



Assemblée générale

Distr. générale
9 juillet 2010

Original : français

Commission du droit international

Soixante-deuxième session

Genève, 3 mai-4 juin et 5 juillet-6 août 2010

Sixième rapport sur l'expulsion des étrangers

Présenté par Maurice Kamto, Rapporteur spécial

Additif

Table des matières

	<i>Page</i>
III. Règles de procédure applicables aux étrangers se trouvant légalement sur le territoire d'un État (<i>suite</i>)	4
A. Considérations d'ordre général	
B. Nature de la procédure	
C. Garanties de procédure	
1. Garanties procédurales en droit international et en droit interne	
2. Garanties procédurales dans le cadre de l'ordre juridique communautaire européen	
D. Exécution de la décision d'expulsion	4
1. Exécution volontaire	4
2. Exécution forcée	4
3. Conditions de retour de l'expulsé	5
a) Mesures d'accompagnement en matière de retour	5
b) Respect des droits fondamentaux de la personne expulsée au cours du voyage de retour	7
Projet d'article D1. Retour de l'étranger objet de l'expulsion vers l'État de destination	11



IV.	Recours contre la décision d'expulsion	11
A.	Fondement en droit international et en droit interne	11
B.	Effets du recours juridictionnel sur la décision d'expulsion	23
1.	Délai d'examen du recours	23
2.	Caractère suspensif du recours	24
C.	Voies de recours contre une décision judiciaire d'expulsion	26
V.	Relations entre l'État expulsant et les États de transit et de destination	27
A.	Liberté d'accueillir ou non l'étranger expulsé	28
1.	Principe	28
2.	Limite : droit de toute personne de retourner dans son propre pays	29
a)	Règle générale	29
b)	Cas particulier des réfugiés	32
B.	Choix de l'État de destination	33
1.	Liberté pour l'expulsé de choisir un État de destination	33
2.	Substitution de l'État expulsant à l'expulsé pour choisir un État de destination	34
C.	État susceptible d'accueillir l'étranger expulsé	36
1.	Émergence et consécration de la notion de « pays sûr »	36
2.	État de destination	39
a)	État de nationalité	39
b)	État de résidence	42
c)	État de délivrance du passeport	42
d)	État d'embarquement	43
e)	État partie à un traité	45
f)	États consentants et autres États	47
D.	Expulsion de l'étranger vers un État qui n'est pas tenu de l'admettre	49
E.	État de transit	51
F.	Projet d'article F1. Protection des droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion dans l'État de transit	51
	Troisième partie. Conséquences juridiques de l'expulsion	52
VI.	Droits de l'étranger expulsé	52
A.	Protection du droit de propriété et autres intérêts de même nature de l'étranger expulsé	52

1.	Interdiction de l'expulsion aux fins de confiscation	52
2.	Protection des biens des étrangers même régulièrement expulsés	55
3.	Droits de propriété et autres intérêts de même nature	57
	Projet d'article G1. Protection des biens de l'étranger objet de l'expulsion	62
B.	Droit au retour en cas d'expulsion illégale	63
	Projet d'article H1. Droit au retour dans l'État expulsant	65
VII.	Responsabilité de l'État expulsant du fait d'une expulsion illégale	66
A.	Affirmation du principe de la responsabilité de l'État expulsant	66
B.	Droit à la protection diplomatique de la personne expulsée	69
C.	Preuve de l'expulsion illégale	71
D.	Réparation du préjudice subi du fait de l'expulsion illégale	73
1.	Fondement de la réparation	73
2.	Formes de réparation	74
a)	Restitution	74
b)	Indemnisation	74
i)	Formes de préjudice indemnisable	74
a.	Préjudice matériel	74
b.	Préjudice moral	75
c.	Émergence du préjudice particulier de la rupture du projet de vie ..	76
ii)	Forme d'indemnisation	77
c)	Satisfaction	79
	Projet d'article I1. Responsabilité de l'État en cas d'expulsion illicite	80
	Projet d'article J1. Protection diplomatique	81

III. Règles de procédure applicables aux étrangers se trouvant légalement sur le territoire d'un État (*suite*)

D. Exécution de la décision d'expulsion

1. L'exécution des décisions d'expulsion suscite un certain nombre de problèmes. Les États sont partagés entre le souci d'efficacité et le respect nécessaire des droits fondamentaux de l'individu concerné par la décision d'expulsion ainsi que des conventions internationales auxquelles ils sont parties. Si l'acte d'expulsion n'est pas annulé ou s'il n'est pas contesté en justice, l'intéressé a alors pour obligation de quitter le territoire de l'État expulsant. Les législations de la plupart des États ajoutent à cette obligation de quitter le territoire l'interdiction d'y revenir. C'est le cas notamment dans les pays suivants : Allemagne, Belgique, Cameroun, Danemark, Espagne, Royaume-Uni¹.

1. Exécution volontaire

2. Le retour volontaire de l'étranger objet de l'expulsion permet un plus grand respect de la dignité humaine tout en étant administrativement plus facile à gérer. Il s'agit d'un processus d'expulsion dont l'exécution est négociée entre l'État expulsant et l'étranger visé par la mesure d'expulsion. En 2005, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a insisté sur ce retour volontaire en affirmant que « l'État d'accueil devrait prendre des mesures encourageant le retour volontaire, lequel est préférable au retour forcé »². Dans le même sens, la Commission des Communautés européennes a indiqué, dans sa proposition de directive sur le retour du 1^{er} septembre 2005, que la décision de retour doit prévoir « un délai approprié de départ volontaire de quatre semaines au maximum, sauf s'il y a lieu de penser que la personne concernée pourrait prendre la fuite au cours du délai fixé »³.

2. Exécution forcée

3. L'expulsion forcée intervient dès lors que l'étranger objet de l'expulsion refuse de quitter le territoire de son propre chef, par exemple en opposant une résistance physique ou en opérant un choix de pays de destination non acceptable. Comme l'a estimé l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, l'expulsion forcée « ne saurait concerner que les personnes opposant une résistance manifeste et persistante, et [...] elle peut être évitée par un véritable travail d'accompagnement et de préparation au départ, dans le cadre d'une prise en charge individuelle et suivie »⁴. L'échec d'un retour peut ne pas résulter du refus de l'intéressé de se plier à l'ordre

¹ Source : Documents de travail du Sénat français (série législation comparée), *L'expulsion des étrangers en situation irrégulière*, n° LC 162, avril 2006.

² Vingt principes directeurs du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le retour forcé, 925^e réunion des délégués des ministres, 4 mai 2005, documents du Conseil des ministres, CM(2005) 40 final, 9 mai 2005.

³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1^{er} septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM(2005) 391 final.

⁴ Recommandation n° 1547 (2002) du 22 janvier 2002 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité.

d'expulsion, mais du refus de l'État de destination de l'accueillir, et en particulier de son État d'origine de le réadmettre. Pour faciliter les réadmissions, l'Union européenne conclut des accords bilatéraux avec des États tiers. En outre, le retour nécessite parfois la collaboration d'un ou de plusieurs autres États, dits de transit. Par conséquent, l'Union tente également de mettre en place un ensemble de règles dans ce domaine.

4. Dans ses principes directeurs sur le retour forcé des étrangers en situation irrégulière adoptés en mai 2005, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a rappelé que « si l'État de retour n'est pas l'État d'origine, la décision d'éloignement ne devrait être prise que si les autorités de l'État d'accueil sont convaincues, dans la mesure du raisonnable, que l'État de retour n'expulsera pas la personne vers un État tiers où elle se verrait exposée à un risque réel [de mort ou de mauvais traitements] »⁵.

3. Conditions de retour de l'expulsé

5. Il ne suffit pas que les décisions d'expulsion prises à l'encontre d'étrangers soient régulières, il faut encore qu'elles soient exécutées dans le respect d'un certain nombre de règles. Comme on l'a relevé par ailleurs, l'exécution de l'expulsion peut nécessiter des « mesures d'accompagnement »⁶.

a) Mesures d'accompagnement en matière de retour

6. Un certain nombre de dispositions doivent être prises en vue d'assurer un retour sans heurts de l'expulsé dans le pays de destination. La plupart des expulsions sont exécutées par voie aérienne. Les conventions internationales relatives au domaine de l'aviation comportent des dispositions spécifiques qui peuvent s'appliquer à certaines situations particulières ou à certaines catégories de personnes, telles les personnes expulsées. L'annexe 9 de la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale signée à Chicago le 7 décembre 1944⁷ contient des dispositions sur les personnes non admissibles et les personnes expulsées. Ces dispositions posent des obligations à la charge des États contractants. Le vol choisi par l'État expulsant doit être, si possible, un vol direct sans escale. Préalablement au vol, cet État doit informer l'expulsé de l'État de destination. Pour la sécurité du vol, l'État expulsant doit déterminer si le voyage de retour doit se faire avec ou sans agent d'escorte. À cette fin, il doit apprécier si la santé et la capacité physique et mentale de l'intéressé permettent un renvoi par voie aérienne, si ce dernier accepte ou refuse ledit renvoi et s'il a ou a eu un comportement violent.

⁵ Vingt principes directeurs du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le retour forcé, op. cit., principe n° 2. Lors de l'adoption de cette décision, le Représentant permanent du Royaume-Uni a indiqué que son gouvernement se réservait le droit de se conformer ou non à ce principe directeur.

⁶ A.-B. BA, *Le droit international de l'expulsion des étrangers : une étude comparative de la pratique des États africains et de celle des États occidentaux*, thèse, Paris II, 1995, 930 pages, p. 610.

⁷ Texte disponible sur le site de l'Organisation de l'aviation civile internationale : <http://www.icao.int/>. Voir également la publication *Convention on international civil aviation, signed at Chicago on 7 December 1944*, S.I., coll. ICAO 7300, 49 pages, ainsi que « Convention on international civil aviation : élaboration et coordination des annexes techniques à la Convention », S.I., coll. ICAO 7300, 1951.

L'État expulsant doit fournir ces renseignements, ainsi que les noms et nationalités des agents d'escorte, à l'exploitant d'aéronefs concerné.

7. La dignité de l'étranger expulsé doit être respectée durant le vol. En cas de vol avec escales, le régime de la Convention de Chicago prévoit que les États contractants veillent à ce que l'escorte reste auprès de la personne déportée jusqu'à sa destination finale, à moins que les autorités et l'exploitant intervenant au point de transit ne conviennent à l'avance de dispositions de rechange appropriées. Par ailleurs, les États doivent délivrer les documents de voyage nécessaires au retour de leurs propres ressortissants car, s'ils refusent de le faire ou s'opposent autrement à leur retour, ils les rendraient apatrides⁸. Les dispositions de la Convention de Tokyo de 1963, relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs⁹, s'appliquent lorsqu'une personne, qui peut être un étranger objet d'une expulsion, perturbe par ses actes la sécurité en vol¹⁰. D'après ladite Convention, lorsqu'une personne à bord a accompli ou s'apprête à accomplir une infraction ou un acte pouvant compromettre le bon ordre ou la sécurité de l'aéronef ou des autres voyageurs, le commandant peut prendre à son encontre des mesures de contrainte pour que la sécurité et la discipline soient maintenues à bord¹¹. Il pourra également débarquer la personne concernée ou la remettre aux autorités compétentes¹².

8. Avant que l'aéronef qui transporte une personne faisant l'objet d'une mesure d'expulsion n'atterrisse sur le territoire d'un État, le commandant doit alerter ledit État de la présence d'une telle personne. Il appartient aux États contractants d'autoriser et d'aider le commandant d'un aéronef immatriculé dans un autre État contractant à débarquer cette personne. L'État contractant concerné peut toutefois, en vertu de sa législation relative à l'admission des étrangers, la refouler de son territoire¹³.

9. Dans le cadre de l'Union européenne, le Conseil et le Parlement européen ont adopté en 2002 un règlement relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile¹⁴. Ce règlement prévoit que des mesures de

⁸ Il convient de relever que nombre d'immigrants illégaux ne facilitent pas toujours les choses. Ils voyagent sans papiers d'identification et de voyage (passeport) et ne permettent pas à l'État expulsant de déterminer avec certitude leur État de nationalité ou alors ils indiquent un État qui a leur préférence mais avec lequel ils n'ont aucun lien quelconque de nationalité, mettant dans l'embarras l'État en question qui se trouve ainsi obligé d'accueillir des personnes qui ne sont pas ses propres ressortissants et qui ne remplissent pas les conditions d'entrée et de séjour sur son territoire.

⁹ Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, signée à Tokyo le 14 septembre 1963. La Convention a été publiée en français en 1963 : « Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, signée à Tokyo le 14 septembre 1963 », Montréal, Québec : OACI, 1963, 13 pages. À propos de cette convention, voir P. Richard, *La Convention de Tokyo. Étude de la Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs*, Lausanne, Pont frères, 1971, 240 pages.

¹⁰ Ne sont pas concernés par cette convention les aéronefs utilisés à des fins militaires, de douane et de police.

¹¹ Art. 6, par. 1, de la Convention de Tokyo.

¹² Ibid.

¹³ Art. 15, par. 2, de la Convention de Tokyo.

¹⁴ Règlement (CE) n° 2320/2002 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile, *Journal officiel des communautés européennes*, n° L 355 du 30 décembre 2002, p. 1. Ce règlement a été adopté à la suite des actes criminels commis aux États-Unis le 11 septembre 2001. Il a été

sûreté sont instituées pour les passagers susceptibles de causer des troubles, sans définir ces derniers. Afin de simplifier, d'harmoniser et de préciser les règles ainsi établies et d'élever les niveaux de sûreté, le Conseil a proposé en 2006 d'abroger ledit règlement¹⁵. Sans préjudice des dispositions de la Convention de Tokyo de 1963, le nouveau texte devrait notamment porter sur « les mesures de sûreté applicables à bord des aéronefs, ou pendant un vol, des transporteurs aériens communautaires ». Est considéré comme un « passager susceptible de causer des troubles », « un passager qui est soit une personne expulsée, une personne réputée non admissible par les autorités d'immigration ou encore une personne faisant l'objet d'un mandat de justice »¹⁶. Il est précisé que ces passagers doivent être soumis à des mesures de sûreté appropriées avant le départ de l'avion et au cours du vol¹⁷.

b) Respect des droits fondamentaux de la personne expulsée au cours du voyage de retour

10. Durant le voyage vers l'État de destination, les droits fondamentaux et la dignité des personnes expulsées doivent être respectés. Il n'est pas rare que des individus décèdent au cours du voyage de retour. Dans un rapport rendu public le 10 septembre 2001, la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe a fait état des violences et mauvais traitements que subissent de nombreux étrangers au cours de leur expulsion de pays européens ainsi que de cas de décès¹⁸. Il en est ainsi notamment de l'injection de médicaments et de l'assénement de coups dont est victime la personne objet de l'expulsion¹⁹. Entre 1998 et 2001, dix étrangers sont morts pendant leur expulsion d'Allemagne, d'Autriche, de Belgique, de France, d'Italie ou de Suisse²⁰ par suite de tels traitements. Alertée de cette situation par plusieurs organisations non gouvernementales, dont Amnesty International, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a attiré l'attention sur cet état des choses dans les États

modifié par le règlement (CE) n° 849/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant le règlement (CE) n° 2320/2002 relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 158 du 30 avril 2004, p. 1; rectificatif au *Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 229 du 29 juin 2004, p. 3.

¹⁵ Position commune (CE) n° 3/2007 arrêtée par le Conseil le 11 décembre 2006 en vue de l'adoption d'un règlement (CE) du Parlement européen et du Conseil relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile et abrogeant le règlement (CE) n° 2320/2002, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 70E du 27 mars 2007, p. 21.

¹⁶ Aux fins de l'article 3, 18) du projet de règlement.

¹⁷ Pour les règles relatives au transport en Europe, voir par exemple L. Grard (dir.), *L'Europe des transports*, actes du Colloque d'Agen, 7-8 octobre 2004, Université Montesquieu-Bordeaux IV, Paris, *La documentation française*, 2005, 857 pages.

¹⁸ Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, rapport relatif aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, 10 septembre 2001, document 9196.

¹⁹ H. Lambert, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 8 révisé, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2001, p. 34.

²⁰ Recommandation n° 1547 (2002) du 22 janvier 2002 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité.

membres du Conseil de l'Europe²¹. Ces graves incidents semblent être dus aux méthodes violentes et dangereuses employées par les agents en charge de l'exécution des expulsions²² et les professionnels des transports. Ainsi, comme l'Assemblée de l'Union européenne l'a noté, le risque de mauvais traitements n'a pas uniquement lieu lorsque les étrangers sont en attente d'expulsion²³, il est également possible pendant l'exécution de la mesure, lors du transport par avion ou bateau, ainsi qu'à l'arrivée dans l'État de destination²⁴. La Cour européenne reconnaît les « énormes difficultés que rencontrent à notre époque les États pour protéger leur population de la violence terroriste »²⁵, mais considère que le recours à la force physique « doit être rendu strictement nécessaire par le propre comportement » d'une personne soupçonnée ou accusée d'un tel acte²⁶. Le Commissaire aux droits de l'homme a recommandé en 2001 que « les fonctionnaires des services d'immigration ou d'escorte doivent recevoir une formation adéquate destinée à réduire au minimum les risques de violence »²⁷.

11. L'Assemblée parlementaire a, elle aussi, fait remarquer que les forces de police et de sécurité ne sont généralement pas formées pour assumer ces responsabilités²⁸. Selon elle, les membres de l'escorte, en particulier, devraient être informés des moyens coercitifs pouvant être utilisés. L'Assemblée a donc proposé au Comité des ministres du Conseil de l'Europe de mettre en place un groupe de travail chargé d'élaborer des lignes directrices de bonne conduite en matière de procédures d'expulsion, destinées à guider les États en vue de l'adoption de normes nationales dans ce domaine. Le Comité des ministres a adopté vingt principes directeurs sur le retour forcé²⁹. S'il n'est pas opposé à l'usage de différentes formes de contrainte sur la personne de l'expulsé, il juge seules acceptables celles qui sont « strictement proportionnées à la résistance réelle » de celui-ci. Ces principes directeurs ont été élaborés en association avec le Comité européen pour la

²¹ Ibid., les développements qui suivent, sur les observations et propositions de l'Assemblée parlementaire, sont tirés de la thèse de A.-L. Ducroquetz, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, op. cit., p. 395 et suiv.

²² Dans la pratique, il appartient à des forces de l'ordre spécialisées de s'acquitter de la préparation et de l'exécution des expulsions : la police des frontières en Allemagne et en France, la police des étrangers en Grèce et aux Pays-Bas, les forces de sécurité en Autriche (*source* : Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, rapport relatif aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, op. cit.).

²³ Recommandation n° 1547 (2002) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, op. cit.

²⁴ Ibid.

²⁵ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, par. 179. En l'espèce, le requérant a été transféré de force par avion du Kenya vers la Turquie. Durant le vol, il a été drogué et menotté, et ses yeux ont été bandés.

²⁶ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 4 décembre 1995, *Ribitsch c. Autriche*, par. 38, série A, n° 336, cité par H. Lambert, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 34.

²⁷ Recommandation du 19 septembre 2001 du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des États membres du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion, CommDH/Rec(2001) 1, point 16.

²⁸ Recommandation n° 1547 (2002) du 22 janvier 2002 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité.

²⁹ Vingt principes directeurs du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le retour forcé, op. cit.

prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT)³⁰. Ce dernier reconnaît qu'éloigner un étranger est « une tâche difficile »³¹ et que l'emploi de la force est parfois inévitable. Il est toutefois d'avis que « la force employée devrait être limitée à ce qui est strictement nécessaire; plus particulièrement, il serait totalement inacceptable que des personnes faisant l'objet d'un ordre d'éloignement soient agressées physiquement pour les persuader de monter à bord d'un moyen de transport ou pour les punir de ne pas l'avoir fait »³². S'agissant de l'éloignement par voie aérienne, le CPT a relevé que le risque flagrant de mauvais traitements concerne non seulement « la phase préparatoire à l'éloignement », mais aussi « la phase du vol proprement dit »³³. Il a indiqué que le risque apparaît dès le moment où l'étranger objet de l'expulsion est sorti du lieu où il est retenu, car il arrive que les agents d'escorte usent de gaz irritants ou immobilisent l'intéressé afin de lui mettre des menottes. De même, le CPT fait remarquer que le risque existe lorsque l'étranger embarqué à bord de l'avion refuse de s'asseoir et s'oppose alors aux membres de l'escorte. Il a alors recommandé que ceux-ci soient sélectionnés « avec le plus grand soin et bénéfici[ent] d'une formation spécifique appropriée, destinée à réduire au minimum les risques de mauvais traitements »³⁴. En outre, il a invité les États à mettre en place des systèmes de contrôle et/ou de surveillance de ces opérations d'éloignement forcé. Dans cette perspective, les moyens de contrainte utilisés ou les incidents survenus devraient être consignés³⁵.

12. Par ailleurs, le Commissaire aux droits de l'homme a considéré que doit être interdite l'utilisation d'objets pouvant causer une asphyxie – coussin, sparadrap, bâillon, casque –, de gaz dangereux et de médicaments ou piqûres sans décision médicale³⁶. Le Commissaire prohibe également l'usage de menottes lors du décollage et de l'atterrissage quand l'expulsion est effectuée par avion. Dans le même sens, la Commission des communautés européennes estime que, même lorsque l'intéressé manifeste une résistance physique à son expulsion, il doit pouvoir être éloigné et reconnaît qu'il est parfois nécessaire d'avoir recours à des mesures coercitives³⁷. Elle juge toutefois que ces dernières doivent être encadrées, en respectant l'intégrité physique ainsi que l'état psychologique de l'étranger. Elle a suggéré l'utilisation de lignes directrices en matière d'expulsion et d'escorte, et en

³⁰ Conseil de l'Europe, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, quinzième rapport général d'activités couvrant la période du 1^{er} août 2004 au 31 juillet 2005, 22 septembre 2005, CPT/Inf (2005) 17.

³¹ Conseil de l'Europe, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, septième rapport général d'activités couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 1996, 22 août 1997, CPT/Inf (97) 10 FR, par. 35.

³² Ibid.

³³ Conseil de l'Europe, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, treizième rapport général d'activités couvrant la période du 1^{er} janvier 2002 au 31 juillet 2003, 10 septembre 2003, CPT/Inf (2003) 35, par. 31.

³⁴ Ibid., par. 42.

³⁵ Ibid., par. 44 et 45.

³⁶ Recommandation du 19 septembre 2001 du Commissaire aux droits de l'homme, op. cit., n° 1765, point 17.

³⁷ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 14 octobre 2002, op. cit. Voir également art. 10, par. 1, de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1^{er} septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres. Et sur l'ensemble, voir A.-L. Ducroquetz, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, op. cit., p. 395 et 396.

particulier celles de l'International Air Transport Association/Control Authorities Working Group (IATA/CAWG)³⁸. L'objectif de l'IATA est de fournir aux États un guide de bonnes pratiques pour les expulsions effectuées par vols commerciaux, dans le respect de l'annexe 9 de la Convention relative à l'aviation civile internationale du 7 décembre 1944. Ainsi sont établies des règles de coopération entre les opérateurs et les États concernés³⁹. Par ailleurs, les vols directs sont préconisés et, en cas de transit, il est recommandé que l'escorte reste avec l'intéressé et que l'attente soit la plus courte possible⁴⁰. De même, le pilote, informé de la présence d'un ou de plusieurs expulsés et d'une éventuelle escorte, peut refuser l'embarquement de certaines personnes devant être éloignées pour des raisons de sécurité⁴¹. Le pilote doit en particulier justifier sa décision de manière objective par le comportement de ces personnes au moment où elles ont été embarquées ou après l'embarquement⁴².

13. Il n'y a pas que la dignité de la personne expulsée qui doit être respectée. La sécurité des autres passagers doit également être assurée durant l'exécution de la mesure d'éloignement de l'étranger objet de l'expulsion. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a indiqué en ce sens qu'il faut garantir « le même niveau de sécurité aux autres passagers et aux membres de l'équipage qu'à l'intéressé lui-même »⁴³. L'IATA/CAWG indique dans ses lignes directrices que les expulsés devant être maîtrisés physiquement devraient être embarqués avec le plus de discrétion possible⁴⁴.

14. Comme on l'a vu, les mesures à prendre lors de l'acheminement de l'étranger expulsé vers l'État de destination résultent, soit de la Convention relative à l'aviation civile internationale et de la Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, soit de propositions faites dans le cadre de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la base du constat des atteintes aux droits de l'homme et de la personne expulsée au cours de son éloignement, en particulier les atteintes à sa dignité humaine. Les manquements observés à cet égard sont parfois très graves puisqu'ils conduisent dans certains cas au décès des personnes concernées. Le Rapporteur spécial ne pense pas cependant qu'il y ait lieu d'élaborer, au cours de cette étape du processus d'expulsion, un projet d'article spécifique relatif à la protection des droits de l'homme des personnes concernées, même à titre de développement progressif. Il lui semble que la protection requise ici est couverte par l'obligation générale de traiter l'étranger objet de l'expulsion avec dignité et de protéger ses droits de l'homme, obligation contenue dans les projets d'articles 8 et 9, initialement proposés dans le cinquième rapport de la Commission (A/CN.4/611) et renvoyés ensuite par la Commission au

³⁸ IATA/CAWG, *Guidelines on Deportation and Escort*, octobre 1999, révisées sans modification en mai 2003. Les lignes directrices définissent l'éloigné comme la personne qui est entrée légalement ou illégalement dans un État et à qui les autorités de cet État ont ordonné de quitter son territoire (par. 2.1).

³⁹ Par exemple, les lignes directrices prévoient que l'État expulsant devrait informer l'opérateur du nom, de l'âge, de la nationalité de la personne expulsée, de l'État de destination et des noms et nationalités des agents d'escorte (par. 3.4).

⁴⁰ IATA/CAWG, *Guidelines on Deportation and Escort*, loc. cit., par. 3.6, 4.6 et 8.7.

⁴¹ Ibid., par. 1.2 et 3.10.

⁴² Ibid., par. 8.5.

⁴³ Vingt principes directeurs du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le retour forcé, op. cit.

⁴⁴ IATA/CAWG, *Guidelines on Deportation and Escort*, loc. cit., par. 6.4.

Comité de rédaction tels qu'ils avaient été reformulés par le Rapporteur spécial dans le document A/CN.4/617. L'exécution de cette obligation peut requérir, par exemple, l'utilisation des lignes directrices en matière d'expulsion et d'escorte élaborées par l'IATA/CAWG mentionnées ci-dessus. Toutefois, la question méritant la plus grande attention, puisque c'est à cette étape de l'expulsion que s'exerce généralement la violence à l'encontre des personnes concernées, un projet d'article de caractère général relatif aux conditions de retour de la personne objet de l'expulsion vers l'État de destination et renvoyant aux instruments internationaux pertinents est proposé ci-après :

Projet d'article D1

Retour de l'étranger objet de l'expulsion vers l'État de destination

- 1. L'État expulsant encourage l'exécution volontaire de la décision d'expulsion par l'étranger objet de l'expulsion.**
- 2. En cas d'exécution forcée de la décision d'expulsion, l'État expulsant prend les mesures nécessaires afin d'assurer, autant que faire se peut, un acheminement sans heurts de l'étranger objet de l'expulsion vers l'État de destination, dans le respect des règles du droit international, notamment celles relatives au transport aérien.**
- 3. Dans tous les cas, l'État expulsant accorde à l'étranger objet de l'expulsion un délai approprié pour préparer son départ, sauf s'il y a lieu de penser que l'étranger en question pourrait s'enfuir pendant le délai imparti.**

15. Alors que les dispositions des paragraphes 1 et 2 du projet d'article relèvent de la codification en ce qu'elles découlent notamment des instruments internationaux universels en matière de transport aérien, y compris les lignes directrices de l'IATA/CAWG en matière d'expulsion et d'escorte, les dispositions du paragraphe 3 relèvent du développement progressif du droit international : d'une part, elles expriment le souci de protection des droits de la personne objet de l'expulsion; d'autre part, elles trouvent appui dans la directive 2008/115/EC de l'Union européenne du 16 décembre 2008 sans pour autant que l'on puisse dire qu'elle ait une assise dans le droit international général.

IV. Recours contre la décision d'expulsion

A. Fondement en droit international et en droit interne

16. Dans l'additif 1 au sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/625/Add.1), le droit de l'étranger objet de l'expulsion à un recours effectif comme une des règles procédurales a été évoqué brièvement dans le cadre d'un droit plus large, celui de contester la décision d'expulsion. L'on revient plus largement dans le présent chapitre sur ce droit au recours, d'une part pour établir son fondement tant en droit international que dans les droits internes des États, d'autre part pour examiner ses effets sur la décision d'expulsion ainsi que les voies qui s'offrent à l'étranger pour l'exercer pleinement.

17. Dans son « projet de réglementation de l'expulsion des étrangers » présenté par L.-J.-D. Féraud-Giraud en 1891 lors de la session de Hambourg de l'Institut de

droit international, la Commission d'étude instituée afin de traiter du droit d'admission et d'expulsion des étrangers indiquait que « [c]haque État [...] détermine les garanties et les recours auxquels cette mesure est soumise [...] [et] ne peut [...] se dépouiller d'un droit d'action directe suffisante pour satisfaire à de justes réclamations, et s'exonérer ainsi de la responsabilité qui lui incombe, d'après le droit public international, de satisfaire à ces réclamations [...]. L'État peut assurer l'effet des actes d'expulsion en soumettant l'expulsé qui y contrevient à des poursuites [...] et à des peines, à l'expiration desquelles l'expulsé sera contraint par la force de sortir du territoire »⁴⁵.

18. De manière générale, les étrangers objets d'expulsions peuvent réclamer le bénéfice des garanties prévues par les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme. L'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dispose en ce sens que : « Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la Constitution ou par la loi ». Dans le même sens, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que : « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la [...] Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

19. Pareillement, l'article 13 déjà cité du Pacte international relatif aux droits civils et politiques donne à l'étranger se trouvant légalement dans l'État expulsant un droit de recours contre l'expulsion, sans pour autant préciser le type d'organe qui doit examiner le recours. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a rappelé que le droit de recours et les autres garanties visées à l'article 13 du Pacte ne pouvaient être supprimés que si « des raisons impérieuses de sécurité nationale » l'exigeaient. Il a aussi souligné que le recours ouvert à l'étranger expulsé devait être effectif :

« L'étranger doit recevoir tous les moyens d'exercer son recours contre l'expulsion, de manière à être en toutes circonstances à même d'exercer effectivement son droit. Les principes énoncés par l'article 13 au sujet du recours contre la décision d'expulsion ou du droit à un nouvel examen par une autorité compétente ne peuvent souffrir d'exception que si “des raisons impérieuses de sécurité nationale” l'exigent. »⁴⁶.

20. Lors de l'examen du rapport de la République arabe syrienne, en 2001, le Comité des droits de l'homme a précisé qu'une réclamation auprès des missions diplomatiques et consulaires de l'État expulsant ne constituait pas une solution satisfaisante au regard de l'article 13 du Pacte :

⁴⁵ Commission d'étude sur le droit d'admission et d'expulsion des étrangers de l'Institut de droit international, *Projet de réglementation de l'expulsion des étrangers*, présenté par M. L.-J.-D. Féraud-Giraud, session de Hambourg, septembre 1891, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XI, 1889-1892, p. 275 à 282, spécialement p. 279.

⁴⁶ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 15 : Situation des étrangers au regard du Pacte, 11 avril 1986, par. 10. Dans *Eric Hammel c. Madagascar* [communication n° 155/1983, 3 avril 1987, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 40 (A/42/40)*, annexe VIII, par. 19.2)], le Comité a estimé que le requérant n'avait pas pu exercer un recours effectif contre son expulsion.

« De l'avis du Comité, le pouvoir discrétionnaire dont dispose le Ministre de l'intérieur d'ordonner l'expulsion de tout étranger, sans garanties, si la sécurité et l'intérêt public l'exigent, soulève des problèmes au regard de l'article 13 du Pacte, en particulier dans les cas où l'étranger est entré légalement en territoire syrien et a obtenu un permis de résidence. La possibilité pour l'étranger expulsé de déposer une réclamation auprès des missions diplomatiques et consulaires syriennes à l'étranger ne constitue pas une solution satisfaisante au regard du Pacte. »⁴⁷.

21. L'article 1 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose qu'« [u]n étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État » doit pouvoir « [f]aire examiner son cas ». De même, l'article 83 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, et le paragraphe 5 de l'article 9, de la Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant exigent aussi que la décision d'expulsion soit assortie d'une possibilité de recours.

22. Ce droit de recours a en outre été consacré par l'Assemblée générale, en des termes identiques à ceux de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'article 7 de la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent annexée à sa résolution 40/144⁴⁸ :

« Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin ».

23. Dans sa recommandation générale n° 30, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a souligné la nécessité d'un recours effectif en cas d'expulsion et recommandé aux États parties à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de « [v]eiller à ce que [...] les non-ressortissants aient un accès égal à des recours efficaces, notamment le droit de contester une mesure d'expulsion, et qu'ils soient autorisés à utiliser ces recours effectivement »⁴⁹.

24. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme consacre le droit à un recours effectif contre la violation de tout droit ou de toute liberté visés par la Convention, et notamment en cas d'expulsion⁵⁰. Il dispose : « Toute personne

⁴⁷ Observations finales du Comité des droits de l'homme : République arabe syrienne, 5 avril 2001, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 40, vol. I (A/56/40)*, par. 81.22), p. 63.

⁴⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 53 (A/40/53)*, résolution 40/144, annexe, art. 7.

⁴⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, recommandation générale n° 30, par. 25. Voir également les observations finales du Comité concernant la France, 1^{er} mars 1994 (A/49/18), par. 144 (consacrant le droit d'appel).

⁵⁰ En revanche, l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en cas d'expulsion semble moins claire; voir G. Gaja, « Expulsion of Aliens: Some Old and New

dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. » Selon la Cour européenne des droits de l'homme, cet article « a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié, même si les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition »⁵¹.

25. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, il est précisé que le recours doit être accessible, c'est-à-dire que si l'intéressé n'a pas les ressources suffisantes pour bénéficier des services d'un Conseil il doit pouvoir en disposer gratuitement⁵².

26. Concernant l'effet suspensif du recours, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a considéré qu'en l'absence d'un tel effet prévu par la loi « une demande de suspendre l'exécution d'une décision d'expulsion devrait être dûment examinée eu égard aux nécessités de la sécurité nationale »⁵³.

27. Le recours peut être limité à la légalité de la décision d'expulsion à l'exclusion des faits qui l'ont motivée⁵⁴. À cet égard, une distinction a été faite entre une audience consacrée aux questions de fait et de droit et l'appel circonscrit aux questions de droit⁵⁵.

28. En ce qui concerne le cas particulier des réfugiés, la Convention relative au statut des réfugiés met certaines conditions de forme à l'expulsion de ceux se trouvant régulièrement sur le territoire de l'État : 1) la décision d'expulsion doit être conforme à la loi⁵⁶, comme on l'a déjà vu; 2) le réfugié a le droit de produire des preuves tendant à le disculper; 3) de former recours devant une autorité compétente; 4) d'être représenté à cet effet devant l'autorité compétente. L'on sait que ces

Issues in International Law », *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, p. 283 à 314, spécialement p. 309 et 310.

⁵¹ Cour européenne des droits de l'homme, *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 octobre 1996, par. 145.

⁵² Vingt principes directeurs du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le retour forcé, op. cit.

⁵³ Voir la réponse du 4 décembre 2002 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe à la recommandation 1504 (2001) du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire, adoptée à la 820^e réunion des délégués des ministres, document 9633, 6 décembre 2002 et, en annexe, l'avis du Comité directeur pour les droits de l'homme sur la recommandation 1504 (2001) de l'Assemblée parlementaire, adopté lors de sa 54^e réunion, 1^{er}-4 octobre 2002, point 13.

⁵⁴ Voir Guy S. Goodwin-Gill, « Mass Expulsion: The Legal Aspects », 1984 (*inédit*), p. 274 [citant l'affaire *Neer*, op. cit., p. 60 (1926)].

⁵⁵ *Ibid.*, p. 265.

⁵⁶ Dans l'affaire *Ceskovic c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, op. cit., p. 627 à 634, un tribunal australien a cherché à savoir si l'expression « conformément à la procédure prévue par la loi », employée à l'article 32, devait s'interpréter à la lumière du droit des États-Unis. Il a déclaré que la « définition » de cette expression semblait être en conformité avec le reste du paragraphe cité (art. 32, par. 2) et que, cela étant, on pouvait considérer que le plaignant avait eu droit au « respect de la procédure ». Il n'était donc pas nécessaire de se reporter à d'autres définitions dès lors que le texte de la Convention fournissait une définition suffisamment précise de cette expression dans ce contexte.

garanties de procédure ne jouent pas lorsque « des raisons impérieuses de sécurité nationale s’y opposent »⁵⁷.

29. Dans son commentaire sur la Convention, N. Robinson examine les conditions de forme ci-dessus énumérées. À propos du droit pour le réfugié de produire des preuves tendant à le disculper, il écrit :

« Il doit en outre se voir accorder le droit de former un recours et de se faire représenter par un conseil devant une autorité qui, d’après le droit interne, a qualité pour connaître de ces recours ou est d’un rang supérieur à celle qui a rendu la décision; s’il ne peut être fait appel des décisions rendues par cette autorité, une deuxième audience est prescrite. L’autorité en question peut désigner des représentants pour connaître du dossier. Il ne peut toutefois pas être dérogé à ces obligations pour “des raisons impérieuses de sécurité nationale”. Lorsqu’une décision doit, pour des raisons de sécurité nationale, être rendue dans des délais si courts que l’autorité ne peut ménager au réfugié le temps nécessaire pour réunir des preuves ou pour le transporter au lieu indiqué, ou lorsqu’une audience peut nuire aux intérêts de la sécurité nationale (par exemple, en cas d’espionnage), dans la mesure où le paragraphe 2 parle de raisons “impérieuses” celles-ci doivent être d’une gravité particulière et l’exception à la disposition énoncée dans la première phrase ne peut être invoquée que très rarement et dans des cas très exceptionnels. »⁵⁸.

30. Dans l’affaire *Papoaga Gallastegui c. le Ministre de l’intérieur*, le Conseil d’État français a interprété en ces termes le droit du réfugié sous le coup d’une décision d’expulsion d’être entendu et de faire appel conformément à la législation interne pertinente :

« Indépendamment du recours qu’il est admis à présenter contre la décision d’expulsion, dans les conditions prévues par la loi du 25 juillet 1952, le réfugié a le droit d’être entendu, avant l’intervention de la décision, par la Commission spéciale instituée auprès du Préfet par l’article 25 de l’ordonnance du 2 novembre 1945; qu’il s’agit de la décision d’expulser un réfugié ne peut être légalement prise, en principe, qu’après observation de la procédure organisée par l’article 3 du décret du 18 mars 1946, tel que modifié par le décret du 27 décembre 1950; qu’il est cependant fait exception à cette règle, en application de l’article 25 de l’ordonnance du 2 novembre 1945, dans le cas où des circonstances présentant un caractère d’urgence absolue ne permettant pas de différer l’intervention d’une décision d’expulsion jusqu’à l’accomplissement des formalités prévues par les dispositions législatives et réglementaires précitées. »⁵⁹.

⁵⁷ « En tant qu’exception, cette disposition fait l’objet d’une interprétation restrictive ». Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law; Asylum, Entry and Sojourn*, vol. II, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, par. 8.

⁵⁸ Nehemiah Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*, Institute of Jewish Affairs, Congrès juif mondial, 1953 (réimprimé en 1997 par la Division de la protection internationale du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés), p. 134 et 135. Voir aussi Atle Grahl-Madsen, op. cit., par. 7.

⁵⁹ *Papoaga Gallastegui c. le Ministre de l’intérieur*, France, Conseil d’État, 27 mai 1977, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht, C. J. Greenwood (dir. publ.), op. cit., p. 430 à 444.

31. S'agissant des demandeurs d'asile, en 1998, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, prenant en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'application de l'article 13, combiné à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme concernant notamment les demandeurs d'asile déboutés faisant l'objet d'une expulsion, a adopté une recommandation sur le droit au recours effectif de tels demandeurs d'asile⁶⁰. Le Comité a recommandé aux États membres, lors de l'application de leurs règles de procédure, de respecter un certain nombre de garanties « dans leur législation ou leur pratique »⁶¹ en considérant que « tout recours devant une instance nationale est considéré effectif lorsque [...] l'exécution de l'ordre d'expulsion est suspendue » jusqu'à ce que cette instance ait statué sur le recours introduit par un demandeur d'asile débouté de sa demande d'asile qui « fait valoir un grief défendable prétendant qu'il serait soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »⁶². Il a rappelé ce caractère suspensif en 2005⁶³.

32. Le droit de l'étranger de faire examiner la décision d'expulsion par un organe compétent est donc consacré par le droit conventionnel, la jurisprudence internationale, le droit interne et la doctrine⁶⁴. On a exprimé l'avis qu'il ne devait pas nécessairement s'agir d'un contrôle juridictionnel. On a dit aussi que l'expulsion devait être suspendue durant la procédure de contrôle⁶⁵ et que l'étranger devait être informé, comme on l'a déjà vu, de son droit de recours⁶⁶.

33. Évoquant le cas des immigrants en situation irrégulière, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a également souligné qu'il convenait de ménager un recours à l'étranger expulsé :

« La Commission n'entend pas remettre en cause et ne remet pas en cause le droit dont dispose tout État d'intenter une action judiciaire contre des immigrants irréguliers et de les reconduire dans leurs pays d'origine, si les juridictions compétentes en décident ainsi. Elle trouve cependant inadmissible parce que contraire à l'esprit et à la lettre de la Charte et au droit international, le fait de déporter des individus sans leur donner la possibilité de faire entendre leur cause par les instances nationales habilitées à le faire. »⁶⁷.

⁶⁰ Recommandation n° R (1998) 13 du 18 septembre 1998 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile déboutés à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

⁶³ Vingt principes directeurs du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le retour forcé, op. cit.

⁶⁴ Voir l'*Étude du Secrétariat sur l'expulsion des étrangers* (A/CN.4/565 and Corr.1), par. 658 à 687 et les références citées à la note 1541 : L. B. Sohn et T. Buergenthal (dir. publ.), op. cit., p. 91; R. Plender, op. cit., p. 472; E. Brochard, op. cit., p. 50, 52 et 55.

⁶⁵ Voir aussi Conseil de l'Europe, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, septième rapport général d'activités couvrant la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 1996, CPT/Inf (97) 10 [FR], 22 août 1997.

⁶⁶ Voir M. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl, N.P. Engel Publisher, 1993, p. 231 (citant respectivement les affaires n^{os} 27/1978, par. 6 et 12 à 16, et 319/1988, par. 2.4).

⁶⁷ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 159/96, op. cit., par. 20.

34. De même, dans une autre affaire, la Commission a estimé que la Zambie avait violé la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples pour avoir privé une personne de la possibilité de contester un arrêté d'expulsion :

« 36. La Zambie a violé l'article 7 de la Charte en refusant au requérant la possibilité de poursuivre les procédures administratives qui étaient à sa disposition en vertu de la loi sur la nationalité.

[...]

38. La situation de John Chinula est même pire. Il n'a eu aucune possibilité de contester l'ordre d'expulsion. Le Gouvernement ne peut dire en aucun cas que Chinula était allé sous terre en 1974 après l'expiration de son permis de séjour. Sans nul doute, Chinula était un éminent homme d'affaires et un politicien. Si le Gouvernement voulait poser un acte contre lui, il aurait pu le faire. Le fait que cela n'ait pas eu lieu ne justifie pas le caractère arbitraire de son arrestation et de sa déportation le 31 août 1994. Il avait aussi le droit d'avoir sa cause entendue par les juridictions zambiennes. La Zambie a ainsi violé l'article 7 de la Charte »⁶⁸.

35. Puis, rappelant la teneur de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 7, la Commission conclut :

« 53. En refusant à M. Chinula la possibilité d'interjeter appel contre l'ordre de son expulsion, le Gouvernement zambien l'a privé du droit à ce que sa cause soit entendue, en violation de toutes les lois zambiennes et des normes internationales des droits de l'homme. »⁶⁹.

36. Pour sa part, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a recommandé que l'étranger expulsé du territoire d'un État membre ait droit à un recours suspensif qui serait examiné dans les trois mois à compter de la date de la décision d'expulsion :

« En ce qui concerne l'expulsion : [...] ii. toute décision d'expulser un étranger du territoire d'un État membre du Conseil de l'Europe devrait être soumise à un droit de recours suspensif; iii. en cas de recours contre l'expulsion, la procédure d'appel devrait être achevée dans les trois mois de la décision d'expulsion. »⁷⁰.

37. De même, au paragraphe 2 de son article 3, la Convention européenne d'établissement stipule : les ressortissants des Parties contractantes « qui résident

⁶⁸ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 212/98, op. cit.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, recommandation 1624 (2003) : Politique commune en matière de migration et d'asile, 30 septembre 2003, par. 9. L'Assemblée parlementaire a en outre reconnu ce droit de recours à l'étranger en situation irrégulière : « Ne renvoyer du territoire d'un État membre un étranger non titulaire d'une carte de séjour valide que pour des raisons précises autres que politiques ou confessionnelles. Accorder à l'intéressé le droit et la possibilité d'en appeler à une instance de recours indépendante avant d'être expulsé, et envisager de lui accorder, également ou à titre d'alternative, le droit de saisir un tribunal. L'informer de ses droits. Si l'affaire est portée devant un tribunal ou une haute autorité administrative, aucune expulsion ne devrait avoir lieu avant le prononcé du jugement. N'expulser du territoire d'un État membre une personne titulaire d'une carte de séjour valide qu'en vertu d'un arrêté d'expulsion officiel, rendu par un tribunal » (Conseil de l'Europe, recommandation 769 (1975) relative au statut juridique des étrangers, op. cit., par. 9 et 10).

régulièrement depuis plus de deux ans sur le territoire de l'une des Parties contractantes ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'expulsion qu'après avoir été admis, à moins de motifs impérieux touchant à la sécurité de l'État, à faire valoir les raisons qu'ils peuvent invoquer contre leur expulsion, à présenter un recours à cet effet et à se faire représenter devant une autorité compétente ou devant une ou plusieurs personnes spécialement désignées par l'autorité compétente ».

38. Le droit de contester une expulsion a aussi été souligné par le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la prévention de la discrimination des non-ressortissants, Davis Weissbrodt, même dans le cas d'étrangers soupçonnés de terrorisme :

« Les non-ressortissants soupçonnés d'activités terroristes ne doivent pas être expulsés sans avoir pu contester légalement leur expulsion. »⁷¹.

39. Le Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par l'Éthiopie de la Convention de l'Organisation internationale du Travail (OIT) (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), de 1958 et de la Convention (n° 158) sur le licenciement, de 1982, a signalé que l'Éthiopie avait refusé à des travailleurs expulsés le droit de recours devant un organe indépendant :

« S'agissant du droit d'appel prévu à l'article 4, le Comité fait observer que l'existence de ce droit, tout en constituant une condition nécessaire de l'application de l'exception au principe de la Convention, ne suffit pas en elle-même. Il faut aussi qu'une juridiction d'appel distincte de l'autorité administrative ou gouvernementale, offrant une garantie d'objectivité et d'indépendance et compétente pour examiner les motifs de la mesure, donne à l'intéressé la possibilité de défendre valablement sa cause. Le Comité note que le Gouvernement avait fait savoir aux expulsés qu'ils pouvaient former un recours auprès de l'organe de contrôle du service de l'immigration mais souligne que cet organe relève de l'autorité publique. Il note en outre que, même si le Gouvernement éthiopien a indiqué que certains des intéressés avaient formé un recours contre l'arrêté d'expulsion, il n'a donné aucune indication sur l'ouverture ou l'issue de la procédure. En conséquence, le Comité ne peut conclure que les expulsés ont eu droit à un recours effectif au sens de l'article 4 de la Convention. »⁷².

40. Il convient également de mentionner la législation de l'Union européenne relative à l'expulsion des citoyens de l'Union et des ressortissants de pays tiers. S'agissant des citoyens de l'Union, la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 dispose en son article 31 consacré aux garanties procédurales :

« 1. Les personnes concernées ont accès aux voies de recours juridictionnelles et, le cas échéant, administratives dans l'État membre

⁷¹ Commission des droits de l'homme, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Prévention de la discrimination, *Les droits des non-ressortissants, Rapport final du Rapporteur spécial*, M. David Weissbrodt (E/CN.4/Sub.2/2003/23), par. 28.

⁷² Organisation internationale du Travail, Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par l'Éthiopie de la Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), de 1958, et de la Convention (n° 158) sur le licenciement, de 1982, déposée en application de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par la Confédération nationale des travailleurs érythréens (NCEW), 1998, par. 37.

d'accueil pour attaquer une décision prise à leur encontre pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

2. Lorsque le recours formé contre une décision d'éloignement est accompagné d'une demande en référé visant à obtenir le sursis à l'exécution de cette décision, l'éloignement effectif du territoire ne peut pas avoir lieu tant qu'une ordonnance de référé n'a pas été prise, sauf :

- Lorsque la décision d'éloignement se fonde sur une décision judiciaire antérieure; ou
- Lorsque les personnes concernées ont eu auparavant accès à un recours juridictionnel; ou
- Lorsque la décision d'éloignement se fonde sur des motifs impérieux de sécurité publique prévus à l'article 28, paragraphe 3.

3. Les procédures de recours permettent un examen de la légalité de la décision ainsi que des faits et circonstances justifiant la mesure envisagée. Elles font également en sorte que la décision ne soit pas disproportionnée, notamment par rapport aux exigences posées par l'article 28.

4. Les États membres peuvent refuser la présence de l'intéressé sur leur territoire au cours de la procédure de recours, mais ils ne peuvent pas lui interdire de présenter ses moyens de défense en personne, sauf si sa comparution risque de provoquer des troubles graves à l'ordre et à la sécurité publics ou lorsque le recours porte sur un refus d'entrer sur le territoire. »⁷³.

41. S'agissant des ressortissants de pays tiers, on citera l'article 4 de la directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001, qui énonce :

« Les États membres s'assureront que le ressortissant d'un pays tiers concerné peut former, selon la législation de l'État membre d'exécution, un recours contre toute mesure visée à l'article premier, paragraphe 2 [décision d'éloignement]. »⁷⁴

ainsi que le paragraphe 4 de l'article 12 de la directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003, qui se lit comme suit :

« 4. Lorsqu'une décision d'éloignement a été arrêtée, le résident de longue durée peut exercer un recours juridictionnel dans l'État membre concerné. »⁷⁵.

42. Sur le plan de la doctrine, l'Institut de droit international a souligné dès 1892 que l'étranger expulsé devait pouvoir bénéficier d'une procédure lui permettant de former un recours devant une autorité indépendante qui soit compétente pour examiner la légalité de l'expulsion. Il estimait toutefois que l'expulsion pouvait être

⁷³ Union européenne, rectificatif à la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 2/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *Journal officiel* n° L 229 du 29 juin 2004, p. 35 à 48.

⁷⁴ Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, *Journal officiel* n° L 149 du 2 juin 2001, p. 34 à 36, art. 4.

⁷⁵ Directive 2003/109/CE du Conseil, op. cit., p. 44 à 53.

exécutée provisoirement malgré le recours et qu'il n'y avait pas lieu de ménager un recours aux « étrangers qui, en temps de guerre ou au moment où une guerre est imminente, compromettent, par leur conduite, la sécurité de l'État » (art. 28, par. 10 des règles adoptées par l'Institut) :

« Tout individu expulsé a le droit, s'il se prétend indigène ou soutient que son expulsion est contraire soit à une loi, soit à un traité international qui l'interdit ou l'exclut expressément, de recourir à une haute cour judiciaire ou administrative, jugeant en pleine indépendance du gouvernement. Mais l'expulsion peut être exécutée provisoirement, nonobstant le recours. »⁷⁶.

43. Certaines législations nationales⁷⁷ envisagent le contrôle de la décision d'expulsion⁷⁸, d'autres non⁷⁹. En outre, certaines : i) envisagent l'action en réouverture du dossier ou en contrôle de la décision⁸⁰, même dans le cas d'une nouvelle demande d'admission au statut de personne protégée⁸¹; ii) ménagent

⁷⁶ *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, op. cit., art. 21.

⁷⁷ Les analyses qui suivent sur les législations et jurisprudences nationales reprennent les paragraphes 680 à 687 de l'*Étude du Secrétariat sur l'expulsion des étrangers*, op. cit.

⁷⁸ Afrique du Sud, loi de 2002, art. 8 1) et 2); Argentine, loi de 2004, art. 74 à 75, 77 à 81, 84 et 85; Australie, loi de 1958, art. 202 2) c) et 3) c); Bélarus, décision du Conseil de 1999, art. 20, loi de 1998, art. 15 et 29; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 8 2), 21 2), 62 5) et 76 6); Canada, loi de 2001, art. 63 2), 3) et 5), 64, 66, 67 et 72 à 74; Chili, décret de 1975, art. 90; Espagne, loi de 2000, art. 26 2); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 210 e) 3), 235 b) 3), 238 a) 3) A), b) 3), c) 3), 242 a) 1), 5), b) 9), c) à g) et 505; France, Code, art. L.213-2, L.513-3, L.514-1 et 2), L.524-2, L.524-4 et L.555-3; Grèce, loi de 2001, art. 44 5); Guatemala, décret-loi de 1986, art. 131; Hongrie, loi de 2001, art. 42 1); Iran, loi de 1931, art. 12, règlement de 1973, art. 16; Italie, loi de 2005, art. 3, 4 et 5), décret-loi n° 286 (1998), art. 13 3), 5bis), 8), 11), 13bis 1), 4) et 14 6), loi n° 40 (1998), art. 11 8) à 11), décret-loi de 1996, art. 7 1) et 3); Japon, ordonnance de 1951, art. 10 9) et 10), 11 1), 48 8) à 9) et 49; Lituanie, loi de 2004, art. 136; Malaisie, loi de 1959/1963, art. 9 8), 33 2); Nigéria, loi de 1963, art. 21 2); Panama, décret-loi de 1960, art. 86 1) et 2); Portugal, décret-loi de 1998, art. 22 2), 23 et 121; République de Corée, loi de 1992, art. 60 1), décret de 1993, art. 74 et 75 1); République tchèque, loi de 1999, sect. 172; Suède, loi de 1989, sect. 7.1 à 8 et 7.11 à 18; Suisse, règlement de 1949, art. 20 2), loi fédérale de 1931, art. 20. Ce droit est parfois ménagé spécialement lorsque 1) l'étranger est présumé constituer une menace pour la sécurité nationale (Australie, loi de 1958, art. 202 2) c) et 3) c); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 505); et Italie, loi de 2005, art. 3 4) et 5); 2) la décision porte sur une demande d'admission au statut de personne protégée (Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 76 6); Suède, loi de 1989, sect. 7.4 et 5); ou 3) la décision attaquée porte rejet d'une demande de retour dans l'État expulsant (Bélarus, loi de 1998, art. 29; et France, Code, art. L.524-2).

⁷⁹ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 28 2), 44 1), 49 3), 71 6), 78 1) et 84 2); Canada, loi de 2001, art. 64; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 242 a) 2) et 3); Malaisie, loi de 1959/1963, art. 33 2); Nigéria, loi de 1963, art. 30 2). Dans certains cas sont susceptibles de recours, spécialement, les décisions concernant l'admission à un statut protégé ou au bénéfice de dons pour cause humanitaire [Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 49 3), 78 1) et 84 2)] ou sur une décision d'expulsion ou de refoulement fondée sur certains motifs [Canada, loi de 2001, art. 64; Malaisie, loi de 1959/1963, art. 33 2)].

⁸⁰ Brésil, loi de 1980, art. 71; Guatemala, décret-loi de 1986, art. 130; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 240 b) 5) C) et D), c) 6) et 7).

⁸¹ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 240 c) 6) et 7).

expressément un droit de recours au gouvernement⁸²; iii) interdisent l'appel ou certaines formes de recours contre l'expulsion lorsque l'étranger expulsé menace l'ordre public ou la sécurité nationale ou est soupçonné de terrorisme⁸³; iv) n'ouvrent certains recours qu'à l'étranger se trouvant hors du territoire⁸⁴; v) ménagent spécialement un droit de recours aux résidents permanents⁸⁵ ou aux personnes protégées⁸⁶; ou vi) réservent l'examen du recours à une juridiction nationale même lorsqu'il a été formé en vertu d'une convention internationale⁸⁷.

44. D'autres législations exigent que l'arrêté d'expulsion informe l'étranger de tous les recours ouverts⁸⁸. Selon les cas, le recours peut être introduit à compter de la date de l'arrêté⁸⁹, de la notification ou de la communication des motifs⁹⁰. Dans certains États, l'appel suspend l'exécution de la décision⁹¹ et dans d'autres non⁹². Certaines législations envisagent le sursis à l'exécution : i) lorsque l'étranger a été expulsé ou va probablement l'être⁹³; ou ii) à la demande d'un organe international compétent, à moins que des circonstances exceptionnelles commandent de le

⁸² Canada, loi de 2001, art. 63 4), 70 1) et 2) et 73; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 235 b) 3), 238 c) 3) A) i) et 505 c); Suisse, loi fédérale de 1931, art. 20 2). Dans certains États, ce droit est accordé spécialement lorsqu'il s'agit d'une demande d'admission au statut de personne protégée (Canada, loi de 2001, art. 73) ou des mesures visant des étrangers soupçonnés de terrorisme [États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 505 c) 1)].

⁸³ Canada, loi de 2001, art. 64 1); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 242 a) 1) B) ii) et 504 k).

⁸⁴ Argentine, loi de 2004, art. 35; France, Code, art. L.524-3. Dans certains États, le recours s'accompagne d'une demande de levée de l'interdiction de retour (France, Code, art. L.541-2 et L.541-4).

⁸⁵ Canada, loi de 2001, art. 63 2).

⁸⁶ Ibid., art. 63 3).

⁸⁷ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 242 a) 4) et 5).

⁸⁸ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 8 2) et 76 6); France, Code, art. L.213-2; Japon, ordonnance de 1951, art. 10 9) et 48 8); Portugal, décret-loi de 1998, art. 22 2) et 120 2); République de Corée, décret de 1993, art. 74; Suisse, loi fédérale de 1931, art. 19 2). Dans certains cas, cette exigence ne concerne que la décision portant sur l'octroi d'un statut protégé [Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 76 6)].

⁸⁹ Argentine, loi de 2004, art. 35; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 238 b) 3) et 240 b) 1).

⁹⁰ Argentine, loi de 2004, art. 75 et 84; Bélarus, loi de 1998, art. 15; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 21 2), 43 1), 62 5) et 70 1); Canada, loi de 2001, art. 72 2) b) et 169 f); Hongrie, loi de 2001, art. 42 1); Iran, règlement de 1973, art. 16; Panama, décret-loi de 1960, art. 86.

⁹¹ Afrique du Sud, loi de 2002, art. 8 2) b); Argentine, loi de 2004, art. 82; Bélarus, décision du Conseil de 1999, art. 20, et loi de 1998, art. 31; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 43 2), 44 2), 49 4), 58 1), 78 2) et 84 3) et 4); Canada, loi de 2001, art. 49 1), 68 et 70 1) et 2); Chili, décret de 1975, art. 90; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 101a), 47) B) et 242 f); France, Code, art. L.513-3; Iran, loi de 1931, art. 12; Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 16 7); Japon, ordonnance de 1951, art. 11 1) et 49 1); Malaisie, loi de 1959/1963, art. 33; Nigéria, loi de 1963, art. 21 2); Panama, décret-loi de 1960, art. 87; République de Corée, loi de 1992, art. 60 1); Suède, loi de 1989, sect. 8.10 et 11.4. Dans certains États, le sursis à exécution est soumis à des conditions [Canada, loi de 2001, art. 68; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 242 f); France, Code, art. L.513-3; et Iran, loi de 1931, art. 12] et le refus du sursis demandé peut entraîner le rejet de l'appel [Canada, loi de 2001, art. 69 1)].

⁹² Afrique du Sud, loi de 2002, art. 8 2) a); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 21 3), 62 6) et 70 2); Italie, loi de 2005, art. 3 4) et 4 *bis*), et décret-loi n° 286 (1998), art. 13 5 *bis*); République tchèque, loi de 1999, sect. 172 4); Suède, loi de 1989, sect. 8.7 à 9. Dans certains États, le refus du sursis concerne expressément l'étranger soupçonné de terrorisme [Italie, loi de 2005, art. 3 4) et 4 *bis*)].

⁹³ Australie, loi de 1958, art. 151 et 153.

refuser⁹⁴. Dans certains États, est passible d'emprisonnement l'agent qui expulse un étranger avant qu'une décision définitive et revêtue de force obligatoire ait été rendue⁹⁵. Dans d'autres, si après un certain délai il n'a pas été statué sur l'appel, celui-ci peut être considéré comme implicitement rejeté⁹⁶.

45. Selon les cas, le recours peut se limiter à la question de savoir : i) si la procédure est régulière et raisonnable⁹⁷; ii) si la décision attaquée est entachée d'erreur de droit, de fait ou des deux⁹⁸; iii) si les principes élémentaires de la justice ont été observés⁹⁹; iv) si l'objection est raisonnable¹⁰⁰ ou fondée¹⁰¹ ou v) s'il y a eu abus de pouvoir discrétionnaire ou si les conclusions de la décision sont manifestement contraires au droit ou aux faits clairement établis résultant du dossier¹⁰². Dans certains États, si l'intéressé est soupçonné de terrorisme, un tribunal réexamine à nouveau les questions de droit et applique à l'examen des faits le « critère de la décision manifestement erronée (*clearly erroneous standard*) »¹⁰³. Dans d'autres, la portée du recours est limitée si l'intéressé a déjà quitté le pays¹⁰⁴, ou la faculté pour l'organe saisi de tenir compte de considérations humanitaires est circonscrite à moins que l'intéressé n'y ait expressément droit¹⁰⁵. Enfin, certaines législations prévoient expressément qu'une décision d'expulsion reste en vigueur si aucun fait nouveau n'est présenté par la suite durant la période d'interdiction de séjour¹⁰⁶.

46. De nombreuses juridictions nationales ont reconnu le droit au recours contre un arrêté d'expulsion¹⁰⁷. Par exemple, dans l'affaire *Immigration and Naturalization Service c. St. Cyr*, la Cour suprême des États-Unis a estimé que la Constitution reconnaissait ce droit aux étrangers et qu'on ne pouvait interpréter la loi sur l'expulsion pour leur dénier :

« L'alinéa 2 du paragraphe 9 de l'article premier de la Constitution se lit comme suit : "Le privilège de l'ordonnance d'*habeas corpus* ne pourra être suspendu, sauf dans les cas de rébellion ou d'invasion, où la sécurité publique pourrait l'exiger". Une certaine "intervention judiciaire en matière d'expulsion" est donc indéniablement "prescrite par la Constitution" *Heikkila c. Barber*, 345 U.S. 229, 235 (1953). [...] Il s'ensuit que nous serions en présence d'une grave question intéressant la clause de suspension si nous acceptons la conclusion du service d'immigration et de naturalisation selon laquelle les lois de 1996 ont privé les juges fédéraux de ce pouvoir sans indiquer qui pouvait l'exercer à leur place. [...] De plus, conclure que l'*habeas*

⁹⁴ Suède, loi de 1989, sect. 8.10a.

⁹⁵ Paraguay, loi de 1996, art. 108 et 110.

⁹⁶ Argentine, loi de 2004, art. 76.

⁹⁷ Ibid., art. 89.

⁹⁸ Canada, loi de 2001, art. 67 1) a).

⁹⁹ Ibid., art. 67 1) b) et 71.

¹⁰⁰ Japon, ordonnance de 1951, art. 11 3) et 49 3).

¹⁰¹ République de Corée, loi de 1992, art. 60 3).

¹⁰² États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 210 e) 3) B) et 240 b) 4) C) et D).

¹⁰³ Ibid., sect. 505 a) 3) et c) 4) C) et D).

¹⁰⁴ Autriche, loi de 2005, art. 3.57.

¹⁰⁵ Canada, loi de 2001, art. 65 et 67 1) c).

¹⁰⁶ Pologne, loi n° 1775 (2003), art. 21 1) 7).

¹⁰⁷ Voir les jurisprudences nationales du Canada, de la Belgique, du Brésil, des États-Unis et de la Russie, citées sur ce point dans l'*Étude du Secrétariat sur l'expulsion des étrangers*, op. cit., note n° 1599.

corpus n'est plus ouvert dans ce contexte, ce serait s'écarter de la pratique historique du droit de l'immigration. »¹⁰⁸.

47. Certains tribunaux internes ont toutefois fait observer que la portée de cet examen était souvent limitée. Ainsi, au Royaume-Uni :

« 34. Aux termes de la section 19 1), le juge d'appel est tenu de faire droit à l'appel s'il estime que la décision n'est "pas conforme au droit ou à l'un quelconque des règlements sur l'immigration applicables à l'espèce" ou, lorsque la décision relève de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Secrétaire d'État, s'il estime "que ce pouvoir discrétionnaire aurait dû être exercé différemment". Dans les autres cas, l'appel doit être rejeté. »¹⁰⁹.

48. Certaines législations limitent davantage la portée du contrôle juridictionnel si la décision d'expulsion tire fondement de motifs de sécurité nationale et d'ordre public¹¹⁰. Cependant, au Royaume-Uni, une décision excluant le recours contre une expulsion pour des raisons de sécurité nationale a été annulée par suite de l'arrêt *Chahal*, rendu par Cour européenne des droits de l'homme¹¹¹.

49. L'ouverture d'un recours personnel contre une mesure d'expulsion est donc clairement établie en droit international, en particulier après la seconde guerre mondiale avec la naissance de différents organes de protection des droits de l'homme, et on estime qu'elle a acquis de nos jours une valeur coutumière¹¹².

B. Effets du recours juridictionnel sur la décision d'expulsion

1. Délai d'examen du recours

50. Le tribunal saisi d'un recours tendant à l'annulation d'une mesure d'expulsion doit statuer dans un bref délai afin de rendre rapidement sa décision. Le « bref délai » est apprécié au cas par cas, à la lumière des circonstances de chaque espèce¹¹³. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé dans l'affaire *Sanchez-Reisse*; qu'il y avait violation de l'obligation de statuer dans les brefs délais lorsque le juge a mis 46 jours pour statuer sur la légalité d'une détention opérée dans le cadre d'une procédure d'extradition¹¹⁴. Le plus souvent, les tribunaux statuent non pas sur la validité formelle de la décision de détention mais sur « la

¹⁰⁸ *Immigration and Naturalization Service c. St. Cyr*, Cour suprême des États-Unis, 25 juin 2001 (n° 00-767), 533 U.S. 289 (2001).

¹⁰⁹ *Secretary of State for the Home Department c. Rehman*, op. cit., p. 540 (Lord Hoffman).

¹¹⁰ Voir, par exemple, *Secretary of State for the Home Department c. Rehman*, op. cit. « En revanche, le paragraphe 4 disposait que : "[cette] procédure n'est pas applicable si la mesure d'éloignement prise à l'encontre d'un étranger est provoquée par des motifs touchant à l'ordre public ou à la sécurité nationale, dont le Ministre de l'intérieur et les préfets des départements frontière restent seuls juges" » *In re Salom*, Conseil d'État, 3 avril 1940, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, 1939, p. 125.

¹¹¹ *Secretary of State for the Home Department c. Rehman*, op. cit., p. 531 et 532.

¹¹² Sur la valeur du devoir de protection judiciaire, voir A.-B. Ba, op. cit., p. 561 à 565.

¹¹³ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 24 octobre 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, par. 60, série A, n° 33. Dans l'affaire *Sanchez-Reisse*, loc. cit., la Cour a admis que la procédure pouvait être entièrement écrite.

¹¹⁴ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 octobre 1986, *Sanchez-Reisse*, loc. cit., par. 55.

régularité de la détention en vue d'expulsion »¹¹⁵. Cependant, aucune disposition légale ne permet aux tribunaux internes de contrôler les décisions administratives visant à expulser certains étrangers du territoire national, en particulier lorsque sont en cause les questions de sécurité nationale et d'ordre public.

2. Caractère suspensif du recours

51. En 1892, l'Institut de droit international avait proposé, à l'alinéa 1 de l'article 21, des *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, que « l'expulsion peut être exécutée provisoirement, nonobstant le recours »¹¹⁶. De manière générale, le recours effectif n'implique pas qu'il soit suspensif. Mais le paragraphe 4 de l'article 22 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990 dispose qu'en attendant l'examen du recours contre la décision d'expulsion, « les intéressés ont le droit de demander la suspension de la décision d'expulsion ». Aussi bien la Commission que la Cour européenne des droits de l'homme estiment qu'un recours n'est effectif au sens de cet article que lorsqu'il est suspensif. Il n'est pas nécessaire en ce cas que la suspension de la décision d'éloignement ait un rapport direct avec le risque de torture et autres mauvais traitements que risque de subir l'étranger visé par la mesure si la décision est exécutée¹¹⁷. Par conséquent, dès lors qu'un recours est introduit à l'encontre d'une mesure d'éloignement, l'exécution de cette dernière doit être suspendue tant que l'instance nationale saisie n'a pas statué¹¹⁸. Cette exigence est d'autant plus nécessaire lorsque le requérant visé par la mesure d'éloignement est un demandeur d'asile, le plus grand risque pour ce dernier est de subir des mauvais traitements sur le territoire de l'État de destination. Dans son arrêt *Chahal*, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme étant applicable et le grief tiré de la violation de l'article 3 étant défendable, la Cour européenne avait affirmé que « vu le caractère irréversible du dommage pouvant se produire si le risque de mauvais traitements se concrétisait [...], la notion de recours effectif au sens de l'article 13 exige d'examiner en toute indépendance l'argument qu'il existe des motifs sérieux de redouter un risque réel de traitements contraires à l'article 3 »¹¹⁹. La Cour a renchéri dans l'affaire *Jabari* que « la notion de recours

¹¹⁵ F. Sudre, « *Le contrôle des mesures d'expulsion et d'extradition par les organes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* », dans D. Turpin (dir.), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales. Défis et solutions*, *Economica*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 319 pages, p. 257.

¹¹⁶ Institut de droit international, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, session de Genève, 9 septembre 1892, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XII, 1892-1894, p. 218 et suiv.

¹¹⁷ S. Sarolea, « Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, n° 37, p. 119 à 145, spécialement p. 136 à 140.

¹¹⁸ Pendant longtemps, la Cour de Strasbourg n'a imposé cette règle que lorsque l'article 13 était invoqué à l'appui de l'article 3 de la Convention relatif à l'interdiction de la torture et des mauvais traitements. Voir, par exemple, concernant l'article 3 : Commission européenne des droits de l'homme, décision du 27 février 1991, *A. c. France*, requête n° 17262/90. Pour faire la différence avec d'autres articles pour lesquels l'effet suspensif du recours n'est pas requis, voir par exemple, requête concernant la violation alléguée mais non reconnue de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*.

¹¹⁹ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal*, op. cit., point 151.

effectif au sens de l'article 13 requiert [...] la possibilité de faire surseoir à l'exécution de la [décision d'expulsion] »¹²⁰.

52. En 2001, le Commissaire aux droits de l'homme a indiqué aux États membres du Conseil de l'Europe qu'« il est indispensable de non seulement garantir, mais d'assurer en pratique le droit d'exercer un recours judiciaire, au sens de l'article 13 de la [Convention], lorsque la personne concernée allègue que les autorités compétentes ont violé, ou risquent de violer, l'un des droits garantis par la [Convention]. Ce droit à un recours effectif doit être garanti à tous ceux qui souhaitent contester une décision de refoulement ou d'expulsion du territoire. Ce recours doit être suspensif de l'exécution d'une décision d'expulsion, au moins lorsqu'il est allégué une violation éventuelle des articles 2 et 3 de la [Convention] »¹²¹.

53. Dans l'arrêt *Conka* du 5 février 2002, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que « l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles »¹²² et que « l'article 13 s'oppose [dès lors] à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la Convention »¹²³. Elle a estimé ensuite que, même si les États parties à la Convention sont libres de décider de la manière de se conformer aux obligations de l'article 13, « on ne saurait exclure que, dans un système où la suspension est accordée sur demande, au cas par cas, elle puisse être refusée à tort, notamment s'il devait s'avérer ultérieurement que l'instance statuant au fond doive [...] annuler une décision d'expulsion pour non-respect de la Convention, par exemple parce que l'intéressé aurait subi des mauvais traitements dans le pays de destination ou aurait été victime d'une expulsion collective »¹²⁴.

54. L'efficacité des voies de recours ne peut être assurée que si les recours introduits par les étrangers menacés d'expulsion produisent des effets suspensifs sur les mesures d'éloignement. Il ne s'agit pas d'un effet suspensif de plein droit, mais d'un effet qui vise à garantir à la suite de la procédure toute sa raison d'être et qui permet d'éviter les conséquences parfois désastreuses d'une expulsion reconnue illégale par une instance nationale ou internationale. La Cour européenne a souligné en des termes plus généraux dans son arrêt *Mamatkulov* de 2005 « l'importance du recours suspensif dans les cas d'expulsion ou d'extradition »¹²⁵.

55. Comme on peut le constater, l'effet suspensif d'un recours contre une décision d'expulsion n'est vraiment consacré que dans le cadre de l'interprétation de

¹²⁰ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 11 juillet 2000, *Jabari c. Turquie*, point 50, recueil 2000-VIII. L'affaire concernait une ressortissante iranienne qui soutenait que son expulsion vers son État d'origine l'exposerait à de mauvais traitements prohibés par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹²¹ Recommandation du 19 septembre 2001 du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des États membres du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion, Comm.DH/Rec(2001) 1, point 11.

¹²² Ibid., Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 5 février 2002, *Conka*, op. cit., par. 79.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid., par. 82.

¹²⁵ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, par. 124.

l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990 ouvre seulement la possibilité pour le travailleur étranger objet de l'expulsion de demander la suspension de la décision d'expulsion; elle ne pose pas la règle de l'effet suspensif d'une telle demande. Même la doctrine ne semble pas favorable à un tel effet, comme le montre notamment la position fort ancienne de l'Institut de droit international. Au demeurant, ce serait rompre l'équilibre qui doit exister en matière d'expulsion entre le droit de l'État d'expulser et le droit de l'étranger concerné au respect de ses droits humains que de consacrer le principe de l'effet suspensif du recours. En effet, formuler une règle générale de l'effet suspensif du recours contre une décision d'expulsion reviendrait à permettre la paralysie de l'action de l'État expulsant, d'autant plus difficile à admettre pour la plupart des États si le motif d'expulsion est l'ordre public et plus encore la sécurité nationale. Pour toutes ces raisons, le Rapporteur spécial doute du bien-fondé de la proposition d'un projet d'article à ce sujet.

C. Voies de recours contre une décision judiciaire d'expulsion

56. La décision judiciaire d'expulsion est une condamnation de justice qui entraîne l'éloignement de l'étranger du territoire et l'empêche d'y retourner pendant un certain temps. Cette peine est prononcée, soit à titre principal, soit en complément d'une peine correctionnelle de prison et/ou d'amende. En effet, cette décision intervient généralement en complément d'une peine prononcée contre un étranger ayant commis une infraction dans l'État expulsant.

57. La législation de nombreux États permet de faire appel d'une décision judiciaire d'expulsion. En France, par exemple, il existe trois types de recours contre une décision judiciaire d'expulsion :

a) L'étranger visé par une décision d'expulsion judiciaire peut faire appel dans un délai de deux mois après la notification de la décision auprès du greffe de la Cour d'appel;

b) En outre, un étranger visé par une décision judiciaire d'expulsion peut faire une demande de relèvement en demandant à la juridiction pénale (tribunal correctionnel ou cour d'appel) qui a prononcé la décision d'expulsion de le relever de cette mesure. Seulement, une demande de relèvement n'est recevable que si l'expulsion n'a pas été prononcée à titre principal. Elle doit être adressée par courrier ou par l'intermédiaire d'un avocat et ne peut être introduite qu'au bout de six mois après la décision de condamnation;

c) La grâce présidentielle : si la juridiction saisie rejette la requête en relèvement d'interdiction du territoire, il reste à l'étranger la possibilité de saisir le Président de la République d'un recours en grâce.

58. En Suisse, où la grande majorité de la population carcérale étrangère fait l'objet d'une décision d'expulsion¹²⁶, l'ancien article 55 du Code pénal disposait que : « Le juge pourra expulser du territoire suisse, pour une durée de trois à quinze

¹²⁶ E. Montero Pérez de Tudela, « L'expulsion judiciaire des étrangers en Suisse : *La récidive et autres facteurs liés à ce phénomène* », *Crimiscope*, n° 41, mai 2009.

ans, tout étranger condamné à la réclusion ou à l'emprisonnement. En cas de récidive, l'expulsion pourra être prononcée à vie ». Cependant, cette forme d'expulsion a été supprimée du nouveau Code pénal entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Il n'en demeure pas moins que l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 10, de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers continue de prévoir qu'un étranger peut être expulsé de Suisse ou d'un canton, par les autorités exerçant les fonctions relatives à la police des étrangers (voir art. 15), s'il a été condamné par une autorité judiciaire pour crime ou délit. Le recours contre une décision juridictionnelle prononçant l'expulsion peut également être faite devant une juridiction régionale de protection des droits de l'homme une fois épuisées les voies de recours internes. Dans l'affaire *Emre c. Suisse*, la Cour européenne mentionne dans les faits que « [l]e 13 août 2002, le tribunal de police du district de Neuchâtel condamna [l'intéressé] à cinq mois d'emprisonnement ferme pour émeute et violation de la législation sur les armes, infractions commises le 5 mars 2000. La révocation du sursis accordé le 10 novembre 1999 fut également prononcée. Le tribunal ordonna par ailleurs l'expulsion de l'intéressé du territoire suisse, sans sursis, pour une durée de sept ans. Ce jugement fut confirmé le 6 mars 2003 par la Cour de cassation pénale du canton de Neuchâtel »¹²⁷. En l'espèce, le tribunal de police ainsi que la Cour de cassation pénale du canton de Neuchâtel avaient ordonné l'expulsion du requérant pour une durée de sept ans, tandis que la décision administrative d'expulsion ne contenait aucune limitation de la durée. Mais la requête étant dirigée contre la décision administrative d'expulsion et non contre la décision judiciaire d'expulsion, la Cour ne s'est pas prononcée sur cette question de la durée de l'expulsion qui s'apparentait en l'espèce à une double peine.

59. À l'évidence, il n'existe pas de base en droit international pour asseoir une quelconque règle sur les voies de recours contre une décision d'expulsion, même à titre de développement progressif. Certes on note ici aussi une certaine spécificité du droit régional européen des droits de l'homme qui souligne la nécessité de prévoir la possibilité de recours en appel d'une décision d'expulsion. Mais, de manière générale, la question relève manifestement du droit interne des États, et l'on voit mal comment le droit international pourrait établir une règle d'application générale sur une question où les législations nationales sont, comme on l'a montré, aussi contrastées. Même au bénéfice d'une étude complète de l'ensemble des législations nationales et d'une éventuelle tendance dominante qui s'en dégagerait, il ne paraîtrait pas opportun que le droit international s'immisce dans ce qui relève strictement des procédures judiciaires de chaque État, dont celui-ci seul peut mieux apprécier l'opportunité. Pour le reste, le droit de recours contre la décision d'expulsion doit être entendu tel qu'il est consacré par la jurisprudence internationale des droits de l'homme. Il ne nécessite donc pas de règle spécifique.

V. Relations entre l'État expulsant et les États de transit et de destination

60. La coopération entre l'État expulsant et les États de destination, et éventuellement de transit, est nécessaire pour une exécution complète de la mesure d'expulsion. Cette coopération passe généralement par la conclusion d'accords bilatéraux entre les États concernés. L'Union européenne a développé à cet égard,

¹²⁷ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Emre c. Suisse*, arrêt du 28 mai 2008, par. 11.

comme on le verra ci-dessous, un système de coopération administrative et technique entre ses États membres en vue de la facilitation de l'exécution des mesures d'expulsion. Dans cette optique, plusieurs directives ont été adoptées visant notamment la reconnaissance de la décision d'expulsion d'un étranger du territoire d'un État membre par les autres États.

A. Liberté d'accueillir ou non l'étranger expulsé

1. Principe

61. Dans l'affaire *Ben Tillett*, le Tribunal arbitral a reconnu expressément, comme on l'a vu, le droit de tout État de refuser l'entrée sur son territoire à un étranger qui, selon son appréciation souveraine des faits, lui semble présenter une menace contre la sécurité nationale : « Attendu qu'on ne saurait contester à un État la faculté d'interdire son territoire à des étrangers quand leurs menées ou leur présence lui paraissent compromettre sa sécurité; qu'il apprécie, d'ailleurs, dans la plénitude de sa souveraineté la portée des faits qui motivent cette interdiction. »¹²⁸.

62. On sait également que la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré dans diverses affaires que le droit des États de contrôler l'entrée des étrangers sur leur territoire était un principe de droit international bien établi :

« [...] le souci des États contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux. »¹²⁹

63. Dès 1891, la Cour suprême des États-Unis avait jugé que chaque nation souveraine avait, en droit international, la faculté de décider quels étrangers admettre sur son territoire et sous quelles conditions : « C'est un principe accepté du droit international que chaque nation souveraine a la faculté, inhérente à sa souveraineté et essentielle pour sa propre préservation, d'interdire l'entrée d'étrangers sur ses territoires ou de ne les admettre que dans les cas et aux conditions qu'il lui plaît prescrire. »¹³⁰.

64. En 1906, le Comité judiciaire du Conseil privé (prédécesseur de la Cour suprême du Canada) avait reconnu dans l'arrêt *Attorney-General for Canada c. Cain* le droit de l'État d'admettre ou non des étrangers, même ceux qui sont ressortissants d'États amis : « Dans chaque État, l'une des prérogatives de l'autorité suprême est

¹²⁸ Affaire *Ben Tillett (Royaume-Uni c. Belgique)*, sentence arbitrale du 26 décembre 1898, dans G. Fr. de Martens, Nouveau Recueil général de traités et autres actes relatifs aux apports de droit international, deuxième série, t. XXIX, Leipzig, Librairie Dieterich Theodor Weicher, 1903, p. 269.

¹²⁹ Affaire *Moustaquim c. Belgique*, arrêt (fond et satisfaction équitable), 18 février 1991, requête n° 10313186, par. 43. Voir aussi affaire *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, op. cit., par. 102; affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, par. 73; affaire *Ahmed c. Autriche*, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 17 décembre 1996, requête n° 25964/94, par. 38; affaire *Bouchelkia c. France*, op. cit., par. 48; affaire *H. L. R. c. France*, op. cit., par. 33.

¹³⁰ *Nishimura Ekiu c. United States* et al., United States Supreme Court, 18 January 1892, 142 U.S. 651. Voir aussi *Chae Chan Ping c. United States*, Cour suprême des États-Unis, 13 mai 1889, 130 U.S. 581, 603, 604 (« La faculté [d'exclure des étrangers] de son territoire est une prérogative de toute nation indépendante. Elle fait partie intégrante de son indépendance. Dans la mesure où une nation ne pourrait exclure des étrangers, elle serait soumise au contrôle d'une autre puissance »).

de pouvoir refuser à un étranger la permission d'entrer sur le territoire, de pouvoir subordonner la permission d'y entrer à telles conditions qu'il lui plaira et de pouvoir expulser ou éloigner à son gré même un étranger [ressortissant d'un pays] ami, surtout s'il considère que la présence de cet étranger sur son territoire est contraire à la paix, à l'ordre public et à l'intérêt public ou à ses intérêts sociaux ou matériels. »¹³¹.

2. Limite : droit de toute personne de retourner dans son propre pays

a) Règle générale

65. Dès 1892, l'Institut de droit international avait exprimé l'idée que l'État ne pouvait pas refuser l'accès de son territoire à ses anciens nationaux, y compris ceux devenus apatrides. L'article 2 des *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers* dispose :

« En principe, un État ne doit pas interdire l'accès ou le séjour sur son territoire soit à ses sujets, soit à ceux qui, après avoir perdu leur nationalité dans ledit État, n'en ont point acquis une autre. »¹³².

66. Comme on le sait, le droit de toute personne d'entrer ou de retourner dans son propre pays est désormais consacré par les principaux instruments de protection des droits de l'homme de caractère universel, notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme¹³³, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹³⁴ et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples¹³⁵. Ce droit est consacré à l'égard de l'*État de nationalité* dans le Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹³⁶ et dans la Convention américaine relative aux droits de l'homme¹³⁷.

67. Le Comité des droits de l'homme s'est intéressé au sens des mots « son propre pays » employés au paragraphe 4 de l'article 12 du Pacte. Dans son Observation générale n° 27, il a indiqué que le sens de cette expression était plus large que celle de « pays de nationalité » parce qu'elle s'étendait aux cas où un individu, sans avoir la nationalité de ce pays, avait des « liens étroits et durables » avec celui-ci¹³⁸ :

¹³¹ [1906] A.C. 542, p. 546.

¹³² *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, op. cit.

¹³³ Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale, Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948, art. 13, par. 2.

¹³⁴ Résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, art. 12, par. 4.

¹³⁵ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 12, par. 2.

¹³⁶ Protocole n°4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, tel qu'amendé par le Protocole n° 11, Strasbourg, 16 septembre 1963, Union européenne, *Recueil des Traités*, n° 46, art. 3, par. 2. Selon la Cour de justice européenne : « Un principe de droit international veut qu'un État ne puisse refuser à ses propres nationaux le droit d'entrée ou de résidence. » *Van Duyn c. Home Office*, affaire 4174, arrêt, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 1974, 1337 [1975], *Common Market Law Reports* : n° 1, 18, 4 décembre 1974. (Cette affaire concernait la liberté de circulation et non l'expulsion.)

¹³⁷ Convention américaine relative aux droits de l'homme, « Pacte de San José (Costa Rica) », art. 22, par. 5.

¹³⁸ Hurst Hannum, *The Right to Leave and Return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 62 et 63.

« 20. Les termes du paragraphe [4] de l'article 12 ne font pas de distinction entre les nationaux et les étrangers ("nul ne peut être..."). Ainsi, les personnes autorisées à exercer ce droit ne peuvent être identifiées qu'en interprétant l'expression "son propre pays" [référence omise]. La signification des termes "son propre pays" est plus vaste que celle du "pays de sa nationalité". Elle n'est pas limitée à la nationalité au sens strict du terme, à savoir la nationalité conférée à la naissance ou acquise par la suite; l'expression s'applique pour le moins à toute personne qui, en raison de ses liens particuliers avec un pays ou de ses prétentions à l'égard d'un pays ne peut être considérée dans ce même pays comme un simple étranger. Tel serait par exemple le cas de nationaux d'un pays auxquels la nationalité aurait été retirée en violation du droit international...

21. En aucun cas un individu ne peut être privé arbitrairement du droit d'entrer dans son propre pays. La notion d'arbitraire est évoquée dans ce contexte dans le but de souligner qu'elle s'applique à toutes les mesures prises par l'État, aux niveaux législatif, administratif et judiciaire; l'objet est de garantir que même une immixtion prévue par la loi soit conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte et soit, dans tous les cas, raisonnable eu égard aux circonstances particulières. Le Comité considère que les cas dans lesquels la privation du droit d'une personne d'entrer dans son propre pays pourrait être raisonnable, s'ils existent, sont rares. Les États parties ne doivent pas, en privant une personne de sa nationalité ou en l'expulsant vers un autre pays, priver arbitrairement celle-ci de retourner dans son propre pays. »¹³⁹

68. La question est de savoir si l'ancien État de nationalité a le devoir d'admettre ses anciens nationaux. Le droit de toute personne de retourner dans son pays consacré, comme on l'a vu, par les instruments relatifs aux droits de l'homme pertinents, peut être entendu largement comme s'étendant à l'ancien État de nationalité. De plus, ce dernier peut être tenu d'admettre ses anciens nationaux afin d'éviter de priver un État tiers de son droit d'expulser des étrangers de son territoire. L'examen de la pratique des États, notamment leur pratique conventionnelle, montre cependant que le droit international coutumier n'impose pas à l'ancien État de nationalité le devoir de réadmission. Les débats de la Conférence de codification de La Haye de 1930 sur la nationalité en ont apporté la preuve¹⁴⁰ et expliquent l'existence de traités de rapatriement (telle la Convention entre la Belgique et les Pays-Bas concernant l'assistance aux indigents et leur rapatriement, du 15 mai 1936¹⁴¹). Par ailleurs, la déchéance de nationalité d'une personne présente sur le territoire d'un État tiers a été qualifiée d'abus ou d'excès de pouvoir à cause du fardeau imposé à l'État sur le territoire duquel l'étranger demeurerait présent¹⁴².

¹³⁹ Comité des droits de l'homme (Pacte international relatif aux droits civils et politiques), Observation générale n° 27 : Liberté de circulation (art. 12), 2 novembre 1999, par. 20 et 21.

¹⁴⁰ Actes de la Conférence de codification du droit international, vol. 2, minutes de la Première Commission : nationalité, Société des Nations, document n° C.351 a).M.145 a).1930.V.

¹⁴¹ Voir Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CLXXIX, 1937-1938, n° 4131, p. 41. Rainer Hofmann, op. cit., p. 1005.

¹⁴² Voir Ruth Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, 2^e éd., New York, Transnational Publishers, Inc., 1994. p. 153; David A. Martin, op. cit., p. 41.

69. Le refus de l'ancien État de nationalité d'admettre son ancien national peut empêcher l'État territorial d'exercer son droit d'expulser l'étranger si aucun autre État n'est disposé à admettre l'intéressé¹⁴³.

« L'expulsion effective d'un étranger requiert normalement l'assentiment et le concours de l'État dont il a la nationalité. C'est ainsi que d'ordinaire on considère que cet État a le devoir de recevoir l'expulsé qui demande à être admis sur son territoire. Il ne peut guère non plus refuser de le recevoir si, pendant son absence, l'expulsé a perdu sa nationalité sans en acquérir une autre. En revanche, on voit mal comment l'État qui a déchu de sa nationalité un individu qui avait avec lui des liens d'allégeance pourrait raisonnablement exiger d'un autre État dont l'intéressé n'a pas acquis la nationalité de le recevoir, lorsque le premier État cherche, en le bannissant par exemple, à lui faire quitter son territoire. On peut sérieusement se demander s'il est interdit à l'État d'expulser de son territoire tel étranger du fait que celui-ci a été dénationalisé par son pays d'origine et n'a pas réussi à obtenir la nationalité d'un autre État. L'État qui a recours à l'expulsion n'est pas tenu, au regard du droit international, de permettre à l'étranger de demeurer sur son territoire jusqu'à ce qu'un autre État se montre disposé à l'accueillir. »¹⁴⁴

70. L'article 1 du Protocole spécial relatif à l'apatridie de 1930 traite, dans les termes ci-après, du devoir de l'État de recevoir l'ancien national devenu apatride :

« Si un individu, après être entré en pays étranger, a perdu sa nationalité sans en acquérir une autre, l'État dont il possédait en dernier lieu la nationalité est tenu de le recevoir, à la demande du pays de séjour :

1) Si cet individu est dans un état d'indigence permanent par suite d'une maladie incurable ou pour toute autre cause; ou

2) Si cet individu a subi, dans le pays de séjour, une condamnation à une peine d'au moins un mois d'emprisonnement, qu'il a accomplie ou dont il a obtenu remise totale ou partielle.

Dans le premier cas, l'État dont cet individu possédait en dernier lieu la nationalité pourra refuser de le recevoir en s'engageant à pourvoir aux frais d'assistance dans le pays de séjour à partir du trentième jour à compter de la demande. Dans le second cas, les frais de transport seront à la charge du pays qui formule la demande de renvoi. »¹⁴⁵.

¹⁴³ « On ne saurait conclure que le refus d'admission est toléré par le droit international. Nul ne conteste que tout État possède le pouvoir d'expulser, corollaire de son droit de déterminer les conditions d'entrée sur son territoire. Ce droit est réduit à néant si un autre État refuse de remplir les conditions qu'il présuppose et dont le respect est indispensable à son exercice. » [Lawrence Preuss, « International Law and Deprivation of Nationality », *Georgetown Law Journal*, vol. 23, 1934, p. 250 à 276, spécialement p. 272 (évoquant le devoir de l'État de recevoir ses anciens nationaux devenus apatrides)]. « La déchéance de nationalité et l'exil ont naturellement des effets sur l'individu concerné, mais entraînent aussi des conséquences pour les autres États en raison du statut d'apatride imposé à l'individu. D'autres États se trouvent contraints soit d'accorder le droit de résider à une personne qui n'a pas sa nationalité, soit d'imposer à cette personne d'aller et venir entre les États jusqu'à ce que l'un d'eux se laisse fléchir. » (Niall MacDermot (dir.), op. cit., p. 23).

¹⁴⁴ Charles Cheney Hyde, op. cit., p. 231 et 232; voir également John Fischer Williams, op. cit., p. 61.

¹⁴⁵ Protocole spécial relatif à l'apatridie de 1930, La Haye, 12 avril 1930, *ILM*, vol. 13, 1974, p. 1. L'article 2 stipule notamment que : « L'insertion de ces principes et règles ne préjuge en rien la

b) Cas particulier des réfugiés

71. Le réfugié sous le coup d'une mesure d'expulsion doit avoir la possibilité de chercher à se faire admettre dans un État autre que son État d'origine avant l'exécution de la décision d'expulsion. La Convention relative au statut des réfugiés exige qu'en cas d'expulsion le réfugié se trouvant régulièrement sur le territoire d'un État se voie accorder un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre État, en stipulant au paragraphe 3 de son article 32 que : « Les États contractants accorderont à un tel réfugié un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays. Les États contractants peuvent appliquer, pendant ce délai, telle mesure d'ordre interne qu'ils jugeront opportune ».

72. Comme Robinson l'explique dans son commentaire concernant la Convention, cette disposition concerne le statut du réfugié sous le coup d'une décision définitive d'expulsion. D'après ce même commentaire, bien que la Convention ne le prescrive pas expressément, le réfugié expulsé doit se voir accorder les facilités prévues au paragraphe 2 de l'article 31 de la Convention¹⁴⁶. De plus, les mesures d'ordre interne qu'un État contractant est autorisé à prendre pendant ce délai ne doivent pas empêcher le réfugié de se faire admettre ailleurs.

« Le paragraphe 3 de l'article 32 traite du statut du réfugié après qu'une décision finale d'expulsion a déjà été rendue. Il ne permet pas à l'État de procéder immédiatement à l'expulsion; au contraire, il lui enjoint d'accorder au réfugié un délai suffisant pour qu'il trouve un endroit où aller. Encore que ce paragraphe ne le dise pas expressément, on peut supposer que le réfugié doit aussi se voir accorder les facilités nécessaires prévues au paragraphe 2, faute de quoi, il ne pourra pas se faire admettre dans un autre pays. La deuxième phrase du paragraphe 3 est plus restrictive que la première phrase du paragraphe 2 de l'article 31 puisqu'on y parle de telle mesure "qu'ils [les États contractants] jugeront opportune" alors que cette disposition parle de mesures "qui sont nécessaires". La différence tient dans l'appréciation subjective de ces mesures : dans le cas de l'article 31, elles doivent apparaître comme nécessaires à tout observateur objectif; dans le cas de l'article 32, il suffit que les autorités compétentes les jugent opportunes. Toutefois, ces facilités ne peuvent être de nature à empêcher le réfugié de se faire admettre ailleurs car la Convention regarde l'expulsion comme une mesure qui ne doit être prise que lorsque le réfugié ne peut quitter le pays de son propre gré. »¹⁴⁷.

73. Comme l'a fait observer l'auteur précité, la Convention n'indique pas ce que constitue un « délai raisonnable » aux fins du paragraphe 2 de l'article 32. D'après la jurisprudence interne, deux mois ne sont pas suffisants : « La présente Convention n'indique pas ce qu'est un délai raisonnable. D'après l'arrêt rendu par le

question de savoir si lesdits principes et règles font ou non partie actuellement du droit international. »

¹⁴⁶ Cette disposition, qui traite de la situation des réfugiés en situation irrégulière sur le territoire d'un État, prévoit que : « Les États contractants n'appliqueront aux déplacements de ces réfugiés d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires; ces restrictions seront appliquées seulement en attendant que le statut de ces réfugiés dans le pays d'accueil ait été régularisé ou qu'ils aient réussi à se faire admettre dans un autre pays. En vue de cette dernière admission, les États contractants accorderont à ces réfugiés un délai raisonnable ainsi que toutes facilités nécessaires. »

¹⁴⁷ Nehemiah Robinson, op. cit., p. 135 et 136.

Tribunal administratif fédéral dans l'affaire *Hodzic c. le Land de Rhénanie-Westphalie*, un délai de deux mois est trop court. »¹⁴⁸.

74. Le même auteur fait par ailleurs remarquer que cette disposition ne s'appliquerait pas dans les cas où un autre État a l'obligation de réadmettre le réfugié. En ce cas, le réfugié peut être expulsé sans plus tarder. Comme le note A. Grahl-Madsen : « La disposition ne s'applique pas si un autre pays d'asile a l'obligation de réadmettre le réfugié, auquel cas celui-ci peut être renvoyé dans ce pays sans délai. »¹⁴⁹.

B. Choix de l'État de destination

1. Liberté pour l'expulsé de choisir un État de destination

75. En principe, l'expulsé doit pouvoir choisir lui-même un État de destination. Le Rapporteur spécial de l'Institut de droit international, M. Féraud-Giraud, dans le *Projet de réglementation de l'expulsion des étrangers* de 1891, estimait que, « habituellement, (...) l'expulsé (...) doit être conduit à la frontière du territoire de la nation à laquelle il appartient, ou à la frontière la plus voisine (...) »¹⁵⁰. Cependant, il « doit toujours être libre de choisir pour lieu de sa sortie du territoire une frontière autre que celle de l'État dont il est le ressortissant »¹⁵¹. Finalement, dans l'article 33 des *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers* du 9 septembre 1892, l'Institut de droit international a considéré qu'il appartenait à « l'étranger auquel il a été enjoint de sortir du territoire (...) de désigner la frontière par laquelle il entend sortir »¹⁵². Cette façon d'envisager la question n'avait de pertinence qu'à une époque où l'expulsion se faisait presque exclusivement à travers les frontières terrestres. Elle ne saurait être maintenue dans un contexte où, comme celui d'aujourd'hui, l'expulsion se fait en très grande partie par voie aérienne. Dans un tel contexte, la question est celle du choix de l'État de destination plutôt que la désignation d'une frontière de sortie du territoire de l'État expulsant.

76. Certaines conventions internationales posent ce principe de libre choix de l'État de destination. Ainsi, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille dispose, au paragraphe 7 de son article 22, que : « Sans préjudice de l'exécution d'une décision d'expulsion, les travailleurs migrants ou les membres de leur famille qui font l'objet d'une telle décision peuvent demander à être admis dans un État autre que leur État d'origine »¹⁵³. La Convention relative au statut des réfugiés (Convention de Genève)

¹⁴⁸ Atle Grahl-Madsen, op. cit., par. 11.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Commission d'étude sur le droit d'admission et d'expulsion des étrangers de l'Institut de droit international, *Projet de réglementation de l'expulsion des étrangers*, présenté par M. L.-J.-D. Féraud-Giraud, session de Hambourg, septembre 1891, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XI, 1889-1892, p. 275 à 282, spécialement p. 280, par. XV.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Institut de droit international, *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, session de Genève, 9 septembre 1892, *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XII, 1892-1894, p. 218 et suiv.

¹⁵³ Convention adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 49*, vol. I (A/45/49).

de 1951 pose également cette règle spécifique¹⁵⁴ : un réfugié à qui l'État d'accueil ordonne de quitter son territoire pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public, et qui, comme on le sait, ne peut pas être renvoyé vers les territoires où il existe un risque pour sa vie ou sa liberté, doit avoir la possibilité de rechercher un pays qui accepte de l'admettre et qui respectera ces dernières. En effet, le paragraphe 3 de l'article 32 de la Convention de Genève organise l'exécution de la mesure d'expulsion rendue à l'encontre d'un réfugié et prévoit que « [l]es États contractants accorderont à un tel réfugié un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays (...) ». Cependant, des difficultés se posent en la matière, rendant parfois infructueuse la recherche du pays pouvant admettre le réfugié en question. Le Comité exécutif du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a conseillé aux États que « dans les cas où l'exécution d'une mesure d'expulsion est impraticable, [ils] devraient envisager d'accorder aux réfugiés délinquants le même traitement qu'aux délinquants nationaux »¹⁵⁵.

2. Substitution de l'État expulsant à l'expulsé pour choisir un État de destination

77. Comme on vient de le voir, en règle générale, une personne est expulsée vers l'État dont elle a la nationalité. Mais lorsque l'étranger concerné estime qu'il sera soumis à la torture dans son propre pays, il se pose un problème de choix de l'État vers lequel il doit être expulsé. En fait, le renvoi d'un étranger vers un pays à risque peut lui causer un préjudice irréparable. Il n'existe pas de pratique générale en la matière, mais certaines mesures sont adoptées dans diverses parties du monde pour assurer le choix de l'État de destination en cas d'expulsion.

78. En Europe, une pratique générale a été instituée depuis l'adoption de la Convention de Dublin sur la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes du 15 juin 1990. La Convention prévoyait certaines mesures destinées à faire examiner une demande d'asile par l'un des États membres au lieu qu'elle ne soit adressée successivement d'un État membre à un autre. Les articles 4 à 8 exposaient les critères permettant de déterminer quel était l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile. En vertu de l'article 7, la responsabilité de l'examen d'une demande d'asile incombait à l'État membre responsable du contrôle de l'entrée de l'étranger sur le territoire des États membres. Au regard de la Convention, un État membre saisi d'une demande d'asile de la part d'un étranger débouté d'une première demande présentée dans l'État membre juridiquement responsable aurait donc le droit d'expulser ledit demandeur vers cet État membre auteur de la décision de rejet. Cependant, cette mesure peut poser un problème au regard de la Convention relative à la torture. Le juge européen des droits de l'homme a analysé les rapports entre les dispositions de la Convention de Dublin et l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui interdit

¹⁵⁴ V. Chetail, « Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international », dans V. Chetail (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, publication de l'Institut international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2001, 456 pages, p. 3 à 61, spécialement p. 49.

¹⁵⁵ Conclusion n° 7 (XXVIII) [1977] du Comité exécutif du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, citée par M. Chetail, loc. cit., p. 49.

la torture dans l'affaire *T. I. c. Royaume-Uni*¹⁵⁶. Dans cette affaire, le requérant était menacé de refoulement vers l'Allemagne où une décision d'expulsion avait été prise précédemment en vue de son renvoi à Sri Lanka. Le requérant n'était pas « à proprement parler menacé d'un traitement contraire à l'article 3 en Allemagne ». Cependant, son refoulement vers cet État constituait « un maillon d'une éventuelle chaîne de circonstances pouvant déboucher sur son retour à Sri Lanka, où il [était allégué qu'il aurait couru] un risque réel de subir un tel traitement »¹⁵⁷. La Cour a alors estimé que « le refoulement indirect vers un pays intermédiaire qui se trouve être également un État contractant n'a aucune incidence sur la responsabilité du Royaume-Uni, qui doit veiller à ne pas exposer le requérant à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme par sa décision de l'expulser »¹⁵⁸. Elle a dit en outre que « lorsque des États établissent (...) des accords internationaux pour coopérer dans certains domaines d'activité, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée »¹⁵⁹. Selon la Cour, il serait contraire « au but et à l'objet » de la Convention européenne des droits de l'homme « que les États contractants soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de [celle-ci] dans le domaine d'activité concerné »¹⁶⁰. Elle a cependant considéré que « l'existence d'un risque réel que l'Allemagne expulse le requérant vers Sri Lanka en violation de l'article 3 de la Convention n'est pas établie »¹⁶¹. Donc, malgré sa décision de refouler le requérant vers cet autre État membre de l'Union, « le Royaume-Uni n'a (...) pas failli à ses obligations découlant de cette disposition »¹⁶².

79. Lorsque le juge européen se rend compte que l'étranger dont il est saisi de la requête risque d'être exposé à un mauvais traitement dans l'État de destination, il invite parfois l'État expulsant à prendre des mesures provisoires, comme la suspension de la procédure d'expulsion.

80. Certaines législations ménagent à l'étranger un droit de recours distinct contre le choix de la destination en cas d'expulsion, mais non en cas de refoulement.

« En matière d'expulsion, les États ont généralement plus de latitude pour choisir le pays à destination duquel l'étranger sera renvoyé et il n'est pas rare qu'il soit renvoyé au port d'embarquement. Il y a lieu néanmoins de tenir compte du fait que si les autorités nationales ont largement le choix de la destination en théorie et en pratique, l'étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement n'a que rarement le droit de contester la décision ou de prendre lui-même les dispositions en vue de son départ. Une fois qu'il a franchi la frontière, toutefois, la pratique des États est souvent de l'autoriser à bénéficier de certaines garanties procédurales. Il peut, par exemple, former un recours non seulement contre l'expulsion proprement dite, mais aussi contre la destination choisie, et la possibilité peut lui être donnée d'obtenir l'autorisation d'entrer dans un autre pays de son choix. Si, en fin de compte, aucun autre État n'est disposé à l'accueillir, le seul pays dans lequel l'étranger

¹⁵⁶ Cour européenne des droits de l'homme, décision du 7 mars 2000, *T. I. c. Royaume-Uni*, requête n° 43844/98.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid.

peut légalement être renvoyé est, bien entendu, l'État dont il a la nationalité ou la citoyenneté. S'il ne peut obtenir d'être admis ailleurs, son recours contre la mesure d'éloignement sera généralement rejetée. »¹⁶³.

81. Cependant, on ne peut affirmer qu'un tel droit existe en droit international. Au demeurant, l'existence d'une telle règle constituerait une entrave à l'exercice par l'État de son droit souverain d'expulsion, lequel n'est limité que par l'exigence du respect des droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion, qu'il s'agisse, comme on l'a vu, des droits substantiels ou des droits procéduraux. Il suffit que dans l'exercice de ce droit d'expulsion l'État expulsant s'assure en particulier que l'étranger expulsé ne subira pas la torture ou un traitement inhumain et dégradant dans l'État de destination pour que son choix soit conforme aux exigences du droit international en la matière. Il ne pourrait éventuellement être tenu par le choix de l'étranger objet de l'expulsion que s'il n'arrive pas à déterminer l'État de nationalité de ce dernier, ou s'il y a un risque que dans ledit État de nationalité l'étranger en question soit soumis à la torture ou à un traitement inhumain et dégradant, et si cet étranger parvient à obtenir d'un État tiers qu'il l'accueille sur son territoire.

C. État susceptible d'accueillir l'étranger expulsé

82. On a vu dans le cinquième rapport de la Commission sur l'expulsion des étrangers¹⁶⁴ que l'État susceptible d'accueillir un étranger expulsé par un autre État doit répondre à certains critères de manière à pouvoir garantir à l'étranger le respect de ses droits fondamentaux, tel que celui de ne pas être soumis à la torture. Les instruments internationaux et la jurisprudence convergent en ce sens.

1. Émergence et consécration de la notion de « pays sûr »

83. La notion de « pays sûr » est apparue en Allemagne dans l'article 16 de sa Loi fondamentale¹⁶⁵. Selon cette disposition, un étranger doit être débouté de sa demande d'asile s'il provient d'un pays d'origine ou d'un autre pays tiers considéré comme sûr. Les pays d'origine sûrs sont ceux qui ne commettent aucune persécution politique ni aucune violation des droits de l'homme. Une loi dresse la liste de ces pays¹⁶⁶. Les pays tiers sûrs, quant à eux, sont les pays déclarés comme respectant la Convention de Genève de 1951 et la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶⁷ et, par présomption, les États membres de l'Union européenne. Les Pays-Bas ont également adopté des lois sur les pays d'origine sûrs et les pays tiers sûrs, et élaboré des listes modifiables de ces pays¹⁶⁸. La notion de « pays sûr » a été reprise par le législateur communautaire. La Convention de Dublin sur la

¹⁶³ Goodwin-Gill, op. cit., p. 223 et 224 (voir *R. c. Governor of Brixton Prison, ex parte Sliwa* [1952] 1 All E.R. 187).

¹⁶⁴ A/CN.4/611.

¹⁶⁵ N. Berger, *La politique européenne d'asile et d'immigration – enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 269 pages, p. 185.

¹⁶⁶ Source : Sénat français, Service des affaires européennes, note de synthèse sur « L'immigration et le droit d'asile » disponible en version html sur <http://www.senat.fr/lc/lc34/lc344.html>.

¹⁶⁷ Le Sénégal et le Ghana, par exemple, figurent sur cette liste, qui peut être modifiée par un texte législatif.

¹⁶⁸ Il s'agit des lois du 1^{er} décembre 1994 et du 2 février 1995. Source : Sénat français, Service des affaires européennes, note de synthèse sur « L'immigration et le droit d'asile » disponible en version html sur <http://www.senat.fr/lc/lc34/lc344.html>.

détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes du 15 juin 1990 prévoit, au paragraphe 5 de son article 3, que « Tout État membre conserve la possibilité, en application de son droit national, d'envoyer un demandeur d'asile vers un État tiers dans le respect des dispositions de la Convention de Genève, modifiée par le protocole de New York »¹⁶⁹. Le règlement 343/2003 du 18 février 2003 du Conseil de l'Europe, qui remplace la Convention de Dublin, reprend le texte du paragraphe 5 de l'article 3 au paragraphe 3 de son article 3¹⁷⁰.

84. En 1992, les ministres européens chargés de l'immigration ont adopté une résolution dans laquelle ils ont défini la notion de « pays tiers sûr »¹⁷¹. Ainsi est considéré comme « sûr » l'État qui ne menace pas la vie et la liberté des personnes au mépris des dispositions de la Convention de Genève de 1951, qui ne commet aucun acte de torture ou mauvais traitement et qui respecte le principe de non-refoulement. La notion est ainsi consacrée en droit européen. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté la recommandation n° R (97) 22 le 25 novembre 1997 lors de la 609^e réunion des délégués des ministres énonçant les lignes directrices sur l'application de la notion de pays tiers sûr. Dans ladite recommandation, le Comité adopte les lignes directrices ci-après, sans préjudice des autres instruments internationaux applicables entre États membres : i) respect par le pays tiers des normes internationales des droits de l'homme relatives à l'asile, telles qu'elles sont fixées par les instruments universels et régionaux, y compris le respect de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants; ii) respect par le pays tiers des principes internationaux régissant la protection des réfugiés, tels qu'ils sont énoncés dans la Convention de 1951 et le Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, eu égard en particulier au principe de non-refoulement; iii) le pays tiers assurera une protection effective contre le refoulement et la possibilité de demander l'asile et d'en bénéficier; iv) une protection effective a déjà été accordée au demandeur d'asile dans le pays tiers ou il a eu la possibilité, à la frontière ou sur le territoire du pays tiers, d'entrer en contact avec les autorités de ce pays pour y solliciter une protection avant de se rendre dans l'État membre où il a demandé asile, ou le demandeur d'asile, en raison de sa situation personnelle, notamment de ses relations antérieures avec le pays tiers, peut être admis dans ce dernier sur la base d'une preuve manifeste. Dans la Council resolution du 30 novembre 1992 concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine (résolution de Londres), les États membres ont également défini la notion de pays tiers d'accueil vers lesquels le demandeur d'asile peut être renvoyé, en décidant qu'un demandeur d'asile peut être envoyé dans un État si : sa vie et sa liberté n'y sont pas menacées, il n'y est pas exposé à la torture ou autres traitements inhumains ou dégradants; il a déjà obtenu la protection de ce pays ou peut

¹⁶⁹ Convention de Dublin sur la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes, *Journal officiel des Communautés européennes* n° C 254 du 19 août 1997, p. 1.

¹⁷⁰ Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile..., op. cit. Le règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 porte sur les modalités d'application du règlement 343/2003, *Journal officiel des Communautés européennes* n° L 222 du 5 septembre 2003, p. 3.

¹⁷¹ Résolution des ministres chargés de l'immigration, 30 novembre-1^{er} décembre 1992, sur une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers d'accueil, SN 4823/92.

manifestement y être admis; il y bénéficie d'une protection effective contre le refoulement.

85. La notion de « pays sûr » permet donc aux États membres d'appliquer une procédure d'examen qui, tout en respectant la garantie du traitement individuel, est accélérée dès lors que l'État d'origine est reconnu comme « sûr ». Toutefois, les États conservent une marge de manœuvre importante pour définir la notion de « pays sûr », ce qui compromet l'interprétation uniforme des critères de « sûreté ». L'État expulsant doit donc rechercher, si de tels risques existent, quelle est leur pertinence, et il ne peut recourir à l'ordre public pour expulser l'étranger. Lorsqu'un État membre rejette la demande d'asile introduite par un étranger, il est donc tenu d'expulser l'intéressé vers un pays sûr, qui peut être le pays d'origine ou un autre État tiers¹⁷².

86. Pour encadrer l'évaluation de la situation d'un État de destination par l'État expulsant, le Conseil doit adopter une liste commune minimale modifiable de pays tiers que les États membres de l'Union européenne considèrent comme des pays d'origine sûrs. Cette liste doit être élaborée en prenant en compte les informations des États membres et celles provenant du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), du Conseil de l'Europe et d'autres organisations nationales compétentes. La liste n'empêche pas les États de désigner comme sûrs d'autres pays d'origine, mais ils doivent en faire la notification à la Commission. L'établissement de cette liste doit permettre de traiter plus rapidement les demandes d'asile. L'article 36 de la directive prévoit, quant à elle, qu'un pays tiers européen est sûr s'il a ratifié et respecte la Convention de Genève de 1951 et la Convention européenne des droits de l'homme, si sa législation comprend des dispositions prévoyant une procédure d'asile ou s'il figure sur la liste commune de pays sûrs établie par le Conseil. Toutefois, selon la directive, « le fait qu'un pays tiers soit désigné comme pays d'origine sûr (...) ne saurait donner aux ressortissants de ce pays une garantie absolue de sécurité (...). [Dès lors], il importe que, lorsqu'un demandeur fait valoir des motifs sérieux portant à croire que le pays concerné n'est pas sûr dans son cas particulier, la désignation de ce pays comme pays sûr ne puisse plus être considérée comme étant pertinente à son égard »¹⁷³.

87. Cette façon de procéder a été critiquée par certains auteurs. F. Julien-Laferrrière estime à cet égard que « les États européens entendent limiter au maximum l'entrée et le séjour d'étrangers sur leur territoire, y compris quand ceux-ci demandent l'asile. Pour ce faire, ils tentent d'instituer des mécanismes destinés à retenir les demandeurs d'asile, sinon dans leur pays d'origine ou de résidence, du moins dans les pays ou les zones géographiques les plus proches de leur pays d'origine. Le recours [à la notion] de « pays tiers sûr » remplit parfaitement cette fonction (...) »¹⁷⁴. La conclusion d'accords de réadmission, ou l'insertion de clauses de

¹⁷² Directive n° 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, *Journal officiel de l'Union européenne* n° L 326 du 13 décembre 2005, p. 13; rectificatif, *Journal officiel de l'Union européenne* n° L 236 du 31 août 2006, p. 36.

¹⁷³ Point 21 de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié.

¹⁷⁴ F. Julien-Laferrrière, « La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés », dans V. Chetail (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et*

réadmission dans des accords internationaux, vise en partie à faciliter la mise en œuvre de ces politiques d'expulsion vers des « pays sûrs ».

88. Cette notion, d'apparition récente et confinée pour l'instant à la pratique européenne, ne peut encore faire l'objet d'un projet de règle de portée générale, d'autant plus qu'elle est essentiellement fluctuante.

2. État de destination

89. Plusieurs possibilités s'offrent à l'étranger sous le coup d'une mesure d'expulsion s'agissant du choix de l'État de destination : l'État de nationalité; l'État de résidence; l'État qui a délivré les documents de voyage de l'intéressé; l'État de débarquement; un État partie à un traité; un État ayant donné son consentement ainsi que d'autres États. La législation interne des États fait souvent dépendre le choix de l'État où sera renvoyé l'étranger expulsé des circonstances propres en l'espèce¹⁷⁵. Pour décider de l'État de destination, on peut être conduit à rechercher si l'étranger en cause peut être admis sur le territoire de tel ou tel État.

a) État de nationalité

90. L'État de nationalité semble être la destination naturelle, et en tous les cas la plus courante, de l'étranger sous le coup d'une mesure d'expulsion, ledit État étant tenu, en droit international, d'admettre ses ressortissants. Cette obligation est consacrée par la Convention concernant la condition des étrangers sur les territoires des parties contractantes de 1928¹⁷⁶. Mais un étranger peut s'opposer à son renvoi vers son État de nationalité en raison des risques de torture qu'il y encourt ou en raison de son état de santé. Les instruments internationaux et la jurisprudence sont unanimes à cet égard. Le paragraphe 7 de l'article 22 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille dispose en ce sens que : « Sans préjudice de l'exécution d'une décision d'expulsion, les travailleurs migrants ou les membres de leur famille qui font l'objet d'une telle décision peuvent demander à être admis dans un État autre que leur État d'origine ».

91. La doctrine s'est également penchée sur l'obligation faite à l'État d'admettre ses ressortissants¹⁷⁷. Dès 1892, l'Institut de droit international avait considéré que l'État ne pouvait interdire à ses ressortissants l'accès à son territoire¹⁷⁸. Certains

perspectives, publication de l'Institut international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2001, 456 pages, p. 257 à 286, spécialement p. 282.

¹⁷⁵ « Le droit interne prévoit souvent l'éloignement ou l'expulsion des étrangers vers toutes sortes de juridiction. » Richard Plender, op. cit., p. 468.

¹⁷⁶ Convention concernant la condition des étrangers sur les territoires des parties contractantes, adoptée par la VI^e Conférence internationale américaine, signée à La Havane, le 20 février 1928. Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CXXXII, 1932-1933, n° 3045, p. 306. Le paragraphe 2 de l'article 6 se lit comme suit : « Les États sont obligés de recevoir leurs nationaux qui, expulsés de l'étranger, se dirigent vers leur territoire ».

¹⁷⁷ Voir Karl Doehring, op. cit., p. 111; Guy S. Goodwin-Gill, op. cit., p. 255; David John Harris, op. cit. p. 505; Richard Plender, « The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law », op. cit., p. 26; Ivan Anthony Shearer, op. cit., p. 78; voir également S. K. Agrawala, op. cit., p. 103.

¹⁷⁸ « En principe, un État ne doit pas interdire l'accès ou le séjour sur son territoire soit à ses sujets soit à ceux qui, après avoir perdu leur nationalité dans ledit État, n'en ont point acquis une autre. » *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, op. cit., art. 2.

auteurs ont cru y voir le corollaire nécessaire du droit d'expulsion de l'État, en tant qu'elle permet de donner effet à ce droit¹⁷⁹.

92. La question se pose de savoir si l'État a l'obligation d'admettre sur son territoire ses ressortissants expulsés illégalement¹⁸⁰. Autrement dit, l'État a-t-il l'obligation d'admettre ses ressortissants lorsque l'État expulsant n'a pas le droit d'expulser les intéressés, ou l'a fait en violation des règles du droit international? Cette question amène à examiner les rapports entre le droit qu'a tout État d'accueil d'expulser un étranger de son territoire et l'obligation faite à l'État de nationalité de recevoir ses ressortissants expulsés par d'autres États. Elle conduit aussi à s'intéresser, du point de vue des voies de recours, aux éventuelles conséquences légales d'une expulsion illégale. La doctrine classique semble être que l'État a l'obligation d'admettre ses ressortissants en raison même de leur nationalité et peu importe la légalité ou l'illégalité de l'expulsion ou des autres circonstances qui ont pu entourer le retour de ces ressortissants¹⁸¹.

93. On retiendra aussi que l'État de nationalité peut mettre des conditions à l'admission de ses ressortissants, par exemple la preuve de la nationalité sous forme de passeport ou autre pièce. Des problèmes d'ordre pratique peuvent surgir lorsque les intéressés se trouvent dans l'impossibilité de produire l'information demandée. On a pu soutenir que quiconque fait valoir son droit au retour devrait se voir ménager la possibilité raisonnable de prouver sa nationalité, des voies de recours devant lui être ouvertes en cas de refus de nationalité. Après avoir dressé le tableau de la situation telle qu'elle se dégage des législations de plusieurs pays, L. B. Sohn et T. Buergenthal concluent :

« Quoi qu'il en soit, toute personne qui demande à exercer son droit au retour doit se voir ménager la possibilité de prouver son état de national et la question doit être tranchée objectivement dans le respect de la légalité, l'intéressé devant pouvoir, en cas de rejet d'une demande de reconnaissance de l'État de nationalité et, par voie de conséquence, du droit d'être admis sur le territoire, attaquer cette décision devant l'instance d'appel judiciaire ou administrative compétente. »¹⁸².

94. La question s'est posée de savoir si l'obligation d'admettre les ressortissants joue en présence de cas de double (ou multiple) nationalité entre les États de nationalité en présence. Comme le Rapporteur spécial l'a dit dans ses troisième et quatrième rapports¹⁸³, la question relève des règles de droit international relatives à

¹⁷⁹ Voir Guy S. Goodwin-Gill, op. cit., p. 136 (citant Schwarzenberger, *International Law* (3^e éd., 1957), vol. I, p. 361; Oppenheim, *International Law* (8^e éd., 1955), vol. I, p. 645 et 646; Robert Jennings et A. Watts, op. cit., p. 944; Richard Plender, op. cit., p. 459.

¹⁸⁰ « De surcroît, il est loin d'être acquis que l'État ait l'obligation de recevoir ses ressortissants qui ont été illégalement expulsés par un autre État, au moins dans la mesure où l'obligation d'admission est une obligation qui ne lie que les États entre eux. » Guy S. Goodwin-Gill, op. cit., p. 201 et 202.

¹⁸¹ Voir Louis B. Sohn et T. Buergenthal (dir. publ.), op. cit., p. 39 et 40 (citant les arrêts de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, 1955 C.I.J. Recueil 4 et de la Cour européenne de justice dans l'affaire *van Duyn c. Home Office*, affaire 41-74, *Recueil de jurisprudence*, 1974, p. 1337).

¹⁸² Louis B. Sohn et T. Buergenthal, op. cit., p. 46 et 47; David John Harris, op. cit., p. 506.

¹⁸³ Pour le troisième rapport, voir Commission du droit international, cinquante-neuvième session, 7 mai-5 juin et 9 juillet-10 août 2007, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, pour le quatrième rapport, voir Commission du

la nationalité et n'entre dès lors pas dans le champ de la présente étude. Il convient cependant de rappeler que les nationalités se valent et confèrent les mêmes droits au bénéficiaire de la double ou de la multiple nationalité.

95. Aux termes de la législation de certains États¹⁸⁴, les étrangers sont éloignés vers leur État de nationalité ou un autre État avec lequel l'individu en cause a des liens particuliers. Ainsi, l'État qui a pris la mesure d'éloignement peut renvoyer l'étranger vers : l'État dont celui-ci est citoyen ou ressortissant¹⁸⁵ ou natif¹⁸⁶; l'État d'« appartenance » de l'étranger¹⁸⁷; l'État d'« origine » de l'étranger (quand cet État n'est pas l'État de nationalité)¹⁸⁸; ou l'État de naissance de l'étranger¹⁸⁹. L'État qui a pris la mesure d'éloignement peut faire de cette estimation une première option¹⁹⁰, une première option subsidiaire¹⁹¹, une deuxième option laissée à son choix¹⁹² ou une deuxième option subsidiaire¹⁹³.

96. Les tribunaux internes ont en général confirmé le droit de l'État d'expulser un étranger vers son État de nationalité¹⁹⁴. En outre, certaines juridictions nationales

droit international, soixantième session, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2008, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10)*.

¹⁸⁴ L'analyse de ces législations nationales et des éléments de jurisprudences nationales est tirée du *Mémorandum du Secrétariat. Étude sur l'expulsion des étrangers*, op. cit., par. 511, 512 et 513.

¹⁸⁵ Bélarus, loi de 1998, art. 19 et 33; Brésil, loi de 1980, art. 57; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241 b) 1) C) i) et 2) D) et 250; France, Code, art. L.513-2 1) et L.532-1; Japon, ordonnance de 1951, art. 53 1); Nigéria, loi de 1963, art. 17 1) c) i) et 22 1); République de Corée, loi de 1992, art. 64 1).

¹⁸⁶ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 250.

¹⁸⁷ Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 13 12), loi n° 40 (1998), art. 11 12), décret-loi de 1996, art. 7 3); et Kenya, loi de 1967, art. 8 2) a).

¹⁸⁸ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 64 1); Brésil, loi de 1980, art. 57; Lituanie, loi de 2004, art. 129 1); Guatemala, décret-loi de 1986, art. 88; Honduras, loi de 2003, art. 3 23); Paraguay, loi de 1996, art. 78; Suède, loi n° 529 (1989), art. 8.5; et Suisse, ordonnance de 1999, art. 9.

¹⁸⁹ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241 b) 1) C) iv) et vi); Japon, ordonnance de 1951, art. 53 2), 4) et 5); République de Corée, loi de 1992, art. 64 2) 1);

¹⁹⁰ Bélarus, loi de 1998, art. 19; France, Code, art. L.513-2 1) et L.532-1; Italie, décret-loi de 1996, art. 7 3); Japon, ordonnance de 1951, art. 53 1); Nigéria, loi de 1963, art. 17 1) c); et République de Corée, loi de 1992, art. 64 1).

¹⁹¹ Bélarus, loi de 1998, art. 33; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 64 1); Brésil, loi de 1980, art. 57; Guatemala, décret-loi de 1986, art. 88; Honduras, loi de 2003, art. 3 23); Kenya, loi de 1967, art. 8 2) a); Nigéria, loi de 1963, art. 22 1); Paraguay, loi de 1996, art. 78; Suède, loi n° 529 (1989), art. 8.5; Suisse, ordonnance de 1999, art. 9; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 252. Un État peut : 1) autoriser expressément l'étranger à choisir cette option (États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 250); 2) laisser expressément ce choix au ministre compétent [Kenya, loi de 1967, art. 8 2) a)]; Nigéria, loi de 1963, art. 22 1); Paraguay, loi de 1996, art. 78; ou 3) ne pas préciser à qui revient le choix [Bélarus, loi de 1998, art. 33; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 64 1)]; Brésil, loi de 1980, art. 57; Guatemala, décret-loi de 1986, art. 88; Honduras, loi de 2003, art. 3 23); Suède, loi n° 529 (1989), art. 8.5; Suisse, ordonnance de 1999, art. 9).

¹⁹² États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 240 b) 1) C), 2) D) (mais seulement lorsque l'État de destination correspond à l'État de nationalité de l'étranger).

¹⁹³ Certains États n'autorisent pas l'étranger à choisir cette option [République de Corée, loi de 1972, art. 64 2) 1)-2)] ou ne précisent pas à qui il revient de faire ce choix [Portugal, décret-loi de 1998, art. 21 1)].

¹⁹⁴ Voir, par exemple, *Mackeson c. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another*, op. cit., p. 252. *Mohamed and Another c. President of the Republic of South Africa and Others*, op. cit., p. 469 à 500; affaire de l'arrêt d'interdiction de séjour 1), op. cit., p. 431 à 433; *Chan c. McFarlane*, op. cit., p. 213 à 218; *United States Ex Rel. Hudak c. Uhl*, District Court, Northern

ont retenu la présomption que l'État de nationalité admettrait sur son territoire ses nationaux expulsés¹⁹⁵. Toutefois, on note que dans d'autres affaires, les juridictions saisies ont relevé que l'État de nationalité n'était pas nécessairement disposé à admettre son ressortissant¹⁹⁶. Il s'agit cependant d'exceptions peu nombreuses au regard de ce qui apparaît comme la tendance dominante au point de constituer la règle en la matière.

b) État de résidence

97. D'après la législation de certains États, l'étranger est éloigné à destination de l'État où il a sa résidence ou dans lequel il résidait avant d'entrer sur le territoire de l'État qui l'éloigne¹⁹⁷. L'État expulsant peut retenir cette destination comme première option¹⁹⁸ ou comme deuxième option à son choix¹⁹⁹.

c) État de délivrance du passeport

98. L'étranger peut être renvoyé vers l'État qui lui a délivré son passeport dans deux hypothèses différentes. Le passeport peut être considéré comme preuve de nationalité de l'étranger. Dans ce cas, l'étranger expulsé vers ce pays est en fait renvoyé dans son État de nationalité. Cependant, il arrive que des États délivrent des passeports à des non-nationaux. En pareils cas, l'étranger peut être renvoyé vers l'État qui lui a délivré son passeport, puisque la possibilité de renvoyer le titulaire d'un passeport vers l'État qui le lui a délivré semble être une condition essentielle de la validité du passeport. Relevant à ce sujet que la Cour suprême du Brésil a constaté qu'une mesure d'éloignement qui frappait un ressortissant roumain ne pouvait être mise à exécution parce que le Gouvernement roumain refusait de délivrer un passeport à l'intéressé, un auteur écrit : « Il existe aujourd'hui un corps de doctrine important à l'appui de l'idée que la possession d'un passeport met l'État qui l'a délivré dans l'obligation de réadmettre le titulaire si celui-ci fait l'objet

District, New York, 1^{er} septembre 1937, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, années 1935-1937, H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire n° 161, p. 343 (« Il est pour le moins étrange de soutenir qu'il y a des limites à la faculté qu'a une nation souveraine d'éloigner à destination de son pays natal un étranger entré illégalement aux États-Unis, qu'il y soit entré directement à partir de son pays natal ou en transitant par un autre pays »).

¹⁹⁵ Voir, par exemple, *United States Ex Rel. Tom Man c. Shaughnessy*, États-Unis, District Court, Southern District, New York, 16 mai 1956, *International Law Reports*, 1956, H. Lauterpacht (dir. publ.), p. 400 (« Bien que dans la plupart des cas on puisse présumer que "le pays où un étranger est né" consentira à recevoir ce même étranger frappé d'une mesure d'éloignement, cette présomption ne pouvait pas par elle-même résister aux faits de la cause »).

¹⁹⁶ Voir *Aronowicz c. Minister of the Interior*, Division d'appel de la Cour suprême, 15 novembre et 12 décembre 1949, *International Law Reports*, 1950, H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire n° 73, p. 259 (« Il a fait observer que, de nos jours, tous les États n'étaient pas nécessairement disposés à admettre leurs ressortissants quand un autre État voulait les rapatrier chez... »); *Ngai Chi Lam c. Esperdy*, op. cit., p. 536 à 538 (l'État de nationalité refuse d'accueillir un individu expulsé).

¹⁹⁷ Bélarus, loi de 1998, art. 19; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241 b) 1) C) iii), 2) E) iii); Japon, ordonnance de 1951, art. 53 2) 1)-2); République de Corée, loi de 1992, art. 61 2) 1). Un État peut faire de cette destination une troisième option dont il se réserve le choix [États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241 b) 2) E) iii)].

¹⁹⁸ Bélarus, loi de 1998, art. 19.

¹⁹⁹ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241 b) 1) C) (mais seulement quand l'État de destination est l'État de nationalité de l'étranger); [République de Corée, loi de 1992, art. 64 2) 1)-2)].

d'une mesure d'éloignement de la part d'un autre État et n'a aucun autre lieu où aller. Cette obligation est souvent consacrée dans les traités [...] »²⁰⁰.

99. La question de la réadmissibilité est donc clairement liée à celle du passeport. Mais celui-ci ne peut constituer une preuve suffisante de nationalité car aucune règle de droit international coutumier n'interdit de délivrer des passeports à des non-nationaux. En effet, des passeports peuvent être délivrés à des personnes à qui l'asile a été accordé ou qui, pour des raisons politiques, se trouvent dans l'impossibilité d'en obtenir un de leur État de nationalité. En définitive, bien que le passeport constitue en lui-même une garantie suffisante de réadmissibilité, le fait qu'un étranger possède un passeport « ne garantit nullement à son titulaire l'admission sur le territoire de l'État qui l'a délivré, car la garantie de réadmissibilité exigée par le droit international coutumier constitue une obligation qui ne lie que des États entre eux. »²⁰¹.

100. Selon la législation de certains États, les étrangers sont éloignés à destination de l'État qui leur a délivré leur document de voyage²⁰², quel qu'il soit. L'État qui prend la mesure d'éloignement peut retenir cette destination comme première option²⁰³, première option subsidiaire²⁰⁴ ou deuxième option subsidiaire²⁰⁵.

d) État d'embarquement

101. D'après la législation de certains États²⁰⁶, les étrangers sont éloignés vers l'État d'embarquement²⁰⁷, l'État qui prend la mesure d'éloignement pouvant renvoyer l'étranger vers l'État d'où il est entré sur son territoire ou celui où il a embarqué dans le moyen de transport qui l'a amené²⁰⁸. Comme le relève un auteur :

²⁰⁰ Guy S. Goodwin-Gill, op. cit., p. 45. L'auteur renvoie, entre autres, à l'affaire et aux documents suivants : *Feldman c. Justica Publica*, Ann. Dig. 1938-40, affaire n° 54; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 414, p. 211; Accord de 1954 entre la Suède et la République fédérale d'Allemagne, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 200, p. 39; Accord de 1954 entre le Danemark et la République fédérale d'Allemagne, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 200, p. 53; Accord de 1958 entre la Belgique et les Pays-Bas, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, p. 84; Accord de 1962 entre l'Autriche et la France, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 463, p. 173; art. 5 de l'Accord européen sur le régime de la circulation des personnes entre les pays membres du Conseil de l'Europe (*Recueil des Traités européens*, n° 25).

²⁰¹ Ibid., p. 50 (les italiques viennent du texte original).

²⁰² France, Code, art. L.513-2 2); Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 10 3), loi n° 40 (1998), art. 8 3); Nigéria, loi de 1963, art. 17 1) c) ii); Portugal, décret-loi de 1998, art. 21 1); Tunisie, loi de 1968, art. 5.

²⁰³ Italie, décret-loi de 1996, art. 7 3); Nigéria, loi de 1963, art. 17 1) c).

²⁰⁴ Italie, loi n° 40 (1998), art. 8 3). Les États ne précisent pas nécessairement qui fera ce choix [Italie, loi n° 40 (1998), art. 8 3)].

²⁰⁵ Les États ne précisent pas nécessairement qui fera ce choix [Portugal, décret-loi de 1998, art. 21 1)].

²⁰⁶ Source : *Étude du Secrétariat sur l'expulsion des étrangers*, op. cit. par. 516.

²⁰⁷ Voir Ivan Anthony Shearer, op. cit., p. 77 et 78; voir aussi D. P. O'Connell, op. cit., p. 710 et 711.

²⁰⁸ Bélarus, loi de 1998, art. 19 et 33; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 64 1); Canada, loi de 2001, art. 115 3); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241 b) 1) A)-B), 2) E) i)-ii), 250; Guatemala, décret-loi de 1986, art. 88; Honduras, loi de 2003, art. 3 23); Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 10 3), 13 12), loi n° 40 (1998), art. 8 3), 11 12), décret-loi de 1996, art. 7 3); Japon, ordonnance de 1951, art. 53 2) 3); Kenya, loi de 1967, art. 8 2) a); Panama, décret-loi de 1960, art. 59; Paraguay, loi de 1996, art. 78; Portugal, décret-loi de 1998, art. 21 1); République de Corée, loi de 1992, art. 64 2) 3); Suède, loi n° 529 de 1989, art. 8.5; Suisse, ordonnance de 1999, art. 9.

« Les polices nationales des frontières ont communément pour pratique de choisir d'abord le lieu où l'étranger a embarqué pour se rendre dans le territoire de l'État qui l'éloigne. Outre qu'il est logique, ce choix est parfois dicté par l'obligation légale qu'a le transporteur envers l'État expulsant, obligation qui se limite à ramener les individus éloignés au lieu où le transporteur les a pris en charge. Lorsque le pays d'embarquement fait savoir à l'avance qu'il n'est pas disposé à accueillir un étranger, il faut alors lui trouver d'autres destinations »²⁰⁹. L'État expulsant peut retenir l'État d'embarquement comme première option²¹⁰, première option subsidiaire²¹¹, deuxième option²¹², deuxième option subsidiaire laissée au choix de l'étranger²¹³ ou encore comme troisième option laissée au choix de l'étranger²¹⁴.

102. L'État peut limiter l'éventail des destinations envisagées sous la présente rubrique aux États de destination parties à un accord ou un arrangement particulier²¹⁵. Il peut aussi subordonner à certaines conditions le choix d'un État adjacent ou ayant une frontière commune avec lui²¹⁶, réserver l'application de la présente rubrique aux étrangers ayant un statut provisoire²¹⁷ et, dans le cas des personnes protégées, choisir un autre État si l'État de destination a débouté l'étranger de sa demande d'asile²¹⁸.

103. L'État d'embarquement peut être distingué de l'État de transit. Ce dernier est l'État où l'étranger objet de l'expulsion a séjourné légalement pendant une certaine période. On a affirmé qu'il « n'est pas obligé par le droit international général de réadmettre quelqu'un qui est passé sur son territoire, voire qui y est resté pendant une période assez longue »²¹⁹. Néanmoins, certains considèrent que les nombreux accords bilatéraux ou régionaux de réadmission conclus ces dernières décennies, applicables à ces situations de transit, souvent dans le cadre de régimes plus larges

²⁰⁹ Ivan Anthony Shearer, op. cit., p. 77 et 78; voir aussi D. P. Connell, op. cit., p. 710 et 711.

²¹⁰ Canada, loi de 2001, art. 115 3); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241 b) 1) A)-B); Portugal, décret-loi de 1998, art. 21 1).

²¹¹ Bélarus, loi de 1998, art. 22; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 64 1); Brésil, loi de 1980, art. 57; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 250; Guatemala, décret-loi de 1986, art. 88; Honduras, loi de 2003, art. 3 23); Italie, loi n° 40 (1998), art. 8 3); Kenya, loi de 1967, art. 8 2) a); Lituanie, loi de 2004, art. 129 1); Panama, décret-loi de 1960, art. 59; Paraguay, loi de 1996, art. 78; Suède, loi n° 529 (1989), art. 8.5; Suisse, ordonnance de 1999, art. 9. Un État peut : 1) autoriser expressément l'étranger à choisir cette option (États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 250); 2) réserver expressément ce choix au ministre compétent (Kenya, loi de 1967, art. 8 2) a), 3); Panama, décret-loi de 1960, art. 59; Paraguay, loi de 1996, art. 78); ou 3) ne pas préciser à qui revient ce choix (Bélarus, loi de 1998, art. 33; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 64 1); Brésil, loi de 1980, art. 57; Guatemala, décret-loi de 1986, art. 88; Honduras, loi de 2003, art. 3 23); Italie, loi n° 40 (1998), art. 8 3); Lituanie, loi de 2004, art. 129 1); Suède, loi n° 529 (1989), art. 8.5; Suisse, ordonnance de 1999, art. 9.

²¹² Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 13 12); loi n° 40 (1998), art. 11 12), décret-loi de 1996, art. 7 3).

²¹³ Japon, ordonnance de 1951, art. 53 2) 3); République de Corée, loi de 1992, art. 64 2) 3).

²¹⁴ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241 b) 2) E) i)-ii).

²¹⁵ Italie, décret-loi de 1996, art. 7 3).

²¹⁶ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241 b) 2) B).

²¹⁷ Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 10 3).

²¹⁸ Canada, loi de 2001, art. 115 3).

²¹⁹ David A. Martin, op. cit., p. 42 [citant, entre autres, la Convention de Dublin sur la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile auprès d'un État membre des communautés européennes, 15 juin 1990. *Journal officiel de la Communauté européenne*, C.254/1 (1997)].

de désignation de l'État chargé d'instruire une demande d'asile, comme la Convention de Dublin de 1990, participeraient de l'application d'un principe dit du pays de premier asile, mais la pratique des États ne confirme aucun principe de ce genre. À vrai dire, même en l'absence d'accord de réadmission, l'État peut tenir compte du séjour antérieur d'un demandeur d'asile dans un État tiers avant de décider de lui accorder l'asile, la décision d'accorder l'asile étant, en dernier ressort, laissée à la discrétion des États. Ceci a été illustré de la manière suivante : « [...] l'État C, saisi d'une demande d'asile par un ressortissant de l'État A où il est exposé à des persécutions, peut à bon droit prendre en compte le séjour de l'intéressé dans l'État B et la protection dont il y a joui apparemment et lui refuser l'asile sur ce motif. Or dans ce cas, l'État B n'a aucunement l'obligation de le réadmettre sauf à avoir souscrit une obligation expresse de réadmission à un titre ou à un autre. Le principe de non-refoulement consacré par l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés ne permet pas à l'État C de renvoyer l'intéressé vers l'État A. Bien que l'asile lui ait été refusé, il est tout à fait possible que l'intéressé soit amené à rester indéfiniment sur le territoire de l'État C »²²⁰.

e) État partie à un traité

104. L'État peut assumer l'obligation d'admettre sur son territoire des étrangers ressortissants d'autres États parties à un traité²²¹. Une telle obligation peut résulter dans certains cas d'un traité bilatéral. Les États parties à un traité de ce type peuvent se réserver le droit de refuser l'admission ou l'entrée à ces étrangers dans certaines conditions qui sont précisées dans le traité. La nature et la portée de l'obligation faite à l'État d'admettre des étrangers dépend donc des stipulations du traité, qui peuvent varier d'un traité à l'autre²²².

105. En ce qui concerne les traités constitutifs d'organisations internationales, certains peuvent eux aussi donner à des étrangers le droit d'entrer librement sur le territoire des États membres, comme c'est le cas dans la Communauté économique européenne²²³. Le Traité instituant la Communauté garantit en son article 39, entre autres, la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. Cette libre circulation « implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des États membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail », et « comporte le droit, sous

²²⁰ Ibid.

²²¹ Voir Robert Jennings et A. Watts, op. cit., p. 898 et 899 [où sont notamment mentionnés le Traité instituant la Communauté économique européenne de 1957; le Protocole exonérant les ressortissants du Danemark, de la Finlande, de la Norvège et de la Suède de l'obligation d'être munis d'un passeport ou d'un permis de séjour pour demeurer dans un pays nordique autre que le leur, signé le 22 mai 1954 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 199, p. 29) (l'Islande a adhéré à ce protocole en 1955); l'Accord entre le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède concernant la suppression du contrôle des passeports aux frontières internordiques, signé en 1957 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 322, p. 235) (l'Islande est devenue partie à cet accord en 1966), tel que modifié par avenant en 1979 (RG, 84 (1980), p. 376); la Convention entre la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas concernant le transfert du contrôle des personnes vers les frontières extérieures du territoire du Benelux, 1960 [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 374, p. 3)].

²²² Voir Ian Brownlie, op. cit., p. 498 (l'auteur cite un traité de 1948 entre les États-Unis et l'Italie); Rainer Arnold, op. cit., p. 104.

²²³ Karl Doehring, « Aliens, Admission », op. cit., p. 108 et 109.

réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique », entre autres :

« b) De se déplacer [...] librement sur le territoire des États membres;

c) De séjourner dans un des États membres afin d'y exercer un emploi, conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux;

d) De demeurer, dans des conditions qui feront l'objet de règlements d'application établis par la Commission, sur le territoire d'un État membre après y avoir occupé un emploi »²²⁴.

106. Il ressort en outre de l'article 43 du Traité que « les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites »²²⁴.

107. L'Accord entre le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède concernant la suppression du contrôle des passeports aux frontières internordiques, signé en 1957, contient les dispositions ci-après concernant l'expulsion d'étrangers ressortissants d'un des États contractants :

« Article 9. Aucun des États contractants ne permettra à l'étranger qui a été expulsé du territoire d'un autre État contractant d'entrer dans le territoire du premier de ces États sans autorisation spéciale. Une telle autorisation ne sera toutefois pas nécessaire dans le cas où l'un des États contractants, pour expulser un étranger, veut envoyer celui-ci en transit dans un autre État contractant.

Si un étranger qui a été expulsé d'un État nordique possède un permis de séjour dans un autre de ces États, cet État est obligé, sur demande, de le recevoir.

Article 10. Chacun des États contractants s'engage à reprendre sur son territoire l'étranger qui, conformément à l'article 6, paragraphe a) et, en ce qui concerne le permis d'entrer, aux paragraphes b) et f), aurait dû être refoulé à la frontière extérieure nordique dudit État, et qui est passé sans permis de cet État à un autre État nordique.

De même, chacun des États contractants s'engage à reprendre sur son territoire l'étranger qui, sans passeport valable et sans autorisation spéciale lorsqu'une telle autorisation est requise, est passé directement dudit État à un autre État nordique.

Les dispositions énoncées ci-dessus ne s'appliquent pas à l'étranger qui a séjourné dans l'État qui exige son renvoi pendant une période d'un an au moins à compter du jour de son entrée illicite dans ledit État ou qui, après son entrée illicite dans cet État, y a obtenu un permis de séjour et/ou un permis de travail...

Article 12. Les dispositions relatives à l'étranger expulsé qui sont énoncées au présent Accord seront également applicables à l'étranger qui, conformément

²²⁴ Version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne, *Journal officiel des Communautés européennes*, C/325/33, 24 décembre 2002, art. 39 et 43.

aux lois finlandaises ou suédoises, a été chassé du pays ou transporté hors du pays avec interdiction d'y rentrer sans autorisation spéciale. »²²⁵.

f) États consentants et autres États

108. D'après la législation de certains États²²⁶, les étrangers sont éloignés à destination d'États consentants et d'autres États. L'État peut ainsi renvoyer un étranger vers quelque État que ce soit²²⁷ ou vers tout État qui l'acceptera sur son territoire ou dans lequel il est légalement admissible²²⁸. L'État peut retenir une telle destination lorsque l'étranger risque d'être persécuté dans l'État de destination originel²²⁹ ou s'il a le statut de personne protégée dans l'État expulsant et que l'État de destination originel a rejeté sa demande d'asile²³⁰. L'État peut faire de cette destination une première option subsidiaire²³¹, une deuxième option subsidiaire²³² ou une option en dernier recours²³³.

109. Le droit qui appartient à l'État de décider s'il admettra tel ou tel étranger sur son territoire est conforme aux principes de l'égalité souveraine et de l'indépendance politique des États consacrés aux paragraphes 1 et 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. R. Jennings et A. Watts écrivent : « En droit international coutumier, aucun État ne peut revendiquer pour ses ressortissants le droit d'entrée et de séjour sur le territoire d'un État étranger. L'admission des étrangers est laissée à la discrétion des États, et chaque État, du fait de la souveraineté qu'il exerce sur son territoire, a pouvoir pour exclure les étrangers de tout ou partie de ce territoire »²³⁴. Ils ajoutent plus loin : « Comme l'État n'est nullement tenu d'admettre des étrangers sur son territoire, il peut mettre des conditions particulières à leur admission »²³⁵. L'État n'est donc pas tenu d'admettre

²²⁵ Accord entre le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède concernant la suppression du contrôle des passeports aux frontières internordiques, Copenhague, 12 juillet 1957, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 322, n° 4660, p. 290.

²²⁶ Les analyses des législations nationales qui suivent sont tirées de *L'étude du Secrétariat sur l'expulsion des étrangers*, op. cit., par. 523.

²²⁷ Canada, loi de 2001, art. 115 3); Suède, loi n° 529 de 1989, art. 8.5; Suisse, ordonnance de 1999, art. 9.

²²⁸ Brésil, loi de 1980, art. 57; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241 b) 1) C) iv), 2) E) vii), 507 b) 2) B); Guatemala, décret-loi de 1986, art. 88; Honduras, loi de 2003, art. 3 23); Kenya, loi de 1967, art. 8 2) a); Lituanie, loi de 2004, art. 129 1); Nigéria, loi de 1960, art. 22 1); Panama, décret-loi de 1960, art. 59; Paraguay, loi de 1996, art. 78; Portugal, décret-loi de 1998, art. 21 1) et 104 3).

²²⁹ Bélarus, loi de 1998, art. 33; Portugal, décret-loi de 1998, art. 104 3).

²³⁰ Canada, loi de 2001, art. 115 3).

²³¹ Brésil, loi de 1980, art. 57; Guatemala, loi de 1986, art. 88; Honduras, loi de 2003, art. 3 23); Kenya, loi de 1967, art. 8 2) a); Lituanie, loi de 2004, art. 129 1); Panama, décret-loi de 1960, art. 59; Paraguay, loi de 1996, art. 78; Suisse, ordonnance de 1999, art. 9. Un État peut : 1) demander que l'étranger accepte l'État de destination choisi (Kenya, loi de 1976, art. 8 2) a); 2) laisser ce choix au ministre compétent [Nigéria, loi de 1963, art. 22 1)]; Panama, décret-loi de 1960, art. 59; Paraguay, loi de 1996, art. 78); ou 3) ne pas préciser à qui il appartient de faire ce choix (Brésil, loi de 1980, art. 57; Guatemala, décret-loi de 1986, art. 88; Honduras, loi de 2003, art. 3 23); Lituanie, loi de 2004, art. 129 1); Suisse, ordonnance de 1999, art. 9.

²³² Portugal, décret-loi de 1998, art. 21 1), où il n'est pas précisé à qui il appartient de faire ce choix.

²³³ Canada, loi de 2001, art. 115 3); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241 b) 1) C) iv), 2) E) vii); Suède, loi de 1989, art. 8.5.

²³⁴ Robert Jennings et A. Watts, op. cit., p. 897 et 898.

²³⁵ Ibid, p. 899.

des étrangers sur son territoire en l'absence d'obligation conventionnelle²³⁶ à cet effet, comme celle par exemple des droits de l'homme ou de l'intégration économique²³⁷.

110. Le droit de l'État de décider s'il admettra ou non un étranger sur son territoire est également consacré, en des termes généraux, par l'article premier de la Convention de l'Organisation des États américains sur l'asile territorial qui dispose: « Dans l'exercice de sa souveraineté, tout État a le droit d'admettre sur son territoire les personnes qu'il lui convient de recevoir, sans qu'aucun État, à l'occasion de l'exercice de ce droit, puisse élever aucune réclamation »²³⁸. Par ailleurs, la Convention concernant la condition des étrangers sur les territoires des parties contractantes, adoptée par la sixième Conférence internationale américaine et signée à La Havane le 20 février 1928, reconnaît à chaque État le droit d'établir les conditions de l'entrée des étrangers sur son territoire²³⁹. C'est sur cette base que, comme on l'a vu, le Tribunal arbitral avait reconnu expressément, dans l'affaire *Ben Tillet*, le droit de tout État de refuser l'entrée sur son territoire à un étranger qui, selon son appréciation souveraine des faits, lui semble présenter une menace contre la sécurité nationale²⁴⁰.

111. Dans le même esprit, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré, dans l'affaire *Moustaquim*, que le droit des États de contrôler l'entrée des étrangers sur leur territoire était un principe de droit international bien établi: « [...] le souci des États contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux. »²⁴¹.

112. Sur le plan du droit interne, dès 1891, la Cour suprême des États-Unis jugeait que chaque nation souveraine a, en droit international, la faculté de décider quels étrangers admettre sur son territoire et sous quelles conditions: « C'est un principe accepté du droit international que chaque nation souveraine a la faculté, inhérente à sa souveraineté et essentielle pour sa propre préservation, d'interdire l'entrée d'étrangers sur ses territoires ou de ne les admettre que dans les cas et aux

²³⁶ Voir *Ekiu c. U.S.*, 142 U.S. 651 (1892); E. Vattel, *Le droit des gens*, 1758, livre II, sect. 94; Shigeru Oda, op. cit., p. 481; Ian Brownlie, op. cit., p. 498; Green Haywood Hackworth, op. cit., p. 717. Voir aussi Hurst Hannum, op. cit., p. 61; Hans Kelsen, op. cit., p. 366; Louis B. Sohn et T. Buergenthal, op. cit., p. 46.

²³⁷ Voir H. Lambert, p. 11.

²³⁸ Convention sur l'asile territorial, Caracas, 28 mars 1954, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1438, n° 24378, p. 127.

²³⁹ Article premier: « Les États ont le droit d'établir au moyen de lois les conditions de l'entrée et de la résidence des étrangers sur leur territoire. » *Recueil des Traités*, no 34, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CXXXII, 1932-1933, n° 3045, p. 306.

²⁴⁰ Affaire *Ben Tillet (Royaume-Uni c. Belgique)*, sentence arbitrale du 26 décembre 1898, dans G. Fr. de Martens, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux apports de droit international*, deuxième série, t. XXIX, Leipzig, Librairie Dieterich Theodor Weicher, 1903, p. 269.

²⁴¹ Affaire *Moustaquim c. Belgique*, op. cit., par. 43. Voir aussi affaire *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, op. cit., par. 102; affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, par. 73; affaire *Ahmed c. Autriche*, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 17 décembre 1996, requête n° 25964/94, par. 38; affaire *Bouchelkia c. France*, op. cit., par. 48; affaire *H. L. R. c. France*, op. cit., par. 33.

conditions qu'il lui plaît prescrire. »²⁴². Dans le même ordre d'idées, en 1906, le Comité judiciaire du Conseil privé (prédécesseur de la Cour suprême du Canada) a reconnu dans l'arrêt *Attorney-General for Canada c. Cain* le droit de l'État d'admettre ou non des étrangers, même ceux qui sont ressortissants d'États amis : « Dans chaque État, l'une des prérogatives de l'autorité suprême est de pouvoir refuser à un étranger la permission d'entrer sur le territoire, de pouvoir subordonner la permission d'y entrer à telles conditions qu'il lui plaira et de pouvoir expulser ou éloigner à son gré même un étranger [ressortissant d'un pays] ami, surtout s'il considère que la présence de cet étranger sur son territoire est contraire à la paix, à l'ordre public et à l'intérêt public ou à ses intérêts sociaux ou matériels. »²⁴³.

D. Expulsion de l'étranger vers un État qui n'est pas tenu de l'admettre

113. Le retour suppose que le pays de renvoi accepte l'entrée de l'expulsé sur son territoire. Il est admis que l'étranger doit être renvoyé en priorité vers son pays d'origine. Toutefois, lorsque l'expulsion d'un étranger vers « son propre pays » n'est pas possible car trop risquée pour sa vie ou son intégrité physique, ou parce que les autorités dudit pays refusent de le réadmettre, il doit être renvoyé vers un État tiers. L'État expulsant doit alors s'assurer que l'État vers lequel est expulsé un étranger l'accepte et que la personne expulsée n'y sera pas exposée à de mauvais traitements.

114. Les vues sont partagées sur la question de savoir si le fait pour l'État d'expulser un étranger vers un État qui n'est pas tenu et qui n'a pas accepté de le recevoir constitue un fait internationalement illicite engageant la responsabilité de l'État expulsant. Ainsi, on a pu dire que le pouvoir très large qu'a l'État expulsant de déterminer la destination de la personne expulsée ne contredit pas le droit de l'État de destination de refuser d'admettre cette personne s'il n'est pas dans l'obligation de le faire²⁴⁴ : « Les très larges prérogatives conférées aux autorités nationales ne remettent nullement en question le principe général qui veut qu'un étranger ne puisse être déporté à destination d'un État qui ne serait pas son État de nationalité contre la volonté de cet État. D'ailleurs, il n'est pas rare que des autorités nationales, agissant conformément à des prérogatives clairement énoncées dans leur législation nationale, expulsent un étranger vers un État tiers dont les autorités nationales exercent leurs propres prérogatives, tout aussi certaines dans leur droit national, de le renvoyer là d'où il vient ». Qui plus est, on est allé jusqu'à dire que l'État expulsant ne viole pas le droit international en expulsant un étranger à destination d'un État qui n'est pas dans l'obligation de l'admettre, puisque cet État de destination peut toujours exercer son droit de refuser d'admettre l'étranger²⁴⁵. Richard Plender écrit encore : « Le fait de refouler un étranger à destination d'un pays qui n'a ni l'obligation ni l'intention de l'admettre n'engage pas, dans des

²⁴² *Nishimura Ekiu c. United States et al.*, op. cit. (références omises). Voir aussi *Chae Chan Ping c. United States*, Cour suprême des États-Unis, 13 mai 1889, 130 U.S. 581, 603, 604 (« La faculté [d'exclure des étrangers] de son territoire est une prérogative de toute nation indépendante. Elle fait partie intégrante de son indépendance. Dans la mesure où une nation ne pourrait exclure des étrangers, elle serait soumise au contrôle d'une autre puissance. »).

²⁴³ [1906] A.C. 542, p. 546.

²⁴⁴ Richard Plender, op. cit., p. 468.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 469.

conditions normales, la responsabilité internationale, que ce soit à l'égard de l'État à destination duquel il est reconduit ou à l'égard de tout État intéressé (que ce soit dans le cadre d'un traité ou autrement) au respect des droits fondamentaux dudit étranger ». Selon lui, l'expulsion répétée d'un étranger à destination d'États qui ne souhaitent pas l'admettre peut toutefois constituer une violation d'obligations spécifiques souscrites par l'État expulsant dans le cadre d'une convention de protection des droits de l'homme. En particulier, elle constituerait une violation de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés « si l'étranger en question est un réfugié et est refoulé de quelque manière que ce soit sur les frontières de territoires où sa vie ou sa liberté seraient menacées en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

115. Au contraire, cependant, on a pu dire qu'une telle conduite de la part de l'État expulsant contrevient à la règle générale qui veut qu'un État n'ait aucunement l'obligation d'admettre des étrangers sur son territoire. Selon D. P. O'Connell, « [u]n État ne peut tout simplement pas reconduire un étranger à sa frontière et la lui faire traverser sans engager lui-même sa responsabilité à l'égard de l'État vers lequel l'étranger est ainsi expulsé de force. Il ne peut, par conséquent, éloigner cet étranger que vers un pays disposé à l'admettre ou vers son pays de nationalité »²⁴⁶. Qui plus est, on estime que « [l]e préjudice subi par l'État qui doit accueillir un groupe d'expulsés sans en avoir été dûment averti justifierait une action en indemnisation au titre du privilège partiel »²⁴⁷. Richard Plender lui-même parvient à la conclusion suivante : « De la proposition selon laquelle un État n'est en général soumis à aucune obligation d'admettre des étrangers sur son territoire découle le principe qu'un État ne peut pas expulser un étranger vers un autre pays que son pays de nationalité, à moins que l'État de destination n'accepte de l'admettre sur son territoire. »²⁴⁸.

116. Ces positions doctrinales reposent sur la règle incontestable en droit international selon laquelle il est du pouvoir souverain de chaque État de fixer les conditions d'entrée et de séjour sur son territoire. Imposer à un État d'admettre un étranger contre son gré constituerait, comme on l'a vu, une atteinte à sa souveraineté et à son indépendance politique. C'est au bénéfice de cette règle découlant en particulier du principe de la souveraineté territoriale ainsi que de l'ensemble des analyses précédentes sur l'État de destination qu'il y a lieu de proposer le projet d'article ci-après, qui relève à n'en point douter de la codification :

Projet d'article E1

État de destination de l'étranger expulsé

- 1. L'étranger objet de l'expulsion est expulsé vers son État de nationalité.**
- 2. En cas de non-identification de l'État de nationalité, ou de risque de torture ou de traitement inhumain et dégradant de l'étranger objet de l'expulsion dans ledit État, il est expulsé vers l'État de résidence, ou l'État de délivrance du passeport, ou l'État d'embarquement, ou vers tout autre État qui accepte de l'accueillir, soit au titre d'un**

²⁴⁶ D. P. O'Connell, op. cit., p. 710.

²⁴⁷ I. Brownlie, op. cit., p. 499.

²⁴⁸ Richard Plender, op. cit., p. 468.

engagement conventionnel, soit à la demande de l'État expulsant ou, le cas échéant, de l'intéressé.

3. Un étranger ne peut être expulsé vers un État qui n'a pas consenti à l'admettre sur son territoire ou qui refuse de l'admettre, sauf si l'État en question est l'État de nationalité de l'étranger.

E. État de transit

117. En général, la priorité est donnée au retour direct, sans escale, dans des ports ou aéroports de transit d'autres États. Mais le retour des personnes en séjour irrégulier peut nécessiter le passage par les aéroports de certains États afin de bénéficier de la correspondance vers l'État tiers de destination²⁴⁹. Il semble donc utile d'établir un cadre juridique précis pour ce type de procédure. Ce cadre peut être fixé soit par des accords bilatéraux soit par un instrument juridique multilatéral. Dans tous les cas, son élaboration dépasse la portée du présent sujet.

118. En revanche, le principe de la protection des droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion ayant été posé, il faut affirmer de façon expresse ici que les règles de protection des droits de l'étranger dans l'État expulsant s'appliquent *mutatis mutandis* dans l'État de transit. Il y a donc lieu de proposer le projet d'article ci-après :

Projet d'article F1

Protection des droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion dans l'État de transit

Les règles applicables dans l'État expulsant à la protection des droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion s'appliquent également dans l'État de transit.

²⁴⁹ Point 3.3 du Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, Commission européenne, 10 avril 2002, COM(2002) 175 final.

Troisième partie

Conséquences juridiques de l'expulsion

VI. Droits de l'étranger expulsé

A. Protection du droit de propriété et autres intérêts de même nature de l'étranger expulsé

1. Interdiction de l'expulsion aux fins de confiscation

119. Certains auteurs révèlent des pratiques d'expulsion qui visaient explicitement la confiscation des biens des étrangers faisant l'objet d'une décision d'expulsion. Ainsi notent-ils par exemple qu'en Allemagne des prétextes économiques avaient été avancés pour justifier certaines expulsions dans le passé²⁵⁰. La Bavière serait l'État serait qui est allé le plus loin dans ce sens puisque, de 1919 à 1921, les dirigeants bavarois auraient décrété plusieurs expulsions d'étrangers touchant des juifs. En 1923, von Kahr, investi de pleins pouvoirs par le Gouvernement bavarois, aurait engagé la vague d'expulsion la plus spectaculaire de la période Weimar. Des juifs étrangers, mais aussi d'autres étrangers originaires de Bade et de Prusse, furent expulsés. Simultanément avec la notification d'expulsion était ordonnée la mise sous séquestre du logement des expulsés, voire, le cas échéant, de leur entreprise. Selon les instructions données par von Kahr au Ministère de l'intérieur, « un comportement dommageable à la vie économique est une raison suffisante pour procéder à l'expulsion d'étrangers. Si une expulsion est prononcée à l'encontre du chef de famille, alors cette mesure doit être étendue aux membres de sa famille vivant dans son ménage ... les appartements et logements des étrangers expulsés sont considérés comme saisis »²⁵¹.

120. Après la Seconde Guerre mondiale, il s'est posé dans certains États occidentaux la question des biens des Allemands expulsés par les nazis. En Tchécoslovaquie, certains décrets présidentiels ont été adoptés. Il s'agissait des décrets dit « décrets Beneš » du 21 juin 1945, dont le décret n° 12 sur la « confiscation et la répartition accélérée des biens agricoles et des terres des Allemands, Magyars, ainsi que des traîtres et ennemis du peuple tchèque et du peuple slovaque ». Il correspond à l'expropriation des terres agricoles appartenant aux Allemands et aux Hongrois. Étaient exclues de son application les personnes de nationalité allemande ou hongroise qui « avaient pris une part active à la lutte pour la préservation de l'intégrité et la libération de la République tchécoslovaque »²⁵². Ce décret portait sur l'expropriation sans évoquer explicitement la question de l'expulsion des Allemands propriétaires de ces terres. Ce sont les accords de Potsdam signés le 2 août 1945 par le Royaume-Uni (Attlee), les États-Unis (Truman) et l'Union soviétique (Staline), qui viendront légitimer les expulsions et les transferts vers l'Allemagne des populations allemandes. L'alinéa 3 de l'article XIII de ces accords portait sur le transfert des populations allemandes d'Europe de l'Est et disposait notamment : « Les trois gouvernements ont étudié la question sous

²⁵⁰ F. P. Weber, « Expulsion : genèse et pratique d'un contrôle en Allemagne », *Cultures et Conflits*, n° 23, 1996, p. 107 à 153.

²⁵¹ R. Pommerin, « Die Ausweisungen von "Ostjuden" aus Bayern 1923 », cité par F. P. Weber, *ibid.*

²⁵² Voir A. Bazin, « Les décrets beneš et l'intégration de la République tchèque dans l'Union européenne », *Questions d'Europe*, n° 59, 22 septembre 2002.

tous ses aspects et reconnu que devait être effectué le transfert vers l'Allemagne des populations allemandes ou de parties de celles-ci restées en Pologne, en Tchécoslovaquie et en Hongrie. Ils se sont mis d'accord sur le fait que ce transfert devait avoir lieu de manière ordonnée et humaine ». Les déplacements de populations – fuites et expulsions – avaient en effet commencé au fur et à mesure de la libération des territoires occupés par les nazis et de l'avancée de l'Armée soviétique vers l'ouest.

121. Par une Convention multilatérale « sur le règlement des questions liées à la guerre et à l'occupation », signée à Bonn le 26 mai 1952²⁵³, l'Allemagne s'est engagée à « ne pas opposer, dans le futur, d'objections contre les mesures qui ont été prises ou seront prises concernant les biens et propriétés allemands à l'étranger qui ont été saisis en tant que dommages de guerre ou restitution ou comme conséquence de l'état de guerre ou sur la base des accords conclus ou qui seront conclus par les trois puissances avec les pays alliés, neutres ou les anciens alliés de l'Allemagne ». Le paragraphe 3 de l'article 3 stipule qu'« aucune revendication ou action n'est admissible contre des personnes qui auraient acquis ces biens ou bénéficié d'un transfert de propriété sur la base des mesures évoquées dans les alinéas 1 et 2 de cet article, ou contre des organisations internationales, des gouvernements étrangers ou des personnes qui ont agi selon les instructions de ces organisations ou gouvernements ». L'article 5 enfin stipule que « la RFA [République fédérale d'Allemagne] devra s'assurer que les anciens propriétaires des biens saisis conformément aux mesures évoquées dans les articles 2 et 3 de ce chapitre reçoivent des compensations »²⁵⁴.

122. Des demandes de restitution des biens confisqués et d'indemnisation pour les dommages subis lors des expulsions ont été formulées par les associations sudètes, *Sudetendeutsche Landsmannschaft*, en RFA dès les années 50. Elles n'ont guère changé aujourd'hui mais le contexte d'après-guerre froide leur a donné une impulsion nouvelle :

- Revendication d'un *Heimatrecht*, c'est-à-dire d'un droit au retour pour les Allemands expulsés leur donnant la possibilité de s'établir en République tchèque, d'obtenir automatiquement la citoyenneté tchèque et de pouvoir bénéficier, en République tchèque, des droits spécifiques aux minorités nationales. De ce point de vue, l'intégration de la République tchèque dans l'Union européenne et l'application dans ce cadre du droit de résidence pour tous les citoyens de l'Union ne répondent que partiellement à cette revendication puisqu'elles ne garantissent pas aux nouveaux résidents de droits « différents » de ceux des autres habitants du lieu;

²⁵³ Cette convention est toujours en vigueur actuellement.

²⁵⁴ Une « loi de compensation » (*Lastenausgleichsgesetz*) a été votée par la RFA le 16 mai 1952. Cette loi a permis aux expulsés de recevoir du Gouvernement ouest-allemand une indemnisation pour les pertes et dommages subis lors du transfert. Le montant global des compensations pour les Allemands expulsés des territoires de l'Est à la fin de la guerre est estimé à 146 milliards de deutsche mark. En Allemagne de l'Est, les « réfugiés » ne se sont pas vu reconnaître de statut particulier et le Gouvernement communiste est-allemand n'a pas eu recours à des indemnisations du type « loi de compensation » pour venir en aide aux expulsés installés en RDA (République démocratique allemande). Après la réunification, cependant, ces derniers ou leurs descendants ont obtenu une somme d'argent du Gouvernement allemand, à titre de *Lastenausgleichsgesetz*.

- Demande de restitution des biens expropriés et d’indemnisation pour les dommages subis lors de l’expulsion;
- Demande d’abrogation des décrets Beneš concernant les Allemands de Tchécoslovaquie²⁵⁵.

123. Depuis 1989, les Gouvernements allemands auraient refusé de soutenir officiellement les revendications des Allemands des Sudètes. Le Chancelier Schröder a clairement présenté la position du gouvernement social-démocrate dans un discours prononcé à Berlin, le 3 septembre 2000, devant l’assemblée des *Vertriebenen* [expulsés], lors du Congrès de la *Heimat* [patrie]. Tout en ayant reconnu le caractère « injuste et injustifiable » de toute forme d’expulsion, le Chancelier a rappelé que l’Allemagne n’avait « aucune revendication territoriale à l’égard d’aucun de ses voisins » et que le Gouvernement ne soulèverait aucune question de propriété avec la République tchèque, ajoutant que la « validité d’un certain nombre de mesures prises après la Seconde Guerre mondiale comme les décrets Beneš était depuis périmée ». Bien que le Chancelier ait décidé de reporter une visite officielle prévue en République tchèque au début de 2002, la question semble avoir été globalement perçue à l’échelle fédérale en Allemagne comme étant marginale au regard des enjeux de l’élargissement ou des relations de l’Allemagne avec l’Europe de l’Est. Selon un auteur, les associations d’expulsés seraient loin de recueillir la sympathie de la majorité de l’opinion allemande, qui les considère comme nostalgiques d’un passé dont elle voudrait justement se détacher²⁵⁶.

124. Il y a eu, en dehors du contexte de conflit international comme celui de la seconde guerre mondiale, d’autres cas d’« expulsions confiscatoires » où les autorités d’un pays ont expulsé des étrangers pour les priver illégalement de leurs biens. Il en fut ainsi dans l’affaire *Notteböhm*²⁵⁷, dans les cas de l’expulsion des Asiatiques par l’Ouganda²⁵⁸ et de l’expulsion des ressortissants britanniques par l’Égypte²⁵⁹. La légalité de ces expulsions a été attaquée pour absence de motif valable d’expulsion²⁶⁰ et du point de vue des droits de l’homme liés aux biens, ainsi qu’on le verra ci-après.

²⁵⁵ A. Bazin, « Les décrets Beneš et l’intégration de la République tchèque dans l’Union européenne », op. cit., p. 4.

²⁵⁶ Ibid. On peut seulement relever que les décrets Beneš seraient encore, semble-t-il, valides dans la mesure où ils n’ont jamais été formellement abrogés, même s’il apparaît qu’ils sont tombés en désuétude puisqu’ils ne seraient plus appliqués.

²⁵⁷ Voir détails dans G. S. Goodwin-Gill, op. cit., p. 211.

²⁵⁸ Ibid, p. 212 à 216.

²⁵⁹ Ibid, p. 216.

²⁶⁰ Voir Louis B. Sohn et R. R. Baxter, « Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens », *American Journal of International Law*, vol. 55, 1961, p. 566, faisant référence au Projet de convention sur la responsabilité internationale des États pour dommages aux étrangers, et en particulier aux articles 10 (Mainmise sur des biens et privation de l’usage ou de la jouissance de biens) et 11 (Privation de moyens d’existence), rédigé par les auteurs. On notera aussi l’alinéa b) du paragraphe 2 de l’article 11 du Projet de convention, rédigé en 1969 par la Harvard Law School, lequel interdit toute expulsion visant à priver un étranger de ses moyens d’existence. Ce document est reproduit dans le premier rapport sur la responsabilité des États par M. Roberto Ago, Rapporteur spécial, 1961, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1969, vol. II (A/CN.4/217), annexe VII, p. 142.

2. Protection des biens des étrangers, même régulièrement expulsés

125. Un étranger qui a vécu dans un État et y a travaillé de façon régulière et qui se trouve visé par une mesure d'expulsion dispose en général d'un patrimoine dont la protection est nécessaire dans le cadre de l'expulsion. L'expulsion doit être conforme aux règles de droit international régissant les droits de propriété et les autres intérêts économiques des étrangers. Elle ne saurait le priver du droit de disposer et de jouir de ses biens. Le paragraphe 2 de l'article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme stipule que « [n]ul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété ». La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille dispose en son article 22 que :

« 6. En cas d'expulsion, les intéressés doivent avoir une possibilité raisonnable, avant ou après leur départ, de se faire verser tous salaires ou autres prestations qui leur sont éventuellement dus et de régler toute obligation en suspens.

[...]

9. En elle-même, l'expulsion de l'État d'emploi ne porte atteinte à aucun des droits acquis, conformément à la législation de cet État, par les travailleurs migrants ou les membres de leur famille, y compris le droit de percevoir les salaires et autres prestations qui leur sont dus. »

126. Sur le plan régional, l'article 14 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dispose que :

« Le droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité, ce, conformément aux dispositions des lois appropriées ».

127. La Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José) dispose à l'article 21, qui porte sur le droit à la propriété, que :

« 1. Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social;

2. Nul ne peut être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité, pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévus par la loi;

3. L'usure ainsi que toute autre forme d'exploitation de l'homme par l'homme sont interdites par la loi. »

128. L'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme garantit en substance le droit de propriété. La protection procurée par cette disposition est applicable lorsque l'État lui-même porte atteinte aux biens mais aussi quand la privation subie par un particulier résulte d'une cession forcée à la demande et au profit d'un autre particulier dans les conditions fixées par la loi.

129. Peut constituer une expulsion illégale l'expulsion d'un étranger comportant confiscation illégale²⁶¹, destruction ou expropriation²⁶², « les expulsions sommaires

²⁶¹ « Est illégale toute imposition prenant la forme de confiscation. De même, on peut raisonnablement conclure qu'est également illégale toute expulsion accompagnée de confiscation », Guy S. Goodwin-Gill, op. cit., 1978, p. 217.

dont les victimes ont été forcées de renoncer à leurs biens et à les livrer de ce fait au pillage et à leur destruction ou à les brader »²⁶³.

130. La privation illégale de biens peut constituer le but inavoué de l'expulsion. « Par exemple, le "droit" d'expulsion peut être exercé [...] pour exproprier les biens de l'étranger... Dans ce cas, l'exercice du pouvoir est forcément vicié par le but ultime, illégal, poursuivi »²⁶⁴. À cet égard, il convient de rappeler la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent, adoptée par l'Assemblée générale en 1985, qui dispose qu'« aucun étranger ne peut être arbitrairement privé de ses biens légalement acquis »²⁶⁵.

131. Certaines législations nationales²⁶⁶ protègent les biens et intérêts économiques des étrangers en cas d'expulsion, en stipulant expressément : i) que l'expulsion ne porte pas atteinte aux droits acquis par l'étranger conformément aux lois internes, notamment le droit à un salaire ou à d'autres prestations²⁶⁷; ou ii) que les contributions versées par l'étranger au titre de prestations liées à un travail sont transférées dans son pays²⁶⁸.

132. D'autres législations nationales font obligation à l'État de verser une indemnisation pour les biens acquis par lui par suite de l'expulsion d'un étranger ou dépassant le montant dû à l'État, ou, à défaut, un montant raisonnable déterminé par une juridiction compétente²⁶⁹. Pour garantir le remboursement d'une dette de l'étranger expulsé, l'État peut opérer une saisie-arrêt sur les biens de l'expulsé, soit unilatéralement pour la période légale²⁷⁰, soit par décision de justice²⁷¹. L'État peut autoriser ses agents à localiser, saisir et conserver les objets de valeur de l'étranger en attendant que la responsabilité financière de ce dernier soit déterminée et ses dettes éventuelles réglées²⁷². L'État peut également permettre la saisie²⁷³, l'aliénation²⁷⁴ ou la destruction²⁷⁵ des biens confisqués.

²⁶² « Selon l'affaire *Hollander*, un étranger ne peut être expulsé sans avoir eu la possibilité de prendre des dispositions pour sa famille et ses affaires [...] On ne saurait apparemment conclure de l'affaire *Hollander* qu'il existe une règle du droit international coutumier qui interdit l'expropriation des biens des personnes expulsées ou l'annulation rétroactive des dispositions prises par ces personnes à l'égard de leurs biens. » Vishnu D. Sharma et F. Wooldridge, op. cit., p. 412 (à propos de l'affaire *Hollander, US c. Guatemala*, IV Moore's Digest 102).

²⁶³ Edwin M. Borchart, op. cit., p. 59 et 60. Ces formes d'expulsion « ont toutes été considérées par des commissions internationales comme ouvrant droit à indemnisation. » (L'auteur y renvoie à *Gardiner (US) c. Mexico*, 3 mars 1849, opinion 269; *Jobson (US) c. Mexico*, 3 mars 1849, opinion 553; *Gowen and Copeland (US) c. Venezuela*, 5 décembre 1885, Moore's Arb. 3354 à 3359). Voir dans le même sens B. O. Iluyomade, op. cit., p. 47 à 92; voir aussi Karl Doehring, « Aliens, Expulsion and Deportation », dans Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, 1990, vol. 1, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 1992, p. 109 à 112, spécialement p. 111.

²⁶⁴ Guy S. Goodwin-Gill, op. cit., p. 209; voir également p. 216, 307 et 308.

²⁶⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 53 (A/40/53)*, résolution 40/144, annexe, art. 9.

²⁶⁶ Analyses tirées de l'*Étude du Secrétariat sur l'expulsion des étrangers*, op. cit., par. 481.

²⁶⁷ Argentine, loi de 2004, art. 67.

²⁶⁸ Italie, décret-loi de 1996, art. 5.

²⁶⁹ Australie, loi de 1958, art. 3 B, 261 H 3) b) ii), 6).

²⁷⁰ *Ibid.*, art. 223 1) à 8).

²⁷¹ *Ibid.*, art. 222, 223 9) à 14); Bélarus, décision du Conseil de 1999, art. 26.

²⁷² *Ibid.*, art. 223 14) à 20), 224.

3. Droits de propriété et autres intérêts de même nature

133. Selon une partie de la doctrine, l'étranger expulsé devrait se voir ménager une possibilité raisonnable de protéger les droits de propriété et autres intérêts qu'il est susceptible d'avoir dans l'État expulsant. Dès 1892, l'Institut de droit international avait adopté une disposition prévoyant que les étrangers domiciliés, résidents ou ayant un établissement de commerce dans l'État expulsant devaient avoir la possibilité de liquider leur situation et leurs intérêts avant de quitter le territoire dudit État :

« L'expulsion d'étrangers domiciliés, résidents ou ayant un établissement de commerce ne doit être prononcée que de manière à ne pas trahir la confiance qu'ils ont eue dans les lois de l'État. Elle doit leur laisser la liberté d'user, soit directement, si c'est possible, soit par l'entremise de tiers par eux choisis, de toutes les voies légales pour liquider leur situation et leurs intérêts, tant actifs que passifs, sur le territoire. »²⁷⁶

134. Selon certains auteurs, « [s]auf en temps de guerre ou en cas de danger imminent pour la sécurité de l'État », l'étranger expulsé devrait se voir ménager suffisamment de temps pour régler ses affaires personnelles. Il devrait avoir une possibilité raisonnable de disposer de ses biens et avoirs et l'autorisation d'emporter ou de transférer de l'argent et autres avoirs dans le pays de destination; dans aucune circonstance il ne devrait être soumis à des mesures d'expropriation ou être forcé de se séparer de biens ou d'avoirs²⁷⁷. D'après G. Schwarzenberger, « l'expulsion soudaine ou l'expulsion agressive d'un étranger est une infraction aux normes minimales de droit international dont l'État d'origine de l'étranger escompte qu'elles seront respectées. Si un État souhaite exercer son pouvoir souverain en contrevenant à cette règle, il n'abuse pas de ce pouvoir, il enfreint simplement une règle d'interdiction qui limite son droit de juridiction exclusive »²⁷⁸. Le refus de donner une telle possibilité à l'étranger ouvre la voie à des réclamations internationales. Ainsi, dans l'affaire *Hollander*, les États-Unis avaient demandé réparation au Guatemala pour l'expulsion sommaire de l'un de leurs nationaux, faisant valoir que M. Hollander « ... avait littéralement été jeté hors du pays laissant derrière lui femme et enfants, société, biens, en un mot tout ce qui lui était cher et dépendait de lui ». Ils avaient argué que « le Gouvernement guatémaltèque, quelles que soient ses lois et leurs dispositions, n'avait pas le droit en temps de paix et de tranquillité intérieure d'expulser Hollander sans lui donner de préavis ou la

²⁷³ Ibid., art. 261 B 1) et 2), 261 D.

²⁷⁴ Ibid., art. 261 F à 261 I), 261 K.

²⁷⁵ Ibid., art. 261 E 1) et 2).

²⁷⁶ *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, op. cit., art. 41.

²⁷⁷ Voir L. B. Sohn et T. Buergenthal (dir. publ.), op. cit., p. 96. Dans le même sens Shigeru Oda, op. cit., p. 483.

²⁷⁸ Georg Schwarzenberger, op. cit. Voir aussi Edwin M. Borchard, op. cit., p. 56 [citant notamment l'affaire *Hollander c. Guatemala* (Foreign Relations, 1895, II, 776)]. Voir également divers cas anciens de la fin du XIX^e siècle : affaire *Scandella c. Venezuela* en 1898, [« *Jobson* (États-Unis d'Amérique) c. *Mexique*, op. cit.; *Gowen et Copeland* (États-Unis d'Amérique) c. *Venezuela*, op. cit. »] et note 5 [« *Maal* (Pays-Bas) c. *Venezuela*, op. cit.; *Boffolo* (Italie) c. *Pays-Bas*, op. cit.; *Jaurett* (États-Unis d'Amérique) c. *Venezuela*, op. cit. »] Voir en outre Amos S. Hershey, op. cit., p. 375.

possibilité de prendre des dispositions vis-à-vis de sa famille et de ses affaires, sous prétexte d'une infraction qui aurait été commise plus de trois ans auparavant... »²⁷⁹.

135. Plus d'un siècle plus tard, le Tribunal des différends irano-américains a jugé, dans l'affaire *Rankin c. The Islamic Republic of Iran*, que l'expulsion était illégale si elle privait l'étranger concerné de la possibilité raisonnable de protéger ses intérêts en matière de propriété :

« L'application de cette politique pourrait de façon générale être contraire aux restrictions de forme et de fond imposées au droit d'un État d'expulser des étrangers de son territoire, comme le prévoient les dispositions du Traité d'amitié et du droit international coutumier. [...] Par exemple, ... en privant un étranger de la possibilité raisonnable de protéger ses intérêts en matière de propriété avant son expulsion. »²⁸⁰.

136. De telles considérations sont prises en compte dans les lois nationales. Telle législation peut expressément : i) donner à l'étranger la possibilité raisonnable de régler toute réclamation salariale ou autre créance avant son départ du pays²⁸¹; ou ii) prévoir la mise en liquidation des affaires de l'étranger expulsé²⁸². Elle peut également préciser les mesures qui doivent être prises pour assurer la protection des biens de l'étranger pendant la détention de ce dernier dans l'attente de son expulsion²⁸³.

137. Dans sa sentence partielle sur les réclamations civiles de l'Érythrée, la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie s'est intéressée aux droits de propriété des étrangers ennemis en temps de guerre. Elle a relevé que les parties souscrivaient toutes deux au principe selon lequel les règles interdisant l'expropriation valables en temps de paix continuaient de s'appliquer. Elle a cependant souligné la pertinence du *jus in bello* s'agissant du sort des biens étrangers en temps de guerre. Ayant examiné l'évolution de cette branche du droit depuis la fin du XVIII^e siècle, la Commission a reconnu que les belligérants avaient des pouvoirs étendus à l'égard des biens appartenant à des étrangers ennemis en temps de guerre. Cependant, elle a également reconnu que ces pouvoirs n'étaient pas illimités. Elle a jugé qu'un belligérant avait le devoir, dans la mesure du possible, de veiller à ce que les biens des étrangers ennemis ne soient ni pillés ni gaspillés. Elle a également constaté que l'État qui gèle des biens privés appartenant à des étrangers ennemis en temps de guerre ou prend d'autres mesures à leur égard doit le faire de manière à protéger ces biens et à les remettre à leurs propriétaires ou à en disposer par voie d'accord après la guerre.

138. La Commission a relevé que les réclamations ne concernaient pas tant le traitement réservé aux biens ennemis en général que le sort réservé aux biens

²⁷⁹ John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been Party*, vol. IV, Washington : Government Primary Office, 1898, p. 107. Voir également David John Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, p. 503 (citant l'affaire *Breger* (expulsé de Rhodes en 1938, un préavis de six mois aurait probablement été suffisant), lettre du Département d'État des États-Unis d'Amérique à un député, 1961, 8 Whiteman 861).

²⁸⁰ *Rankin c. The Islamic Republic of Iran*, cité par Karl Doehring, « Aliens, Expulsion and Deportation », dans Rudolf Bernhardt (dir. publ.), op. cit., p. 147.

²⁸¹ Argentine, loi de 2004, art. 68.

²⁸² Nigéria, loi de 1963, art. 47.

²⁸³ Bélarus, décision du Conseil de 1999, art. 17.

appartenant à des étrangers ennemis frappés d'expulsion. En conséquence, elle a examiné les mesures bien déterminées qui avaient été prises à l'égard de biens appartenant à des étrangers ennemis frappés d'expulsion ainsi que l'effet cumulé de telles mesures. Elle a analysé ces mesures quant au fond pour apprécier si elles étaient raisonnables, arbitraires ou discriminatoires. Elle s'est également demandé si les procédures afférentes à ces mesures obéissaient aux normes minimales de traitement juste et raisonnable qui trouvent application dans les circonstances exceptionnelles du temps de guerre.

139. Plus précisément, la Commission a examiné de manière approfondie la légalité : i) du régime de procurations mis en place pour la conservation des biens; ii) de la vente forcée des biens immobiliers; iii) des mesures fiscales; iv) des saisies de prêts; v) de l'effet cumulé des différentes mesures prises à l'encontre des biens des étrangers ennemis expulsés. L'ensemble des paragraphes 124 à 129, 133, 135 et 136, 140, 142, 144 à 146, 151 et 152 de cette sentence sont pertinents aux fins des présentes considérations. Faute de pouvoir les reproduire *in extenso* en raison de leur longueur, on relèvera les principales constatations et conclusions de la Commission sur ce point. Selon elle, « [l]e droit de la guerre moderne organise ainsi des protections importantes en faveur des biens étrangers, à commencer par les règles fondamentales de la discrimination et de la proportionnalité au cours des combats, qui protègent la vie et les biens ».

140. Dans leur argumentation, les deux parties ont eu des vues concordantes sur le fait que « les règles du droit international coutumier [...] limitent le droit de l'État de saisir les biens étrangers en temps de paix » et « sont convenues que les règles du temps de paix prohibant l'expropriation continuaient de s'appliquer »²⁸⁴. Notons cependant que les faits de l'espèce s'étaient produits pour la plupart au cours d'un conflit armé international et qu'il devait donc être examiné à la lumière du *jus in bello*, ce qui n'entre pas dans la présente étude dans la mesure où, sur beaucoup de questions, le temps de paix et le temps de guerre obéissent à des régimes juridiques différents. « Par exemple, selon le droit de la guerre, la destruction délibérée de biens étrangers pendant les combats peut être parfaitement légale, alors que pareille conduite en temps de paix engagerait la responsabilité de l'État »²⁸⁵. Cependant, certains aspects de la sentence sont éclairants même aux fins de l'examen des règles applicables à la protection des biens des étrangers expulsés en temps de paix.

141. Dans cette espèce, « [l]'Érythrée n'a pas prétendu que l'Éthiopie avait directement gelé ou exproprié les biens des expulsés. Elle a plutôt soutenu que l'Éthiopie avait conçu et appliqué un faisceau de mesures discriminatoires pour transférer les biens des Érythréens expulsés à des Éthiopiens. Ces mesures auraient consisté :

- « – À empêcher les expulsés de prendre des dispositions efficaces pour préserver leurs biens;
- À forcer les expulsés à vendre leurs biens immobiliers;
- À vendre aux enchères des biens appartenant à des expulsés pour régler des arriérés d'impôts et de taxes;

²⁸⁴ Sentence partielle, *Mauvais traitement des populations civiles, Réclamations de l'Érythrée* n^{os} 15, 16, 23 et 27 à 32, p. 38, par. 124.

²⁸⁵ Ibid.

- À vendre aux enchères des biens hypothéqués appartenant à des expulsés pour recouvrer des prêts impayés.

L'Érythrée affirme que l'effet cumulé de ces mesures fut de permettre à des Éthiopiens de piller légalement les biens privés d'Érythréens »²⁸⁶.

142. En ce qui concerne la préservation des biens par procuration, la Commission, tout en reconnaissant que « les personnes frappées d'expulsion doivent faire face à des tensions et difficultés énormes » et qu'elles « ont certainement perdu des avoirs en raison de vices dans la confection ou l'administration des procurations », relève que « singulièrement dans les circonstances de la guerre, pendant laquelle il est constant que l'Éthiopie s'est efforcée de mettre en place des procédures spéciales pour faciliter aux personnes détenues l'exécution de procurations, les lacunes du régime de procurations ne suffisent pas, à elles seules, à établir qu'il y a responsabilité »²⁸⁷.

143. S'agissant de la vente forcée de biens immobiliers, la Commission affirme :

« Il n'est pas contraire au droit international général d'interdire aux étrangers de posséder des biens immobiliers; cette interdiction est fréquente en droit interne. La Commission accepte que les doubles nationaux qui ont été déchus de leur nationalité éthiopienne et expulsés à la faveur de la procédure de contrôle de sécurité éthiopienne aient pu à juste titre être qualifiés d'Érythréens aux fins de l'application d'une loi de cette nature. En outre, l'Éthiopie n'est pas internationalement responsable des pertes résultant de prix de vente poussés à la baisse par la conjoncture générale liée à la guerre ou à d'autres facteurs analogues.

Néanmoins, la Commission a de sérieuses réserves vis-à-vis de la manière dont l'interdiction de la propriété étrangère a été mise en œuvre. Il appert que le Gouvernement éthiopien n'a donné qu'un mois aux expulsés pour vendre leurs biens, alors qu'une période de six mois était ménagée aux autres étrangers. Ce délai n'était pas suffisant pour organiser la vente profitable de biens, en particulier de biens de valeur ou rares. Sans avoir violé le droit international en obligeant les ressortissants érythréens à se dessaisir de leurs biens immobiliers, l'Éthiopie a agi de façon arbitraire et discriminatoire et violé le droit international en limitant radicalement le délai dans lequel devaient se réaliser les transactions. [...] »²⁸⁸

144. Si, relativement à la taxe d'établissement sur la valeur, la Commission a conclu que la « "taxe d'établissement" de 100 %, loin d'être d'application générale, était prélevée uniquement sur certaines ventes forcées de biens appartenant à des expulsés et que [p]areille mesure fiscale discriminatoire et spoliatrice est contraire au droit international »²⁸⁹, elle a jugé que « les mesures de recouvrement des prêts non remboursés avaient en elles-mêmes été contraires au droit international »²⁹⁰. En revanche, à propos de l'exigence faite par l'Éthiopie aux expulsés de s'acquitter de leurs obligations fiscales, la Commission considère que le droit international ne l'interdit pas mais qu'il « exig(e) que cette obligation leur soit imposée de façon

²⁸⁶ Ibid., par. 129.

²⁸⁷ Ibid., par. 133.

²⁸⁸ Ibid., par. 135 et 136.

²⁸⁹ Ibid., par. 140.

²⁹⁰ Ibid., par. 142.

raisonnable et dans le respect de certains principes ». Selon elle, il n'en a pas été ainsi. En l'occurrence, alors que les montants réclamés n'étaient que des estimations, les expulsés n'avaient aucun moyen réel de vérifier ou de contester ces montants. De plus, un délai très court était accordé entre l'émission de l'avis d'imposition et l'expulsion, et rien ne garantissait que les expulsés ou leurs agents reçoivent l'avis. Et « [l]orsqu'ils le recevaient, ils pouvaient être dans l'impossibilité d'acquitter leurs impôts en raison de la saisie de leurs avoirs bancaires et de tous les autres déboires économiques qui s'abattaient sur les expulsés. Considérée dans son ensemble, la procédure de perception fiscale était peu rigoureuse et arbitraire et ne respectait pas les normes minimales de traitement juste et raisonnable requises au vue des circonstances »²⁹¹.

145. Examinant l'incidence globale de l'ensemble des mesures éthiopiennes, la Commission conclut que « les belligérants sont tenus de veiller autant que possible à ce que les biens de personnes protégées et d'autres sujets ennemis ne soient pas pillés et gaspillés. Si les biens privés d'étrangers ennemis doivent être gelés ou s'il doit y être porté atteinte de quelque autre manière en temps de guerre, ces mesures doivent être prises par l'État, et ce, dans des conditions qui garantissent que les biens seront protégés et pourront, après le conflit, être restitués à leurs propriétaires ou faire l'objet d'un accord »²⁹².

146. Ce qui vaut ici en temps de guerre vaut également – peut-être même encore plus – en temps de paix. Rien ne justifierait en effet qu'en temps de paix les biens des personnes expulsées soient abandonnés au pillage et au gaspillage ou que ces biens ne puissent être restitués à leurs propriétaires à la demande de ces derniers. Il y aurait lieu par conséquent de considérer comme acquise, en temps de guerre comme en temps de paix, l'obligation qui incombe à cet égard à l'État expulsant.

147. La Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie a jugé, dans sa sentence, que l'Éthiopie était responsable, vis-à-vis de l'Érythrée, des violations ci-après du droit international du fait d'actes ou d'omissions commis par des responsables civils, des membres du personnel militaire de ce pays ou d'autres personnes dont elle est comptable de la conduite :

« 11. Avoir limité à un mois le délai accordé à des Érythréens expulsés pour procéder à la vente forcée de leurs biens immobiliers;

12. Avoir prélevé de façon discriminatoire une "taxe d'établissement" de 100 % sur le produit de certaines ventes forcées de biens immobiliers appartenant à des Érythréens expulsés;

13. Avoir appliqué aux Érythréens expulsés un régime de perception fiscale qui ne respectait pas les normes minimales requises de traitement juste et raisonnable;

14. Avoir créé et facilité un train de mesures économiques cumulatives, dont certaines seulement étaient légales, et qui ensemble ont eu pour effet de faire perdre aux Érythréens expulsés la plupart ou la totalité de leurs avoirs en Éthiopie, alors que l'Éthiopie avait au contraire le devoir de protéger les biens étrangers. »²⁹³

²⁹¹ Ibid., par. 144.

²⁹² Ibid. par. 151.

²⁹³ Ibid.

148. Dans la sentence partielle relative aux réclamations civiles de l'Éthiopie, la responsabilité est inversée; elle est cette fois-ci celle de l'Érythrée. La Commission affirme:

« Il est constant que les Éthiopiens expulsés directement de camps, prisons et centres de détention érythréens après mai 2000 n'ont nullement eu la possibilité de rassembler leurs effets personnels ou de régler leurs affaires avant leur expulsion. En conséquence, l'Érythrée est responsable des pertes économiques (subies par les Éthiopiens directement expulsés de camps, prisons et centres de détention) faute d'avoir pu s'occuper de leurs biens ou régler leurs affaires avant d'être expulsés.

La Commission s'est dite [a toutefois été] "frappée par les éléments de preuve cumulatifs de l'indigence des Éthiopiens arrivés d'Érythrée, après avoir été expulsés directement de lieux de détention après mai 2000, ou autrement". S'il est vrai encore que cette indigence puisse s'expliquer en partie par les emplois relativement mal payés qu'occupent de nombreux membres de la communauté éthiopienne d'origine, la Commission constate qu'elle découle également des spoliations auxquelles ont été fréquemment soumis les Éthiopiens du fait d'actes illégaux commis par des responsables érythréens au moment de leur départ. Le dossier regorge d'exemples d'évictions forcées de maisons qui furent par la suite mises sous scellés ou pillées, de comptes bancaires bloqués, d'entreprises confisquées après leur fermeture forcée et de saisies pures et simples d'effets personnels par la police. La Commission juge l'Érythrée responsable des pertes économiques subies par des Éthiopiens ayant quitté le pays du fait des actes commis par des responsables érythréens qui ont, de façon illégale, saisi leurs biens et entravé leurs efforts pour les mettre en sécurité ou en disposer. »²⁹⁴

149. Dans la sentence, la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie a jugé l'Érythrée responsable des violations ci-après du droit international du fait d'actes ou d'omissions commis par des responsables civils, des membres du personnel militaire ou d'autres personnes dont elle est comptable de la conduite :

« 12. Avoir autorisé la saisie de biens appartenant à des Éthiopiens qui quittaient le pays, sauf à partir de camps, de prisons et de centres de détention, et avoir, par d'autres moyens, entravé les efforts de ces personnes pour mettre leurs biens en sécurité ou en disposer. »²⁹⁵

150. Il n'est pas douteux que l'obligation pour l'État expulsant de protéger les biens de l'étranger expulsé et de garantir à ce dernier l'accès auxdits biens soit établie en droit international : quelques traités internationaux le prévoient; la jurisprudence internationale la confirme; la doctrine unanime la soutient; nombre de législations nationales l'intègrent. Aussi, y a-t-il lieu de proposer le projet d'article ci-après :

Projet d'article G1

Protection des biens de l'étranger objet de l'expulsion

1. L'expulsion d'un étranger à des fins de confiscation de ses biens est interdite.

²⁹⁴ Sentence partielle, *Mauvais traitement des populations civiles, Réclamation de l'Éthiopie n° 5*, op. cit., par. 133 et 135.

2. **L'État expulsant protège les biens de l'étranger objet de l'expulsion, lui permet, [dans toute la mesure du possible], d'en disposer librement, même de l'extérieur, et les lui restitue à sa demande ou à celle de ses héritiers ou de ses ayants droit.**

B. Droit au retour en cas d'expulsion illégale

151. En principe, tout étranger illégalement expulsé d'un État peut prétendre au retour dans ledit État. Surtout, en cas d'annulation de la décision d'expulsion, l'expulsé devrait pouvoir demander à jouir de ce droit au retour dans l'État expulsant sans que puisse lui être opposée la décision d'expulsion. En ce qui concerne particulièrement les travailleurs migrants et les membres de leur famille, le paragraphe 5 de l'article 22 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990 dispose que : « Si une décision d'expulsion déjà exécutée est par suite annulée, les intéressés ont le droit de demander des réparations conformément à la loi et la décision antérieure n'est pas invoquée pour les empêcher de revenir dans l'État concerné ».

152. Sur le plan régional, le droit de retour en cas d'expulsion illégale a été reconnu par la Commission interaméricaine des droits de l'homme à propos de l'expulsion arbitraire d'un prêtre étranger. La Commission a décidé :

« [d]e recommander au Gouvernement du Guatemala : a) d'autoriser le père Carlos Stetter à retourner au Guatemala et à y résider s'il le souhaite; b) d'enquêter sur les actes signalés et d'en punir les auteurs; et c) d'informer la Commission, dans les 60 jours, des mesures prises pour appliquer les présentes recommandations »²⁹⁶.

153. Certaines législations nationales vont dans le même sens. Le Code d'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile de la France dispose à l'article L. 524-4 que : « Sauf en cas de menace pour l'ordre public, dûment motivée, les étrangers qui résident hors de France et qui ont obtenu l'abrogation de la mesure d'expulsion dont ils faisaient l'objet bénéficient d'un visa pour rentrer en France, lorsque, à la date de la mesure, ils relevaient, sous les réserves prévues par ces articles, des catégories mentionnées aux 1° à 4° de l'article L. 521-3 et qu'ils entrent dans le champ d'application des 4° ou 6° de l'article L. 313-11 ou dans celui du livre IV. Lorsqu'ils ont été condamnés en France pour violences ou menaces à l'encontre d'un ascendant, d'un conjoint ou d'un enfant, le droit au visa est subordonné à l'accord des ascendants, du conjoint et des enfants vivant en France. Les dispositions du présent article ne sont applicables qu'aux étrangers ayant fait l'objet d'une mesure d'expulsion avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité. ». Le droit au retour de l'étranger expulsé est donc prévu par la législation de ce pays, mais il est assorti, comme on le voit, de certaines restrictions.

²⁹⁵ Ibid., par. 12.

²⁹⁶ Résolution 30/81 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, affaire 7378 (Guatemala), 25 juin 1981, *Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme 1980-1981*, OEA/Ser.L/V/II.54, document 9 rev. 1, 16 octobre 1981.

154. Dans sa réponse à la demande d'information contenue dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante et unième session et portant, entre autres, sur le point de savoir « si une personne qui a été expulsée illégalement a un droit au retour dans l'État expulsant », l'Allemagne a communiqué les précisions suivantes :

« Cette possibilité de retour n'est ouverte que dans l'hypothèse où la décision d'expulsion n'est pas encore irrévocable et où il apparaît durant la procédure principale menée à l'étranger que l'expulsion est illégale.

Une décision d'expulsion irrévocable (autrement dit une décision contre laquelle l'étranger qui en fait l'objet n'a pas formé de recours dans les délais impartis) emporte également interdiction d'entrée et de séjour. Pour que l'expulsé puisse revenir sur le territoire, il faut que la durée de l'interdiction soit temporaire (ce qui, en droit allemand, est généralement le cas, par application de la troisième phrase de l'alinéa 1 de l'article 11 de la loi sur le séjour des étrangers), que la période d'interdiction ait expiré et que le retour soit légalement autorisé (délivrance d'un visa par exemple).

Ce principe s'applique toujours, sauf si la décision d'expulsion est nulle en raison, par exemple, d'une erreur particulièrement grave ou manifeste. Si l'étranger obtient gain de cause en appel dans les délais impartis, la décision d'expulsion est annulée. S'il avait en sa possession un titre de séjour qui devait être rendu nul par décision d'expulsion, il lui est possible de le réclamer et, par conséquent, de revenir sur le territoire allemand. »²⁹⁷

155. Dans le même sens, les Pays-Bas, tout en indiquant que leur législation nationale ne prévoit rien de spécifique sur la question, déclarent qu'un droit au retour existerait en cas d'expulsion illégale d'un résident légal²⁹⁸.

156. Le droit au retour de l'étranger expulsé illégalement est également reconnu dans la pratique de la Roumanie, comme l'indique la réponse de ce pays au questionnaire de la Commission :

« Si l'annulation ou la révocation de la mesure intervient dans le cadre d'une procédure spéciale après exécution de l'expulsion, il appartient au juge de se prononcer sur les conséquences à tirer de la situation, en octroyant la meilleure réparation disponible. En principe, la pratique judiciaire roumaine veut que si la mesure d'expulsion est annulée ou révoquée, l'étranger puisse entrer sur le territoire (voir la pratique interne pertinente dans la décision *Kordoghliazar c. Roumanie*, CEDH, 25 mai 2008) »²⁹⁹.

157. La pratique malaisienne semble soumettre l'étranger illégalement expulsé à la procédure ordinaire d'admission prévue par la législation. Dans sa réponse au questionnaire de la Commission, la Malaisie indique en effet que toute personne faisant l'objet d'une décision d'expulsion peut, dans les 14 jours suivant la notification de cette décision, faire échec à celle-ci devant le tribunal de grande instance (High Court) au motif qu'il est un citoyen malaisien ou une personne

²⁹⁷ Observations reproduites dans le document A/CN.4/628.

²⁹⁸ Voir réponse des Pays-Bas à la demande d'information de la Commission contenue dans le rapport sur les travaux de sa soixante et unième session précité : Permanent Mission of the Netherlands to the United Nations, « Statement by the Representative of the Netherlands » Dr. Liesbeth Lijnzaad, Sixth Committee, sixty-fourth session of the General Assembly, New York, October 2009, annex.

²⁹⁹ Observations reproduites dans le document A/CN.4/628.

protégée (« exempted person ») en vertu de la loi, et ceci tant que la personne en question se trouve encore sur le territoire malaisien :

« En effet, une personne bannie et qui a quitté la Malaisie ne bénéficie pas d'un droit de retour, même si elle obtient l'annulation de l'arrêt d'expulsion dans les 14 jours à compter de sa date, car elle est alors soumise aux dispositions de l'article 6 de la loi 1959/63 (loi n° 155) et ne peut entrer dans le pays que sur présentation d'un permis ou d'une autorisation de séjour valide. »³⁰⁰

158. Il serait contraire à la logique même du droit de l'expulsion d'admettre qu'un étranger expulsé sur la base de faits erronés ou d'un motif inexact constatés par les juridictions compétentes de l'État expulsant ou d'une juridiction internationale ne puisse disposer d'un droit au retour sur le territoire de l'État expulsant sur la base de la décision de justice portant annulation de la décision querellée. Ce serait enlever tout effet de droit à ladite décision de justice et légitimer ce faisant le caractère arbitraire de la décision d'expulsion. Il s'agirait par suite d'une violation du droit à la justice de la personne expulsée. C'est pourquoi de l'avis du Rapporteur spécial, l'idée du droit au retour contenue au paragraphe 5 de l'article 22 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, qu'appuient les pratiques nationales de la plupart des États ayant répondu au questionnaire de la Commission sur ce point pourrait être formulée sous forme d'une règle générale en matière d'expulsion, fût-ce à titre de développement progressif du droit international en la matière.

159. Il y a donc lieu de proposer le projet d'article ci-après :

Projet d'article H1

Droit au retour dans l'État expulsant

Un étranger expulsé pour un motif inexact ou en violation de la loi ou du droit international a le droit de retourner dans l'État expulsant sur la base de l'acte d'annulation de la décision d'expulsion, sauf si son retour constitue une menace pour l'ordre public ou la sécurité publique.

160. Il faut bien remarquer que, dans cette proposition, ce ne sont pas tous les motifs d'annulation de la décision d'expulsion qui confèrent le droit au retour. Une annulation pour simple vice de procédure ne saurait conférer un tel droit. Il faut que ce soit pour des raisons de fond, celles qui portent sur le motif même de l'expulsion. Et dans ce cas deux hypothèses seulement sont retenues. D'une part, un « motif inexact », donc erroné : l'étranger ne saurait être victime d'un acte qu'il n'a pas commis et que l'on lui imputerait à tort. D'autre part, un motif « contraire au droit international » : toute la pensée juridique qui sous-tend cette étude sur l'expulsion des étrangers et que partagent unanimement les membres de la Commission est que le droit d'expulsion est certes un droit souverain de l'État, mais qui est limité par le droit international, en particulier les droits de l'homme de la personne expulsée. Dénier le droit au retour de cette personne en cas d'annulation de la décision d'expulsion pour violation du droit international reviendrait à méconnaître l'autre versant du droit d'expulsion et, d'un droit relatif, en faire un droit absolu avec à la clef un risque réel d'arbitraire.

³⁰⁰ Ibid.

VII. Responsabilité de l'État expulsant du fait d'une expulsion illégale

161. Un État qui expulse un étranger en violation des règles du droit international engage sa responsabilité. Cette responsabilité peut être constatée à l'issue d'une procédure judiciaire engagée par l'État dont la personne expulsée est le national dans le cadre de la protection diplomatique, ou alors dans une procédure devant une juridiction spécialisée en matière de protection des droits de l'homme à laquelle l'individu concerné a directement ou indirectement accès. Il s'agit d'un principe de droit coutumier international qui a constamment été réitéré par les juridictions internationales.

A. Affirmation du principe de la responsabilité de l'État expulsant

162. La responsabilité est la conséquence directe d'une conduite contraire à la règle de droit. D'après D. Anzilotti, « comme les États sont tenus d'observer certaines règles établies par le droit international relativement à la condition juridique des sujets d'un État étranger qui se trouvent sur leur territoire, la violation desdites règles peut effectivement constituer un fait contraire au droit international, capable d'engager la responsabilité de l'État »³⁰¹.

163. La Commission du droit international a achevé en 2001 son projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le texte de ce projet figure en annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001³⁰² qui en a pris acte. Ces articles énoncent les règles applicables pour déterminer les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite³⁰³, y compris l'expulsion illégale. Le présent rapport n'entend donc pas revenir sur le remarquable travail réalisé par le Rapporteur spécial James Crawford et étudier à nouveau le régime juridique de la responsabilité appliqué au cas de l'expulsion illégale. Les rappels qui vont suivre ont pour but, plus modestement, de montrer que la question de l'expulsion des étrangers a fourni une jurisprudence internationale abondante à l'étude de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et que le renvoi au régime général de la responsabilité de l'État établi par les articles de la Commission du droit international sur la question est justifié en droit.

164. L'illégalité de l'expulsion peut résulter de la violation d'une disposition d'un traité international auquel l'État expulsant est partie, d'une règle du droit international coutumier ou d'un principe général de droit³⁰⁴. L'État peut engager sa

³⁰¹ D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *Revue générale de droit international public*, 1928, p. 5 à 28, spécialement p. 6.

³⁰² Le texte du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite a été adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et présenté à l'Assemblée générale dans le rapport de la Commission sur les travaux de cette session. Le rapport, qui contient également les commentaires relatifs au projet d'articles, figure dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 et rectificatif (A/56/10 et Corr.1)*.

³⁰³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 et rectificatif (A/56/10 et Corr.1)*, art. 28 à 54.

³⁰⁴ Voir l'article 1 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État établi par la Commission du droit international (« Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – tout fait

responsabilité internationale si : i) l'expulsion est illégale en tant que telle; ii) les conditions de preuve applicables ne sont pas satisfaites; ou iii) l'expulsion est exécutée de manière illégale. On rappellera sur ce point un projet d'article qui traite expressément de la responsabilité internationale de l'État pour expulsion illégale d'un étranger en vertu du droit interne, proposé à la Commission du droit international par le Rapporteur spécial, F. V. García Amador. Ce projet d'article se lisait comme suit :

« L'État est responsable des dommages causés à l'étranger qui a été expulsé du pays, lorsque le mandat d'expulsion n'était pas fondé sur des motifs prévus par le droit interne ou si, lors de l'exécution du mandat, de graves irrégularités ont été commises au regard de la procédure prévue en pareil cas par le droit interne. »³⁰⁵

165. Le fait internationalement illicite de l'État expulsant peut consister également en l'expulsion de l'étranger vers un État où il serait exposé à la torture. Comme l'analyse un auteur : « Depending on the particular circumstances, breach of the rule will therefore involve international responsibility towards other contracting parties, towards the international community as a whole, or towards regional institutions »³⁰⁶.

166. Le principe selon lequel l'État qui expulse un étranger en violation des règles du droit international engage sa responsabilité internationale est établi depuis fort longtemps. Dans l'affaire *Boffolo*, le surarbitre, après avoir souligné que « [...] la Commission peut chercher les raisons et les circonstances de l'expulsion »³⁰⁷, a fait observer que si l'État ne donne aucune raison ou donne une raison insuffisante pour justifier une expulsion lorsqu'il en est requis par un tribunal international, il doit en accepter les conséquences : « [...] Le pays qui exerce le pouvoir d'expulsion doit, s'il en est requis, motiver une telle expulsion devant un tribunal international, et, s'il n'avance aucune raison ou indique une raison insuffisante, en accepter les conséquences »³⁰⁸.

167. La même solution a été retenue dans l'affaire *Zerman c. Mexico*, la Commission ayant conclu que si l'État expulsant avait des motifs d'expulser le requérant, il était tenu d'établir les charges devant la Commission :

« Le surarbitre estime que, à proprement parler, le Président de la République du Mexique a le droit d'expulser de son territoire un étranger qui pourrait être considéré comme dangereux, et qu'en cas de guerre ou de troubles, il peut être

internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale ») et l'article 38, par. 1, a), b) et c) du Statut de la Cour internationale de Justice.

³⁰⁵ Voir Commission du droit international, « Responsabilité internationale : sixième rapport » de F. V. García Amador, Rapporteur spécial (Responsabilité de l'État à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers – mesures portant atteinte aux droits acquis (*suite*) et éléments constitutifs de la responsabilité internationale), art. 5, par. 1.

³⁰⁶ G. S. Goodwin-Gill, « The limits of the power of Expulsion in public international law », *British Yearbook of International Law*, 1974-1975, p. 55 et 156, p. 88.

³⁰⁷ Affaire *Boffolo*, op. cit., p. 534 (arbitre Ralston).

³⁰⁸ Ibid., p. 537, par. 3 (arbitre Ralston). Un avis différent a été exprimé par le Commissaire vénézuélien dans l'affaire *Oliva* : « Le Gouvernement vénézuélien a considéré l'étranger, Oliva, comme indésirable, et a utilisé le droit d'expulsion, reconnu et établi par les nations en général, de la manière dont le droit vénézuélien le prescrit. L'Italie recourt fréquemment à ce droit. Le soussigné ne croit pas que le Venezuela soit tenu d'expliquer les raisons de l'expulsion. » Affaire *Oliva*, op. cit., p. 604 et 605.

nécessaire d'exercer ce droit même sur de simples soupçons; mais en l'occurrence, il n'y avait pas de guerre, et des raisons de sécurité ne pouvaient être mises en avant comme motif d'expulsion du requérant à défaut d'accusations portées contre lui ou de procès. Mais si le Gouvernement mexicain avait des motifs pour procéder à une telle expulsion, il était au moins tenu de démontrer les charges devant la Commission. Or, sa simple affirmation, ou celle du Consul des États-Unis dans une dépêche à son gouvernement, selon laquelle le requérant était employé par les autorités impérialistes, ne constitue pas, aux yeux du surarbitre, une preuve suffisante de cette allégation ni un motif suffisant pour son expulsion. »³⁰⁹

168. Dans sa sentence partielle sur les réclamations civiles de l'Érythrée, la Commission sur les réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie a affirmé, sur le point relatif à l'obligation pour l'État expulsant de protéger les biens des personnes expulsées :

« Il est constant que l'Éthiopie ne s'est pas acquittée de ces responsabilités. Par suite des effets cumulés des mesures susvisées, de nombreuses personnes expulsées, dont certaines possédaient des avoirs importants, ont perdu pratiquement tout ce qu'elles avaient en Éthiopie.

Certaines des mesures éthiopiennes étaient légales, d'autres pas. Cependant, leur incidence cumulée eut pour effet que peu d'expulsés ont conservé quelque bien. Les expulsés durent se faire représenter par des agents (s'ils pouvaient en trouver et leur donner les instructions voulues), et se virent forcés de vendre rapidement des biens immobiliers, de payer des impôts spoliateurs sur le produit de leurs ventes, de faire face au recouvrement accéléré de leurs prêts, à la perception hâtive et arbitraire d'autres impôts et taxes, et à d'autres déboires économiques résultant de mesures dans lesquelles le Gouvernement éthiopien a joué un rôle important. En créant ou en facilitant ce train de mesures, l'Éthiopie a failli à l'obligation à elle faite de veiller à protéger les avoirs étrangers. »³¹⁰

On a vu que dans sa sentence partielle relative aux réclamations civiles de l'Éthiopie, la Commission a constaté également la responsabilité de l'Érythrée pour des faits quasi similaires (voir *supra* : « 3. Droit de propriété. Property rights and similar interests »).

169. La Commission a jugé également que l'Éthiopie était responsable vis-à-vis de l'Érythrée de la violation ci-après, entre autres, du droit international du fait d'actes ou d'omissions commis par des responsables civils, des membres du personnel militaire ou d'autres personnes dont elle est comptable de la conduite : « 7. Avoir permis aux autorités locales d'expulser par la force vers l'Érythrée un nombre inconnu, mais considérable, de doubles nationaux pour des raisons inconnues... »³¹¹.

³⁰⁹ *J. N. Zerman c. Mexico*, sentence du 20 novembre 1876, dans John Bassett Moore, op. cit., vol. IV, p. 3348.

³¹⁰ *Sentence partielle, Mauvais traitement des populations civiles, Réclamations de l'Érythrée n^{os} 15, 16, 23 et 27 à 32*, point 152.

³¹¹ *Ibid.*, p. 38.

B. Droit à la protection diplomatique de la personne expulsée

170. Il n'est pas question de revenir ici sur le droit de la protection diplomatique, sujet étudié avec compétence par le Rapporteur spécial sur ce sujet, M. John Dugard, et dont la Commission du droit international a adopté le projet d'articles en la matière, en seconde lecture, en 2006³¹². Il s'agit plus modestement d'examiner dans quelle mesure ce mécanisme peut être mis au service de la protection de la personne expulsée, ce d'autant plus que l'actualité judiciaire internationale fournit à cet égard un exemple intéressant en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo [République de Guinée c. République démocratique du Congo (RDC)]*³¹³ devant la Cour internationale de Justice.

171. Il ressort de cette affaire, en l'état actuel de la procédure, que lorsque la responsabilité de l'État expulsant doit être engagée par voie judiciaire à l'issue d'une procédure en protection diplomatique et ce notamment devant la Cour internationale de Justice (CIJ), certaines conditions doivent être préalablement remplies. Dans cette affaire, la Guinée prétendait notamment « exercer sa protection diplomatique en faveur de M. Diallo en raison de la violation des droits de celui-ci que la RDC aurait commise du fait de son arrestation, de sa détention et de son expulsion, violation qui aurait constitué un acte internationalement illicite de cet État mettant en cause sa responsabilité »³¹⁴. Face à cette prétention, la Cour a répondu qu'il lui fallait vérifier si le demandeur satisfaisait aux conditions d'exercice de la protection diplomatique, à savoir si M. Diallo avait la nationalité guinéenne et s'il avait épuisé les voies de recours internes disponibles en RDC³¹⁵. À cet égard, la Cour n'a pas eu de mal à constater la nationalité guinéenne de M. Diallo, qu'il possédait de manière continue depuis la date du préjudice allégué jusqu'à la date d'introduction de l'instance³¹⁶.

172. S'agissant de la condition d'épuisement des voies de recours internes, elle a donné lieu sur un plan général à d'âpres controverses aussi bien dans la doctrine que dans le cadre du contentieux international. On rappellera simplement que, comme la Cour l'a indiqué dans l'affaire de l'*Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique)*, « [l]a règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier; elle a été généralement observée dans les cas où un État prend fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre État en violation du droit international. Avant de recourir à la juridiction internationale, il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne »³¹⁷. Cependant, si les États ne remettent pas en cause la condition d'épuisement des voies de recours internes, des discussions vives et intenses

³¹² Le texte des projets d'articles et leurs commentaires figurent dans le rapport de la Commission du droit international, cinquante-huitième session, 1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10).

³¹³ C.I.J., *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 24 mai 2007, *Exceptions préliminaires*.

³¹⁴ *Ibid.*, par. 40.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ *Ibid.*, par. 41.

³¹⁷ C.I.J. *Recueil* 1959, p. 27.

s'élèvent en effet régulièrement sur la question de savoir s'il existe effectivement des recours internes dans le système juridique d'un État qu'un étranger aurait dû épuiser avant que sa cause ne soit endossée par l'État dont il a la nationalité. Or en matière de protection diplomatique, comme l'a dit la Cour, « c'est au demandeur qu'il incombe de prouver que les voies de recours internes ont bien été épuisées ou d'établir que des circonstances exceptionnelles dispensaient la personne prétendument lésée et dont il entend assurer la protection d'épuiser les recours internes disponibles »³¹⁸. La Cour se réfère à son arrêt rendu dans l'affaire *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*³¹⁹. Quant au défendeur, il lui appartient de convaincre la Cour qu'il existait dans son ordre juridique interne des recours efficaces qui n'ont pas été épuisés³²⁰.

173. En l'espèce, la Cour a jugé nécessaire de n'aborder la question des voies de recours internes qu'en ce qui concerne l'expulsion de M. Diallo. Elle a rappelé que « comme cela a été reconnu par les deux Parties et comme le confirme le procès-verbal établi le 31 janvier 1996 par l'Agence nationale d'immigration du Zaïre, cette expulsion, au moment de son exécution, a été qualifiée de mesure de "refoulement" ». Or, il apparaît que les mesures de refoulement ne sont pas susceptibles de recours en droit congolais. L'article 13 de l'ordonnance-loi n° 83-033 du 12 septembre 1983, relative à la police des étrangers, spécifie en effet expressément que la « mesure [de refoulement] est sans recours ». La Cour estime que la RDC ne saurait aujourd'hui se prévaloir du fait qu'une erreur aurait été commise par ses services administratifs au moment du «refoulement» de M. Diallo pour prétendre que celui-ci aurait dû traiter cette mesure comme une expulsion. M. Diallo, en tant que destinataire de la mesure de refoulement, était autorisé à tirer les conséquences de la qualification juridique ainsi donnée par les autorités zaïroises, et ce y compris au regard de la règle de l'épuisement des voies de recours internes »³²¹. Cependant, la cour a relevé que :

« quand bien même il se serait agi en l'occurrence d'une expulsion et non d'un refoulement comme le prétend la RDC, cette dernière n'a pas davantage démontré l'existence dans son droit interne de voies de recours ouvertes contre les mesures d'expulsion. La RDC a bien invoqué la possibilité d'une demande de reconsidération auprès de l'autorité administrative compétente [...]. La Cour rappellera néanmoins que si les recours internes qui doivent être épuisés comprennent tous les recours de nature juridique, aussi bien les recours judiciaires que les recours devant des instances administratives, les recours administratifs ne peuvent être pris en considération aux fins de la règle de l'épuisement des voies de recours internes que dans la mesure où ils visent à faire valoir un droit et non à obtenir une faveur, à moins qu'ils ne soient une condition préalable essentielle à la recevabilité de la procédure contentieuse ultérieure. En l'espèce, la possibilité pour M. Diallo d'introduire une demande de reconsidération de la mesure d'expulsion auprès de l'autorité administrative qui l'avait prise – c'est-à-dire le Premier Ministre – dans l'espoir que celui-ci

³¹⁸ C.I.J., *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, op. cit., arrêt du 24 mai 2007, par. 44.

³¹⁹ C.I.J., *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989, C.I.J. Recueil 1989, p. 15.

³²⁰ C.I.J., *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, op. cit., arrêt du 24 mai 2007, par. 44.

³²¹ Ibid., par. 46.

revienne sur sa décision à titre gracieux, ne saurait donc être considérée comme constituant une voie de recours interne à épuiser »³²².

174. Ainsi, ne pouvant démontrer qu'il existe dans son ordre juridique des voies de recours disponibles et efficaces permettant à un étranger victime d'une expulsion arbitraire de contester son expulsion, un État ne peut soulever cette condition comme cause d'irrecevabilité d'un recours contentieux devant la CIJ. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle parvient la Cour à l'issue de son analyse des divers arguments des parties relativement à cette condition³²³.

175. Par ailleurs, l'étranger victime d'une expulsion illégale peut introduire un recours devant les juridictions spécialisées des droits de l'homme pour invoquer la responsabilité de l'État expulsant. Si la CIJ ne s'est pas encore prononcée sur la responsabilité internationale d'un État pour expulsion illicite d'un étranger (peut-être le fera-t-elle dans l'affaire *Diallo* qui est maintenant en délibération devant elle), il est fréquent que les instances arbitrales et les juridictions garantissant les conventions relatives aux droits de l'homme constatent cette responsabilité et obligent l'État responsable à réparer le préjudice.

C. Preuve de l'expulsion illégale

176. Il n'est pas facile de rapporter la preuve de l'expulsion illégale. La question de la charge de la preuve d'une expulsion présumée illégale ne semble pas tranchée en droit international. Elle a été évoquée dans plusieurs sentences arbitrales mais non de manière uniforme. On a vu dans ce sixième rapport que, pour être légale, l'expulsion doit notamment reposer sur un motif valable au regard du droit international et que l'État expulsant est tenu de motiver la décision d'expulsion³²⁴.

177. Dans l'affaire *Oliva*, le commissaire italien a mis à la charge de l'État expulsant la preuve des faits justifiant l'expulsion :

« Le commissaire vénézuélien estime que M. Oliva n'a pas prouvé son innocence, mais ce n'est pas à ce dernier de le faire, tout homme étant présumé innocent jusqu'à preuve du contraire. C'était donc au Gouvernement vénézuélien d'établir la culpabilité du requérant et il ne l'a pas fait. Lorsque la France ou l'Italie recourent à l'expulsion, elles le font preuve à l'appui. Une simple suspicion peut justifier des mesures de surveillance mais en aucun cas une mesure aussi sévère que l'interdiction de résidence d'un homme ayant d'importants intérêts dans le pays. »³²⁵

178. En revanche, le commissaire vénézuélien était d'avis qu'il suffisait que l'État expulsant ait de bonnes raisons de croire que l'intéressé était un révolutionnaire : « Peu importe de savoir jusqu'à quel point il a été démontré qu'Oliva était un

³²² Ibid., par. 47.

³²³ Ibid., par. 48.

³²⁴ Voir *Sixième rapport sur l'expulsion des étrangers* (A/CN.4/625 et Add.1).

³²⁵ Affaire *Oliva*, Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela, 1903, *Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*, vol. X, p. 600 à 609, spécialement p. 607 (commissaire Agnoli).

révolutionnaire. Il suffit que le Gouvernement vénézuélien ait de bonnes raisons de le croire, et cela semble établi »³²⁶.

179. Dans l'affaire *Zerman*, le surarbitre a considéré qu'en l'absence de guerre ou de troubles l'État expulsant était tenu de rapporter la preuve de ses accusations devant la Commission, de simples affirmations ne pouvant suffire :

« Le surarbitre estime que, à proprement parler, le Président de la République du Mexique a le droit d'expulser de son territoire un étranger qui pourrait être considéré comme dangereux, et qu'en cas de guerre ou de troubles, il peut être nécessaire d'exercer ce droit même sur de simples soupçons; mais en l'occurrence, il n'y avait pas de guerre, et des raisons de sécurité ne pouvaient être mises en avant comme motif d'expulsion du requérant à défaut d'accusations portées contre lui ou de procès. Mais si le Gouvernement mexicain avait des motifs pour procéder à une telle expulsion, il était au moins tenu de démontrer les charges devant la Commission. Or, sa simple affirmation, ou celle du Consul des États-Unis dans une dépêche à son gouvernement, selon laquelle le requérant était employé par les autorités impérialistes, ne constitue pas, aux yeux du surarbitre, une preuve suffisante de cette allégation ni un motif suffisant pour son expulsion. »³²⁷

180. En revanche, dans l'affaire *Rankin*, le Tribunal des différends irano-américains a imposé au requérant la charge de la preuve de ce qu'il avait été expulsé illégalement. Estimant que celui-ci n'avait pu s'en acquitter, le Tribunal a rejeté ses prétentions :

« Celui qui se plaint d'une expulsion a la charge de prouver l'illégalité de la mesure d'expulsion prise par l'État, en d'autres termes d'établir que celle-ci est arbitraire, discriminatoire ou contraire aux obligations incombant par traité à l'État dans ce domaine³²⁸.

Le Tribunal fait observer qu'il appartient au requérant de démontrer qu'il a été expulsé illégalement d'Iran et que ce fait est imputable au Gouvernement iranien. En l'absence d'éléments de preuve à l'appui de cette assertion, le Tribunal conclut que le requérant n'en a pas rapporté la preuve³²⁹.

En conséquence, le Tribunal estime que le requérant n'a pas prouvé que cette nouvelle politique instituée par le défendeur [...] était un élément déterminant de sa décision de partir. »³³⁰

181. Cependant, s'agissant de l'affaire *Rankin*, il convient de préciser que la question principale n'était pas tant de savoir si l'expulsion de M. Rankin était bien fondée. Il s'agissait plutôt de savoir s'il avait été forcé de quitter le territoire iranien en raison de comportements attribuables aux autorités ou si, au contraire, il avait quitté ce territoire volontairement.

³²⁶ Ibid., p. 607 (commissaire Zuloaga).

³²⁷ *J. N. Zerman c. Mexico*, sentence du 20 novembre 1876, dans John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, p. 3347 et 3348.

³²⁸ *Rankin c. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal des différends irano-américains, jugement du 3 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, p. 135 à 152, spécialement p. 142, par. 22.

³²⁹ Ibid., p. 151, par. 38.

³³⁰ Ibid., par. 39.

D. Réparation du préjudice subi du fait de l'expulsion illégale

182. La violation par l'État expulsant d'une obligation juridique en matière d'expulsion donne naissance à l'obligation de réparer. L'étranger victime d'une expulsion illégale peut agir, notamment devant les tribunaux internes ou devant les juridictions internationales garantissant des conventions relatives aux droits de l'homme, pour demander réparation du préjudice subi. Il faut distinguer entre les cas dans lesquels l'État dont l'expulsé a la nationalité décide d'exercer son droit à la protection diplomatique de son national et s'adresse à une juridiction internationale et les cas dans lesquels la victime de l'expulsion illégale recourt aux tribunaux spécialisés en matière de droits de l'homme.

183. Lorsque la demande de réparation du préjudice subi du fait d'une expulsion illégale intervient dans le cadre d'une procédure de protection diplomatique, la réparation est faite à l'État qui exerce sa protection vis-à-vis de son national. Dans l'affaire *Ben Tillet*, c'est le Gouvernement britannique qui, trouvant que la Belgique avait excédé son droit en expulsant son national, lui réclama une indemnité de 75 000 francs belges. L'arbitre trouva que le Gouvernement britannique était mal fondé dans sa demande et l'a débouté.

184. Selon la Cour interaméricaine des droits de l'homme, « [l]es réparations consistent en des mesures qui visent à supprimer, modérer ou compenser les effets des violations commises. Leur nature et leur montant dépendent des caractéristiques de la violation et du dommage causé tant au niveau matériel qu'immatériel »³³¹.

1. Fondement de la réparation

185. La paragraphe 5 de l'article 22 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille du 18 décembre 1990 donne à ces derniers le droit « de demander des réparations conformément à la loi »³³².

186. Le paragraphe 1 de l'article 63 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme dispose que : « lorsqu'elle reconnaît qu'un droit ou une liberté protégés par la présente convention ont été violés, la Cour ordonnera que soit garantie à la partie lésée la jouissance du droit ou de la liberté enfreints. Elle ordonnera également, le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité de la partie lésée ». Dans l'affaire *Velasquez c. Uruguay*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a déclaré que la réparation constitue la « pierre angulaire du système de protection internationale des droits de l'homme puisqu'elle implique l'engagement des États à limiter l'exercice de pouvoir, et même de leur souveraineté, vis-à-vis des droits et libertés fondamentaux des individus »³³³.

³³¹ *Vargas Areco c. Paraguay*, série C, n° 155, 26 septembre 2006, par. 142; Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêts *La Cantuta*, par. 202.

³³² Convention adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 49, vol. I (A/45/49)*.

³³³ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Velasquez c. Uruguay*, série C, n° 4, 29 juillet 1988, par. 162 à 164.

187. Ce sont également les tribunaux qui déterminent la forme de réparation adéquate pour tout dommage causé par une expulsion illégale. Aux termes de l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme : « Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

2. Formes de réparation

188. Le principe fondamental de la réparation intégrale par l'État du préjudice causé par un fait internationalement illicite qui lui est attribuable est posé à l'article 31 des Articles sur la responsabilité de l'État. Les différentes formes de réparation, quant à elles, sont énumérées à l'article 34.

a) Restitution

189. La restitution comme forme de réparation est envisagée à l'article 35 des Articles sur la responsabilité de l'État. Elle semble ne pas avoir été accordée souvent en réparation d'une expulsion illégale. Il serait peut-être bon de n'envisager cette forme de réparation que dans les cas où les faits à l'origine de l'expulsion (motif) et non la manière dont elle est exécutée (procédure), sont entachés d'illégalité. Cette forme de réparation est envisageable en particulier lorsque, par suite d'une expulsion illégale, l'État expulsant a porté atteinte aux biens meubles et immeubles de la personne expulsée. En effet, si du fait d'une expulsion illégale la personne concernée a perdu des biens meubles et immeubles qui lui appartenaient dans l'État expulsant, il est fondé de revendiquer auprès de l'État la restitution de ses biens. De même, si ces biens ont été endommagés du fait de l'expulsion illégale, il peut toujours demander la *restitutio in integrum*. Dans ce cas, en principe, l'État responsable de l'expulsion illégale doit remettre les biens de l'expulsé en l'état.

b) Indemnisation

190. L'indemnisation apparaît comme la forme la plus usitée de réparation en matière d'expulsion illégale lorsque le préjudice subi par l'étranger est indemnisable. Elle prend habituellement la forme de réparation pécuniaire.

i) Formes de préjudice indemnisable

a. Préjudice matériel

191. La réparation pour préjudice matériel découle habituellement d'une détention abusive ou excessive ou de l'expulsion illégale. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a défini le préjudice matériel comme « la perte de revenus de la victime, les frais encourus à raison des faits de la cause et les conséquences de caractère pécuniaire qui ont un lien de causalité direct avec les faits incriminés »³³⁴. Dans l'affaire *Emre c. Suisse*³³⁵ devant la Cour européenne des droits de l'homme, le requérant estimait « avoir subi un préjudice matériel du fait de l'impossibilité de travailler liée à la décision d'expulsion, en réparation duquel il sollicite une somme de 153 000 francs suisses (environ 92 986 euros). Par une lettre du 15 novembre

³³⁴ Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêts *Bámaca Velasquez* (réparation), par. 43.

³³⁵ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Emre c. Suisse*, arrêt du 22 mai 2008.

2007, il demande en outre une somme de 700 000 francs suisses (environ 425 426 euros) en compensation de la future incapacité partielle de travailler qu'entraîneront, selon lui, ses problèmes de santé, qu'il attribue à la menace d'expulsion et à la mise à exécution de celle-ci »³³⁶. Le requérant ne parvenant pas à prouver qu'il aurait subi un manque à gagner du fait de son expulsion, la Cour a estimé que « le lien entre son expulsion et la future perte de salaire alléguée est purement spéculatif. Dès lors, aucun montant ne saurait être dû à ce titre »³³⁷.

b. Préjudice moral

192. Le préjudice moral porte sur les souffrances et les dommages directement causés à l'expulsé, les atteintes à sa dignité ainsi que l'altération de ses conditions de vie. Très souvent, dans ce cas, il est impossible d'évaluer concrètement le degré de ce dommage et d'attribuer un équivalent monétaire précis à la victime. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé à cet égard qu'« il est dans la nature humaine que toute personne soumise à la détention arbitraire, la disparition forcée et l'exécution extrajudiciaire a expérimenté souffrance, angoisse, peur, sentiment d'impuissance et d'insécurité tels que le dommage (moral) ne doit pas être prouvé »³³⁸. Le préjudice moral est donc constitué de traumatismes psychologiques liés à la privation de liberté, à l'absence de distractions, à l'impact émotionnel causé par la détention, la tristesse, la détérioration des conditions de vie, l'impuissance causée par l'absence de soutien social et institutionnel, l'humiliation et les menaces subies lors des visites en détention, la peur et l'insécurité... La jurisprudence abondante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme insiste sur « les souffrances, les angoisses, le sentiment d'insécurité, de frustration et d'impuissance face au manquement des autorités à leur(s) obligation(s)... »³³⁹.

193. Dans l'affaire *Emre c. Suisse*³⁴⁰, le requérant réclamait une somme de 20 000 francs suisses (environ 12 155 euros) pour préjudice moral. Il estimait que celui-ci était notamment « la conséquence de la détresse profonde dans laquelle il a été plongé du fait de la décision d'expulsion et de la séparation forcée de ses proches. Cette souffrance morale s'est notamment concrétisée par ses actes d'automutilation ou ses tentatives de suicide »³⁴¹. À cet égard, la Cour a considéré que « [...] l'intéressé a certainement éprouvé des sentiments de frustration et d'angoisse – non seulement lors de sa première expulsion mais aussi face à l'éventualité de la seconde – que le constat d'une violation ou la publication du présent arrêt ne suffiraient pas à réparer. Statuant en équité, comme le veut l'article 41 de la Convention, elle lui octroie à ce titre une somme de 3 000 euros »³⁴². Dans l'affaire *Ben Salah c. Italie*³⁴³, le requérant estimait qu'il avait subi un préjudice moral du fait de la décision d'expulsion vers un État où il risquait d'être exposé à de mauvais traitements. Cependant, il ne chiffrait pas ses prétentions. Sans faire d'observations

³³⁶ Ibid., par. 95.

³³⁷ Ibid., par. 99.

³³⁸ Voir Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêts *Mapiripan*; *Villagran Morales* (réparation); et *La Cantuta*, par. 217.

³³⁹ Voir par exemple Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêts *Mapiripan*; et *Pueblo Bello*.

³⁴⁰ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Emre c. Suisse*, arrêt du 22 mai 2008.

³⁴¹ Ibid., par. 99.

³⁴² Ibid., par. 100.

³⁴³ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Ben Salah c. Italie*, arrêt du 24 mars 2009, par. 57 et suivantes.

sur le préjudice subi par le requérant, la Cour a estimé que « [...] le constat que l'expulsion, si elle était menée à exécution, constituerait une violation de l'article 3 de la Convention représente une satisfaction équitable suffisante »³⁴⁴.

c. *Émergence du préjudice particulier de la rupture du projet de vie*

194. Il peut arriver que l'expulsion entraîne une rupture de projet de vie de la personne expulsée, surtout si elle a été décidée et conduite de façon arbitraire alors que l'intéressé avait commencé à mener des activités (notamment études, activités économiques, vie familiale) dans l'État expulsant. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a donné une orientation nouvelle au droit à la réparation en incluant la rupture du « projet de vie » dans la catégorie de préjudices subis par les victimes des violations des droits de l'homme. Elle a ainsi pu distinguer entre les dommages matériels quantifiables selon des critères objectifs et économiques et la rupture du projet de vie en estimant, dans son arrêt de principe *Loayza Tamayo*, que : « Le concept de projet de vie est lié à celui de développement personnel, qui à son tour est basé sur des options qu'un individu peut avoir pour mener sa vie et réaliser ses objectifs. Ces options sont la manifestation et la garantie de la liberté »³⁴⁵. Dans cette affaire, la requérante, détenue arbitrairement et victime de traitements inhumains, avait été libérée et sommée de quitter son pays pour vivre à l'étranger dans des conditions économiques difficiles, ce qui a causé une profonde détérioration de son état physique et psychologique et l'a empêchée « de réaliser les objectifs personnels, familiaux et professionnels qu'elle s'était raisonnablement fixés par elle-même »³⁴⁶. Sans évaluer la réparation due à ce type de préjudice souffert par l'intéressée, la Cour s'est contentée d'attribuer à la victime une réparation symbolique, estimant que le projet de vie doit être « raisonnable et réalisable en pratique », ses atteintes étant par nature « très difficilement réparables ».

195. Mais dans l'arrêt *Benavides Cantoral*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a mieux défini la réparation due pour ce genre de préjudice en prenant en compte la « grave altération du cours normal de la vie de Luis Alberto Cantoral Benavides. Les bouleversements que ces faits entraînent empêchent la victime de réaliser sa vocation, ses aspirations et ses potentialités, eu égard en particulier à sa formation et à sa profession »³⁴⁷. Par conséquent, la Cour a ordonné à l'État d'octroyer une bourse d'études à la victime, qui lui permettra de reprendre ses études (dans un centre universitaire choisi en accord avec le gouvernement) et donc le cours de sa vie³⁴⁸. Dans l'arrêt *Wilson Gutiérrez*, la même Cour a reconnu que les violations des droits de l'intéressé l'avaient empêché de réaliser ses attentes en matière de développement personnel et avaient causé des dommages irréparables à sa vie, l'obligeant à rompre ses liens familiaux et à s'installer à l'étranger dans un état de solitude, de pénurie économique et de souffrance physique et psychologique, telles qu'ont été affaiblies de façon permanente son estime de soi et sa capacité de vivre des relations affectives intimes. Pour la Cour, « la nature complexe et intégrale

³⁴⁴ Ibid., par. 59.

³⁴⁵ Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt *Loayza Tamayo* (réparation), par. 148.

³⁴⁶ Ibid., par. 152.

³⁴⁷ Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt *Benavides Cantoral* (réparation), par. 60.

³⁴⁸ Ibid., par. 80.

du dommage au projet de vie exige des mesures de satisfaction et garanties de non-répétition qui dépassent la seule sphère économique »³⁴⁹.

ii) *Forme d'indemnisation*

196. L'indemnisation est une forme de réparation reconnue pour le préjudice subi par l'étranger expulsé ou l'État de sa nationalité à raison d'une expulsion illégale. Il est admis, en effet, que « [l']expulsion mal fondée ou fondée sur des éléments de preuve insuffisants est généralement considérée comme ouvrant droit à indemnisation »³⁵⁰.

197. Plusieurs tribunaux arbitraux ont accordé des dommages-intérêts à des étrangers victimes d'expulsions illégales. Dans l'affaire *Paquet*, l'arbitre a estimé qu'au vu du caractère arbitraire de l'expulsion, le Gouvernement vénézuélien devait verser à l'intéressé une indemnisation pour le préjudice direct qu'il avait subi :

« [...] il est d'un usage général parmi les gouvernements de fournir des explications au gouvernement de la personne expulsée, s'il en demande, et que, lorsque ces explications sont refusées, comme c'est le cas dans l'affaire qui nous occupe, l'expulsion peut être considérée comme un acte arbitraire et de nature à donner droit à une réparation, qu'en outre le cas présent est aggravé par le fait que les attributs du pouvoir exécutif, aux termes de la Constitution du Venezuela, ne lui permettent pas d'interdire l'entrée sur le territoire national ou d'en expulser les étrangers y domiciliés que le Gouvernement suspecte d'être dangereux pour l'ordre public;

Considérant, en outre, que la somme demandée ne semble pas exagérée :

Décide que la réclamation de N. A. Paquet donne droit à une indemnité de 4 500 francs. »³⁵¹.

198. Dans l'affaire *Oliva*, l'arbitre a également alloué des dommages-intérêts à raison de la perte résultant de la rupture d'une concession, limités toutefois aux dépenses que l'intéressé avait engagées et au temps qu'il avait consacré à obtenir le contrat³⁵². Le Commissaire Agnoli avait estimé que le caractère arbitraire de l'expulsion aurait à lui seul justifié une action en dommages-intérêts :

« [...] Une indemnisation d'au moins 40 000 bolivars devrait être accordée, indépendamment de toute somme qui pourrait lui être allouée à juste titre pour la rupture arbitraire du contrat susmentionné, puisqu'il ne fait aucun doute que, même s'il n'avait pas pu obtenir la concession en question, le simple fait de son expulsion arbitraire suffirait à justifier une demande d'indemnisation. »³⁵³

199. Dans d'autres affaires, c'est la manière illégale dont il a été procédé à l'expulsion (notamment la durée et les conditions de détention qui l'ont précédée) qui a donné lieu à indemnisation. Ainsi, dans l'affaire *Maal*, l'arbitre a alloué des

³⁴⁹ Arrêt *Wilson Gutiérrez Soler c. Colombie*, 12 septembre 2005, série C, n° 132, par. 88 et 89.

³⁵⁰ Voir, de manière générale, Goodwin-Gill, op. cit., p. 278 à 280; E. Borchard, op. cit., p. 57.

³⁵¹ Affaire *N. A. Paquet c. Venezuela*, *Recueil des sentences arbitrales*, 1903, vol. IX (arbitre Filtz), p. 325.

³⁵² Affaire *Oliva*, op. cit., p. 608 à 610 (arbitre Ralston), comportant le détail du calcul de l'indemnité en l'espèce.

³⁵³ *Ibid.*, p. 602 (commissaire Agnoli).

dommages-intérêts au plaignant à cause des mauvais traitements qu'il avait subis. Les responsables de l'expulsion n'ayant pas été sanctionnés, l'arbitre a estimé que l'indemnisation devait être suffisante pour montrer que l'État en cause « reconnaissait l'outrage » subi par le plaignant :

« L'arbitre a appris que la personne d'autrui devait être considérée comme une chose sacrée, qu'on ne peut ni toucher ni même effleurer sans son consentement, que ce soit sous l'empire de la colère ou pour une autre raison, car on commet alors une agression ouvrant droit à une indemnisation proportionnée à l'intention de l'agresseur, à la nature de l'agression et à la qualité humaine de la personne agressée. [...] Puisque rien ne semble indiquer que les personnes chargées de cette tâche importante par le Gouvernement vénézuélien aient été réprimandées, sanctionnées ou relevées de leurs fonctions, la seule manière dont celui-ci peut exprimer ses regrets et sa loyauté envers le sujet d'un État souverain ami est de lui verser une indemnisation pécuniaire. Le montant doit être suffisant pour montrer que l'État en cause reconnaît l'outrage subi par l'intéressé et souhaite s'acquitter entièrement de sa dette envers lui. Ne fût-ce que pour cet outrage, l'arbitre estime que le Gouvernement défendeur doit verser au Gouvernement plaignant, au nom du plaignant, la somme de cinq cent dollars or des États-Unis d'Amérique, ou l'équivalent en argent au taux de change en vigueur à la date du paiement, et le jugement peut être rendu en ce sens. »³⁵⁴

200. Dans l'affaire *Daniel Dillon*, des dommages-intérêts ont été alloués au requérant pour les mauvais traitements qu'il avait subis du fait de la durée et des conditions de sa détention. L'instance arbitrale qui a connu de cette affaire écrit :

« Cependant, la longueur de la détention et le fait de maintenir le requérant au secret sans l'informer des motifs de sa détention constituent, de l'avis de la Commission, des mauvais traitements démesurés par rapport à l'objet de l'arrestation, au point qu'ils engagent la responsabilité des États-Unis du Mexique au regard du droit international. En conséquence, il convient de verser à titre de dommages-intérêts la somme de 2 500 dollars des États-Unis, sans intérêts. »³⁵⁵

201. Dans l'affaire *Yeager*, le Tribunal des différends irano-américains a accordé au requérant une indemnisation, d'une part, pour la perte des biens qu'il avait dû abandonner parce qu'on ne lui avait pas laissé le temps de préparer son départ³⁵⁶ et, d'autre part, pour l'argent qui lui avait été pris à l'aéroport par les « *komiteh* révolutionnaires »³⁵⁷.

202. Pareillement, la Cour européenne des droits de l'homme autorise habituellement le versement d'indemnités aux victimes d'une expulsion illégale. Dans plusieurs affaires, elle a alloué des indemnités pécuniaires pour le dommage moral résultant d'une expulsion illégale. Par exemple, dans l'affaire *Moustaquim c. Belgique*, si elle a refusé une demande d'indemnisation fondée sur la perte de

³⁵⁴ Affaire *Maal (Netherlands) c. Venezuela*, op. cit., p. 730 à 733 (arbitre Plumley).

³⁵⁵ *Daniel Dillon (États-Unis d'Amérique) c. États-Unis du Mexique*, Commission générale des réclamations États-Unis/Mexique, sentence du 3 octobre 1928, *Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*, vol. IV, p. 368 à 371, spécialement p. 369.

³⁵⁶ *Yeager c. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal des différends irano-américains, jugement du 2 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, p. 92 à 113, par. 51 à 59.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 110, par. 61 à 63.

revenus résultant d'une expulsion contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, soulignant l'absence de lien de causalité entre cette violation et la perte de revenus alléguée, en revanche, elle a accordé au requérant, sur une base équitable, la somme de 100 000 francs belges à titre de réparation morale pour le temps qu'il a dû vivre loin de sa famille et de ses amis, dans un pays où il n'avait pas d'attaches³⁵⁸. De même, dans l'affaire *Conka c. Belgique*, la Cour européenne des droits de l'homme a accordé une indemnisation de 10 000 euros pour le préjudice moral résultant d'une expulsion contraire aux paragraphes 1 et 4 de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à la liberté et à la sûreté), à l'article 4 du Protocole n° 4 relatif à ladite convention (interdiction des expulsions collectives) et à l'article 13 de la Convention (droit à un recours effectif), rapproché de l'article 4 du Protocole n° 4³⁵⁹.

c) Satisfaction

203. La satisfaction comme forme de réparation est prévue à l'Article 37 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Cette forme de réparation est envisageable en cas d'expulsion illégale³⁶⁰. C. Hyde écrit à ce sujet : « Comme M. [Elihu] Root l'a déclaré en 1907, "le droit d'un gouvernement de protéger ses citoyens à l'étranger contre une expulsion brutale et injustifiée doit être considéré comme un principe établi et fondamental du droit international, tout comme le droit d'un gouvernement de demander satisfaction et compensation pour une expulsion contraire aux exigences du droit international" ». À cet égard, le Rapporteur spécial, M. García Amador, a indiqué que : « En ce qui concerne l'expulsion arbitraire, la satisfaction a consisté à rapporter la mesure incriminée et à permettre au ressortissant étranger de rentrer dans le pays »³⁶¹. Il a mentionné dans ce contexte les affaires *Lampton* et *Wiltbank* (concernant quatre citoyens américains expulsés du Nicaragua en 1894) et celle des quatre sujets britanniques également expulsés du Nicaragua³⁶².

204. La satisfaction a surtout été retenue dans des situations où l'arrêt d'expulsion n'avait pas encore été exécuté. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'en pareil cas un jugement déclarant l'arrêt d'expulsion illégal constituait une compensation adéquate et n'a donc pas accordé de réparation morale. On mentionnera à cet égard les affaires *Beldjoudi c. France*³⁶³, *Chahal c. Royaume-*

³⁵⁸ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Moustaquim c. Belgique*, op. cit., par. 52 à 55.

³⁵⁹ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Conka c. Belgique*, op. cit., p. 99, par. 42.

³⁶⁰ Cheney *Hyde International Law; Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, vol. 1, 2^e éd. rév., Boston, Little Brown and Company, 1947, p. 231 (citant Communication to the Minister in Caracas, 28 février 1907, *Foreign Relations*, 1908, 774, 776, Hackworth, Dig., III, 690).

³⁶¹ Ibid., par. 99.

³⁶² Ibid., par. 99, note 159. Ces affaires sont mentionnées par John Basset Moore dans *A Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, vol. IV, 1906, p. 99 à 101. *Lampton* et *Wiltbank* avaient été expulsés par le Gouvernement nicaraguayen puis autorisés à retourner au Nicaragua à la demande des États-Unis. Quant aux quatre sujets britanniques, la Grande-Bretagne avait exigé « l'annulation inconditionnelle des arrêtés d'expulsion » et le Nicaragua avait répondu qu'« il n'y avait pas lieu de les annuler puisque toutes les personnes coupables d'avoir pris part à la rébellion de Mosquito avaient été amnistiées ».

*Uni*³⁶⁴ et *Ahmed c. Autriche*³⁶⁵. Parmi les formes de réparation, la Cour interaméricaine des droits de l'homme ne se contente pas seulement d'accorder des indemnités aux victimes d'expulsions illégales, considérant que « parmi les formes de réparations que doit assumer l'État il y a nécessairement celle d'enquêter effectivement les faits et de sanctionner les coupables »³⁶⁶.

205. Dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, le requérant réclamait une indemnité pour le dommage moral causé par la durée de la détention. La Cour, constatant que le Gouvernement britannique n'avait pas violé le paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, jugea que le constat que l'expulsion, si elle était menée à exécution, constituerait une violation du paragraphe 3 de l'article 3 de la Convention et qu'il y avait eu violation du paragraphe 4 de l'article 5 et de l'article 13, représentait une satisfaction équitable suffisante³⁶⁷.

206. Comme nous l'avons dit précédemment, les considérations qui précèdent n'ont d'autre but que de rappeler, d'une part, que le régime général de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite s'applique à l'expulsion illicite d'un étranger, et d'autre part que l'État de nationalité dispose à cet égard de la faculté qui lui est reconnue par le droit international d'exercer sa protection diplomatique, comme l'a confirmé très récemment encore la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*. Aussi les projets d'articles ci-après consistent-ils en des clauses de renvoi aux régimes juridiques de ces deux institutions bien établies du droit international que sont la responsabilité de l'État et la protection diplomatique.

Projet d'article II

Responsabilité de l'État en cas d'expulsion illicite

Les conséquences juridiques d'une expulsion illicite [illégal] sont régies par le régime général de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

³⁶³ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Beldjoudi c. France*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 26 mars 1992, requête n° 12083/86, par. 86 : « Les requérants ont dû éprouver un préjudice moral, mais le présent arrêt leur fournit une compensation suffisante à cet égard ».

³⁶⁴ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, op. cit., par. 158 : « Ayant décidé qu'il n'y avait pas eu violation du paragraphe 1 de l'article 5 [...], la Cour n'accorde aucune réparation du préjudice moral pour la période que M. Chahal a passée en détention. Quant aux autres griefs, le constat que l'expulsion, si elle était menée à exécution, constituerait une violation de l'article 3 et qu'il y a eu violation des paragraphes 4 et 13 de l'article 5, représente une satisfaction équitable suffisante ».

³⁶⁵ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Ahmed c. Autriche*, op. cit. La Cour a refusé une compensation d'indemnisation pour perte salariale parce qu'elle ne voyait aucun lien de causalité entre le dommage matériel allégué et sa conclusion concernant l'article 3 de la Convention (par. 50). Elle a ensuite déclaré : « La Cour estime que l'intéressé a dû éprouver un préjudice moral, mais que le présent arrêt lui fournit une compensation suffisante à cet égard » (par. 51).

³⁶⁶ Arrêts *Bámaca Velasquez* (réparations), par. 73 et 106.

³⁶⁷ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, par. 158.

Projet d'article J1
Protection diplomatique

L'État de la nationalité de l'étranger expulsé peut exercer sa protection diplomatique au profit dudit étranger.
