

munis contre une dénonciation à l'externe en mettant à disposition de l'employé une voie interne effective de résolution des litiges.

En insistant précisément sur l'importance de la divulgation interne et en n'admettant la dénonciation externe qu'en dernier ressort, la Cour maintient un équilibre plutôt propice aux employeurs. Elle donne à ceux-ci l'occasion de réagir à un signal fourni par un collaborateur, et cela avant qu'un scandale ne ternisse leur réputation. Dans un monde où – bon gré mal gré – l'impératif de transparence s'étend, l'arrêt *Gajja* offre aux administrations, voire aux entreprises, une possibilité d'agir en amont, plutôt que de réagir lorsqu'il est trop tard.

☆

L'ÉLOIGNEMENT DES ÉTRANGERS MALADES : FAUT-IL PRÉFÉRER LES RÉALITÉS BUDGÉTAIRES AUX PRÉOCCUPATIONS HUMAINITAIRES?

Cour européenne des droits de l'homme
(Grande Chambre), *N. c. Royaume-Uni*, 27 mai 2008 (*)

PAR

François JULIEN-LAFERRIÈRE
Professeur émérite de l'Université Paris-Sud

Résumé

La protection que l'article 3 de la Convention apporte aux étrangers malades contre l'expulsion vers leur pays d'origine, où ils pourraient avoir des difficultés à se soigner – en raison de la rareté du traitement et de son coût –, peut céder devant la « charge trop lourde » que ferait peser sur les États contractants la fourniture de « soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers, y compris à ceux « dépourvus du droit de demeurer sur [leur] territoire ».

« Insusceptible de restrictions et de dérogations, l'article 3 [de la Convention européenne des droits de l'homme] édicte une "prohibition absolue" qui, selon la Cour européenne, "consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques" » (1). L'arrêt de Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, rendu le 27 mai 2008 dans l'affaire *N. c. Royaume-Uni*, conduit à se demander si cette affirmation, émanant d'un connaisseur particulièrement qualifié de la jurisprudence strasbourgeoise, pourra encore figurer dans la prochaine édition de son ouvrage. En effet, à supposer que l'impossibilité de déroger à la prohibition édictée par cet article (2) demeure intacte, il semble en aller autrement de l'impossibilité de restreindre sa portée.

(*) Le texte de l'arrêt peut être consulté sur le dossier documentaire afférent au présent article, disponible sur le site de la Revue, www.rtdh.eu.

(1) F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., Paris, 7^e éd., 2005, p. 281.

(2) L'article 3 énonce : « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

Un rapide rappel des faits permettra de situer le contexte juridique de l'affaire et d'en apprécier l'intérêt.

M^{me} N., de nationalité ougandaise, est arrivée en Grande-Bretagne en 1998, à l'âge de vingt-quatre ans. Trois jours après son arrivée, elle déposa une demande d'asile, alléguant les craintes qu'elle éprouvait pour sa vie et sa sécurité en cas de retour dans son pays où elle a été maltraitée et violée par des membres du Mouvement national de la résistance en raison de ses liens avec l'Armée de résistance du Seigneur.

Parallèlement fut diagnostiquée chez M^{me} N. « une infection à VIH accompagnée d'une immunodépression extrêmement forte et [...] d'une diffusion du bacille de Koch » puis, quatre mois plus tard, une seconde maladie liée au sida, le sarcome de Kaposi. Son taux de lymphocytes était extrêmement bas (cent fois moins que chez une personne en bonne santé) mais, grâce à un traitement aux anti-rétroviraux avec de fréquents contrôles, il redevint presque normal au bout de quelques mois.

Le ministre rejeta, le 28 mars 2001, la demande d'asile de M^{me} N., ce qui devait obliger celle-ci à quitter le territoire britannique. Le recours de M^{me} N. contre cette décision fut rejeté en ce qui concerne la demande d'asile, mais accueilli « pour autant qu'il se rapportait à l'article 3 », le tribunal ayant considéré que, « compte tenu du niveau des services médicaux disponibles dans le pays concerné, l'expulsion entraînerait une réduction de l'espérance de vie [de la requérante] et soumettrait [celle-ci] à des souffrances physiques et morales extrêmes, ce dans des circonstances où le Royaume-Uni peut passer pour avoir assumé la responsabilité du traitement de l'intéressée » (3).

Par le jeu des recours successifs ouverts tant au ministre qu'à M^{me} N., l'affaire fut soumise à la Chambre des Lords qui, le 5 mai 2005, rejeta le pourvoi de M^{me} N. aux motifs suivants :

« [Selon] la Cour de Strasbourg [...] les étrangers menacés d'expulsion ne peuvent revendiquer un droit à rester sur le territoire d'un Etat contractant afin de continuer à bénéficier de l'assistance médicale, sociale ou autre assurée par l'Etat qui expulse. Il n'est dérogé à cette règle, lorsque l'expulsion est contestée pour des motifs médicaux, qu'en présence de circonstances exceptionnelles [...]. Le fait que le traitement risque d'être hors de portée du requérant dans

l'Etat de destination ne doit pas passer pour une circonstance exceptionnelle [...].

« Tant que [la requérante] continuera de prendre son traitement, elle restera en bonne santé et pourra espérer vivre ainsi pendant plusieurs dizaines d'années. Son état actuel [...] lui permet de voyager et demeurera stable si elle peut obtenir le traitement qui lui est nécessaire après son retour en Ouganda [...]. Les preuves montrent que ce traitement est disponible dans ce pays, quoique à un prix extrêmement élevé [...].

« [T]out élargissement des principes dégagés dans *D. c. Royaume-Uni* [n^o] aurait pour effet de conférer à toutes les personnes se trouvant dans le même état que [la requérante] un droit d'asile dans ce pays [et] entraînerait le risque d'attirer au Royaume-Uni un grand nombre de personnes déjà séropositives espérant pouvoir elles aussi y rester indéfiniment afin de bénéficier des services médicaux disponibles dans ce pays, ce qui absorberait des ressources très importantes et assurément impossibles à quantifier » (4).

M^{me} N. saisit la Cour européenne des droits de l'homme par requête enregistrée le 22 juillet 2005. L'affaire fut attribuée à la 4^e section de la Cour qui s'en dessaisit au profit de la Grande Chambre. Par l'arrêt commenté, celle-ci a rejeté la requête de M^{me} N., au double motif que « la mise à exécution de la décision d'expulser l'intéressée vers l'Ouganda n'emporterait pas violation de l'article 3 de la Convention » et qu'en outre « aucune question distincte ne se posant] sous l'angle de l'article 8 de la Convention, il n'y a[rait] pas lieu d'examiner ce grief ».

Cette solution semble traduire une inflexion, sinon une remise en cause profonde, de la jurisprudence antérieure de la Cour relative à l'article 3. C'est d'ailleurs ce que paraissent avoir estimé les juges Tulkens (belge), Bonello (maltais) et Spielmann (luxembourgeois) dans une opinion dissidente commune. En effet le caractère absolu de la protection découlant de l'article 3, jusqu'alors constamment affirmé et mis en œuvre par la Cour, semble avoir cédé devant des considérations d'ordre économique étrangères à la Convention.

(3) §14 de l'arrêt annoté.

(4) §17 de l'arrêt annoté.

I. – Une solution qui prétend s'inscrire dans la continuité de la jurisprudence antérieure

rdh.en L'arrêt *N. c. Royaume-Uni* entend s'inscrire dans la continuité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ses développements relatifs à «l'appréciation de la Cour» (5) commentent en effet par ces mots : «Conformément à la jurisprudence constante de la Cour [...]». Ainsi, après avoir rappelé les principes qui guident sa jurisprudence, la Cour en fait application à l'espèce.

A. – Les principes généraux relatifs à l'article 3 et à l'expulsion des étrangers malades

Ces principes, sur lesquels s'ouvrent les considérations «en droit» de la Cour, sont les suivants :

- «pour tomber sous le coup de l'article 3 un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité», dont «l'appréciation [...] dépend de l'ensemble des données de la cause» (6);
- «la souffrance due à une maladie survenant naturellement, qu'elle soit physique ou mentale, peut relever de l'article 3 si elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement – que celui-ci résulte de conditions de détention, d'une expulsion ou d'autres mesures – dont les autorités peuvent être tenues pour responsables» (7);
- «les Etats contractants ont [...] le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux. Cependant, l'expulsion par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, et donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3» (8);

– «la Cour [...] se réserve une souplesse suffisante pour traiter de l'application de cet article [...] lorsque le risque que le requérant

(5) §§29 à 31 de l'arrêt.

(6) Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Jalloh c. Allemagne*, §67.

(7) Cour eur. dr. h., 29 avril 2002, *Pretyk c. Royaume-Uni*, §52; O. DE SCHUTTER, «L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme (A propos de l'arrêt *Pretyk c. le Royaume-Uni* du 29 avril 2002)», *Rev. trim. dr. h.*, 2003, pp. 71 et s.; Cour. eur. dr. h., 10 juillet 2001, *Price c. Royaume-Uni*, §30.

(8) Cour eur. dr. h., Gde Ch., 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, §§124-125.

subisse des traitements interdits dans le pays de destination provient de facteurs qui ne peuvent engager, ni directement ni indirectement, la responsabilité des autorités publiques de ce pays» (9).

Puis la Cour analyse les affaires antérieures qui soulèveraient des questions de même ordre que l'affaire *N. c. Royaume-Uni*.

Elle relève que, lorsqu'elle a statué dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni* (10), le «taux de CD4 [du requérant] était inférieur à 10, son système immunitaire avait subi des dommages graves et irréparables et le pronostic à son sujet était très mauvais; il était en fait proche de la mort»; «les centres médicaux de Saint-Kitts n'étaient pas équipés pour lui prodiguer le traitement nécessaire». Elle en avait déduit que, «comme tenu de ces circonstances exceptionnelles avait déduit que, le requérant est parvenu à un stade critique de sa maladie fatale, la mise à exécution de la décision de l'expulser vers Saint-Kitts constituerait, de la part de l'Etat défendeur, un traitement inhumain contraire à l'article 3», notamment parce que «l'Etat défendeur assume la responsabilité du traitement du requérant» et que «celui-ci est devenu dépendant des soins médicaux et palliatifs qu'il reçoit actuellement» (11).

La Cour note ensuite que, «depuis l'arrêt rendu dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni*, [elle] n'a jamais conclu, dans une affaire de contestation de la décision d'un Etat d'expulser un étranger, que la mise à exécution de cette décision emporterait violation de l'article 3 à raison de la mauvaise santé de l'intéressé» (12), soit que la maladie n'ait pas atteint un stade suffisamment avancé (13), soit que le traitement soit disponible dans le pays de destination, même à un coût très élevé (14), soit encore que le risque en cas de renvoi ne soit pas incompatible avec l'article 3 (15).

(9) Cour eur. dr. h., 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, §49, *JCP*, 1998, I, 107, n° 10, chron. F. SUDRÈ.

(10) Cour eur. dr. h., 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, précité.

(11) §33 de l'arrêt.

(12) §34 de l'arrêt.

(13) Comm. eur. dr. h., 29 mai 1998, *Karara c. Finlande*, n° 40900/98.

(14) Cour eur. dr. h., *S.C.C. c. Suède*, 15 février 2000, *JCP*, 2000, I, 255, chron. C. BRY; Cour eur. dr. h., *Ameghjian c. Pays-Bas*, 25 novembre 2004.

(15) Cour eur. dr. h., 6 février 2001, *Bensaid c. Royaume-Uni*, *Recueil*, *JCP*, G, 2001, I, 342, n° 6, chron. F. SUDRÈ.

En revanche, dans l'affaire *B.B. c. France* (16), la Commission considère que le requérant, dont l'état de santé «s'était stabilisé grâce à l'administration d'un traitement antirétroviral dont il affirmait qu'il ne pourrait se le procurer dans son pays d'origine», «était à un stade avancé de la maladie et avait dû faire de fréquents séjours à l'hôpital», si bien que lui «demandeur [...] de faire face à sa maladie seul, sans le soutien de sa famille, reviendrait vraisemblablement à le mettre dans l'impossibilité de conserver sa dignité au fur et à mesure de la progression de la maladie» et «donc que l'expulsion emporterait violation de l'article 3». Mais la Cour n'eut pas à confirmer ou infirmer cette conclusion, le gouvernement français s'étant engagé, avant qu'elle statue, à ne pas expulser le requérant (17).

B. – *Continuité ou évolution dans l'application des principes?*

L'arrêt *N. c. Royaume-Uni* s'inscrit-il dans la continuité de cette jurisprudence ou marque-t-il une rupture avec elle? Pour répondre à cette question, il convient de se pencher sur les «principes se dégageant de la jurisprudence susmentionnée», que rappelle la Cour (18):

«Les non-nationaux qui sont sous le coup d'un arrêté d'expulsion ne peuvent en principe revendiquer un droit à rester sur le territoire d'un Etat contractant afin de continuer à bénéficier de l'assistance et des services médicaux, sociaux ou autres fournis par l'Etat qui expulse»;

«Le fait qu'en cas d'expulsion de l'Etat contractant le requérant connaîtrait une dégradation importante de sa situation, et notamment une réduction significative de son espérance de vie, n'est pas en soi suffisant pour emporter violation de l'article 3»;

«La décision d'expulser un étranger atteint d'une maladie physique ou mentale grave vers un pays où les moyens de traiter cette maladie sont inférieurs à ceux disponibles dans l'Etat contractant est susceptible de soulever une question sous l'angle de l'article 3, mais seulement dans des cas très exceptionnels, lorsque les considérations humanitaires militent contre l'expulsion sont impératives»;

(16) Cour eur. dr. h., 7 septembre 1998.
 (17) §35 de l'arrêt.
 (18) §§42 à 45 de l'arrêt.

«La Cour [...] doit conserver le seul élevé fixé dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni* (19) et appliqué dans sa jurisprudence ultérieure, [...] étant donné que, dans ces affaires, le préjudice futur allégué proviendrait non pas d'actes ou d'omissions intentionnels des autorités publiques ou d'organes indépendants de l'Etat mais bien d'une maladie survenant naturellement et de l'absence de ressources suffisantes pour y faire face dans le pays de destination»;

«Même si nombre des droits qu'elle énonce ont des prolongements d'ordre économique ou social, la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques» et «l'article 3 ne fait pas obligation à l'Etat contractant de pallier [les différences entre le niveau de traitement disponible dans l'Etat contractant et celui existant dans le pays d'origine] en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. Conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les Etats contractants».

Ces «principes» sont en effet contenus dans la jurisprudence antérieure (20) et l'on peut estimer que, sur ces divers points, l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* se borne à confirmer les critères d'appréciation des conséquences que peut avoir l'expulsion d'un étranger atteint d'une maladie grave. Toutefois, on note une certaine évolution entre la jurisprudence citée par la Cour dans son arrêt *N. c. Royaume-Uni* et ce qu'elle affirmait dans l'arrêt *Pretyj c. Royaume-Uni* (21):

«La souffrance due à une maladie survenant naturellement, qu'elle soit physique ou mentale, peut relever de l'article 3 si elle se trouve au risque de se trouver exacerbée par un traitement – que celui-ci résulte de conditions de détention, d'une expulsion ou d'autres mesures – dont les autorités peuvent être tenues pour responsables (arrêts *D. c. Royaume-Uni* et *Keenan* [3 avril 2001], et *Bensaid c. Royaume-Uni*, [précité])».

Dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* et la jurisprudence antérieure à laquelle elle se réfère, elle énonce que «le préjudice futur allégué proviendrait non pas d'actes ou d'omissions intentionnels des autorités publiques ou d'organes indépendants de l'Etat mais bien d'une maladie survenant naturellement et de l'absence de ressources suffisantes

(19) Cour eur. dr. h., 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, précité.
 (20) *Voyer*, sur ce point, le §5 de l'opinion dissidente des juges *TUKKERS, BONZILLO* et *STRAJMAN*.
 (21) Cour eur. dr. h., 29 avril 2002, *Pretyj c. Royaume-Uni*, précité, §52.

pour y faire face dans le pays de destination» (22). Ainsi, dans l'arrêt *Pretty*, elle fait état de la conjonction entre, d'une part, «une maladie survenant naturellement» et, d'autre part, son exacerbation «par un traitement – que celui-ci résulte [...] d'une expulsion ou d'autres mesures – dont les autorités peuvent être tenues pour responsables». En revanche, dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, si elle se réfère encore à «une maladie survenant naturellement», elle ne l'associe pas à la mesure prise par «les autorités qui exacerberait cette maladie mais à l'absence de ressources suffisantes pour y faire face dans le pays de destination». Cette dernière référence n'est pas nouvelle puisqu'on la trouvait déjà dans les arrêts consécutifs à l'affaire *D. c. Royaume-Uni*, ainsi que dans certaines décisions du Conseil d'Etat français pour qui «la circonstance que la situation financière de l'étranger malade serait difficile n'est pas à elle seule de nature à entacher d'illégalité la mesure d'éloignement» (23). Mais il y a bien en réalité, deux approches de l'article 3 et de ses effets puisque, dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, disparaît toute référence à la mesure prise par «les autorités» alors que, précisément, c'est une telle mesure – l'éloignement du territoire britannique – qui était ici en cause.

II. – Une solution qui ne prend que partiellement en compte les besoins de l'étranger malade

La requérante étant malade, il y a lieu de s'interroger sur, d'une part, la date d'évaluation de son état de santé et, d'autre part, la possibilité qu'elle aurait d'accéder aux soins appropriés dans son pays d'origine, afin de déterminer si elle peut être éloignée sans que soit violé l'article 3 de la Convention.

A. – L'évaluation de l'état de santé de l'étranger malade

On ne peut qu'être surpris de la triple considération, qui a dû peser dans la décision de la Cour, selon laquelle «son état est désormais stable», elle «n'est pas, à l'heure actuelle, dans un état critique» et «elle est apte à voyager» (24). Cette affirmation conduit

à se demander si, pour l'application de l'article 3, il convient de considérer l'état de l'intéressée avant la prise ou l'exécution de la décision d'éloignement, ou après.

Il n'est contesté par personne que *M^{me} N.* n'était nullement, en Grande-Bretagne, dans une situation qu'on peut considérer comme «inhumaine» ou «dégradante». Ce n'est qu'en cas d'éloignement vers l'Ouganda que son état aurait été susceptible d'évoluer vers une telle situation. La Cour l'admet d'ailleurs puisqu'elle déclare que, «grâce au traitement médical dont elle bénéficie au Royaume-Uni, son état est désormais stable» et «ne se détériorera pas tant qu'elle continuera à prendre le traitement dont elle a besoin» (25).

Mais, dès lors que ce qui est en cause – et qui fait l'objet de la discussion devant la Cour – est la conformité à l'article 3 de la Convention de la décision des autorités britanniques d'éloigner *M^{me} N.* vers l'Ouganda, dont elle est originaire, la question qui se pose n'est pas tant celle de l'état de la requérante *avant* son éventuel éloignement de Grande-Bretagne, que la comparaison entre cet état et celui qui serait le sien dans son pays d'origine *après* y avoir été envoyé par décision des autorités publiques. Il s'agit de savoir si, eu égard à l'état stable de *M^{me} N.* et à sa capacité à supporter le voyage de Grande-Bretagne jusqu'en Ouganda, son éloignement vers ce pays n'aura pas pour conséquence, après son arrivée à destination, de l'exposer à des traitements inhumains ou dégradants, c'est-à-dire, pour reprendre les termes mêmes de l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, «de provoquer souffrances et douleur et de réduire l'espérance de vie» (26).

Or, si la Cour constate la stabilité de l'état de l'intéressée à la date à laquelle elle statue – c'est-à-dire *avant* l'éloignement de la requérante –, elle n'ignore pas, puisqu'elle le rappelle, qu'il «ressort [...] des éléments produits devant les juridictions internes que, si elle devait être privée des médicaments qu'elle prend actuellement, son état empirerait rapidement et elle devrait affronter la maladie, l'inconfort et la souffrance, pour mourir en l'espace de quelques années» (27). On voit mal, dans ces conditions, pourquoi la Cour s'interroge sur «la rapidité avec laquelle son état se dégraderait» (28), dès lors qu'il est certain que l'absence de soins

(22) §43 de l'arrêt.

(23) Voyez : Cons. Etat, 7 juillet 2004, *Toumi*, req. n° 261709; Cons. Etat, 14 décembre 2005, *M. Smail B.*, req. n° 275214, cités par C. COURNIL, «Quand les politiques migratoires 'contaminent' l'accueil sanitaire et l'accès aux soins des étrangers», *Rev. trim. dr. h.*, octobre 2007, pp. 1017 et s. (24) §§47 et 50.

(25) §47.

(26) §45.

(27) *Ibid.*

(28) §50.

pour y faire face dans le pays de destination» (22). Ainsi, dans l'arrêt ^[Frdh.eu] *Pretty*, elle fait état de la conjonction entre, d'une part, «une maladie survenant naturellement» et, d'autre part, son exacerbation «par un traitement – que celui-ci résulte [...] d'une expulsion ou d'autres mesures – dont les autorités peuvent être tenues pour responsables». En revanche, dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, si elle se réfère encore à «une maladie survenant naturellement», elle ne l'associe pas à la mesure prise par «les autorités» qui exacerberait cette maladie mais à l'absence de ressources suffisantes pour y faire face dans le pays de destination. Cette dernière référence n'est pas nouvelle puisqu'on la trouvait déjà dans les arrêts consécutifs à l'affaire *D. c. Royaume-Uni*, ainsi que dans certaines décisions du Conseil d'Etat français pour qui «la circonstance que la situation financière de l'étranger malade serait difficile n'est pas à elle seule de nature à entacher d'illégalité la mesure d'éloignement» (23). Mais il y a bien en réalité, deux approches de l'article 3 et de ses effets puisque, dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, disparaît toute référence à la mesure prise par «les autorités» alors que, précisément, c'est une telle mesure – l'éloignement du territoire britannique – qui était ici en cause.

II – Une solution qui ne prend que partiellement en compte les besoins de l'étranger malade

La requérante étant malade, il y a lieu de s'interroger sur, d'une part, la date d'évaluation de son état de santé et, d'autre part, la possibilité qu'elle aurait d'accéder aux soins appropriés dans son pays d'origine, afin de déterminer si elle peut être éloignée sans que soit violé l'article 3 de la Convention.

A. – L'évaluation de l'état de santé de l'étranger malade

On ne peut qu'être surpris de la triple considération, qui a dû peser dans la décision de la Cour, selon laquelle «son état est désormais stable», elle «n'est pas, à l'heure actuelle, dans un état critique» et «elle est apte à voyager» (24). Cette affirmation conduit

à se demander si, pour l'application de l'article 3, il convient de considérer l'état de l'intéressée avant la prise ou l'exécution de la décision d'éloignement, ou après.

Il n'est contesté par personne que *M^{me} N.* n'était nullement, en Grande-Bretagne, dans une situation qu'on peut considérer comme «inhumaine» ou «dégradante». Ce n'est qu'en cas d'éloignement vers l'Ouganda, que son état aurait été susceptible d'évoluer vers une telle situation. La Cour l'admet d'ailleurs puisqu'elle déclare que, «grâce au traitement médical dont elle bénéficie au Royaume-Uni, son état est désormais stable» et «ne se détériorera pas tant qu'elle continuera à prendre le traitement dont elle a besoin» (25).

Mais, dès lors que ce qui est en cause – et qui fait l'objet de la discussion devant la Cour – est la conformité à l'article 3 de la Convention de la décision des autorités britanniques d'éloigner *M^{me} N.* vers l'Ouganda, dont elle est originaire, la question qui se pose n'est pas tant celle de l'état de la requérante *avant* son éventuel éloignement de Grande-Bretagne, que la comparaison entre cet état et celui qui serait le sien dans son pays d'origine *après* y avoir été envoyé par décision des autorités publiques. Il s'agit de savoir si, en regard à l'état stable de *M^{me} N.* et à sa capacité à supporter le voyage de Grande-Bretagne jusqu'en Ouganda, son éloignement vers ce pays n'aura pas pour conséquence, après son arrivée à destination, de l'exposer à des traitements inhumains ou dégradants, c'est-à-dire, pour reprendre les termes mêmes de l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, «de provoquer souffrances et douleur et de réduire l'espérance de vie» (26).

Or, si la Cour constate la stabilité de l'état de l'intéressée à la date à laquelle elle statue – c'est-à-dire *avant* l'éloignement de la requérante –, elle n'ignore pas, puisqu'elle le rappelle, qu'il «ressort [...] des éléments produits devant les juridictions internes que, si elle devrait être privée des médicaments qu'elle prend actuellement, son état empirerait rapidement et elle devrait affronter la maladie, l'inconfort et la souffrance, pour mourir en l'espace de quelques années» (27). On voit mal, dans ces conditions, pourquoi la Cour s'interroge sur «la rapidité avec laquelle son état se dégraderait» (28), dès lors qu'il est certain que l'absence de soins

(22) §43 de l'arrêt.

(23) Voyez : Cons. Etat, 7 juillet 2004, *Toumi*, req. n° 261709; Cons. Etat, 14 décembre 2005, *M. Smal B.*, req. n° 275214, cités par C. COURRANT, «Quand les politiques migratoires «contaminent» l'accueil sanitaire et l'accès aux soins des étrangers», *Rev. trim. dr. h.*, octobre 2007, pp. 1017 et s.

(24) §§47 et 50.

(25) §47.

(26) §45.

(27) *Ibid.*

(28) §50.

de simples allégations. Cependant, dans le cas de Mme N., il n'était pas contesté que, si le traitement était disponible en Ouganda, il était inégalement réparti sur l'ensemble du territoire et d'un coût très élevé (35), et qu'au surplus la famille de la requérante ne s'occuperait pas d'elle (36) : on sait, en effet, ce que représente le sida dans les pays africains. Aussi, comme l'ont souligné les juges Tulkens, Bonello et Spielmann dans leur opinion dissidente, « il ne fait aucun doute qu'en cas d'expulsion vers l'Ouganda, la requérante mourra prématurément après une période de très grandes souffrances physiques et morales » (37).

Il existait donc, dans cette affaire, « des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé(e) », si elle était éloignée vers l'Ouganda, « y courra[it] un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 », ce que, dans l'arrêt *Soering*, la Cour a estimé imposer une « obligation implicite » de ne pas éloigner un étranger (38).

C'est donc bien, semble-t-il, en « interprétant » la portée de l'article 3 de la Convention autrement qu'elle ne l'a fait dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni*, que la Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 3. Car, contrairement à ce qu'elle affirme dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* (39), les circonstances étaient tout aussi « exceptionnelles » et des « considérations humanitaires [...] tout aussi impérieuses » pouvaient être invoquées dans les deux affaires.

III. – Une solution qui privilégie les intérêts des Etats parties à la Convention

Reste enfin l'aspect le plus discutable de l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*. C'est la dimension économique de la solution adoptée, qui semble étrangère – voire contraire – à la lettre et à l'esprit de l'article 3. La Cour lie, en effet, l'application de l'article 3 aux conséquences financières qu'elle peut avoir pour l'Etat partie.

(35) Voyez notamment l'opinion de l'expert médical (§12) et celle de Lord Hope (§17).

(36) Déclaration de Lord Hope (§17).

(37) §23 de l'opinion dissidente des juges TULKENS, BONELLO et SPIELMANN.

(38) Cour eur. dr. h., 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, §88.

(39) §51.

A. – Droits civils et politiques vs droits économiques et sociaux ?

La Cour déclare (40) :

« Même si nombre des droits qu'elle énonce ont des prolongements d'ordre économique ou social, la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques (*Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, §26). En outre, le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention (*Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, §89). Les progrès de la médecine et les différences socio-économiques entre les pays font que le niveau de traitement disponible dans l'Etat contractant et celui existant dans le pays d'origine peuvent varier considérablement. Si la Cour, compte tenu de l'importance fondamentale que revêt l'article 3 dans le système de la Convention, doit continuer de se méfier une certaine souplesse afin d'empêcher l'expulsion dans des cas très exceptionnels, l'article 3 ne fait pas obligation à l'Etat contractant de pallier lesdites disparités en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. Conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les Etats contractants ».

On peut, comme les auteurs de l'opinion dissidente (41), contester les diverses affirmations contenues dans ce paragraphe.

D'abord, l'arrêt *Airey c. Irlande* ne dit pas que ce que l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* lui fait dire puisque, après avoir effectivement constaté que la Convention « énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques », il ajoute aussitôt, que « nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social » et qu'il ne faut pas « écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux [car] nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention » (42). Le fait que la Convention énonce des droits civils et politique n'empêche pas qu'elle puisse tenir compte de considérations économiques.

(40) §44.

(41) §7 de l'opinion dissidente des juges Tulkens, Bonello et Spielmann.

(42) Cour eur. dr. h., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, §26.

Ensuite, s'agissant d'un droit absolu – et, partant, indérogable – comme celui garanti par l'article 3, il ne doit pas être subordonné au souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu, ce qui est précisément le propre des droits susceptibles de dérogation ou de restrictions, tels le droit au procès équitable ou le droit au respect de la vie privée et familiale. En relativisant la portée de l'article 3, en la soumettant à l'aune de l'intérêt général, la Cour se met en contradiction avec ses arrêts précédents, notamment l'arrêt *Sacadi c. Italie*, pourtant tout récent, dans lequel elle réaffirme que « la protection contre les traitements prohibés par l'article 3 étant absolue, cette disposition impose de ne pas [...] expulser une personne lorsqu'elle court dans le pays de destination un risque réel d'être soumise à de tels traitements. Comme la Cour l'a affirmé à plusieurs reprises, cette règle ne souffre aucune exception » (43).

B. – *La « charge [pour] les Etats contractants des soins aux étrangers malades »*

Enfin – et c'est ici que se situe le cœur même de l'arrêt – il est difficilement justifiable, au regard des considérations qui précèdent, d'affirmer que « [...] l'article 3 ne fait pas obligation à l'Etat [...] de pallier [les] disparités [entre celui-ci et l'Etat d'origine] en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. Conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les Etats contractants ».

Car, si l'on suit bien le raisonnement de la Cour, on en arrive à l'analyse suivante : le caractère absolu de la protection contre les traitements prohibés par l'article 3 n'empêche pas que soit recherché un « juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu » ; parmi les considérations d'intérêt général à prendre en compte figure la « charge trop lourde » que ferait peser

(43) Cour eur. dr. h., Gde Ch., 28 février 2008, *Sacadi c. Italie*, §138. Dans le même sens : Cour eur. dr. h., 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, §80 : « L'interdiction des mauvais traitements énoncée à l'article 3 est tout aussi absolue en matière d'expulsion. Ainsi, chaque fois qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'une personne courra un risque réel d'être soumise à des traitements contraires à l'article 3 si elle est expulsée vers un autre Etat, la responsabilité de l'Etat contractant – la protéger de tels traitements – est engagée en cas d'expulsion ».

« sur les Etats contractants » la fourniture de « soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers », y compris à ceux qui sont « dépourvus du droit de demeurer sur [leur] territoire ». Donc l'article 3 de s'oppose pas à l'éloignement d'un étranger en situation irrégulière, dès lors que son maintien sur le territoire de l'Etat partie à la Convention constituerait, pour celui-ci, « une charge ».

On constate en premier lieu que, si la Cour se soucie de la charge financière pour l'Etat contractant, elle ne s'interroge pas sur la charge financière que représenterait, pour l'étranger, la poursuite dans le pays de renvoi des soins qui lui sont nécessaires, ni sur le point de savoir si lui ou sa famille serait en mesure d'y faire face. Il n'y a donc pas là le « juste équilibre » que la Cour déclare pourtant rechercher. Et cette préoccupation à sens unique a récemment gagné les juridictions nationales. Ainsi, dans un arrêt du 13 février 2008 – donc antérieur à l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* –, le Conseil d'Etat français a considéré, à propos d'un refus de délivrance de carte de séjour au titre de l'article L. 313-11, 11°, du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, qui vise le cas de l'étranger « dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire », « que la circonstance que [l'intéressé] serait originaire d'une région éloignée des structures médicales appropriées et qu'il aurait des difficultés financières à assumer la charge du traitement de sa maladie en Tunisie est, en tout état de cause, sans incidence sur l'existence de soins appropriés à sa pathologie dans son pays d'origine » (44). Le contrôle *in concreto* du juge administratif français comme du juge européen connaît donc de sérieuses limites (45).

En second lieu, et surtout, la considération économique-financière qui a guidé la Cour est peu conforme – et il s'agit, en employant ces termes, d'un euphémisme – à la lettre et à l'esprit de l'article 3 de la Convention. Comme le déclarent les juges Tulkens, Bonello et Spielmann dans leur opinion dissidente, « pareille considération va à l'encontre du caractère absolu de l'article 3 [...] et de la nature même des droits garantis par la Convention, lesquels seraient totale-

(44) Cons. Etat, 13 février 2008, *Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c. Aïmir*, req. n° 297518.

(45) Sur le contrôle in concreto du juge administratif français sur l'état de santé des étrangers en matière de séjour et d'éloignement, voyez : C. COURREIL, « Quand les politiques migratoires « contournent » l'accueil sanitaire et l'accès aux soins des étrangers », *op. cit.*

ment niés si leur jouissance devait être limitée en vertu de facteurs politiques tels que des contraintes budgétaires» (46). On peut, d'ailleurs, observer que, parmi les motifs qui permettraient une «ingérence de l'autorité publique» dans l'exercice des droits tels que la vie privée ou familiale, la liberté de pensée et de religion ou la liberté d'expression, ne figurent pas les considérations budgétaires. Et l'on ne peut que s'en féliciter.

☆

La solution retenue par la Grande Chambre dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* laisse mal à l'aise. Il est clair que la Cour savait que ^{révisé en} Mme N. était exposée ou, du moins, courait un très grand risque d'être exposée, en cas d'éloignement vers l'Ouganda, à une mort plus ou moins rapide – en tout cas plus rapide que si elle restait en Grande-Bretagne – et accompagnée de graves souffrances, d'isolement, de sentiment d'abandon, du fait de l'absence de suivi médical et de soutien familial. Pourtant, la Cour n'a pas hésité – du moins les termes péremptoirs de son arrêt le laissent-ils penser – à admettre que le renvoi de la requérante dans son pays d'origine n'était pas contraire à l'article 3 de la Convention, parce qu'appliquer cet article en l'espèce, et malgré les effets qu'aura la solution contraire pour l'intéressée, ferait porter un poids trop lourd aux finances publiques de l'Etat contractant.

L'arrêt *N. c. Royaume-Uni* pose la question de savoir si les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme doivent consacrer tous les moyens, y compris financiers nécessaires à la garantie du droit proclamé par l'article 3 de la Convention ou si la garantie effective de ce droit doit plier devant les limites, y compris financières imposées par les Etats.

Si, comme l'indique sa rédaction et comme ne cesse de l'affirmer la doctrine, l'article 3 a un effet «absolu», s'il ne peut donc y être dérogé, seule la première branche de l'alternative peut être admise. Pourtant, la Cour a choisi la seconde branche, estimant que les Etats ne sauraient être obligés de supporter une charge que, pourtant, commanderait l'application de l'article 3, à la lumière de la jurisprudence de la Cour depuis l'arrêt *Soering*.

La crainte de la prise d'assaut par les étrangers du système de santé des Etats parties – la Cour évoque l'hypothétique obligation pour ceux-ci de fournir «des soins de santé gratuits et illimités à

(46) §8 de l'opinion dissidente des juges TULKENS, BONELLO et SPIELMANN.

tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire» – est excessive (47). Elle est, en tout cas, une base bien fragile pour une remise en cause aussi grave de la portée de l'article 3.

☆

(47) Comme le soulignent les juges Tulkens, Bonello et Spielmann dans leur opinion dissidente commune (§8), «contrairement à ce qu'affirme la majorité (de la Grande Chambre), nous souhaitons ajouter qu'il n'a aucunement été allégué en l'espèce que l'article 3 fait obligation à l'Etat contractant de pallier lesdites disparités en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire».