

François Rigaux

Quelle force au service de quel droit ?

Résumé

Il est communément admis (voir Kant, Fisch, Hegel) que le droit est un système de contrainte. Mais d'une contrainte réglée, dont la force exécutoire obéit à des règles elles-mêmes juridiques. Le 22 septembre 1998, une jeune femme nigérienne, expulsée de Belgique, Semira Adamu, mourait étouffée par le coussin que son escorte avait maintenu de force sur son visage. Trois gendarmes et l'officier qui les encadrait ont été, le 12 décembre 2003, condamnés à une peine de prison avec sursis, pour coups et blessures involontaires, ayant causé la mort.

Depuis St Augustin on s'interroge sur la différence entre l'ordre du brigand et la contrainte étatique. Celle-ci n'est acceptable que si elle est conforme à la justice. L'ordre du brigand - la bourse ou la vie - se distingue du vol de la bourse à l'aide d'une contrainte physique par le choix laissé à la victime dans le premier cas : elle choisit volontairement mais non librement entre l'atteinte à sa vie et la perte de son bien. Aucun ordonnancement n'atteint ses fins que par la menace d'un châtement. Face au droit pénal étatique aussi, le citoyen choisit entre la perpétration d'un crime et la menace du châtement prévu par la loi.

On a longtemps contesté la nature juridique du droit international pour le motif que ses commandements et ses interdictions ne seraient pas accompagnés d'un système réglé de coercition physique. Il est vrai, mais le droit international comme d'autres ordonnancements non étatiques - le droit canonique, le droit sportif - dispose d'un système de contrainte consistant à exclure le membre rebelle (l'excommunication ou l'exclusion des compétitions sportives). Dans les organisations régionales, tels le Conseil de l'Europe ou l'Union européenne, les Etats exécutent les décisions prononcées contre eux : ils ne veulent pas perdre leur honorabilité.

Libre circulation des personnes et souveraineté étatique

Les Etats tirent de leur souveraineté territoriale le pouvoir de refuser aux étrangers l'accès de leur territoire. Une fois qu'un étranger a été admis, il est

protégé en vertu de divers textes internationaux : l'article 33 de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés interdit de le refouler vers un pays où sa liberté ou sa sécurité sont mises en danger. La Cour européenne des droits de l'homme a donné à l'article 3 de la Convention une interprétation assez libérale : l'Etat qui expulse un étranger vers un pays où il est exposé à un traitement inhumain ou dégradant peut être condamné pour le seul risque d'un tel traitement. En ce qui concerne les mesures coercitives administrées à l'occasion d'une expulsion, la Cour européenne a aussi limité à ce qui est strictement nécessaire tout usage de la force physique à l'égard d'une personne privée de sa liberté. Certains arrêts qualifient même de « torture » des violences commises durant une garde à vue.

L'exécution des mesures de contraintes dépend d'organes subordonnés, mal payés et peu considérés, de l'autorité publique. Entre le législateur ou le juge et ces agents d'exécution il existe une différence de statut telle que les premiers ne se préoccupent pas suffisamment des procédés par lesquels leurs décisions seront mises à exécution.

Depuis Kant aucun philosophe du droit n'oserait mettre en doute qu'un système juridique se définit par son aptitude à contraindre¹, et les théoriciens précisent qu'il s'agit d'une contrainte « réglée », elle-même organisée selon les normes juridiques appropriées², qui feraient écran entre l'exercice de la

¹ Kant, *Metaphysik der Sitten*, Einleitung in die Rechtslehre, *Kant's gesammelte Schriften*, herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften (Berlin, Reiner), Bd VI (1914), p. 231, intitulé du § D : *Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden* ; Fichte, *Gundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (Jena und Leipzig, Gabler, 1796), *Fichtes Werke* (Leipzig, Felix Meiner, t. II), p. 154 et s., § 16 ; *Rechtslehre* (1812-1813, Hamburg, Felix Meiner, 1980), 1er Teil, 4. Kap. p. 20-22 ; Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Berlin, In der Nicolaischen Buchhandlung, 1821 ; Hamburg, Felix Meiner, 1967), § 94, p. 91 : *Das abstrakte Recht ist Zwangsrecht* ; Rudolf von Jhering, *Der Zweck im Recht* (Leipzig, Breitkopf und Härtel, 4te Aufl. 1904), I, p. 249 : *Recht ist der Inbegriff der in einem Staate geltenden Zwangsnormen* ; Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (2te Aufl. 1960, Nachdruck 1992, Österreichische Staatsdruckerei, Wien), § 6, b) p. 34 : *Das Recht : Eine Zwangsordnung*.

² Selon la doctrine positiviste dont Kelsen est un représentant autorisé l'administration de la contrainte obéit elle-même à des normes juridiques. Les sociologues du droit distinguent deux types de contrainte, selon que la société où s'exerce le pouvoir est organisée ou non : Georges Gurvitch, *L'idée du droit social* (Paris, Sirey, 1932), p. 25-26. Comme on le verra plus loin la distinction est moins tranchée qu'il ne pourrait paraître. Le même auteur relève opportunément qu'au fondement du droit il y a une absence de contrainte : « tout droit sanctionné par une contrainte doit s'appuyer nécessairement sur un droit non sanctionné » (p. 110). L'exemple classique, déjà souligné par le positivisme analytique anglais, est celui du droit constitutionnel. Selon Austin, par exemple, cette branche du droit n'est qu'une « positive morality » : John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law* (5th ed., rev. and ed. by Robert Campbell, London, John Murray, 1885), p. 267-273. Austin s'appuie à la doctrine de la souveraineté : le souverain (dans l'ordre interne) est l'autorité qui a le pouvoir du dernier mot, selon la tradition anglaise *The Queen sitting in*

force brutale et la majesté éthérée de la loi. Langage du pouvoir, le droit n'atteint ses fins propres que par le recours à la force. La lecture des documents faisant état d'actes de coercition physique pratiqués sur les étrangers refoulés invite à soumettre à un doute méthodique les définitions traditionnelles du pouvoir de contrainte de l'autorité publique. En Belgique, un événement qui n'a fait scandale que l'espace de quelques jours fut la mort, avant le décollage, d'une jeune femme africaine, Madame Sémira Adamu, étouffée par le coussin que les membres de son escorte avaient maintenu de force sur son visage. Les faits remontent au 22 septembre 1998. Cinq ans plus tard, le 12 décembre 2003, le tribunal correctionnel de Bruxelles a prononcé quatre condamnations contre les gendarmes membres de l'escorte. L'inculpation finalement retenue a été celle de coups et blessures involontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Trois gendarmes ont chacun été condamnés à un an de prison, l'officier qui les encadrait à quatorze mois. L'exécution des quatre peines est subordonnée à un sursis de trois ans.

Le plus contestable est la disqualification de l'inculpation de coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner sous laquelle les accusés avaient été renvoyés devant le tribunal correctionnel. Il paraît difficile de soutenir que la force appliquée sur le visage de la jeune femme n'était pas un acte volontaire.

Ni les chefs hiérarchiques des gendarmes condamnés, ni les fonctionnaires du ministère de l'Intérieur responsable de l'exécution des mesures d'éloignement ne furent inculpés. Le ministre lui-même présenta sa démission au Roi quelques jours après les faits.

Entre temps, le 11 avril 2000, la ministre de la Mobilité et des Transports avait pris un arrêté « réglant les conditions de transfert à bord des aéronefs civils des passagers présentant des risques particuliers sur le plan de la sûreté »³. L'article 1^{er} de cet arrêté divise en deux catégories les personnes pouvant faire l'objet des mesures réglées par l'arrêté, à savoir un « passager inadmissible accompagné (ANAD) » et une « personne à éloigner (DEPA) ». L'arrêté organise le transfert de ces personnes sur des avions civils entrant dans les compétences de la ministre. Les articles 4 à 6 déterminent les mesures de contrainte interdites, ce qui inclut notamment « l'obstruction totale ou partielle des voies respiratoires » (art. 6, 1^o) et « l'administration de calmants ou d'un quelconque médicament en vue de maîtriser la personne contre sa volonté » (art. 6, 2^o). L'article 5 règle l'emploi des menottes. Pour le surplus, ne déterminant pas les « autres »

Parliament. Mais qui fera respecter la constitution par le pouvoir législatif ? L'institution d'une juridiction constitutionnelle se borne à déplacer le problème : qui garantit que la cour constitutionnelle respectera elle-même la constitution ? Par l'interprétation qu'elle donne de la constitution une telle juridiction décide ce que la loi est, *what the law is*, selon la formule de la Cour suprême des États-Unis dans *Cooper v. Aaron*, 358 US 1, 18 (1958).

³ *Moniteur belge* du 14 avril 2000.

mesures de contraintes appropriées, l'arrêté laisse le choix de celles-ci à la discrétion des membres de l'escorte.

Comme l'expulsion des étrangers, parmi lesquels les demandeurs d'asile, met en cause plus d'un Etat, la matière relève du droit international non moins que du droit interne et cela à un double titre : les pouvoirs que l'Etat justifie par une prétendue souveraineté sont-ils sans limite et à quelles restrictions l'ordonnancement interétatique les soumet-il ? Quelles sont, en outre, les obligations que l'Etat assume en vertu d'instruments conventionnels particuliers, notamment la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés et les actes internationaux de protection des droits de l'homme ? L'insistance avec laquelle les Etats et certaines organisations internationales se prévalent aujourd'hui d'un « devoir d'humanité » pour s'ingérer par la force dans le territoire d'un autre Etat ont placé sous un jour nouveau la notion même de « recours à la force ».

La notion de contrainte

Kant et Fichte, quand ils définissent le droit par l'exercice de la contrainte, tracent une démarcation entre la loi juridique et la loi morale. Bien que Hegel ait voulu surmonter pareil dualisme⁴, la ligne de partage entre les deux branches de l'éthique est généralement suivie par les théoriciens du droit. Comme toutes les dichotomies la distinction entre une norme contraignante et celles qui n'auraient pas ce caractère (la morale, les mœurs, les usages, le savoir-vivre mondain) requiert que la notion même de contrainte soit définie au préalable. Faute de quoi la définition de la norme juridique est tautologique : mérite une telle qualification la règle dont la mise en oeuvre obéit aux mécanismes (de contrainte) organisés par l'ordonnancement auquel elle appartient. En d'autres termes il existerait des formes de coercition non juridiques, parce que non reconnues comme telles par la science du droit. Toutefois, si cette science veut demeurer intellectuellement honnête, elle doit constater que chaque système définit lui-même ce qu'il tient pour juridique.

Dans une communauté villageoise restreinte, le contrôle exercé sur les comportements tenus pour déviants (la promiscuité sexuelle ou l'adultère) ont un caractère indubitablement coercitif et ce sous un double aspect, préventif et punitif, le second aspect prenant la forme de la marginalisation

⁴ Dans sa critique de l'impératif catégorique kantien, trop indéterminé pour inspirer des préceptes suffisamment précis, Hegel déduit les règles de moralité de celles qui sont en vigueur chez un peuple déterminé : Hegel, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts* (Tübingen, 1802), *Sämtliche Werke* (Jubiläumsausgabe in 20 Bänden von Hermann Glockner), Bd. I, p. 486-487 ; *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*, 3ter Teil, Neuere Philosophie, 3ter Abschnitt, Neueste deutsche Philosophie, B. Kant, *Sämtliche Werke*, Bd 19, p. 592-610.

des personnes ayant contrevenu aux règles de conduite tenues pour obligatoires⁵. La pratique du duel est un autre exemple de coercition non entérinée par l'ordre juridique positif, d'autant plus convaincant que cette pratique a longtemps survécu à sa répression par l'autorité étatique⁶. Ainsi, les règles de comportement d'un milieu social homogène – l'aristocratie, le corps des officiers – prévalent sur les lois de l'Etat, les « codes d'honneur » plaçant le contrevenant au ban de la société restreinte dont il est exclu et qui

⁵ Jhering a longuement analysé les rapports entre le droit et les mœurs (*Sitte*). Bien qu'il maintienne le principe d'une différence entre la norme juridique dont la force obligatoire repose sur « le pouvoir mécanique de coercition de l'Etat » (*die mechanische Zwangsgewalt des Staates*) tandis que l'obéissance aux mœurs s'appuie à « la force psychologique de la société » (*op. cit.*, note 1, II, p. 232), Jhering signale plusieurs hypothèses dans lesquelles la ligne de démarcation est plus floue. Tel l'habillement (*Tracht*), qui obéit à des pratiques en principe non obligatoires mais sanctionnées à l'égard des militaires, des juges, des ministres du culte, et en ce qui concerne les vêtements de cérémonie requis pour être reçu à la Cour (p. 233-235). De même les usages diplomatiques paraissent non obligatoires bien que leur violation puisse constituer un fait illicite justifiant le recours à la guerre : à titre d'exemple l'attitude « brusque » de l'ambassadeur Benedetti vis-à-vis du roi de Prusse en 1870 (p. 236). Sur les « tribunaux d'honneur » (*Ehrengerichte*) de l'armée allemande à l'époque de l'Empire, voir notamment : F. Marschall von Bieberstein, *Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung bei Anordnung des obersten Kriegsherrn* (Berlin, Fanz Vahlen, 1911), p. 447-469.

Certaines réglementations étatiques entérinent les règles de conduite d'un milieu professionnel déterminé. Tel l'article 133 de l'Uniform Code of Military Justice des Etats-Unis qui soumet à une peine disciplinaire le militaire coupable d'avoir eu « *a conduct unbecoming an officer and a gentleman* ». Voir *Parker v. Levy*, 417 US 733 (1974). Les règles de cette nature ont un domaine d'application déterminé par l'affiliation des membres du groupe. Ainsi, les dettes de jeu sont des « dettes d'honneur » dont l'exécution ne peut être poursuivie en justice. La « juridiction » exercée par les maréchaux de France sur l'exécution de telles obligations ne saurait s'étendre à un aristocrate anglais ayant, avant sa mort, omis d'acquitter une dette de jeu contractée en France : Lord Mansfield dans *Robinson v. Bland*, 2 Burr. 1077 (1760), 97 ER 717.

Rejetant l'identification de l'Etat et du droit, les théoriciens du pluralisme juridique écartent les définitions du droit qui le restreignent aux normes dont la force obligatoire est garantie par l'accomplissement d'actes de coercition physique dans un espace territorial déterminé. Voir par exemple Santi Romano, *L'ordinamento giuridico* (Pisa, Cav. Mariotti, 1917), § 14, p. 41-44.

⁶ Sur le duel, voir notamment : Jhering (note 1), t. II, p. 197-200, qui le tient pour « *Unsitte* », p. 239. Déjà Austin relevait que le duel est contraire à la loi positive et à la morale, *op. cit.* (note 2), p. 198. Voir encore : Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international », *Rec. des cours de l'Académie de droit international*, t. 14 (1926-IV), 221-231, 267 ; Frederick Pollock, *Essays in Jurisprudence and Ethics* (London, Millan and Co, 1882), p. 311. Julian Pitt-Rivers a évoqué le cas d'un officier français révoqué au début du XXe siècle par le ministre de la Guerre parce qu'il avait poursuivi en justice l'homme qui l'avait offensé, au lieu de le provoquer en duel : « La maladie de l'honneur », dans *L'honneur* (coll. Autrement, 1991), p. 20-36, p. 23. Sur la persistance du duel en France jusqu'à la Première Guerre mondiale, voir : Jean-Noël Jeanneney, *Le duel, une passion française, 1789-1914* (Paris, Seuil, 2004).

est toute sa raison de vivre⁷. L'excommunication est, elle aussi, un exemple d'exclusion « réglée » du membre rebelle⁸ de même que les pratiques de « *shunning* » attestées dans certaines confessions religieuses minoritaires⁹. Le droit sportif est également construit sur des mécanismes d'exclusion¹⁰.

Ces divers exemples font apparaître la nature circulaire de toute définition : les règles corporatives des fédérations sportives sont-elles ou non du droit ? Le « droit » canonique mérite-t-il cette dénomination ? Pour donner à ces questions une réponse affirmative il suffit d'élargir la définition du concept de contrainte : si on y inclut les procédés d'exclusion du groupe social, il existe véritablement un droit sportif, un droit religieux, un droit corporatif. La position contraire qui a longtemps prévalu repose sur l'identification de l'Etat et du droit : il n'est de droit qu'étatique parce que les moyens de contrainte qui le définissent supposent la maîtrise exclusive d'un espace (le territoire de l'Etat) à l'intérieur duquel – mais non au-delà – peuvent être régulièrement accomplis des actes de contrainte sur la personne ou de coercition sur les biens.

⁷ L'expression « *law of honour* » est usuelle dans la doctrine de langue anglaise. Voir notamment : David Hume, *A Treatise on Human Nature* (1736), Bk I, Part III, § 13, p. 152 ; Henry Sidgwick, *The Methods of Ethics* (1st ed. 1874, 6th ed. 1901, London McMillan and Co.), p. 340-341. Georg Henrik von Wright écarte toute distinction tranchée entre les règles de conduite imposées par les mœurs et une norme juridique. La violation des premières expose le contrevenant à des « sanctions » dont la force obligatoire est qualifiée de « *normative pressure* » : *Explanation and Understanding* (London, Routledge and Kegan Paul, 1971), p. 147-152.

⁸ Le cas de l'Eglise catholique confirmerait la distinction entre société organisée et société peu ou non organisée. L'Eglise mérite la première qualification avec son Code de droit canonique et l'existence d'institutions hiérarchisées aptes à appliquer les peines prévues par le Code. On ne saurait dès lors refuser aux normes de cette Eglise la qualité d'ordonnement juridique. Sur l'existence d'un ordre juridique canonique indépendant du droit étatique, voir notamment Santi Romano (note 5), § 29, p. 104-110. Contrairement à ce qu'écrit Kelsen, les sanctions des ordonnancements religieux ne valent pas seulement pour un « au-delà » (*jenseits*), leur efficacité étant soutenue par la croyance en une vie future : c'est « ici-bas » (*diesseits*) que les peines sont appliquées, exclusion de l'administration des sacrements, suspension des clercs, etc. Kelsen a toutefois évolué sur ce point. Comp. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin, Springer, 1925), p. 134 et *Principles of International Law* (1952), p. 13-14 ; *Reine Rechtslehre* (note 1), § 5, c), p. 29-31 : *Transzendente und gesellschaftlich immanente Sanktionen*. Dans ce dernier paragraphe, Kelsen tient le droit religieux pour l'expression d'une mentalité primitive. Mais il classe aussi le droit international dans la catégorie des ordonnancements primitifs : § 42, b), p. 323, *Das Völkerrecht als primitive Rechtsordnung*. Loin d'être « primitif », le droit international est un « droit savant » de même que le droit canonique a précédé et inspiré nombre d'ordonnancements étatiques.

⁹ Il existe une jurisprudence américaine sur la pratique du « *shunning* » (mise à l'écart ou boycott) des membres rebelles ou renégats d'une confession religieuse minoritaire : *Paul v. Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc.*, 819 F 2d 875 (9th Cir. 1987) ; *certiorari denied*, 484 US 926 (1987) ; *Carrieri v. Bush*, 419 P 2d 132, 137 (Wash. 1966) ; *Bear v. Reformed Mennonite Church*, 341 A 2d 105, 107 (Pa. 1975). Dans la doctrine : Justin K. Miller, « Damned if you do, damned if you don't : religious shunning and the free exercise clause », 137 *Univ. Pennsylvania LR* (1988), 271-302.

¹⁰F. Rigaux, « Le droit disciplinaire du sport », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, 295-314.

Une contrainte « réglée »

Depuis saint-Augustin l'ordre du brigand est l'une des pierres d'achoppement de la définition juridique de la contrainte. Au-delà du mouvement oratoire dans lequel le père de l'Eglise compare l'Empire romain à un immense brigandage et une bande de voleurs à un petit royaume¹¹ on peut s'interroger sur le contenu juridique du commandement « la bourse ou la vie ». Avant d'y revenir, faisons d'abord la différence entre les effets internes de l'ordonnancement criminel (ou mafieux) et ses effets externes. Les relations mutuelles des brigands ou des délinquants formant ce que le droit pénal étatique appelle une « association de malfaiteurs » (C. pénal belge, art. 322) ou une « organisation criminelle » (C. pénal belge, art. 324^{bis} et 324^{ter}) sont assurément soumises à un ensemble de règles d'abord librement acceptées puis maintenues sous la menace de sanctions que certains organes de l'association sont en mesure de mettre à exécution. Le concept d' « organisation criminelle » introduit en droit belge par la loi du 10 janvier 1999 relative aux organisations criminelles démontre que le pouvoir étatique est conscient du danger mais aussi de la réalité du pouvoir exercé à l'intérieur d'une telle association : est définie « organisation criminelle » « l'association structurée de plus de deux personnes, établie dans le temps, en vue de... ».

La loi suisse du 1^{er} août 1994 ayant introduit un nouvel article 260ter dans le Code pénal est un autre exemple de répression spécifique du crime organisé¹². Il trouve un modèle dans une loi américaine, le Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act (RICO) et est en conformité avec une qualification traditionnelle de la *common law*, le crime de *conspiracy*, retenu comme premier chef d'accusation devant le Tribunal militaire international de Nuremberg¹³. La doctrine insiste sur la discipline réglée exercée à l'intérieur de « l'organisation » tenue pour criminelle¹⁴.

¹¹ Saint-Augustin, *De civitate Dei*, IV, 4 : *Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia ? quia et latrocinia quid sunt sine parva regna ?* Ce passage a été souvent commenté par les théoriciens du droit notamment par Kelsen (note 1), § 6, c), p. 45-51 et par Hart, *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1961), p. 19-24, p. 83. Le thème est classique dans la philosophie et la littérature. Voir notamment : Platon, *La République*, L. I, XXIII, 351, c-d ; Cicéron, *De Officiis*, XI, 39 ; Cervantès, *Don Quichotte*, II, LX. C'est le texte de Cicéron qui est le plus explicite sur l'efficacité de la justice à l'intérieur d'une bande de brigands pour la réussite de leurs opérations. Dans la phrase qui suit la double interrogation, Saint Augustin insiste sur le système de pouvoir inhérent à l'organisation criminelle : « *imperio principis regitur pacto societatis astringitur, placiti lege praeda dividitur* ». Mais ces trois attributs ont pour objet les relations internes de l'organisation.

¹² La loi suisse a notamment été commentée par Madame Carla Del Ponte, actuel Procureur du Tribunal pénal sur l'ex-Yougoslavie : « L'organisation criminelle », 113 *Revue pénale suisse* (1995), 240-255.

¹³ Dans la version française « le plan concerté ou complot ». La résistance du juge français, Henri Donnedieu de Vabres, à un concept étranger au droit pénal français eut pour conséquence que le jugement n'y fit qu'une place très restreinte. Voir : F. Rigaux, « La

Le pouvoir d'une telle organisation peut s'étendre aux relations externes : la population d'un territoire contrôlé par un groupe mafieux en reçoit moyennant contrepartie une protection que les forces de l'ordre étatique sont impuissantes à lui assurer. Selon la définition de l'*Oxford English Dictionary* (2d ed.), *racketeering* (U.S.) est :

The business of racketeers ; a system of organized crime directed chiefly to extorting money from business firms by intimidation, violence, or other illegal methods.

Les prélèvements ou les exactions auxquels se livre l'organisation criminelle acquièrent une régularité qui ne le cède en rien à celle des mécanismes de contrainte étatique¹⁵.

Qu'est-ce qui distingue le commandement « la bourse ou la vie » de l'acte de violence physique par lequel le brigand se saisit de la personne de sa victime et lui prend son portefeuille « de force » ? Dans la première hypothèse la victime a le choix entre deux attitudes : remettre intentionnellement mais non volontairement les biens dont elle est porteuse ou exposer sa vie et, à tout le moins, son intégrité physique à un péril grave¹⁶. Que la menace soit une forme de contrainte, ramène à la notion de

répression des crimes de droit international à Nuremberg et à Tokyo » *Bulletin de la Classe des Lettres de l'Académie royale de Belgique*, 6^e série, t. IX, 7-12/1998, 501-539, 515-516.

¹⁴ Voir notamment : M. Cherif Bassiouni and Eduardo Vetere, in *International Criminal Law*, 2d ed., vol. I, *Crimes*, ed. by Cherif Bassiouni (Transnational Publications, Inc., Ardsley, NY 1999), p. 884. Voir la « Convention contre le crime organisé international », signée par 124 Etats membres des Nations Unies à Palerme le 15 décembre 2000, *Le Monde*, 17-18 décembre 2000.

¹⁵ Dans une abondante littérature, voir notamment : Christopher Duggan, *Fascism and the Mafia* (Yale Univ. Press, 1989) ; John Morgan, *No gangster more bold* (Hodder and Stoughton, London, 1985) ; Luigi M. Lombardi Sabriani et Mariano Meligrana, *Diritto egemone e diritto popolare*, La Calabria negli studi di demologia giuridica (Ed. Qualecultura, Vibo Valentia, 1975), p. 475-484.

¹⁶ Sur la différence entre la violence physique (*physical coercion*) et la « menace coercitive » (*coercive threat*), voir notamment : Jack Lively, « The Limits of Exchange Theory », in *Power and Political Theory* (ed. by Brian Barry, London, John Wiley, 1976), p. 1-13, p. 8 ; Barry, « Power and Economic Analysis », in *Power...*, p. 67-101, 88-89 ; Felix E. Oppenheim, « Power and Causation », in *Power...*, p. 103-116. von Wright (note 7), p. 146-147, distingue très clairement l'action accomplie sous la contrainte (*by compulsion*) d'une coercion proprement physique. Pour une remise en question de la distinction entre coercion et consentement, voir : Alan Hunt, *Exploration in Law and Society* (New York, London, Routledge, 1993), p. 53, p. 62-65, p. 75-88 ; Gary Peller, « The Metaphysics of American Law », 73 *California LR* (1985), 1151-1290, 1188-1235.

Les juges américains ont parfois été hésitants sur la frontière entre un acte de coercion proprement physique et la menace d'un péril ou d'un châtement. Quelle différence entre la maîtrise exercée sur la main d'une personne ainsi contrainte à signer un contrat (le juge O.W. Holmes dans *Fairbanks v. Snow*, 145 Mass., 153-154 [1887]) et « *the gun to the head* » (Peller, p. 1188) ? Dans le second cas mais non dans le premier une personne « choisit » entre deux maux, intentionnellement mais non librement. Voir aussi l'opinion dissidente du juge Brandeis dans *Hitchman Coal and Coke Co. v. Mitchell*, 243 US 229, 38 S Ct 65, 79 (1917).

contrainte « réglée ». L'effectivité du droit pénal étatique ne dépend pas du nombre de condamnations criminelles prononcées mais du nombre, beaucoup plus élevé, il faut l'espérer, de citoyens qui se sont abstenus de commettre des actes punissables. Le motif de telles abstentions importe peu : obéissance à la loi, peur du châtement, convictions morales ou religieuses, pression de l'entourage, tous les moyens sont bons pour que soient atteintes les fins d'un Etat de droit pacifié. La diversité des motifs guidant les actions et les abstentions des destinataires de la norme brouille toute distinction tranchée entre les multiples sources de l'éthique (au sens large de la régulation des comportements humains).

Il existe donc une forme d'équation entre la menace d'un châtement et sa mise en œuvre. Appréhender une punition ou, plus généralement, tout événement fâcheux, c'est, au double sens du verbe, connaître à l'avance une conséquence prévisible du comportement soumis à la règle et redouter cette conséquence. C'est par la formulation de menaces crédibles que l'ordonnement juridique atteint son maximum d'efficacité. La menace d'une sanction ou d'un châtement appartiendrait alors à la définition du droit et il importe assez peu que la contrainte ainsi entendue équivaille ou non à un acte matériel de coercition physique. La menace de l'exclusion – d'un sportif, d'un religieux – est plus opérante que celle d'une peine de prison ou d'amende car elle est plus durable – le plus souvent perpétuelle – et touche les intérêts les plus sensibles de son destinataire.

Le droit international est-il un ordre de contrainte ?

La reconnaissance de la qualité juridique du droit international a longtemps été controversée en raison de la double restriction infligée à la définition juridique : il n'y aurait de droit que de l'Etat et l'ordre juridique international ne serait qu'un ordonnancement en formation – *in fieri* – parce que les procédés classiques de contrainte étatique y feraient défaut¹⁷.

¹⁷ Pour Austin, le droit international est au même titre que le droit constitutionnel une forme de « *positive morality* », *op. cit.* (note 6), p. 172-173, p. 216-218, p. 270, opinion encore suivie par John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law* (1st ed. 1909, 2d ed. from the author's notes, by Roland Gray, New York, The MacMillan Cy, 1921), p. 126-132. Les juristes de common law plus ouverts à une approche sociologique du droit résistent à pareille disqualification du droit international : déjà O.W. Holmes, « Codes and the Arrangements of the Law », 5 *Am.LR* (1870), reproduit dans 44 *Harvard LR* (1931), 725-737, 729 ; Henry Summer Maine, *International Law* (The Whewell Lectures, Univ. of Cambridge, 1887, 2d ed. London, John Murray, 1894), p. 47-56. Hart semble être resté peu perméable à cette évolution de la doctrine de langue anglaise : *The Concept of Law* (note 11), p. 3, p. 208-231. Les théoriciens du pluralisme juridique, tels Santi Romano (*op. cit.*, note 5, § 17, p. 48-60, § 28, p. 102-103) ou Gurvitch (*op. cit.*, note 2, p. 36 ; p. 51-54, p. 256), ne manquent pas de reconnaître la qualité juridique de l'ordonnement international. Dans le même sens :

Certains, comme Triepel et Kelsen, se contentèrent d'un pis-aller : la guerre et les représailles, unilatéralement décrétées par un Etat contre un autre, seraient les moyens de contrainte propres à un ordre juridique autorisant l'autodéfense (*Selbsthilfe*) aussi longtemps que n'auraient pas été mis en place les moyens traditionnels, juridiction obligatoire, forces armées ou de police¹⁸.

La tradition faisant du droit international une branche de droit naturel est, elle-même, ambiguë dès le moment où, sous l'influence de Hobbes, le droit naturel régit les hommes et les sociétés dans « l'état de nature », lequel se caractérise par la guerre de tous contre tous (*bellum omnium in omnes*), ce qui autorise l'exercice de violences unilatérales¹⁹.

Non seulement la guerre a cessé d'être un moyen licite d'obtenir réparation d'une injustice (c'est l'ancienne théorie de la guerre juste)²⁰, la légitime défense demeurant réservée, mais les difficultés concernant la qualification juridique du droit international sont aisément surmontées si l'on sacrifie une définition erronément restrictive du droit et de la contrainte. Inscrite dans certains traités ayant institué une organisation internationale, la faculté d'en exclure l'Etat qui a cessé de satisfaire aux exigences conventionnelles²¹ est une sanction rendue familière par le droit des confessions religieuses et par les ordonnancements sportifs. Les décisions des juridictions internationales ont force obligatoire mais leur force exécutoire est subordonnée au bon vouloir de l'Etat condamné. Dans les organisations régionales, tel le Conseil de l'Europe ou l'Union européenne,

Rolando Quadri, « Cours général de droit international public », *Rec. des cours de l'Académie de droit international*, t. 113 (1964-III), p. 237-483, p. 267-279.

¹⁸ Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (Leipzig, C.L. Hirschfeld, 1899), p. 82, p. 103-110 ; Kelsen (note 1), § 42, a), p. 321-323. Certains auteurs qui se situent dans la même perspective, tel Stammer, placent le droit international dans la catégorie du « *schwaches Recht* » : Rudolf Stammer, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (3^e, vermehrte Auflage, Berlin und Leipzig, W. de Gruyter und Co., 1928), p. 153. Même les auteurs pénétrés de philosophie chrétienne adoptent une attitude dubitative à l'égard de la nature juridique du droit international : François Gény, *Science et technique en droit privé positif* (Paris, Sirey), t. I^{er} (1914), n° 16, p. 48 ; t. IV (1924), n° 299, p. 137, n° 304, p. 157 ; Jean Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé* (Paris, Sirey, 1929), p. 70-73, p. 156 ; *Théorie générale du droit* (Paris, Dalloz, nouvelle édition, 1969), n° 56, p. 65-66.

¹⁹ Michel Villey a bien mis en relief pareille interprétation du droit naturel par Hobbes : *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire* (Paris, Dalloz, 1969), p. 196.

²⁰ La doctrine de la guerre juste (*bellum iustum*) est traditionnelle dans la scolastique médiévale et jusqu'à la Renaissance. Elle va s'étioler à partir de Grotius et paraît définitivement enterrée à l'époque du positivisme triomphant. Selon Kelsen, elle renaît après 1918 : *Law and Peace in International Relations* (The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1942), p. 44-45. Voir notamment : F. Rigaux, « De la doctrine de la guerre juste à la prohibition du recours à la force », *Bulletin de la Classe des Lettres de l'Académie royale de Belgique*, 2003, 1-6, p. 35-90.

²¹ Voir notamment les articles 5 et 6 de la Charte des Nations Unies (26 juin 1945) et l'article 8 du Statut du Conseil de l'Europe (5 mai 1949).

les Etats se prêtent à l'exécution de la décision, non sous la menace théorique d'une exclusion mais parce qu'ils ont le souci de maintenir leur réputation d'Etat respectueux du droit.

Libre circulation des personnes et souveraineté étatique

Le détour a paru long, qui va nous conduire aux problèmes actuels d'expulsion des étrangers et, notamment, des demandeurs d'asile. Depuis la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, plusieurs instruments internationaux ont reconnu à toute personne le droit de quitter son pays²². Mais il s'agit d'une liberté dissymétrique : à quoi bon le droit de quitter une patrie si l'on n'en trouve pas une autre pour vous accueillir ? Or il est universellement admis, et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme le souligne avec force, qu'un des attributs de la souveraineté étatique est le pouvoir d'accorder ou de refuser l'accès à son territoire et même le pouvoir d'en éloigner les étrangers qui y ont été régulièrement admis²³. Ce pouvoir comporte quelques restrictions d'origine conventionnelle : tel l'article 33 de la Convention de Genève qui interdit de refouler le demandeur d'asile vers un pays où sa liberté ou sa sécurité sont mises en danger, l'interdiction des expulsions collectives en vertu de l'article 4 du Protocole n° 4 (voir *infra*, note 42) ou les dispositions du droit communautaire qui limitent le pouvoir d'éloigner du territoire d'un Etat membre de l'Union européenne le ressortissant d'un autre Etat membre et quelques catégories de ressortissants d'Etats tiers qui y sont assimilés²⁴. Plusieurs articles de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sont pas moins pertinents et l'on y reviendra. Il reste qu'en principe la personne est frappée d'une discrimination radicale dans tout pays dont elle n'a pas la nationalité²⁵.

²² Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, art. 13 al. 2 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, art. 12, § 2.

²³ Voir notamment l'arrêt du 30 octobre 1991, Affaire *Vilvarajah c. Royaume Uni*, *Publications de la Cour*, Série A, vol. 215, p. 34, § 102 et la jurisprudence citée par F. Rigaux, « L'immigration : droit international et droits fondamentaux », *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges en hommage à Pierre Lambert (Bruxelles, Bruylant, 2000), p. 693-722, p. 712. Plus récemment : 11 juillet 2000, Affaire *Jabari c. Turquie*, *Recueil* 2000-VIII, p. 149, § 38.

²⁴ Il s'agit notamment de certains membres de la famille du ressortissant d'un autre Etat membre n'ayant pas la nationalité d'un de ces Etats.

²⁵ A plusieurs reprises, des étrangers non ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ont fait valoir qu'ils étaient victimes d'une discrimination incompatible avec l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour européenne des droits de l'homme a rejeté cette prétention, « pareil traitement préférentiel [reposant] sur une qualification objective et raisonnable, dès lors que les Etats membres de l'Union européenne forment un ordre juridique spécifique ayant institué de surcroît une citoyenneté propre » : 7 août 1996, Affaire *C. c. Belgique*, *Recueil* 1996-III, §

Non seulement à la liberté de sortir ne correspond aucun droit d'entrer mais il faut aussi s'interroger sur la signification de cette « liberté ». Si l'on prend d'abord la situation du demandeur d'asile, de la personne dont, selon la définition de la Convention de Genève, la vie ou la sécurité sont menacées, n'est-elle pas très semblable à celle du voyageur interpellé par le bandit qui lui offre le choix entre remettre sa bourse ou prendre un risque pour sa vie ? On retrouve ici la définition de la contrainte. La personne invitée à choisir entre deux maux ou entre un mal certain et l'espoir d'un bien est la victime d'un acte de coercition quand le mal certain qu'elle a voulu fuir est le produit d'un système coercitif injuste.

Le revolver sur la tempe paraît l'image la plus adéquate pour désigner la situation de nombreux demandeurs d'asile. Toutefois, comme l'atteste la pratique d'accueil des pays développés, notamment de la Suisse et des Etats membres de l'Union européenne, le mieux vivre recherché est semé d'embûches et dès que le demandeur d'asile aborde au rivage inconnu, l'espérance est détruite. Si l'on poursuit l'image du commandement du voleur de grand chemin, tout se passe comme si la victime du malandrin venue chercher secours auprès de la police était elle-même soumise à l'interrogatoire d'une bureaucratie tatillonne.

Le dossier des entretiens constitué par le programme plurifacultaire d'action humanitaire révèle un préjugé des agents du gouvernement largement partagé par une partie de la population. La plupart des demandeurs d'asile seraient en réalité des « réfugiés économiques », c'est-à-dire des personnes ne satisfaisant pas à la définition du réfugié selon la Convention de Genève. Se présentant comme demandeurs d'asile, ces personnes seraient en réalité à la recherche du travail, des moyens de subsistance qu'elles ne trouvent pas et ne sauraient trouver au lieu de leur naissance. A la vérité de telles classifications ne sont guère aisées. L'accès à la formation ou à un poste de travail est souvent empêché ou freiné par l'appartenance à une minorité ethnique ou religieuse. En pareil cas la définition de l'article 1^{er} de la Convention de Genève devrait pouvoir s'appliquer. En outre la notion de contrainte s'appliquerait aux uns comme aux autres : la misère et la faim ne sont pas moins contraignantes que les discriminations ethniques ou religieuses et dans les deux cas c'est la vie ou la survie de l'étranger qui est mise en péril.

La prohibition des peines ou traitements inhumains ou dégradants

Aux termes de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

38, citant un arrêt du 18 février 1991, Affaire Moustaquim c. Belgique, Série A, n° 193, p. 20, § 49.

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

Seuls les Etats ayant ratifié la Convention sont tenus par cette disposition, mais la Cour européenne des droits de l'homme y a donné une interprétation extensive en admettant que l'expulsion ou l'extradition d'une personne vers un pays où celle-ci serait exposée à une peine ou à un traitement inhumains ou dégradants engage la responsabilité de cet Etat²⁶. On notera le caractère hypothétique du fait imputable à l'Etat contractant : celui-ci prend le risque d'exposer le demandeur à un traitement qui, le cas échéant, sera le fait d'un Etat tiers qui n'est pas soumis aux obligations prévues par la Convention européenne. Ainsi il existe une relation causale entre l'acte administratif d'expulsion ou d'extradition accompli sur le territoire d'un Etat contractant et la peine ou le traitement dont le demandeur est menacé en dehors de ce territoire.

Le principe de l'application de l'article 3 de la Convention à l'expulsion d'une personne dont la demande d'asile a été rejetée, vers un pays où elle est exposée à une peine ou à un traitement inhumains ou dégradants a été admis par plusieurs décisions, les unes estimant que la preuve du risque allégué n'avait pas été rapportée²⁷, tandis que d'autres arrêts sont plus favorables au demandeur d'asile débouté²⁸.

Plusieurs des mesures coercitives pratiquées au cours de l'exécution d'une expulsion doivent être tenues pour un traitement inhumain ou dégradant, sans qu'il soit nécessaire que la mort de la victime en ait été la conséquence ni que l'étranger ait souffert des atteintes graves à son intégrité physique. Ne faudrait-il même pas considérer que s'emparer du corps de la

²⁶ Arrêt du 7 juillet 1989, *Affaire Soering c. Royaume Uni*, *Publications de la Cour*, Série A, n° 161, p. 34. Il s'agissait en l'espèce d'un cas d'extradition vers les Etats-Unis, le condamné étant exposé à la peine de mort prévue par la loi de l'Etat de Virginie et au « couloir de la mort » (*death row*) suivant le prononcé de la condamnation à la peine capitale. Ce n'est pas cette peine qui fut comme telle jugée inhumaine ou dégradante mais les circonstances en précédant et en accompagnant la mise à exécution.

²⁷ Arrêts du 20 mars 1991, *Affaire Cruz Varas et autres c. Suède*, vol. 201, *Rev. trim. dr. de l'homme*, 1992, 365, note Lammerand et Bossuyt ; du 30 octobre 1991, *Affaire Vilvarajah c. Royaume Uni*, *Publications de la Cour*, série A, vol. 215, et du 29 avril 1997, *Affaire HLR c. France*, *Recueil* 1997- III, p. 45. Le renvoi en Algérie d'un Algérien ayant vécu onze ans au Royaume-Uni et qui y était traité pour schizophrénie ne violerait ni l'article 3 (le risque de détérioration de la santé est « *to a large extent speculative* ») ni l'article 8 (« il n'a pas été établi que son intégrité morale serait atteinte de manière substantielle ») : 6 février 2001, *Affaire Bensaid c. Royaume-Uni*, *Recueil*, 2001-I, p. 302, § 39 et § 48.

²⁸ Arrêts du 15 novembre 1996, *Affaire Chahal c. Royaume Uni*, *Recueil* 1996-V, p. 1831, du 17 décembre 1996, *Affaire Ahmed c. Autriche*, *Recueil* 1996-VI, p. 2195 et du 2 mai 1997 ; *Affaire D. c. Royaume Uni*, *Recueil* 1997-III, p. 777 ; 11 juillet 2000, *Affaire Jabari c. Turquie*, *Recueil* 2000-VIII, p. 149 : Iranienne convaincue d'adultère dans son pays d'origine et qui, en cas de retour, est exposée à un traitement inhumain et dégradant ; 6 mars 2001, *Affaire Hillal c. Royaume-Uni*, *Recueil* 2001-III, p. 203.

personne ayant fait l'objet d'une mesure d'expulsion ou lui faire ingérer une substance de nature à diminuer sa force de résistance sont par là même des traitements inhumains et dégradants ?

Il existe une assez abondante et ancienne jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ayant fait application de l'article 3 à des actes de violence commis lors de l'arrestation et de la détention de personnes accusées d'une infraction ou durant l'exécution de la peine. Les deux premières décisions ont été prononcées à quelques mois d'intervalle. La première concernait les conditions de détention dans les prisons britanniques d'Irlande du Nord. La Cour y énonça très fermement le principe :

« La Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitement inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles n° 1 et 4, et d'après l'article 15 §2 il ne souffre nulle dérogation même en cas de danger public menaçant la vie de la nation »²⁹.

Distinguant la torture proprement dite des seuls traitements inhumains ou dégradants, la Cour condamne le Royaume-Uni sous la seconde qualification mais non sous la première.³⁰

L'affaire Tyrer concernait une peine archaïque pratiquée dans l'île de Man contre certains jeunes délinquants. La Cour constate que l'administration de trois coups de verge sur « le derrière nu » du condamné, en présence de son père et d'un médecin a un caractère dégradant au sens de l'article 3 de la Convention.³¹

L'arrêt contient sur « les peines judiciaires corporelles » l'évaluation suivante :

« Les peines judiciaires corporelles impliquent, par nature, qu'un être humain se livre à des violences physiques sur l'un de ses semblables. En outre, il s'agit de violences institutionnalisées, en l'occurrence autorisées par la loi, prescrites par les organes judiciaires de l'Etat et infligées par sa police (§ 10 ci-dessus). Ainsi, quoique le requérant n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtement, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection

²⁹ Arrêt du 18 janvier 1978, Affaire Irlande c. Royaume-Uni, *Publications de la Cour*, Série A, vol. 25, p. 65, § 163.

³⁰ Vol. 25, p. 67, § 167-168 et p. 70, § 181. Trois juges ont sur ce point émis une opinion dissidente, estimant que les conditions de la torture étaient réunies, les juges Zekia (p. 97), O'Donoghue (p. 105) et Matscher (p. 139).

³¹ Arrêt du 25 avril 1978, Affaire Tyrer, vol. 26, § 35. En revanche la Cour n'a pas estimé que constituait un traitement inhumain ou dégradant la pratique de châtements corporels dans une école privée anglaise: 25 mars 1993, Affaire Costello-Roberts c. Royaume-Uni, n° 247, C.

figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 : la dignité et l'intégrité physique de la personne »³².

Plusieurs décisions plus récentes ont pour origine une plainte pour des violences policières, et la Cour de rappeler les mêmes principes :

« La Cour souligne qu'à l'égard d'une personne privée de sa liberté, tout usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le propre comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3. Elle rappelle que les nécessités de l'enquête se sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne »³³.

On retrouve le même attendu de principe dans des arrêts plus récents.³⁴ La Cour a estimé que « les conditions de détention peuvent quelquefois s'apparenter à un traitement inhumain ou dégradant » et elle conclut en l'espèce à la violation de l'article 3³⁵.

La responsabilité de l'Etat peut aussi être engagée par le défaut des autorités de prévenir des violences graves commises sur la personne d'un enfant par le second mari de sa mère³⁶. La violation de l'article 3 est également retenue à charge de l'Etat qui a omis d'ouvrir une investigation sur des allégations graves de torture dans un lieu de détention³⁷.

Aux termes d'un arrêt prononcé par la grande chambre le 28 juillet 1999 :

« Cependant, compte tenu de ce que la Convention est un 'instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle' [réf. omises], la Cour estime que certains actes qualifiés de 'traitements inhumains et dégradants' et non de 'torture' pourraient recevoir une qualification

³² Vol. 26, p. 16, § 33. Ce passage a été critiqué dans l'opinion dissidente du juge sir Gerald Fitzmaurice, selon lequel « il va sans dire que les peines corporelles judiciaires impliquent qu'une personne se livre à des violences physiques sur une autre personne » (p. 26).

³³ Arrêt du 4 décembre 1995, Affaire Ribitch c. Autriche, Série A, n° 336, p. 26, § 38.

³⁴ Arrêt du 9 juin 1998, Affaire Tekin c. Turquie, *Recueil* 1998-IV, p. 1518, § 53 ; 21 décembre 2000, Affaire Egmez c. Chypre, *Recueil*, 2000-XII, p. 351. Mais d'autres arrêts rejettent la requête pour le motif que l'accusation n'a pas été démontrée en fait : 27 août 1992, Affaire Tomasi c. France, n° 241-A, p. 42, § 115 ; Affaire Klaas c. Allemagne, 22 septembre 1993, vol. 269 ; 16 décembre 1997, Affaire Raninen c. Finlande, *Recueil* 1997-VIII, p. 2804 ; 30 juillet 1998, Affaire Aerts c. Belgique, *Recueil*, 1998-V, p. 1939 ; 6 avril 2000, Affaire Labita c. Italie ; 20 juillet 2000, Affaire Calac c. France, *Recueil*, 2000-IX, p. 1, § 101.

³⁵ 6 mars 2001, Affaire Dougoz c. Grèce, *Recueil*, 2001-III, p. 273, § 46. Il s'agissait en l'occurrence d'un Syrien arrêté pour séjour illégal en Grèce. Dans le même sens : 21 décembre 2000, Affaire Egmez c. Chypre, *Recueil*, 2000-XII, p. 351 ; 23 mai 2001, Affaire Denizci c. Chypre, *Recueil*, 2001-V, p. 323, 386 ; 19 avril 2001, *Recueil*, 2001-III, p. 305, §§ 63-75 ; 19 avril 2001, Affaire Peers c. Grèce, *Recueil*, 2001-III, p. 305, §§ 63-75.

³⁶ Arrêt du 23 septembre 1998, Affaire A. c. Royaume-Uni, *Recueil*, 1998-IV, p. 2692.

³⁷ Arrêt du 11 avril 2000, Affaire Veznedaroglu c. Turquie.

différente à l'avenir. La Cour estime en effet que le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »³⁸.

En l'espèce, la Cour a qualifié de « tortures » des violences commises durant une garde à vue.

L'acte de violence pratiqué sur le corps de l'administré cesse de relever de l'exercice réglé de la contrainte. On ne saurait assimiler cette situation à la nécessité de s'emparer par la force, mais sans violence disproportionnée avec un but légitime, d'une personne armée ou dangereuse contre laquelle il est licite de protéger ceux auxquels elle pourrait nuire. La personne refoulée n'est pas, comme telle, dangereuse, les mesures prises à son égard tendent à la mise à exécution d'une décision administrative légalement prise. A l'égard d'un étranger récalcitrant ou qui refuse d'obtempérer à l'ordre de quitter le territoire il faudrait établir, au moins par la voie réglementaire, les méthodes de coercition qui ne soient pas incompatibles avec l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le choix de telles mesures ne saurait être laissé à l'improvisation, parfois à l'affolement des agents préposés à leur exécution.

En cas de décès d'une personne incarcérée ou gardée à vue, la Cour a retenu la responsabilité de l'Etat qui, dans l'exercice d'une mesure privative de liberté, est tenu de veiller au droit à la vie et à l'intégrité physique de cette personne. La Cour admet même un renversement du fardeau de la preuve : c'est à l'Etat qu'il appartient de démontrer qu'il a pris les mesures nécessaires à la sauvegarde de l'intéressé. Ainsi, l'article 3 (mais non l'article 2) est violé dans le cas du suicide d'un malade mental placé en isolement dans un quartier disciplinaire.³⁹ Si le décès survient durant une garde à vue le Gouvernement est condamné pour violation de l'article 2, pour n'avoir pas « expliqué » le décès, alors que la procédure *post mortem* était insuffisante.⁴⁰ Quand une personne a subi de graves lésions (double fracture de la mâchoire et contusions faciales) durant son arrestation, l'Etat défendeur est condamné du chef de violation de l'article 3, parce que

³⁸ Affaire Selmouni c. France, § 101, *Journ. Trib. Droit Européen*, 1999, 237.

³⁹ 3 avril 2001, Affaire Keenan c. Royaume-Uni, *Recueil*, 2000-I, p. 151, § 116 ; 28 mars 2000, Affaire Mahmud Kaya c. Turquie, *Recueil*, 2000-III, p. 195, § 101 ; 9 mai 2000, Affaire Ertaki c. Turquie, *Recueil*, 2000-V, p. 157, § 133-135.

⁴⁰ 10 avril 2001, Affaire Tanli c. Turquie, *Recueil*, 2001-III, p. 243, §§ 145-147. Voir déjà : 18 mai 2000, Affaire Velikova c. Bulgarie, *Recueil* 2000-VI, p. 35 ; 13 juin 2000, Affaire Timurtaş c. Turquie, *Recueil*, 2000-VI, p. 303, §§ 82 et 86. Dans ce dernier arrêt, la Cour a également qualifié de traitement inhumain et dégradant au préjudice du père de la victime l'incertitude où il avait été tenu durant six ans et demi ayant suivi la disparition de son fils.

*« le gouvernement n'a pas fourni d'arguments convaincants ou crédibles pouvant servir à expliquer ou à justifier le degré de force utilisé durant la période d'arrestation. Partant, la force employée a été excessive et injustifiée au vu des circonstances ».*⁴¹

Ce n'est pas seulement l'utilisation d'une coercition excessive qui est de nature à vicier une procédure d'expulsion : l'utilisation de moyens déloyaux pour regrouper les personnes faisant l'objet de la mesure peut aussi constituer une violation de l'article 5, § 1er et § 4 de la Convention. Il s'agissait d'un groupe de quatre-vingt-dix Tziganes originaires de Slovaquie expulsés le 5 octobre 1999. La Cour a aussi sanctionné le caractère collectif de l'expulsion (réalisée à bord d'un avion militaire slovaque), des privations de liberté injustifiées et la concentration des demandeurs d'asile par la voie d'une convocation fallacieuse⁴². Malgré le souhait exprimé par le vice-président de la troisième section de la Cour européenne des droits de l'homme, le Gouvernement belge a refusé de suspendre l'exécution de la décision d'expulsion.

Les basses œuvres de l'exécution forcée

La transcription des entretiens avec les « professionnels » procure un nombre considérable d'informations qui jettent une utile lumière sur l'objet de la présente contribution.

Les agents d'exécution interrogés s'expliquent avec un naturel et une franchise qui désarment toute évaluation critique. Il s'agit de personnes n'ayant pas une parole autonome, entendons par là qu'elles ne s'expriment pas spontanément dans un débat public, si restreint qu'il soit. Quand elles sont « interrogées », c'est dans une situation de dépendance, pour satisfaire aux exigences de l'entreprise ou de l'administration auprès de laquelle elles sollicitent un emploi, pour répondre d'un manquement en cas d'enquête disciplinaire, etc. Leur attitude face à l'universitaire qui poursuit auprès d'elles une enquête scientifique n'est guère différente. Le dialogue ne s'établit pas entre des partenaires égaux.

Cela conduit à une deuxième observation. C'est à des agents subordonnés que l'Etat de droit confie la délicate mission d'exécuter par la contrainte une décision judiciaire ou un acte administratif : gardiens de prison, membres de la police des aéroports ou de la sécurité aux frontières, gendarmes, simples policiers. Ainsi, l'Etat fait reposer sur des agents

⁴¹ 28 novembre 2000, Affaire Rehbock c. Slovénie, *Recueil*, 2000-XII, p. 225, §§ 76-78. Il s'agissait d'un Allemand soupçonné d'être porteur de drogue à son entrée en Slovénie.

⁴² 5 février 2002, Affaire Čonka c. Belgique, *Rev. Trim. Dr. H.*, 2003, 175, note Jean-Yves Carlin.

d'exécution modestes, ayant atteint un niveau d'instruction élémentaire, situés au bas de l'échelle administrative, chichement rémunérés, dénués de prestige social, n'ayant pas reçu la formation appropriée, la mission d'accomplir les actes de contrainte qui constitueraient l'élément-clé de la définition d'un ordre juridique. Entre le juge judiciaire ou administratif et les personnes chargées de faire respecter les décisions du premier, entre les détenteurs du pouvoir politique qui arrêtent la politique d'immigration et fixent les critères d'accueil des demandeurs d'asile d'une part et les agents préposés au cordon sanitaire qui protègent le territoire national des contaminations tenues pour nocives, de l'autre, il existe un abîme d'incompréhension, social non moins que culturel. L'image idéalisée de la pyramide étatique souffre ici d'un phénomène de rupture et il est symptomatique que celui-ci se manifeste à la jointure de la norme et de sa mise à exécution. Une raison de plus sans doute de mettre en doute la définition du droit comme un ordre de contrainte attestant sa dignité d'ordre juridique par l'accomplissement d'actes matériels de coercition physique.

Quand « l'excès de zèle » d'un agent subalterne de l'autorité porte atteinte à un droit fondamental de l'administré, les organes hiérarchiquement supérieurs rechignent à réprimer un tel comportement, moins parce qu'ils l'approuvent que parce qu'ils préfèrent ignorer de quelle manière sordide l'ordre juridique est dépouillé de sa majesté pour satisfaire à une exigence tenue pour essentielle, l'exécution forcée de ses commandements. A cela s'ajoute que l'étranger, le demandeur d'asile ne sont pas des administrés comme les autres. Bien plus ils ne sont ni des citoyens ni « des administrés » au sens ordinaire de l'expression. Ils sont confinés dans les limbes d'un infra-droit, les administrations étatiques ayant dans ces matières recueilli les traditions de l'Etat autoritaire de l'Ancien Régime. L'insistance avec laquelle la Cour européenne des droits de l'homme rappelle et répète que le pouvoir d'expulser un étranger est un attribut de la souveraineté conféré à l'Etat par l'ordre juridique international en dit long sur l'archaïsme des opinions en la matière.

Xénophobie et racisme

Issus de milieux sociaux qui ne comptent pas parmi les plus favorisés, les « professionnels » ayant participé à l'enquête expriment parfois les préjugés xénophobes et racistes qu'ils partagent avec certains de leur concitoyens appartenant aux mêmes couches sociales. Sur ce point aussi la formation des agents d'exécution de la loi devrait être améliorée. Qu'ils soient à la recherche d'un emploi ou demandeurs d'asile, les étrangers apparaissent souvent comme une menace, comme des concurrents potentiels dans des pays souffrant de désoccupation ou de chômage. Une attitude plus ouverte à l'égard des immigrés devrait être attendue des catégories sociales

dont les membres, le cas échéant, recruteront les nouveaux venus pour répondre aux besoins que le marché national du travail ne parvient plus à satisfaire.

L'un des préjugés entretenus par la xénophobie est la criminalité imputée aux étrangers. Quand l'un de ceux-ci est accusé d'avoir commis une infraction et s'il est condamné il est exposé à une seconde pénalité, l'expulsion, quel que soit son degré d'intégration dans le pays où il est né ou dans lequel il a vécu dès ses premières années et reçu son éducation. Plusieurs arrêts ayant estimé compatible avec le droit au respect de la vie familiale l'expulsion d'un étranger ayant subi une condamnation pénale mais qui a ses racines ou ses attaches familiales dans le pays de sa résidence sont suivis d'opinions dissidentes bien motivées selon lesquelles il aurait fallu invoquer la première branche de l'article 8 (droit au respect de la vie « privée ») parce que la destruction des liens existentiels d'une personne est une atteinte à la vie privée quelle que soit la consistance de ses liens « familiaux »⁴³

Le désordre économique mondial

Certaines réflexions recueillies dans les réponses émanant des personnes interrogées font allusion au déséquilibre économique mondial. Là se situe précisément une des causes premières des migrations internationales. La liberté de circulation est un convoi dont la gare de départ fonctionne avec l'aide des « passeurs » professionnels sans la garantie d'aboutir à une gare d'arrivée. Les flux migratoires sont encouragés par la vitrine d'abondance, de prospérité et de respect des droits de l'homme que déploient les pays industrialisés. Comment s'étonner que, chassés par la misère, l'ignorance et les discriminations, des hommes et des femmes de plus en plus nombreux cherchent un accès au paradis de la consommation ?

La contrainte la plus dure et la plus efficace est celle de l'exclusion. Dans les sociétés traditionnelles ou primitives elle infligeait un mal irrémédiable. Que l'on pense par exemple aux sociétés nomades : le membre exclu du groupe était abandonné dans un environnement hostile où

⁴³ Voir par exemple l'opinion dissidente de la juge Palm sous l'arrêt du 29 janvier 1997, Affaire Bouchelkia c. France, *Recueil* 1997-I, p. 47, p. 67, à laquelle se réfère l'opinion dissidente du juge Foighel jointe à l'arrêt du 26 septembre 1997, Affaire El Boujaïdi c. France, *Recueil*, 1997-VI, p. 1980, p. 1994. Voir encore : 21 octobre 1997, Affaire Boujlifa c. France, *Recueil*, 1997-VI, p. 2250, opinion dissidente du juge Morenilla, p. 2266 et des juges Baka et Van Dijk, p. 2267. Voir déjà l'opinion dissidente du juge Martens sous l'arrêt du 24 avril 1996, Affaire Boughanemi c. France, *Recueil* 1996-II, p. 593, p. 613, citant les opinions dissidentes des juges De Meyer (26 mars 1992, Affaire Beldjoui c. France, Série A, n° 234-A, p. 35), Morenilla et Wildhaber (12 juillet 1995, Affaire Nasri c. France, n° 320-B, p. 31, p. 32). La Cour a condamné l'Etat ayant expulsé un Turc qui avait dans ce pays un enfant naturel sans que « les intérêts du requérant garantis par l'article 8 » aient été protégés : 11 juillet 2000, Affaire Ciliz c. Pays-Bas, *Recueil*, 2000-VIII, p. 291, § 72.

il serait inapte à pourvoir seul à sa subsistance. La sédentarisation a transformé en espace territorial le domaine sur lequel le groupe exerce son pouvoir. Les Etats contemporains ont de deux manières combiné l'exercice du pouvoir d'exclusion avec la maîtrise d'un espace territorial. La première de ces manières est l'enfermement dans un espace clos où la personne est privée de la liberté fondamentale d'aller et venir. C'est la prison, qui occupe à l'intérieur de l'espace étatique une fraction déterritorialisée car le détenu est assujéti à un ensemble de règles dérogeant au droit commun⁴⁴. Cet espace est, d'une manière analogue à celui où est confiné l'étranger durant la procédure d'expulsion, un lieu d'infra-droit⁴⁵. Toutefois, la prison n'est pas le seul lieu d'enfermement : les malades mentaux, placés dans un établissement d'aliénés fermé, les mineurs soustraits à l'autorité parentale sont eux aussi victimes d'une pratique d'exclusion.

La seconde manière d'aligner un processus d'exclusion sur la maîtrise d'un espace territorial a pour objet le refoulement ou l'expulsion des étrangers. Le refus d'accès au territoire entraîne l'exclusion du corps social, limité aux nationaux et aux catégories d'étrangers autorisés à résider.

Conclusion

La conclusion des présentes réflexions risque de paraître très pessimiste. D'un côté on ne peut que saluer les efforts de la société civile pour lutter contre la pesanteur et ce qu'il faut bien appeler l'hypocrisie des autorités étatiques. De l'autre côté, en effet, se place la confiscation par l'Etat et par les organisations internationales du discours humanitaire. C'est au nom d'un « devoir d'intervention » qu'a été menée la guerre du Kosovo, mais les mêmes Etats qui ont dépensé des sommes considérables à la conduite de cette guerre (cela ne saurait viser la Suisse, évidemment) refusent d'accepter sur leur territoire les demandeurs d'asile victimes des mêmes conflits. Le respect des droits de l'homme est un objectif parfaitement respectable et auquel on ne saurait que se rallier, mais on peut craindre qu'il ne se soit transformé en idéologie, c'est-à-dire en un discours, dissimulant derrière un objectif déclaré des desseins moins avouables.

François Rigaux

⁴⁴ Sur la jurisprudence en la matière, voir quelques références dans : F. Rigaux, *Le droit au respect de la vie privée et des autres biens de la personnalité* (Paris, LGDJ, Bruxelles, Bruylant, 1990), n° 500 à 522. Voir aussi : Conseil d'Etat (Belgique), 16 mai 1993, *Rev. tr. dr. h.*, 1994, 587, avec les extraits des conclusions de l'auditeur P. Nihoul.

⁴⁵ Sur la détention d'un étranger dans la zone internationale de l'aéroport, voir l'arrêt du 25 juin 1996, *Affaire Amuur c. France*, *Recueil* 1996-III, p. 826. Un Albanais détenu en Belgique dans un centre fermé ayant été blessé durant une tentative d'évasion mourut des suites de ses blessures quelques heures après avoir été réincarcéré. Il est actuellement allégué qu'il n'aurait pas reçu les soins appropriés.