans un deuxième temps, et dès lors que des éléments étayant les risques encourus sont rapportés, il appartient aux autorités nationales de dissiper les doutes éventuels relatifs à ces derniers et de vérifier si l'individu aura accès *in concreto* aux soins nécessaires afin qu'il ne subisse pas de mauvais traitements à la suite de son renvoi (CEDH, GC, *Paposhvili c. Belgique*, précité, §§ 187-190). Or, le Comité note que « les autorités nationales n'ont pas réussi à dissiper les doutes quant aux risques que l'auteur encourrait s'il était renvoyé en Afghanistan » (§ 10.9). D'une part, le Comité relève sur la base de rapports de l'OMS et du Bureau européen d'appui en matière d'asile les sérieux doutes relatifs à la possibilité pour lui d'accéder aux soins de santé qui lui sont nécessaires en Afghanistan en raison notamment des limites dans la disponibilité des soins psychiatriques et de l'accès aux médicaments, du manque de professionnels qualifiés et d'infrastructures et enfin des ressources très limitées à la disposition de la population du pays (§ 10.9). D'autre part, le Comité observe que les autorités ont estimé que « les idées suicidaires de l'auteur étaient principalement liés à sa déception à la suite du rejet de sa demande d'asile, ce qui semble avoir déraisonnablement affaibli les arguments de l'auteur basés sur le diagnostic le concernant » (§ 10.9). Sur ce point, nous avons déjà pu relever dans une précédente note sous *N. L. contre Suède* ce qui apparaissait comme une volonté du Comité d'obliger les États « à prendre au sérieux la dépression et plus largement les pathologies mentales », les conséquences de ces dernières étant parfois sous-estimées vis-à-vis d'autres pathologies physiques (voir O. Pedeboy, Note sur Comité des droits des personnes handicapées, *N.L. contre Suède*, précitée, p. 36). Les présentes constatations confirment cette approche tendant à accorder une importance probatoire significative aux certificats médicaux lorsque ces derniers attestent des graves risques sur la vie et la santé que font peser les pathologies mentales (voir OMS, « Charge mondiale des troubles mentaux et nécessité d'une réponse globale coordonnée du secteur de la santé et des secteurs sociaux au niveau des pays. Rapport du Secrétariat », 1er décembre 2011, doc. EB130/9). À cet égard, l'auteur de la communication soulignait d'ailleurs à juste titre que « le rejet d'une demande d'asile affecte inévitablement les personnes concernées et cela ne devrait pas jouer en leur défaveur lorsque la demande d'asile est précisément motivée par des problèmes de santé mentale » (§ 3.2).

Dans un troisième temps, si de sérieux doutes apparaissent quant à l'impact qu'aurait le renvoi de l'individu sur sa santé, l'État doit obtenir auprès de l'État de destination des assurances individuelles et suffisantes qu'il ne subira pas un mauvais traitement (CEDH, GC, *Paposhvili c. Belgique*, précité, § 191). Or, alors que la Suède considérait avoir pris les précautions nécessaires afin de réduire au minimum les souffrances de l'auteur, le Comité observe que de telles affirmations ne sont pas étayées et « qu'il aurait été très important d'obtenir des assurances individuelles dans les circonstances de l'espèce, étant donné que l'auteur avait quitté l'Afghanistan à un très jeune âge, il y a treize ans, et que des rapports montraient que les rapatriés pouvaient rencontrer des difficultés particulières lorsqu'ils souhaitaient accéder à des services de santé » (§ 10.9).

Partant, le Comité « considère qu'il subsiste des doutes sérieux quant à la possibilité pour l'auteur d'avoir effectivement accès à un traitement médical approprié en Afghanistan » (§ 10.10) et qu'il n'est donc pas « en mesure de conclure que les autorités de l'État partie n'ont pas évalué de manière arbitraire le risque réel de préjudice irréparable que l'auteur courrait dans son pays d'origine » (§ 10.10). Si l'État procédait au renvoi de l'individu vers l'Afghanistan, il contreviendrait dès lors aux droits que ce dernier tient de l'article 15 de la Convention (§ 10.11) sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner séparément les griefs de l'auteur au titre de l'article 10 (§ 10.12).

Les présentes constatations doivent nécessairement être mises en parallèle avec l'arrêt *Savran* rendu quelques mois plus tard par la Cour européenne des droits de l'homme dans lequel la Grande Chambre rejette les prétentions d'un individu souffrant de schizophrénie et menacé d'expulsion vers la Turquie au motif que le seuil de gravité des mauvais traitements n'avait pas été atteint en l'espèce, seuil qu'elle juge « [devoir] rester très élevé dans ce type d'affaires » (CEDH, GC, *Savran c. Danemark*, précité, § 147, voir également Comité des droits de l'enfant, D.R. c. Suisse, 31 mai 2021, communication n° 86/2019, U.N. doc. CRC/C/87/D/86/2019, note de Marie Lee Lurel dans la présente chronique, p. 97). Si le Comité s'inspire de la jurisprudence de la Cour afin de caractériser l'existence d'un préjudice irréparable (reprenant par exemple le critère du « déclin grave, rapide et irréversible de [l']état de santé entraînant de grandes souffrances ou celui d'une réduction sensible de [l']espérance de vie », § 10.7), il n'en demeure pas moins que dans sa jurisprudence, il semble caractériser le franchissement dudit seuil plus aisément que son homologue européen. Certains craindront sans doute les implications économiques d'une telle approche étant entendu qu'il appartient dès lors à l'État sur le territoire duquel se trouve l'individu atteint d'une pathologie mentale de prendre en charge ses soins de santé (voir J. Julien-Laferrière, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 77, 2009, pp. 261-277). Toutefois, il est nécessaire de ne pas perdre de vue qu'aucune mise en balance de telles conséquences économiques n'est jamais permise par la nature juridique même du droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains et dégradants, puisqu'il s'agit d'un droit absolu qui ne peut donc pas souffrir de limitation.

Olivier Pedebay

## Comité des droits de l'enfant

**Comité des droits de l'enfant, R.Y.S. c. Espagne, 4 février 2021, communication n° 76/2019, U.N. doc. CRC/C/86/D/76/2019.**

*Résumé* : Le Comité conclut à la violation par l'Espagne, entre autres, du droit de l'enfant à la préservation de son identité (article 8 de la Convention), en raison de la défaillance de la procédure de détermination de l'âge d'une demandeuse d'asile camerounaise, fondée sur des examens osseux et gynécologiques, et de l'absence de respect de la présomption de minorité par les autorités.

**Mots clés** : mineur non accompagné ; demandeur d'asile ; convention internationale relative aux droits de l'enfant ; intérêt supérieur de l'enfant ; procédure de détermination de l'âge ; présomption de minorité.

**S** i « [l']âge est une donnée socialement manipulable et manipulée » (P. Bourdieu, *Questions de sociologie*, Paris, Éditions de Minuit, 1980, 271 pages), les présentes constatations démontrent qu'il peut également s'avérer juridiquement maniable – en l'occurrence, au détriment de mineurs non accompagnés demandeurs d'asile.

Il ressort des faits que R.Y.S., ressortissante camerounaise, a été enregistrée comme mineure demandeuse d'asile à son arrivée sur le territoire espagnol et placée sous la tutelle de la Direction générale de la famille et des mineurs de la Communauté de Madrid. Un premier examen médical a été réalisé en vue de son transfert dans un centre de premier accueil pour mineurs. Celui-ci a révélé, conformément aux dires de l'auteure et aux documents qu'elle présenta – un carnet de santé et des documents scolaires –, que son apparence physique correspondait à celle d'une personne de seize ans, et que des violences physiques avaient été subies (§§ 2.1-2.2). La direction du centre a toutefois requis de l'auteure une confirmation de son âge par ses parents, tandis que celle-ci affirmait que sa famille était à l'origine des violences physiques constatées (§ 2.4).

Nonobstant les preuves rapportées par l'auteure, le centre a demandé au parquet des mineurs de Madrid d'appliquer la procédure de détermination de l'âge à son égard. L'auteure, qui n'a à aucun moment été accompagnée par un représentant légal en sa qualité présumée d'enfant, fit l'objet d'examens exclusivement physiques : un examen gynécologique, une radiologie du carpe qui confirma la minorité et une radiologie de la mâchoire qui s'est avérée inexploitable. Le rapport médical faisant foi conclut cependant de « l'évaluation globale de l'âge osseux, l'étude de la dentition et l'étude des caractères sexuels secondaires », un « âge osseux à 18 ans au moins », négligeant ainsi la marge d'erreur scientifique communément admise pour ce type d'examens. Alors même que ce rapport a été reconnu erroné par la suite (§ 2.7), l'auteure a été déclarée majeure par le parquet et n'a donc pu bénéficier de la protection garantie par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (ci-après, « la Convention »), ni dans le cadre spécifique de sa demande d'asile, ni dans l'attente du traitement de celle-ci. De surcroît, tous ses recours postérieurs ont été rejetés (§§ 2.8-2.16).

Rejetant l'abus de droit et le non-épuisement des voies de recours internes avancés par l'État partie lors d'un bref examen de la recevabilité de l'affaire, le Comité s'est interrogé sur l'existence de violations de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, afin que l'auteure de la communication, majeure au jour des constatations, puisse le cas échéant prétendre à une réparation. À cet égard, il se prononce à la fois sur l'utilisation de la procédure de détermination de l'âge en l'espèce et sur les conséquences de cette utilisation sur la situation de l'auteure au moment des faits.

Dans son examen au fond, il rappelle que, conformément au principe de présomption de minorité, la concordance d'éléments subjectifs peut suffire à démontrer la minorité de la personne concernée (Comité des droits de l'enfant, *N.B.F. c. Espagne*, constatations du 27 septembre 2018, communication n° 11/2017, doc. CRC/C/79/D/11/2017). En d'autres termes, il réaffirme que tout intéressé doit « se voir accorder le bénéfice du doute et être traité comme un enfant » tant que les procédures sont en cours (§ 8.3) et que « [c]e n'est qu'en l'absence de documents d'identité ou d'autres moyens appropriés » que de tels examens doivent être effectués (§ 8.4). En l'espèce, l'auteure affirmait avoir l'âge figurant sur les documents qu'elle a présentés, déclaration corroborée par l'appréciation de son apparence physique (§ 8.2) et qui rendait la procédure de détermination de l'âge non nécessaire, voire surabondante. L'on peut ici noter l'appréciation *in concreto* relativement large du Comité quant à la nature des documents prouvant l'identité, compte tenu, de manière générale, de la situation des migrants demandeurs d'asile voyageant majoritairement avec de faux documents (§ 8.4) et, en l'occurrence, du contexte familial de l'auteure (§ 8.5). Cela n'est pas sans rappeler sa position selon laquelle la charge de la preuve à cet égard n'incombe pas exclusivement à l'auteur de la communication (Comité des droits de l'enfant, *M.T. c. Espagne*, constatations du 18 septembre 2019, communication n° 17/2017, doc. CRC/C/82/D/17/2017, § 13.4).

Par ailleurs, les constatations du Comité demeurent pour le moins fidèles à ses constatations antérieures. Premièrement, sur la méthode de détermination de l'âge en elle-même, le Comité ne fait que réitérer sa jurisprudence constante selon laquelle il s'agit d'une méthode insuffisante pour déterminer l'âge chronologique d'une personne (*N.B.F. c. Espagne*, précitées, §§ 8.3-8.4 ; Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le cinquième rapport périodique du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 72<sup>e</sup> session, 12 juillet 2016, doc. CRC/C/GBR/CO/5, § 76 c)). Deuxièmement, puisque l'auteure n'a pu demander l'asile en tant que mineure, le Comité reconnaît une violation des droits qu'elle tire de la Convention en ce qu'elle n'a pas bénéficié de la protection à laquelle elle avait droit en tant que mineure présumée durant la procédure, ni du soutien psychologique dont elle pouvait avoir besoin, et a vu son identité modifiée. Attestant de la violation des articles 3, 8, 12, 16, 20 § 1, 22, 27 et 39 de la Convention (§ 8.16), il réaffirme la teneur de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre de la demande d'asile d'un mineur non accompagné, rappelant qu'il doit être « une considération primordiale tout au long de la procédure de détermination de l'âge » (§ 8.3).

L'originalité de ces constatations réside dans les recommandations générales que le Comité adresse *in fine* à l'État partie – même si cela n'étonne guère au vu du nombre d'affaires similaires impliquant l'Espagne (Haut-Commissariat des Nations

Unies aux droits de l'homme, « *Spain's age assessment procedures violate migrant children's rights* », communiqué de presse, Genève, 13 octobre 2020). De telles recommandations renseignent plus largement sur les mesures que chaque État partie devrait adopter en pareil cas de figure. L'on peut néanmoins regretter la prudence du Comité, alors même qu'il a déjà reconnu la procédure visée comme insuffisamment probante, scientifiquement faillible et traumatisante à l'occasion d'observations générales (Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et Comité des droits de l'enfant, Observation générale conjointe n° 4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant 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, 16 novembre 2017, doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, §§ 3-4). Nombre d'instances vont d'ailleurs dans ce sens (voir Résolution (UE) n° 2012/2263 du Parlement européen du 12 septembre 2013 sur la situation des mineurs non accompagnés dans l'Union européenne, § 15 ; *European Asylum Support Office*, Rapport sur la détermination de l'âge en Europe, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2014, 94 pages ; avis du Conseil de l'Ordre national des médecins de Belgique du 14 octobre 2017). Or, l'examen des organes génitaux est ici le seul type d'examen que le Comité recommande de ne plus pratiquer (§ 9 a iii) – et il aura fallu une affaire impliquant des violences sexuelles intrafamiliales (§ 8.8) commises sur une personne de sexe féminin (§ 9 d) pour qu'enfin il l'écarte. L'absence d'approche commune en la matière a sans doute été déterminante ici (voir Bureau régional Europe du Haut-Commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies et UNICEF, « Application judiciaire de l'article 3 de la CDE en Europe, le cas des enfants migrants, y compris les enfants migrants non accompagnés », rapport, p. 25, disponible en ligne). Le Comité ne peut toutefois que recommander l'adoption ou, tel que dans la présente affaire, l'abandon de certaines pratiques, sans que cela ne revienne à mettre à la charge des États parties une véritable obligation en ce sens. Les législateurs nationaux demeureraient donc libres de choisir les mesures devant être mises en œuvre pour remédier aux doutes, inévitables, résultant de la suspension que « [c]elui qui continue de cacher son âge pense enfin lui-même être aussi jeune qu'il veut le faire croire aux autres » (J. de La Bruyère, *Les caractères de Théophraste traduits du grec avec Les caractères ou Les mœurs de ce siècle*, Paris, Estienne Michallet, 1688, 381 pages). Cela vaut également lorsque ces procédures sont mises en œuvre à l'endroit de mineurs non accompagnés demandeurs d'asile, étant entendu que la liberté de choix laissée aux autorités nationales s'élargit d'autant que l'âge de l'auteur croît.

Lisa Dumazet

**Comité des droits de l'enfant, Y.A.M. c. Danemark, 4 février 2021, communication n° 83/2019, U.N. doc. CRC/C/86/D/83/2019.**

**Résumé :** *Dans les présentes constatations, reprenant celles de l'affaire K.Y.M. c. Danemark de 2018, le Comité rappelle, sous l'angle de l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, l'importance du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions d'expulsion, explicite comment le mettre en œuvre dans ce contexte et indique que le risque d'être soumis à des mutilations génitales féminines en cas de renvoi devrait être évalué conformément au « principe de précaution ». Toutefois, à la différence de nombreux organes de protection des droits de l'Homme, il ne se prononce pas sur la qualification éventuelle de ces pratiques en actes de torture ou traitements inhumains ou dégradants.*

**Mots clés :** intérêt supérieur de l'enfant ; obligation de non-refoulement ; principe de précaution ; protection de l'enfant contre toute forme de violence ; mutilations génitales féminines.

**L'** auteure de la communication, de nationalité somalienne, a rejoint le Danemark en 2013 et y a donné naissance à sa fille Y.A.M. en 2016. Toutes deux font l'objet d'un arrêté d'expulsion vers la Somalie à la suite de la révocation de leur permis de séjour par le Service danois de l'immigration en 2018, laquelle a été confirmée par la Commission de recours des réfugiés s'agissant de la mère et la Commission des recours en matière d'immigration s'agissant de la fille (§ 2.1). Dans sa communication présentée au Comité des droits de l'enfant (ci-après, « le Comité ») le 26 avril 2019, l'auteure allègue que l'expulsion de sa fille vers la Somalie, où Y.A.M. risque de subir des mutilations génitales féminines, violerait les articles 3 (intérêt supérieur de l'enfant) et 19 (protection de l'enfant contre toute forme de violence) de la Convention relative aux droits de l'enfant (ci-après, « la Convention ») (§ 3.1).

Au stade de la recevabilité, le Comité estime d'abord que les voies de recours internes ont été épuisées, bien que l'auteure de la communication n'ait pas cherché à contester les décisions, pourtant susceptibles de recours, de la Commission de recours en matière d'immigration. En effet, un tel recours « n'aurait pas constitué un recours utile au sens de l'article 7 al. e) du Protocole facultatif » puisque ladite Commission a exclu de son évaluation la situation en Somalie et les risques de mutilations génitales féminines (§ 7.2). En outre, le Comité considère les griefs soulevés au titre des articles 3 et 19 de la Convention suffisamment étayés aux fins de recevabilité (§ 7.3) et déclare alors la communication recevable (§ 7.4). Néanmoins, compte tenu de la déclaration d'irrecevabilité prononcée par la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après, « CEDH ») dans la même affaire (§ 2.4), le Comité aurait pu s'interroger sur la question de savoir si la requête n'avait pas déjà été examinée par une autre procédure internationale de règlement au sens de l'article 7 al. d) du Protocole facultatif établissant une procédure de présentation de communications. Il reste que la position constante des comités, distinguant l'irrecevabilité pour des motifs procéduraux de celle découlant d'un examen au fond (voir Comité des droits de l'homme, *Prauger c. Autriche*, constatations du 25 mars 1999, communication n° 717/1996, doc. CCPR/C/65/D/716/1996, § 6.4), justifie sans doute l'absence de discussion de cet obstacle.



Au fond, le Comité rappelle d'emblée que « les États sont tenus de ne pas renvoyer un enfant dans un pays s'il y a des motifs sérieux de croire [qu'il] sera exposé à un risque réel de dommage irréparable », apprécié selon son âge et son sexe, y compris s'il est imputable à des acteurs non étatiques (§ 8.3 ; Comité des droits de l'enfant, *Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, Observation générale n° 6, 2005, § 27). Il souligne également que le droit international des réfugiés qualifie les mutilations génitales féminines de « persécutions » au sens de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 (*Ibid.*, § 74) et que le risque d'être soumis à de telles « pratiques préjudiciables » devrait être « un motif pour accorder l'asile » (§ 8.4, Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et Comité des droits de l'enfant, *Les pratiques préjudiciables*, Recommandation générale n° 31 et Observation générale n° 18 adoptées conjointement, 2019, § 19 et § 55.m)).

Le Comité observe ensuite que d'autres organes conventionnels ont qualifié ces mutilations d'actes de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants. Toutefois, il ne prend pas lui-même position au motif que ce grief n'a pas été soulevé par l'auteure (§ 8.4). Cette position est désavouée par Perdernera Reyna dans son opinion individuelle partiellement dissidente. Selon lui, le Comité peut statuer sur « des droits non soulevés dans la communication en vertu du principe *jura novit curia* », et ce d'autant plus qu'il est guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant, que les auteurs ne sont pas toujours assistés d'un conseil et que le risque de torture en cas d'expulsion était ici bien établi. Certains membres du Comité avaient déjà soutenu que les comités ne devraient pas limiter leur compétence aux griefs invoqués, mais « inscrire correctement dans le droit la violation commise » dès lors qu'elle est démontrée lors d'une procédure contradictoire (Opinion individuelle de M. Fabián Salvioli sous Comité des droits de l'homme, *Weerawansa c. Sri Lanka*, constatations du 17 mars 2008, communication n° 1406/2005, doc. CCPR/C/95/D/1406/2005, §§ 3-5). Il est vrai qu'au regard du statut de norme de *jus cogens* que revêt l'interdiction de la torture, du dommage irréparable qu'elle entraîne (§ 8.3) et de la vaste pratique des mutilations génitales féminines dans certains États, une prise de position forte du Comité sous l'angle de l'article 37 (interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) – mais aussi éventuellement des articles 2 (non-discrimination), 6 (droit à la vie, à la survie et au développement) et 24 (droit à la santé), tous fondamentaux dans la lutte contre les pratiques préjudiciables (Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et Comité des droits de l'enfant, Recommandation générale n° 31 et Observation générale n° 18 adoptées conjointement, précitées, § 32) – aurait pu constituer une avancée significative en matière de garantie des droits et participer à l'harmonisation des positions des organes de protection des droits.

S'agissant des griefs retenus par le Comité, il réitère d'abord sa position constante selon laquelle « l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être une considération primordiale dans les décisions relatives à l'expulsion d'un enfant » (§ 8.7). Leur motivation devrait faire ressortir « une évaluation individuelle rigoureuse et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant » « au regard des circonstances propres à chaque enfant » (Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et Comité des droits de

l'enfant, *Principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales*, Observation générale conjointe n° 3 et 22, 2017, §§ 31-33 ; Comité des droits de l'enfant, *Droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale*, Observation générale n° 14, 2013, § 6 et § 14). Or, en l'espèce, l'évaluation lacunaire du risque par la Commission de recours des réfugiés était quasi exclusivement fondée sur un rapport relatif à la situation au centre et au sud de la Somalie, « sans apprécier le contexte précis et personnel dans lequel interviendrait l'expulsion » ni l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 8.7.a)), la Convention n'étant pas mentionnée (§ 4.10).

Le Comité se penche ensuite sur l'appréciation subjective par l'État partie de la capacité de l'auteure à résister à la pression sociale et familiale pour protéger sa fille contre les mutilations génitales féminines (§ 8.7.b)) – pratique préjudiciable créant un « sentiment collectif d'obligation sociale » au sein d'une communauté (Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et Comité des droits de l'enfant, Recommandation générale n° 31 et Observation générale n° 18 adoptées conjointement, précitées, § 57). Il estime toutefois, conformément au texte de l'article 19 de la Convention, qu'il incombe aux États parties eux-mêmes de « prendre des mesures pour protéger les enfants contre toute forme de violence [...] en toutes circonstances », sans égard pour une telle capacité de la mère. Face à une potentielle divergence de positions, le Comité affirme que l'interprétation par l'État de la jurisprudence de la CEDH – qui semble apprécier restrictivement l'indépendance, l'éducation ou l'expérience professionnelle des femmes concernées pour établir le risque de mutilations génitales féminines (CEDH, décision du 8 mars 2007, *Collins et Akaziebie c. Suède*, req. n° 23944/05 ; CEDH, arrêt du 19 janvier 2016, *Sow c. Belgique*, req. n° 27081/13, § 68) – « ne peut pas le dispenser de respecter ses obligations au titre de la Convention telles qu'[...] interprétées par le Comité » ni « justifier le non-respect des constatations [qu'il adopte] » (§ 8.7.b)).

Troisièmement, le Comité réaffirme que le risque qu'un enfant soit soumis aux mutilations génitales féminines dans l'État de destination « devrait être évalué conformément au principe de précaution » et qu'il ne devrait pas être expulsé « lorsqu'il existe des doutes raisonnables quant à la capacité de [cet État] de protéger l'enfant » (§ 8.7.c) ; voir Comité des droits de l'enfant, *K.Y.M. c. Danemark*, constatations du 25 janvier 2018, communication n° 3/2016, doc. CRC/C/77/D/3/2016, § 11.8 ; *X.C. et autres c. Danemark*, constatations du 28 septembre 2020 communication n° 31/2017, doc. CRC/C/85/D/31/2017, § 8.3). Or, le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitude scientifique ne doit pas empêcher ou retarder l'adoption de mesures préventives, principalement en matière environnementale ou de santé publique (J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 1198 p., spéc. p. 865), est peu utilisé par les comités onusiens, y compris lorsqu'il est invoqué par les auteurs des communications (Comité des droits de l'homme, *Brun c. France*, constatations du 18 octobre 2006, communication n° 1453/2006, doc. CCPR/C/88/D/1453/2006 ; Comité des droits de l'enfant, *Sacchi et autres c. France*, constatations du 22 septembre 2021, communication n° 106/2019, doc. CRC/C/88/D/106/2019 ; voir toutefois Comité des droits de l'homme, *Article 6 : droit à la vie*, Observation générale n° 36, 2018, § 62). En l'espèce, l'emploi du terme « principe de précaution » semble s'éloigner de cette définition classique et davantage renvoyer à la dimension de *due diligence* de l'obligation de non-refoulement, qui est elle-même « une obligation

positive de prévention diligente spécifique» (S. Besson, «La *due diligence* en droit international», *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 409, 2020, pp. 153-398, spéc. p. 347). En effet, dans ce contexte, l'État doit se conformer à son obligation positive de prévenir les violations des droits de l'Homme perpétrées par des tiers «*under due diligence*» (V. Tzevelekos, «Reconstructing the Effective Control Criterion in Extraterritorial Human Rights Breaches: Direct Attribution of Wrongfulness, Due Diligence, and Concurrent Responsibility», *Michigan Journal of International Law*, vol. 36, n°1, 2014, pp. 129-177, spéc. p. 160), c'est-à-dire «faire preuve de soin», mais aussi «ne pas nuire» par négligence, «en adoptant des mesures raisonnables aptes à protéger les intérêts ou droits [...] d'étrangers contre les (risques de) préjudices [...] causés par des tiers» (S. Besson, «La *due diligence* en droit international», *op. cit.*, spéc. pp. 206-207). En cas d'incertitude, de «doutes raisonnables quant à la capacité de [l'État de destination] de protéger l'enfant» (§ 8.7.c), le non-refoulement semble pouvoir constituer une telle mesure. Il reste que la clarification de ce que recouvre et implique ici le «principe de précaution» serait opportune.

*In fine*, le Comité conclut que, dans son évaluation du risque, «l'État partie n'a pas tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et n'a pas pris de précautions suffisantes pour garantir le bien-être de l'enfant à son retour» si bien que le renvoi de Y.A.M. violerait les articles 3 et 19 de la Convention (§ 8.8). L'État est donc tenu de ne pas l'expulser ni la séparer de sa mère et de son frère (§ 9, Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14, précitée, §§ 58-61). En outre, en réaction au non-suivi de ses constatations précédentes (§ 6.2), le Comité a explicité le contenu des garanties de non-répétition requises s'agissant des procédures d'asile concernant les mineurs, ce qu'il ne fait que très rarement, aiguillant ainsi l'État dans la mise en œuvre ses obligations (§ 9).

Victoria Dhaisne

**Comité des droits de l'enfant, D.R. c. Suisse, 31 mai 2021, communication n° 86/2019, U.N. doc. CRC/C/87/D/86/2019.**

**Résumé :** *Le principe du non-refoulement ne confère pas un droit à rester dans un pays sur la seule base d'une possible différence entre l'État d'origine et l'État d'asile en matière de services de santé, ou pour poursuivre un traitement médical dans l'État d'asile, sauf si ce traitement est essentiel pour la vie et le bon développement de l'enfant et ne serait pas disponible et accessible dans l'État de renvoi.*

**Mots clés :** intérêt supérieur de l'enfant ; diagnostic d'hypothyroïdie congénitale ; accès aux traitements et soins médicaux ; expulsion ; principe de non-refoulement ; risque de traitement cruel, inhumain ou dégradant.

L' affaire *D. R. c. Suisse* illustre parfaitement la doctrine du Comité des droits de l'enfant (ci-après, le « Comité ») : un enfant malade, requérant l'asile peut, sous certaines conditions, être renvoyé avec sa famille vers son pays d'origine sans qu'il n'y ait violation du principe de non-refoulement. Il en profite également pour rappeler les règles de forme concernant la procédure de transmission d'une communication au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant (ci-après, la « Convention ») et notamment l'importance de l'effectivité des recours internes engagés contre les décisions étatiques litigieuses.

Le 15 mai 2019, l'auteur de la communication a saisi le Comité en son nom et au nom de ses enfants ainsi que de son épouse, face au refus du Secrétariat d'État suisse aux migrations de donner suite à leur demande d'asile déposée en juin 2014. Il invoquait une violation des articles 3 (intérêt supérieur de l'enfant) et 4 de la Convention (obligation faite aux États-Parties de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus aux enfants), à l'encontre de la décision d'expulsion ordonnée par les autorités suisses. L'auteur et sa famille, de nationalité sri-lankaise, avaient introduit vainement un recours devant le Tribunal administratif fédéral en septembre 2016 (§ 2.1), avant de soumettre trois demandes de réexamen de leur demande d'asile. La dernière a été déposée en mars 2019, soit deux mois après la naissance de leur deuxième enfant diagnostiqué d'hypothyroïdie congénitale (§ 2.2). Il faisait valoir que ce dernier subirait un préjudice irréparable du fait de l'interruption de son traitement en Suisse et de son renvoi vers le Sri Lanka, étant donnée l'incertitude quant au suivi médical possible dans ce pays et compte tenu des faibles ressources pécuniaires du foyer. Le Secrétariat d'État aux migrations a rejeté cette demande, de même que les deux précédentes, respectivement en novembre 2016, novembre 2018 et avril 2019, leur opposant le non-respect des délais de recours et le manque de crédibilité des déclarations formulées (§ 4.1).

Dans le cadre de l'examen de la recevabilité, le Comité a d'abord traité en détail la question de l'effectivité des voies de recours internes. L'État partie arguait en effet de l'irrecevabilité de la communication au titre de l'article 7.e) du Protocole facultatif à la Convention établissant une procédure de communication (U.N. doc. A/RES/66/138, adopté le 19 décembre 2011, entré en vigueur le 14 avril 2014 et le 24 juillet 2017 pour la Suisse) (ci-après, le « Protocole »), en raison du non-

épuisement des voies de recours contre sa décision, pourtant existantes selon lui devant le Tribunal administratif fédéral (§ 4.6). Le Comité a cependant noté que « l'introduction d'un tel recours n'aurait pas suspendu automatiquement l'exécution de la décision du Secrétariat d'État aux migrations », quand bien même il aurait été expressément assorti d'une requête en suspension puisque le Tribunal administratif fédéral dispose en la matière d'une certaine marge d'appréciation (§ 10.2). La jurisprudence du Comité sur ce point est pourtant claire : « tout recours qui se prolongerait excessivement ou qui ne suspendrait pas l'exécution de la décision de renvoi ne saurait être considéré comme utile » (voir Comité des droits de l'enfant, N. B. F. c. Espagne, constatations du 27 septembre 2018, communication n° 11/2017, doc. CRC/C/79/D/11/2017, § 11.3 et A. D. c. Espagne, constatations du 4 février 2020, communication n° 21/2017, doc. CRC/C/83/D/21/2017, § 10.3). Avant de conclure à sa compétence pour examiner la communication, le Comité a toutefois écarté les prétentions de l'auteur et son épouse relatives aux « conséquences que leur renvoi aurait pour leur santé » (§ 10.3) en rappelant, au titre de l'article 7.c) du Protocole, que la Convention protège les droits des enfants et non ceux des adultes (voir Comité des droits de l'enfant, U. A. I. c. Espagne, constatations du 30 septembre 2016, communication n° 2/2015, doc. CRC/C/73/D/2/2015, § 4.4 et Y et Z c. Finlande, constatations du 15 mai 2019, communication n° 6/2016, doc. CRC/C/81/D/6/2016, § 9.3). Il s'agissait en l'occurrence de déterminer si la décision de l'État partie de renvoyer l'auteur et sa famille au Sri Lanka aurait été prise en violation du principe de non-refoulement et sans tenir compte des droits de leur deuxième enfant, en raison de son hypothyroïdie congénitale.

Au stade de l'examen au fond, en sus des articles 3 (intérêt supérieur de l'enfant) et 4 (obligation faite aux États parties de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus aux enfants) soulevés par l'auteur, le Comité a également décidé de connaître de la communication à l'aune des articles 6 (2) (droit à la vie et au développement), 24 (droit à la santé), et 37.a (droit de ne pas être soumis à des traitements cruels, inhumains ou dégradants) de la Convention. Le Comité a de nouveau affirmé sa position en matière de non-refoulement, à savoir l'interdiction pour les États de « renvoyer un enfant dans un pays s'il y a des motifs sérieux de croire que cet enfant sera exposé à un risque réel de dommage irréparable » (§ 11.3). Ce risque est apprécié « eu égard à l'âge et au sexe de l'intéressé, par exemple compte tenu des conséquences particulièrement graves pour les enfants [...] d'une carence des services de santé » (voir Comité des droits de l'enfant, Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, Observation générale n° 6, 2005, doc. CRC/GC/2005/6, § 27). En cas de doutes raisonnables quant au niveau de protection de l'État de destination, les États parties « devraient s'abstenir d'expulser l'enfant » (voir Comité des droits de l'enfant, K. Y. M. c. Danemark, constatations du 25 janvier 2018, communication n° 3/2016, doc. CRC/C/77/D/3/2016, § 11.8 et X. C., L. G. et W. G. c. Danemark, constatations du 28 septembre 2020, communication n° 31/2017, doc. CRC/C/85/D/31/2017, § 8.3). Toute cette appréciation devrait en outre, être opérée en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant qui est primordiale (voir Comité des droits de l'enfant, Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, Observation générale n° 14, 2013, doc. CRC/C/GC/14, § 6.c). Il résulte de ces articles une obligation positive pour l'État partie, qui envisage d'expulser un enfant, de prendre des décisions donnant « l'assurance que l'enfant sera en sécurité, sera correctement

pris en charge et jouira de ses droits » (§ 11.3). En définitive, le Comité a conclu que la Suisse n'avait pas violé ses obligations conventionnelles en ordonnant le renvoi de l'auteur de la communication et de sa famille vers le Sri Lanka. Pour prendre sa décision, le Secrétariat d'État aux migrations s'était correctement fondé sur des informations qui montrent non seulement que les autorités sri-lankaises sont conscientes des déficiences mentales causées par l'hypothyroïdie congénitale, mais aussi que son dépistage et son traitement avaient fait l'objet d'une attention nationale et surtout « que le traitement est simple, peu coûteux, efficace et disponible dans les systèmes de santé public et privé » (§ 11.5)

Cette constatation n'est pas sans rappeler la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, par laquelle la Grande Chambre a estimé que l'éloignement d'une personne atteinte de maladie mentale est très exceptionnellement contraire à l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Pour que ce soit le cas, il faut des « motifs sérieux de croire que cette personne, bien que ne courant pas de risque imminent de mourir, ferait face, en raison de l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci, à un risque réel d'être exposée à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie » (voir CEDH, GC, arrêt du 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, req. n° 41738/10, § 183 ; voir également CEDH, GC, arrêt du 7 décembre 2021, *Savran c. Danemark*, req. n° 57467/15, § 134). C'est aussi la logique dans laquelle s'est inscrit le Comité des droits des personnes handicapées (voir Comité des droits des personnes handicapées, *N. L. c. Suède*, constatations du 28 août 2020, communication n° 60/2019, doc. CRPD/C/23/D/60/2019, § 7.5 et *Z. H. c. Suède*, constatations du 6 septembre 2021, communication n° 58/2019, doc. CRPD/C/23/D/60/2019, § 10.7 [Voir note d'Olivier Pedebuy dans la présente chronique, p. 85]) ou encore le Comité contre la torture (voir Comité contre la torture, *Harun c. Suisse*, constatations du 6 décembre 2018, communication n° 758/2016, doc. CAT/C/65/D/758/2016, § 9.7).

Marie-Lee Lurel

**Comité des droits de l'enfant, A.M. c. Suisse, 22 septembre 2021, communication n° 95/2019, U.N. doc. CRC/C/88/D/95/2019.**

**Résumé :** *Examinant l'allégation de violations de plusieurs articles de la Convention internationale des droits de l'enfant causée par une décision prise par la Suisse de rejeter la demande d'asile d'un enfant apatride et de sa famille et de les renvoyer vers la Bulgarie en vertu d'un accord liant les deux États en matière d'asile, les constatations adoptées par le Comité des droits de l'enfant confortent sa jurisprudence et celle des autres comités des Nations Unies sur les questions de l'intérêt supérieur de l'enfant mis en lien avec plusieurs droits reconnus aux enfants. Par ailleurs, ces constatations restreignent les droits des États en matière d'examen des demandes d'asile et insiste sur le caractère primordial du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant.*

**Mots clés :** intérêt supérieur de l'enfant ; développement de l'enfant ; droit de l'enfant d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant ; procédure d'asile.

**A.** M. est une femme de nationalité syrienne. En juillet 2017, elle a fui en compagnie de son fils M. K. A. H. apatride, les effets de la guerre dans son pays (§ 2.3). Après des conditions de voyage, de vie et de détention difficiles (§§ 2.3-2.4), A. M. a formulé auprès de la République de Bulgarie une demande d'asile pour son fils et elle, mais n'a obtenu qu'une protection subsidiaire. Insatisfaite de la protection qui lui a été accordée et de ses conditions de vie, A.M. a décidé de rejoindre son frère en Suisse où elle a formulé le 6 août 2018, pour son fils et elle, une nouvelle demande d'asile (§ 2.6). Cette demande a été rejetée par le Secrétariat d'État aux migrations Suisse qui a, par la suite, ordonné le renvoi de A. M. et son fils de M. K. A. H. en Bulgarie en vertu d'un accord liant ce pays à la Suisse sur les questions de réadmission de personnes en situation irrégulière (§ 2.12). De même, le Tribunal administratif fédéral Suisse a rejeté le recours formulé par A. M. et confirmé la décision du Secrétariat d'État aux migrations, considérant que la Bulgarie dispose des structures permettant une prise en charge adéquate des problèmes médicaux de l'auteur (§ 2.14). À la suite de cette décision, et d'un nouveau rejet d'une demande de reconsidération soumise au Secrétariat d'État aux migrations suisse (§ 2.15), A.M. a saisi le Comité des droits de l'enfant (ci-après, le « Comité ») le 27 août 2019 en vue de constater la violation par l'État Suisse de plusieurs droits que tient M. K. A. H. des articles 2 § 2, 6, 7, 16, 22, 24, 27, 28, 29, 37 et 39 de la Convention internationale des droits de l'enfant (ci-après, la « Convention ») en cas de renvoi en Bulgarie ; et des articles 3 et 12 dans le cadre de la procédure d'asile (§§ 3.1-3.2). Le 28 septembre 2019, le groupe de travail des communications, agissant au nom du Comité, a demandé conformément à l'article 6 du Protocole facultatif à la Suisse, de suspendre à titre conservatoire, l'exécution de la décision de renvoi de A. M. et de son fils vers la Bulgarie (§ 1.2). Par ailleurs, le Comité a enregistré le 31 mars 2020, en soutien à la procédure engagée par A.M., un groupe de tierces interventions notamment du AIRE, du Centre du Conseil européen sur les réfugiés et les exilés, et le Conseil néerlandais pour les réfugiés (§§ 4.1-4.4).

À l'issue des délibérations, le Comité a jugé irrecevable les griefs tirés de l'article 2 relatif à la santé mentale de M. K. A. H. qui n'avait pas été explicitement soulevé pendant la procédure d'asile et ceux relatifs à l'article 2 § 2 de la convention

qui n'ont pas été suffisamment étayés par l'auteur (§ 9.5). En revanche, il a admis la recevabilité des griefs relatifs aux articles 7, 28 et 39 de la Convention soulevés pendant la procédure de demande d'asile (§ 9.5) et aux articles 3 (§ 1), 6 (§ 2), 7, 12, 16, 22, 27, 28, 37 et 39 de la Convention (§ 9.8). Ces griefs visaient, notamment à faire constater d'une part le non-respect par la Suisse de l'intérêt supérieur de M. K. A. H. et de son droit d'être entendu dans le cadre de l'examen de la demande d'asile et d'autre part, les risques des traitements inhumains et dégradants et autres difficultés auxquelles il sera exposé en cas de renvoi vers la Bulgarie. (§ 9.8).

En ce qui concerne l'examen au fond des griefs soulevés, le Comité s'est fondé sur tout un corpus excédant ses propres Observations générales (Comité des droits de l'enfant, *Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, Observation générale n° 6, 2005, doc. CRC/GC/2005/6, § 27) tels que des Observations générales d'autres Comités conventionnels (Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Les femmes et les situations de réfugiés, d'asile, de nationalité et d'apatridie*, Recommandation générale n° 32, 2014, doc. CEDAW/C/GC/32, § 25) ou conjointes (§ 10.4), de plusieurs constatations de divers Comités des Nations Unies et les rapports du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (§ 10.6). À cet égard, le Comité a rappelé notamment l'obligation pour les États de ne pas renvoyer un enfant dans un pays où il pourrait subir des dommages irréparables et les obligations en matière de non-refoulement (§ 10.4).

Examinant la procédure ainsi que les motifs justifiant la décision adoptée par la Suisse (voir pour un contrôle plus restreint la jurisprudence du Comité des droits des personnes handicapées dans O. Pedebay, Note sur Comité des droits des personnes handicapées, *N.L. contre Suède*, constatations du 28 août 2020, communication n° 60/2019, doc. C/23/D/60/2019, «Chronique des constatations des comités conventionnels des Nations Unies», *Revue Droits fondamentaux*, n° 19, 2021, , pp. 31-36.), le Comité a considéré que l'État Suisse n'avait pas accordé une considération primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant dans son évaluation des risques auxquels M. K. A. H. serait exposé s'il était renvoyé en Bulgarie en violation de l'article 3 § 1 (§ 10.9). Le Comité a estimé également que la Suisse n'avait pas pris de précautions suffisantes afin de garantir que M. K. A. H. ne soit pas soumis à des traitements inhumains ou dégradants en cas de retour en Bulgarie en violation des articles 6 § 2, 22, 27, 28, 37 et 39 de la Convention (§ 10.12). En sus, le Comité a estimé qu'un renvoi de M. K. A. H. en Bulgarie entraînerait une violation de son droit d'acquérir une nationalité tire de l'article 7 de la Convention (§ 10.10). De même, le Comité a considéré qu'un renvoi de M. K. A. H. constituerait une immixtion arbitraire dans sa vie privée, en violation des droits qu'il tient de l'article 16 de la Convention dans la mesure où toute séparation entre M. K. A. H. et ses cousins et son oncle risquerait de causer davantage de troubles dans son développement et sa réinsertion sociale. Enfin, selon le Comité, l'absence d'audience directe de l'enfant était constitutive d'une violation de son droit d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant prévue à de l'article 12 de la Convention (§ 10.11). À ce titre, le Comité rappelle que « cet article n'impose aucune limite d'âge en ce qui concerne le droit de l'enfant d'exprimer son opinion ». Dès lors, les États parties ne doivent pas adopter, que ce soit en droit ou en pratique, des limites d'âge de nature à restreindre le droit de l'enfant d'être entendu sur toutes les questions l'intéressant (§ 10.11).



À l'issue de son examen au fond, le Comité a conclu à la violation par la Suisse des articles 3 § 1 et 12 et une violation potentielle des articles 6 § 2, 22, 27, 28, 37 et 39 de la Convention (§ 11). Il a recommandé, notamment à la Suisse de reconsidérer la décision de renvoi de M. K. A. H. en Bulgarie dans le cadre de l'Accord avec la République de Bulgarie. Il a également recommandé un de réexaminer urgemment la demande d'asile de l'auteur et de M. K. A. H. en accordant une considération primordiale à l'intérêt supérieur de l'enfant et en tenant compte de l'état de santé mentale d'A. M. et de son enfant et des nombreux événements traumatiques vécus et du risque pour M. K. A. H. de rester apatride en Bulgarie. Le comité a en outre recommandé à la Suisse de garantir à M. K. A. H. une assistance psychosociale adéquate afin de faciliter sa réhabilitation et de prendre toutes les mesures nécessaires susceptibles d'empêcher que de telles violations ne se reproduisent. Il s'agit par exemple de mesures levant tous les obstacles légaux, administratifs et financiers pour garantir à tous les enfants un accès à des procédures adaptées en vue de contester les décisions qui les concernent ; de veiller à ce que les enfants soient systématiquement entendus dans le contexte des procédures d'asile ; et de s'assurer que les protocoles nationaux applicables au renvoi des enfants ou aux réadmissions par des pays tiers soient conformes à la Convention (§ 12). Ces constatations confortent la jurisprudence du Comité et celle des autres comités des Nations Unies sur les questions de l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il met en lien avec plusieurs droits reconnus aux enfants. Ces constatations restreignent par ailleurs les droits et la liberté reconnus aux États dans le cadre de l'examen des demandes d'asile et renforce la protection de l'enfant demandeur d'asile et apatride. Le caractère primordial du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est ainsi réaffirmé.

Koué Stéphane Ourigbale

## Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes

**Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Magdulein Abaida c. Libye, 18 février 2021, communication n° 133/2018, U.N. doc. CEDAW/C/78/D/130/2018.**

**Résumé :** *Saisi pour la première fois d'une affaire portant sur des violences commises contre une défenseure des droits des femmes, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes conclut à la violation par la Libye des droits que la requérante tire des articles 2 et 7, consacrant le droit à la protection contre la discrimination sous toutes ses formes et l'obligation pour l'État d'adopter des mesures appropriées en ce sens, lus conjointement avec l'article premier de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et réaffirme le principe d'octroyer une réparation appropriée et une indemnisation adéquate en raison de la violation des droits de la requérante.*

**Mots clés :** violence à l'égard des femmes fondée sur le genre ; torture ; devoir de diligence ; participation des femmes à la vie publique ; indemnisation et réparation appropriées et adéquates.

L' auteure de la communication est une ressortissante libyenne réfugiée au Royaume-Uni depuis septembre 2012. Avant de quitter la Libye, elle travaillait comme traductrice pour des journalistes et organismes régionaux. Elle a créé sa propre organisation de défense des droits des femmes, « *Hakki* » (« Mon droit ») et a collaboré avec des organisations œuvrant pour le renforcement du pouvoir d'action des femmes (§ 2.1). Elle fut arrêtée par des milices affiliées au ministère de l'intérieur, lors d'un atelier sur les droits des femmes et a subi des violences verbales et physiques (§ 2.7), puis a été interrogée immédiatement sur l'organisation « *Hakki* » (§ 3.5). En raison de son engagement dans la défense des droits des femmes, la requérante recevait, en outre, des courriels, lettres et messages haineux et menaçants l'accusant d'avoir répudié sa culture et qu'elle devait être exécutée, ce qu'il l'a contrainte à renoncer à ses activités et à fuir son pays (§ 3.10). Sur la base de ces faits, l'auteure a saisi le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (ci-après, le « Comité ») alléguant de la violation par la Libye des droits qui lui sont conférés par les articles 1<sup>er</sup>, 2. b), d) et e)], 3, 5.a)] et 7.c)] de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

Bien que le Comité ait invité l'État partie, à plusieurs reprises, à présenter ses observations relatives à cette plainte, ce dernier n'a pas répondu. Le Comité décide, dès lors, de fonder sa décision sur les informations fournies par l'auteure, pour autant qu'elles soient suffisamment étayées (§ 4).

Se prononçant sur la recevabilité de la communication, le Comité note d'une part, que rien n'indique dans le dossier que la même question ait déjà été examinée ou est en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement des différends (§ 5.2). D'autre part, il considère que les voies de recours internes disponibles ont été épuisées étant donné que l'auteure a déposé une plainte

en 2013 pour discrimination fondée sur le sexe et que – hormis un accusé de réception de cette plainte –, les multiples demandes d'informations sur la suite donnée à sa plainte n'ont donné lieu à aucune réponse (§ 5.3). Le Comité ne pouvait que conclure à la satisfaction de la condition de recevabilité (§ 5.4).

Se penchant sur le fond, le Comité précise que la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre est incluse dans la définition de la discrimination telle que la prévoit l'article premier de la Convention, et que ce type de discrimination ne se limite pas aux violences commises par les États ou en leur nom, mais s'étend aussi aux violences commises par des acteurs non-étatiques. Il renvoie, à cet égard, à sa recommandation générale n° 28 qui indique, entre autres, que « [les États parties] sont tenus [...] de réagir activement contre la discrimination à l'égard des femmes, qu'elle soit le fait d'un acte ou d'une omission de l'État ou d'un acteur privé » et qu'un État méconnaît son obligation de diligence s'il n'adopte pas ou ne met pas en place des mesures appropriées pour prévenir les actes de violence fondés sur le genre à l'égard des femmes (Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 16 décembre 2010, doc. CEDAW/C/GC/28, § 10 et § 13). Qui plus est, le Comité considère, qu'un État – dont les autorités ont connaissance ou doivent avoir connaissance d'un risque de violence – qui manquerait à son obligation de mener des enquêtes, d'engager des poursuites, de prendre des sanctions et d'indemniser les victimes de tels actes est considéré comme avoir permis ou encourager tacitement les auteurs à agir de la sorte (§ 6.3).

Le Comité procède ensuite à la qualification des violences subies par la requérante (§ 6.4). Il relève d'abord le lien étroit existant entre les violences physiques et verbales infligées à la requérante et l'action que celle-ci mène au sein de son organisation de défense des droits des femmes. Il observe ensuite, que malgré ses blessures visibles, les fonctionnaires du ministère de l'Intérieur ont continué à l'interroger au sujet de son organisation. Le Comité qualifie ces actes de torture, affirme que l'État a manqué à ses obligations de mener des enquêtes, d'engager des poursuites, de prendre des sanctions et d'indemniser la victime, et partant, conclut à la violation des droits de la requérante que lui reconnaît l'article 2.b), d) et e) lu conjointement avec l'article 1<sup>er</sup> de la Convention. Il paraît toutefois regrettable, à notre sens, que le Comité ait passé sous silence la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouvait la requérante victime de violences durant son arrestation. Cette situation de vulnérabilité s'explique en effet en raison du contexte de guerre civile que connaissait la Libye au moment des faits, un contexte qui a suivi la chute du régime de Kadhafi le 17 février 2011 » et il semble qu'en mettant en relief cette situation de vulnérabilité de la victime, le Comité aurait pu lui faire bénéficier d'une protection davantage renforcée par le truchement du mécanisme des obligations positives, qui imposerait un comportement actif de l'État en vue d'assurer à la victime une protection concrète et effective. (Pour une vue d'ensemble sur la situation actuelle en Libye y compris celle des droits humains voir le Rapport du Secrétaire général des Nations Unies du 20 mai 2022 adressé au Conseil de sécurité dans le cadre de la Mission d'appui des Nations Unies en Libye, 20 mai 2022, doc. S/2022/409, §§ 58-79).

Sur la seconde question, celle de la participation de la requérante à la vie publique et politique, le Comité rappelle que l'auteure a été arrêtée lors d'un atelier sur les droits des femmes et interrogée au sujet de « *Hakki* » immédiatement après avoir été torturée. Aussi, le Vice-Ministre de l'intérieur a critiqué ladite organisation pour avoir « milité pour la liberté des femmes ». À cet égard, le Comité rappelle sa recommandation générale n° 30, dans laquelle il indique qu'il est impératif, [...] que les femmes « soient en mesure de participer activement à la société civile afin de créer une société caractérisée par une démocratie durable, la paix et l'égalité des sexes » (Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 30 sur les femmes dans la prévention des conflits, les conflits et les situations d'après conflit, 18 octobre 2013, doc. CEDAW/C/GC/30, § 42). Selon le Comité, ces faits font apparaître une violation par l'État partie des droits de l'auteure consacrés par l'alinéa 15.c) de l'article 7, lu conjointement avec l'article 1<sup>er</sup> de la Convention (§§ 6.4-6.5).

Parvenant à la conclusion de la violation par l'État partie des alinéas b), d) et e) de l'article 2 et de l'alinéa c) de l'article 7 de la Convention, lus conjointement avec l'article 1<sup>er</sup>, le Comité n'a pas jugé utile d'examiner les autres griefs de la requérante (§ 7). Il a formulé des recommandations à l'État partie pour qu'il mène « une enquête rapide [...] et indépendante sur la discrimination, l'arrestation, la détention et la torture subie par la requérante afin d'identifier les responsables », pour qu'il les poursuive et les sanctionne, et pour qu'il octroie à la requérante une réparation appropriée et une indemnisation adéquate et proportionnelle à la gravité et aux conséquences permanentes des violations dont elle a été l'objet (§ 8.a)). Aussi le Comité a-t-il adressé à l'État partie douze recommandations d'ordre général faisant écho aux questions soulevées dans ces constatations, tel que la nécessité de « se doter d'une législation complète sur la violence fondée sur le genre » ou de « mettre en place des mesures concrètes pour permettre aux défenseuses des droits des femmes de mener leurs activités dans un environnement sûr et propice » (§ 8.b)).

Le CEDAW rappelle enfin que conformément au paragraphe 4 de l'article 7 du Protocole facultatif, l'État partie soumettra une réponse écrite, dans un délai de six mois « l'informant [...] de toute action menée à la lumière de ces constatations et recommandations » (§ 9).

Salma Smiri

## Comité pour l'élimination de la discrimination raciale

**Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Grigore Zapescu c. République de Moldova, 22 avril 2021, communication n° 60/2019, U.N. doc. CERD/C/103/D/60/2016.**

**Résumé :** *Le Comité conclut à la violation par la Moldavie du droit de Grigore Zapescu à la protection et à un recours effectif devant les tribunaux nationaux contre tout acte de discrimination raciale (article 6 de la Convention), à défaut pour les autorités nationales d'avoir remédié à la discrimination dont il a été victime, en tant que membre de la population Rom, en matière d'emploi.*

**Mots clés :** discrimination raciale dans l'accès à l'emploi ; discrimination fondée sur l'origine nationale ou ethnique ; principe de renversement de la charge de la preuve

**G**rigore Zapescu (ci-après, « GZ »), étudiant de nationalité moldave et d'origine ethnique Rom, a vu sa candidature à un emploi de serveur dans une chaîne de restaurants rejetée en 2012 (§ 2.1). S'estimant victime d'une atteinte à son droit au travail et d'un traitement discriminatoire en raison de ses origines rom, il a engagé contre l'entreprise mise en cause, une procédure judiciaire devant les juridictions nationales. Cependant, G.Z. a vu sa demande rejetée par les trois degrés de juridictions nationales saisies (§ 2.2.). À la suite de ces rejets, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (ci-après, le « Comité ») a été saisi le 30 juin 2016, en vue de constater la violation par la République de Moldavie des articles 1 § 1 (définition du concept de « discrimination raciale »), 5 e) i) (obligation d'interdire et d'éliminer la discrimination raciale sous toutes ses formes et à garantir à chacun le droit au travail, sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique), 6 (droit à une protection et une voie de recours effectives, devant les tribunaux nationaux) et 7 (obligation de prendre des mesures immédiates et efficaces pour lutter contre les préjugés conduisant à la discrimination raciale) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après, la « Convention »), lus conjointement avec l'article 2 § 1 d) (obligation d'interdire et de mettre fin à la discrimination raciale pratiquée par des personnes, des groupes ou des organisations) de la Convention (§§ 3.1-3.4).

Abordant la question de la recevabilité de la communication de G. Z., le Comité a d'emblée constaté que le délai de six mois prévu à l'article 14 (§ 5) de la Convention (§ 7.2) pour sa saisine, par tout groupe ou individu insatisfait d'une décision des organes nationaux chargés de connaître de plaintes de discrimination raciale a été respecté. Il s'est ensuite assuré, en application de l'article 91 (al. c)) de son règlement intérieur, que la communication soit compatible avec les dispositions de la Convention (§ 7.3). Si les faits remontaient à une période précédant la date d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État partie, il a considéré que l'adoption de décisions par les juridictions nationales après cette date suffisait à considérer que la Convention est applicable *ratione temporis* conformément à la position d'autres comités conventionnels (§ 7.3). Enfin, il a rejeté les allégations de non-épuisement de tous les recours disponibles avancés par l'État qui reprochait à

l'auteur de ne pas avoir introduit de recours extraordinaire contre la décision de la chambre pénale de la Cour suprême de justice. Considérant que ce recours ne constituait pas un recours disponible pour G.Z. au regard de l'article 14 (§ 7) de la Convention. (§ 7.4), le Comité a déclaré la communication recevable (§ 7.5).

Le Comité a ensuite procédé à l'examen au fond de la communication en cherchant à savoir, d'une part, si le rejet des demandes de l'auteur par les juridictions nationales constituait une violation de l'obligation de la Moldavie de protection contre toute discrimination dans l'accès au travail fondée sur l'origine ethnique et, d'autre part, si ce rejet constitue une violation du droit à une protection et à un recours effectif devant les tribunaux nationaux contre toute discrimination (§§ 8.1-8.2).

Le Comité a d'emblée constaté, prenant appui sur sa Recommandation générale n° 27 concernant la discrimination à l'égard des Roms (57<sup>e</sup> session, 2000) que les obligations d'adopter un cadre législatif et réglementaire contre la discrimination raciale dans l'accès à l'emploi et d'assurer un contrôle effectif de la mise en œuvre de politiques d'embauche non-discriminatoires dans la pratique ne sont pas remplies par la Moldavie (§ 8.3). Il n'a dès lors pas jugé nécessaire de procéder à un examen au fond des griefs soulevés au titre des articles 5 e) i) et 7 de la Convention, lus conjointement avec l'article 2 § 1) d) (§ 8.11).

Dès lors, le Comité a concentré son examen au fond essentiellement sur les griefs soulevés au titre de l'article 6 de la Convention en estimant bien fondée la plainte de G. Z. (§§ 8.5-8.6). Il a rappelé que le principe de renversement de la charge de la preuve demeure la règle dans les affaires concernant des allégations de discrimination. En rappelant sa jurisprudence, le Comité a constaté que le fait pour les juridictions nationales moldaves d'exiger de manière disproportionnée de la victime présumée de faire la preuve de l'intention discriminatoire de l'entreprise mise en cause (§§ 8.6-8.10), sans demander à celle-ci des explications sur les raisons ayant conduit au rejet de sa candidature, viole les dispositions de la législation nationale et passe outre l'avis consultatif du Conseil moldave pour la prévention et l'élimination de la discrimination et la promotion de l'égalité, recommandant expressément un renversement de la charge de la preuve dans toute affaire concernant des allégations de discrimination (§ 4.3- 8.9).

En outre, le Comité a jugé inadaptée l'approche utilisée par les juridictions nationales lors de l'analyse des principaux griefs de G. Z. Il a notamment discrédité le recours aux témoignages d'employés d'origine ethnique, d'âge et de sexe différents de ceux de l'auteur et se trouvant dans des emplois différents de celui pour lequel l'auteur avait postulé. D'abord, le Comité a considéré que cette approche n'aurait pas permis de recueillir des informations susceptibles de faire apparaître l'existence d'une éventuelle « intersectionnalité » et de « hiérarchies ethniques » sur le marché du travail déjà mis en relief par d'autres expériences comparatives sur le terrain en Europe. Ensuite, cette approche sous-estimerait selon le comité, le fait que la discrimination peut se présenter comme un comportement ponctuel survenant dans des circonstances bien particulières ou fondé sur plusieurs motifs, plutôt qu'une pratique systématique. Enfin, le Comité a considéré que cette approche ne permettrait pas de bien comprendre les problèmes et les préjugés auxquels la communauté rom se heurte en République de Moldovie, mis en évidence par les observations finales du Comité publiées en 2011 et 2017 et de

nombreux rapports d'autres organes internationaux et régionaux de défense des droits de l'homme. (§ 8.9).

À l'issue de son examen, le Comité a conclu à la violation par la Moldavie des droits consacrés par l'article 6 de la Convention (§ 8.10). Il a recommandé en conséquence à l'État, de présenter des excuses à G. Z. et de lui accorder une indemnisation adéquate pour le préjudice subi. L'État devra également prendre des mesures concrètes en vue d'une application effective de sa législation anti-discrimination telles que la formation de juges à la législation anti-discrimination et la fourniture d'informations claires sur les recours internes disponibles en cas de discrimination raciale et un renforcement du contrôle des normes de travail anti-discrimination.

Dans ces constatations, le Comité est resté conforme à sa jurisprudence en attirant l'attention sur les difficultés auxquelles la communauté Rom reste confrontée. Il réaffirme le principe du renversement de la charge de la preuve comme élément primordial dans l'examen de toute plainte concernant une présomption de discrimination raciale.

Koué Stéphane Ourigbale

**Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Daniel Kotor c. France, 25 novembre 2021, communication n° 65/2018, U.N. doc. CERD/C/105/D/65/2018.**

**Résumé :** *Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a reconnu la violation par l'État partie, la France, de la garantie d'accès à un tribunal au titre de l'article 6 de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations raciales (droit à une protection et à des voies de recours effectives contre tous actes de discrimination). Le Comité s'est appuyé sur le refus par la Cour de cassation française d'examiner le pourvoi de l'auteur de la communication demandant l'exécution forcée du repositionnement de son coefficient de droits à la retraite en vue d'obtenir la réparation intégrale d'un préjudice subi en raison de discrimination raciale.*

**Mots clés :** déni de justice ; discrimination raciale ; discrimination à l'accès à l'emploi ; égalité de traitement ; exécution partielle ; voies de recours effectives ; réparation intégrale ; repositionnement.

L'affaire *Kotor c. France* constitue une illustration des difficultés qu'ont les justiciables à obtenir une réparation « pleine et effective » (§ 7.4) de leurs préjudices devant les juridictions internes pour des faits de discrimination. Daniel Kotor reproche à la société Renault SA d'avoir exercé à son encontre des traitements discriminatoires qui ont eu notamment pour conséquence de freiner l'évolution de sa carrière par rapport à celle d'autres salariés européens de naissance, alors même que la qualité de son travail était considérée comme « irréprochable » par sa hiérarchie et qu'il a « multiplié les efforts de formation » (§ 2.2).

Il décide le 20 mars 2003, à quelques mois de son départ à la retraite de Renault, de saisir le conseil de prud'hommes de Boulogne-Billancourt, afin de faire constater le caractère discriminatoire du traitement subi, et obtenir la réparation intégrale des préjudices qui en a résulté. La juridiction prudhomme ayant refusé de faire droit à ses demandes (§ 2.4), M. Kotor décide d'interjeter appel du jugement auprès de la cour d'appel de Versailles qui, dans un arrêt du 2 avril 2008, a fait droit à ses demandes tant sur la reconnaissance de l'existence des traitements discriminatoires que sur la réparation intégrale de plusieurs préjudices. Ainsi, la cour d'appel a condamné la société Renault à deux titres : premièrement, à l'indemnisation des préjudices matériel, moral et de carrière, évalués à 68 000 € et, deuxièmement, au repositionnement des coefficients du requérant pour les différentes périodes de sa carrière (§ 2.5). À noter que le coefficient est un indice utilisé dans le calcul du montant des pensions de retraite dont la modification nécessite un avenant au contrat de travail. Un tel repositionnement aurait dû emporter une réévaluation, notamment de ses droits à la retraite. Pourtant, si Renault n'a formé aucun pourvoi en cassation et s'est acquitté du versement du montant des dommages-intérêts, elle a toutefois fait obstacle aux demandes de production du certificat de travail incluant l'avenant permettant le rééchelonnement de son coefficient aux fins de son repositionnement (§ 2.6).

Après plusieurs recours intentés en vue d'obtenir l'exécution de l'obligation de repositionnement découlant de l'arrêt du 2 avril 2008 (§§ 2.7 - 2.12), la cour d'appel de Versailles, statuant en interprétation après renvoi le 24 septembre 2015,



a rejeté les demandes du requérant relatives au fond de l'affaire « au motif que la cour aurait réparé l'entier préjudice du salarié par la seule allocation de dommages-intérêts, lesquels incluraient "les conséquences du repositionnement" » (§ 2.14). L'auteur a formé un pourvoi en cassation pour contester cette décision. Celui-ci a toutefois été rejeté au cours de la procédure d'admission du pourvoi de la Cour de cassation le 1<sup>er</sup> décembre 2016, en application des dispositions de l'article 1014 du code de procédure civile, car « les moyens de cassation évoqués en soutien au pourvoi n'étaient manifestement pas de nature à entraîner la cassation » (§ 2.15). Pour ces raisons, M. Kotor présente une communication au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale le 22 mai 2017 (§ 1).

Ses allégations devant le Comité reposent sur deux séries d'arguments. La première est relative à la violation de l'article 2 (obligation générale d'interdiction de la discrimination raciale), de l'article 3 (interdiction de la ségrégation raciale et de l'apartheid), de l'article 4 (interdiction de l'incitation à la discrimination raciale) et de l'article 5 (égalité des droits devant la loi) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après, la « Convention »). Cependant, le Comité ne conclut pas à la recevabilité de cette partie de la communication estimant « qu'il ne ressort pas des soumissions de l'auteur d'éléments démontrant que l'État partie a laissé pratiquer la discrimination alléguée (article 2 de la Convention), n'a pas agi pour y mettre fin (article 3), l'a encouragée par son inaction (article 4) ou n'a pas garanti à l'auteur l'égalité de traitement (article 5) ». (§ 6.4). La seconde partie de la communication est relative à l'article 6 de la Convention (droit à une protection et à des voies de recours effectives contre tous actes de discrimination). L'ineffectivité des voies de recours internes reprochée à l'État français à ce titre repose sur la combinaison de deux causes : premièrement, l'inexécution par Renault du premier arrêt d'appel ordonnant le repositionnement du coefficient et, deuxièmement, le refus d'accès à la voie de cassation pour contester l'arrêt d'appel subséquent refusant d'ordonner à Renault l'exécution de son obligation de repositionnement. Cette partie de la requête est déclarée recevable par le Comité (§ 6.5).

Selon la France, les arguments invoqués par M. Kotor ne peuvent donner lieu à une violation de l'article 6 de la Convention par le Comité, d'abord en ce qui concerne l'exécution intégrale de l'arrêt du 2 avril 2008, compte tenu du fait que le repositionnement du coefficient était inclus dans le montant des dommages-intérêts (§§ 4.9 et 4.10). En ce sens, l'État partie avance que le requérant a obtenu la réparation intégrale de son préjudice. Ensuite, la France soutient que le rejet du pourvoi en cassation du 1<sup>er</sup> décembre 2016 décidé en raison de l'absence de « moyens sérieux de nature à entraîner la cassation de l'arrêt attaqué » (§ 4.9) doit être considéré comme une décision légale et irrévocable (§ 4.10). En effet, le droit d'accès à un tribunal n'étant pas un droit absolu, il peut faire l'objet de restrictions dès lors que celles-ci sont proportionnées à un but légitime. Le Gouvernement français invoque au soutien de son argumentation la pratique d'organismes juridictionnels internationaux tels que celle de la Cour européenne des droits de l'homme, qui retient le principe de la bonne administration de la justice comme but légitime d'une telle restriction et invite par là même le Comité à suivre cette pratique (§ 4.11) (CEDH, décision du 28 janvier 2003, *Burg et autres c. France*, req. n° 34763/02 ; CEDH, arrêt du 21 mars 2006, *Salé c. France*, req. n° 39765/04). En effet, la procédure d'admission des pourvois vise à permettre à la Cour de cassation de faire l'économie de la motivation de ses décisions de rejet, pour lui permettre de

concentrer ses efforts sur les affaires qui le nécessitent, sans pour autant faire obstacle à ce que le demandeur au pourvoi puisse prendre connaissance des raisons justifiant le rejet de son pourvoi, établies dans le rapport du conseiller rapporteur qui lui est communiqué concomitamment à la décision de la cour. Ainsi, la France soutient que M. Kotor, ayant reçu communication de ce rapport, ne peut se prévaloir d'une violation du droit d'accès à un tribunal du fait du rejet du pourvoi du 1<sup>er</sup> décembre 2016 (§ 4.9).

À l'aune des arguments des parties, le Comité constate la violation de l'article 6 relatif au droit à une protection et des voies de recours effectives contre tous actes de discrimination raciale qui doit être garanti par les États parties à la Convention de manière à ce que ses justiciables puissent faire valoir leur droits individuels et leurs libertés fondamentales « ainsi que le[ur] droit de demander à ces tribunaux satisfaction ou réparation juste et adéquate » (§ 7.4). Le raisonnement du Comité s'articule en deux temps (§ 8). Premièrement, il observe que l'arrêt du 2 avril 2008 n'a pas été exécuté intégralement, ce qui est « de nature à *entraver la réparation intégrale* [...] étant donné qu'il n'a pas été rétabli dans la position qui était la sienne avant que la violation soit commise et qui aurait permis de recalculer sa retraite » (§ 7.2, nous soulignons). Deuxièmement, le refus de faire droit au pourvoi de l'auteur de la communication, au titre duquel il a « *demand[é]* la juste satisfaction et réparation intégrale par suite de la discrimination dont il a été victime [,] constitue une violation de l'article 6 » (§ 7.2, nous soulignons). La combinaison de ces deux éléments, que sont l'inexécution partielle relative au repositionnement du requérant et le refus d'accès à la voie de cassation pour contester l'arrêt n'ordonnant pas l'exécution de l'obligation du repositionnement, conduit le Comité à retenir la violation du droit d'accès à un tribunal.

C'est donc l'absence d'accès, et non l'absence de motivation du rejet, qui emporte violation de l'article 6 de la Convention. Le Comité ne semble ainsi pas avoir remis en cause l'absence de motivation de la décision de non-admission du pourvoi, telle qu'elle est prévue par l'article 1014 du code de procédure civile. Pour cause, l'absence de motivation n'emporte pas nécessairement méconnaissance de la garantie de motivation des décisions de justice. Dès lors que le requérant a pu prendre connaissance des raisons fondant le rejet de son pourvoi, ce qui était le cas en l'espèce puisque le rapport du conseiller rapporteur les contenant lui a été communiqué (§ 4.11), il ne saurait être reproché à la juridiction de ne pas avoir davantage motivé sa décision (voir CEDH, arrêt du 8 novembre 2018, *Hôpital Local Saint-Pierre d'Oléron et autres c. France*, req. n° 18096/12 ; CEDH, G.C., arrêt du 20 mars 2019, *Gorou c. Grèce* (n° 2), n° 12689/03, § 37).

Le Comité a donc conclu à la violation de l'article 6 de la Convention en raison de l'absence d'accès aux juridictions nationales pour « demander la juste satisfaction et la réparation intégrale par suite de la discrimination dont il a été victime » (§ 7.6). Si le Comité a pu retenir une telle conclusion, c'est semble-t-il parce qu'il a estimé que le pourvoi de l'auteur aurait dû être examiné par la Cour de cassation. Malheureusement, en ne précisant pas expressément son raisonnement en ces termes, le Comité pourrait laisser à penser que de la garantie d'accès au tribunal découle une obligation pour les juridictions nationales de cassation saisies dans le contexte de demandes en réparation pour des faits de discrimination de déclarer ces pourvois en cassation recevables, ce qui les priverait de la possibilité de recourir à la procédure de filtrage des pourvois dans cette matière. Cela est d'autant

plus vrai que, aux termes de ses constatations, le Comité recommande aux autorités nationales, en plus de permettre l'accès au prétoire à « toutes les personnes victimes de discrimination raciale », d'examiner « tous les griefs ayant rapport -à la fixation des réparations auxquelles elles ont droit» pour qu'elles puissent bénéficier d'une réparation intégrale (§ 9).

Cette question ne semble d'ailleurs loin d'être résolue même si le Comité a eu l'occasion de réaffirmer sa position tant lors de l'examen d'une autre communication portant sur des faits analogues un an plus tard (CERD, avis du 30 août 2022, *Breleur c. France*, communication n° 66/2018, U.N. doc. CERD/C/107/66/2018), que lors de l'examen du rapport périodique de la France (CERD, « Observations finales concernant le rapport de la France valant vingt-deuxième et vingt-troisième rapports périodiques », 14 décembre 2022, U.N. doc. CERD/C/FRA/CO/22-23, § 32). En effet, alors même que le Comité a conféré au Gouvernement français le délai traditionnel de quatre-vingt-dix jours pour lui donner « des renseignements sur les mesures qu'il aura prises pour donner effet au présent avis » (§ 10), aucune information n'a, à ce jour, été communiquée au Comité pour signaler que ces recommandations ont bien été suivies ou que des mesures ont été mises en place pour remédier à ces violations. Il nous faut néanmoins conserver l'optimisme nécessaire pour croire que la constatation *Kotor c. France* devrait permettre une évolution dans le recours, peut-être un peu trop rapide, que la Cour de cassation peut parfois avoir à la procédure de non-admission des pourvois prévue à l'article 1014 du code de procédure civile (CERD, « Observations finales concernant le rapport de la France valant vingt-deuxième et vingt-troisième rapports périodiques », 14 décembre 2022, U.N. doc. CERD/C/FRA/CO/22-23, § 32).

Anthony Visini