



Assemblée générale

Distr. générale
28 mai 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 M. Maurice Kamto, Rapporteur spécial

Additif

Table des matières

	<i>Page</i>
Deuxième partie. Procédures d'expulsion	3
I. Considérations liminaires : Distinction entre « étrangers légaux » et « étrangers illégaux »	3
A. Fondement de la distinction entre « étrangers légaux » et « étrangers illégaux »	3
B. Clarification sémantique des notions d'étranger « résidant » ou « se trouvant régulièrement » ou « irrégulièrement » sur le territoire d'un État.	5
II. Procédures applicables à l'expulsion des étrangers entrés illégalement sur le territoire de l'État	7
A. Étrangers entrés illégalement de fraîche date sur le territoire de l'État expulsant.	7
B. Cas des étrangers illégaux résidents de longue durée sur le territoire de l'État expulsant	15
Projet d'article A1. Portée des [présentes] règles de procédure	17
III. Règles de procédure applicables aux étrangers se trouvant légalement sur le territoire d'un État.	17
A. Considérations d'ordre général	17
B. Nature de la procédure	21
C. Garanties de procédure	23
1. Garanties procédurales en droit international et en droit interne	23



a)	Conformité avec la loi	23
i)	Consécration dans le système universel de protection des droits de l'homme	23
ii)	Consécration par les instruments régionaux	24
iii)	Consécration dans les législations nationales	25
	Projet d'article B1. Obligation de conformité avec la loi	26
b)	Droit d'être informé de la procédure d'expulsion	28
c)	Droit de contester l'expulsion	32
i)	Considérations d'ordre général	32
ii)	Droit d'être entendu	34
iii)	Droit d'être présent	36
d)	Droit à un recours collectif	37
e)	Non-discrimination dans les garanties procédurales	38
f)	Droit à la protection consulaire	39
g)	Droit à un conseil	40
h)	Aide juridictionnelle	42
i)	Traduction et interprétation	43
2.	Garanties procédurales dans le cadre de l'ordre juridique communautaire européen	44
a)	Notification de la décision d'expulsion	45
b)	Droit à un recours collectif	46
	Projet d'article C1. Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion	48

Deuxième partie

Procédures d'expulsion

1. En dehors de quelques rares dispositions – au reste de caractère très général – relatives aux droits des étrangers en situation régulière dans les États, contenues dans quelques instruments internationaux, il n'existe pas à proprement parler de règles détaillées en droit international fixant la procédure d'expulsion et permettant de concilier les droits de l'individu objet de l'expulsion et le droit souverain de l'État expulsant. La question de l'expulsion n'est pas entièrement réglementée dans cet ordre juridique et les règles de procédure applicables à ce sujet, qu'elles soient de forme ou de fond, de même que les voies de recours qui s'offrent aux personnes concernées se dégagent en bonne partie de l'analyse détaillée des législations et des jurisprudences nationales. Il ressort de cette analyse une distinction nécessaire dans la procédure applicable à l'expulsion des étrangers entrés régulièrement sur le territoire d'un État et ceux qui y seraient entrés irrégulièrement, certaines législations nationales réservant, au sein de cette dernière catégorie, un traitement distinct aux étrangers qui, bien qu'étant entrés illégalement sur le territoire de l'État, y séjournent depuis un certain temps.

I. Considérations liminaires : distinction entre « étrangers légaux » et « étrangers illégaux »

A. Fondement de la distinction entre « étrangers légaux » et « étrangers illégaux »

2. Une brève clarification terminologique s'impose d'emblée. Le langage non juridique fait usage d'un vocabulaire imagé pour distinguer les migrants étrangers en fonction de leur situation juridique dans l'État de séjour. Ainsi parle-t-on d'« immigrants clandestins » par opposition aux « légaux » ou « réguliers ». Les textes juridiques n'emploient pas non plus une terminologie uniforme. Certains distinguent, selon les cas, entre étrangers « légaux » et étrangers « illégaux » ou étrangers se trouvant « légalement » sur le territoire d'un État, par opposition à ceux qui s'y trouveraient « illégalement ». D'autres parlent d'étrangers « en situation régulière » par opposition à ceux qui se trouveraient « en situation irrégulière » sur le territoire d'un État. Toutes ces expressions désignent cependant une seule et même réalité : les immigrants qui séjournent dans un État en conformité avec la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers et ceux qui s'y trouvent en violation de ladite législation. On emploiera donc comme des synonymes les expressions étrangers se trouvant « légalement » ou « régulièrement » sur le territoire d'un État, d'une part, et étrangers s'y trouvant « illégalement » ou « irrégulièrement », d'autre part.

3. Rares sont cependant les textes internationaux qui posent expressément le principe de la distinction entre étrangers se trouvant régulièrement dans un État et étrangers s'y trouvant irrégulièrement. Il semble même que la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 soit la seule à établir explicitement une telle distinction. L'article 31 de ladite Convention, qui s'intitule expressément « Réfugiés en situation irrégulière dans le pays d'accueil », régit le traitement de cette catégorie de réfugiés par les États contractants, cependant que l'article 32, expressément

consacré à l'« Expulsion », ne prescrit aux États contractants que l'interdiction de l'expulsion d'« un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire ».

4. Cette distinction est nécessaire d'autant plus qu'elle trouve un fondement implicite dans divers autres instruments juridiques internationaux. Elle se dégage en effet de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹ qui dispose :

« Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État Partie au présent Pacte 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. »

5. Cette disposition ne vise que l'étranger se trouvant « légalement » sur le territoire d'un État, ce qui signifie *a contrario* qu'elle exclut celui qui s'y trouverait « illégalement », suggérant ainsi que les deux catégories d'étrangers existent et ne peuvent être traitées de manière identique.

6. La distinction entre étrangers se trouvant « légalement » sur le territoire d'un État et ceux s'y trouvant « illégalement » peut être également inférée du paragraphe 2 de l'article 20 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille² qui stipule :

« Nul travailleur migrant ou membre de sa famille ne peut être privé de son autorisation de résidence ou de son permis de travail ni être expulsé pour la seule raison qu'il n'a pas exécuté une obligation résultant d'un contrat de travail, à moins que l'exécution de cette obligation ne constitue une condition de l'octroi de cette autorisation ou de ce permis. »

7. Ici aussi il y a lieu de considérer que ne sont concernés par cette disposition, comme par l'ensemble de la Convention, que les travailleurs migrants légaux. En effet, qu'un travailleur migrant puisse, le cas échéant, être « privé de son autorisation de résidence » ou de « son permis de travail » suppose qu'il ait déjà une telle autorisation, laquelle conditionne dans la plupart des États l'octroi du « permis de travail ». Il n'est donc pas douteux que ne sont visés ici que les travailleurs migrants légaux au regard de la législation sur l'entrée et le séjour dans l'État d'accueil, par opposition aux travailleurs illégaux couramment appelés « travailleurs clandestins » ou « travailleurs au noir ».

8. On sait également que le paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention relative au statut des apatrides de 1954³ stipule que les États contractants n'expulseront pas « un apatride se trouvant régulièrement sur leur territoire ».

¹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, New York, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171 (adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966).

² Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, New York, 18 décembre 1990, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2220, p. 3 (adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003).

³ Convention relative au statut des apatrides, New York, 28 septembre 1954, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 360, p. 117 (adoptée par une conférence de plénipotentiaires réunie en

9. Les étrangers « personnes protégées » constituent une catégorie que l'on retrouve plutôt dans les législations nationales et non pas dans les instruments internationaux. Cette catégorie d'étrangers bénéficie de garanties particulières que la loi n'offre pas aux immigrants illégaux de fraîche date qui, eux, sont assujettis à la procédure de refoulement ou d'éloignement pour violation des règles d'entrée sur le territoire de l'État. Comme on le verra ci-dessous, les législations de la plupart des États prévoient pour ces derniers une procédure sommaire de refoulement ou d'éloignement dont les modalités peuvent varier d'un État à l'autre.

10. Il convient de préciser que si la distinction entre ces différentes catégories d'étrangers est nécessaire pour un effort de codification, et éventuellement de développement progressif, tenant compte aussi bien des orientations fournies par le droit international que celles découlant de la pratique des États, elle ne s'impose nullement en ce qui concerne le respect des droits de l'homme des personnes expulsées. Celles-ci demeurent des personnes humaines, quelles que soient les conditions de leur entrée dans l'État expulsant, et ont droit à ce titre à une même protection de l'ensemble des droits fondamentaux attachés à la personne humaine, et en particulier du droit au respect de la dignité humaine.

B. Clarification sémantique des notions d'étranger « résidant » ou « se trouvant régulièrement » ou « irrégulièrement » sur le territoire d'un État

11. L'article 1 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) dispose en son paragraphe 1 qu'« un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi [...] ». Dans son rapport explicatif de cet article, le Comité directeur pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe a fait valoir que le terme « résidant » ne désigne pas « l'étranger qui est arrivé dans un port ou tout autre point d'entrée [et qui] n'est pas encore passé par le contrôle d'immigration, [ni] l'étranger qui a été admis sur le territoire d'un État uniquement en transit ou, comme non-résident, pour une période limitée »⁴. En ce qui concerne le terme « régulièrement », le Comité directeur a précisé que chaque État fixe les conditions qu'un étranger doit remplir afin d'être en situation régulière sur son territoire. Aussi, l'article 1 du Protocole n° 7 « s'applique non seulement à l'étranger qui est entré régulièrement sur le territoire, mais aussi à celui qui est entré irrégulièrement et dont la situation a été régularisée par la suite »⁵. À l'inverse, la personne qui ne remplit plus les conditions d'entrée ou de séjour telles qu'elles sont déterminées par la législation de l'État partie concerné « ne peut pas être considéré[e] comme se trouvant “régulièrement” sur le territoire de [cet] État »⁶.

application des dispositions de la résolution 526 A (XVII) du Conseil économique et social en date du 26 avril 1954).

⁴ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif sur le Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Strasbourg (France), 22 novembre 1984, *Série des traités européens*, n° 117. A-L. Ducroquetz, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, Thèse dactylographiée, Université de Lille (France), 2007.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

12. D'autres textes adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe donnent une définition plus concise des termes de résidence régulière. Ainsi, l'alinéa *b* de la section II du Protocole annexé à la Convention européenne d'établissement de 1955 dispose brièvement que « les ressortissants des Parties contractantes sont considérés comme résidant régulièrement sur le territoire de l'une d'entre elles lorsqu'ils se sont conformés [aux prescriptions réglementant l'admission, le séjour et la circulation des étrangers] ». En 1993, la Commission européenne des droits de l'homme a déclaré que le paragraphe 1 de l'article 1 du Protocole n° 7 ne s'applique pas quand les requérants sont demeurés sur le territoire de l'État en cause en attendant « une décision sur [leur] demande d'asile politique ou l'obtention d'un titre de séjour », alors que leur visa provisoire est venu à expiration⁷. La Commission a ajouté que l'article en question ne s'applique pas davantage lorsque l'intéressé ne dispose pas de titre de séjour, dès lors que sa demande d'asile a été définitivement rejetée⁸.

13. La Cour européenne des droits de l'homme a également eu l'occasion de se prononcer sur les modalités d'application de cette disposition, en particulier dans l'affaire *Sejdovic* dans laquelle elle a estimé « qu'au moment où les autorités italiennes ont décidé d'expulser les requérants, ceux-ci ne se trouvaient pas “régulièrement” en Italie, étant donné qu'ils étaient démunis d'un titre de séjour valide, et que l'article 1 du Protocole n° 7 ne s'applique pas au cas d'espèce »⁹. À l'inverse, dans l'arrêt *Bolat* du 5 octobre 2006 concernant l'expulsion de Russie d'un ressortissant turc, la Cour a noté que l'article 1 du Protocole n° 7 était applicable dans la mesure où, en l'espèce, le requérant « avait été régulièrement admis sur le territoire russe pour y résider [et] s'était vu délivrer un permis de séjour, qui fut par la suite prorogé, en vertu d'une décision judiciaire en sa faveur »¹⁰.

14. De son côté, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a, dans son observation générale n° 15 de 1986, expliqué que la condition de régularité prévue à l'article 13 du Pacte de 1966 implique que les règles nationales relatives à l'entrée et au séjour doivent être prises en compte « pour déterminer l'étendue de [la protection accordée par cet article aux étrangers], et qu'en particulier les immigrés clandestins et les étrangers qui ont dépassé la durée de séjour prévue par la loi ou par l'autorisation qui leur a été délivrée ne sont pas protégés [par cette disposition] »¹¹. Cependant, il ajoute que si la légalité de l'entrée ou du séjour d'un ressortissant étranger est mise en cause, toute mesure d'expulsion doit être adoptée « dans le respect de l'article 13 »¹².

⁷ Commission européenne des droits de l'homme, décision du 13 janvier 1993, *Vouloffovitch et autres c. Suède*, requête. n° 19373/92, *Décisions et rapports* 74, p. 199.

⁸ Commission européenne des droits de l'homme, décision du 8 février 1993, *S.T. c. France*, requête n° 20649/92.

⁹ Cour européenne des droits de l'homme, décision sur la recevabilité du 14 mars 2002, *Sejdovic et Sulejmanovic c. Italie*, requête n° 57575/00, point 8, affaire rayée du rôle par un arrêt du 8 novembre 2002.

¹⁰ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 5 octobre 2006, *Bolat c. Russie*, requête n° 14139/03, par. 77.

¹¹ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, vingt-septième session (1986), observation générale n° 15, « Situation des étrangers au regard du Pacte » (HRI/GEN/1/Rev.8), par. 9.

¹² Ibid.

15. Ainsi donc :

a) Est considéré comme « résidant » dans un État l'étranger qui est passé par le contrôle de l'immigration et a franchi les points d'entrée sur le territoire dudit État que sont notamment les ports, les aéroports et les postes frontaliers terrestres;

b) En revanche, n'est pas considéré comme un résident l'étranger qui a été admis sur le territoire d'un État seulement en transit ou comme non-résident pour une période limitée;

c) Est considéré comme étranger se trouvant « légalement » ou « régulièrement » sur le territoire d'un État l'étranger qui remplit les conditions d'entrée ou de séjour fixées par la législation de l'État concerné;

d) En revanche, est considéré comme étranger se trouvant « illégalement » ou « irrégulièrement » sur le territoire d'un État l'étranger qui ne remplit pas ou qui ne remplit plus les conditions d'entrée ou de séjour telles qu'elles sont fixées par la législation de l'État concerné.

16. De l'avis du Rapporteur spécial, ces précisions terminologiques pourraient contribuer à l'amélioration et à l'enrichissement des définitions contenues dans le projet d'article 2 qui a été renvoyé par la Commission au Comité de rédaction en 2007¹³.

II. Procédures applicables à l'expulsion des étrangers entrés illégalement sur le territoire de l'État

A. Étrangers entrés illégalement de fraîche date sur le territoire de l'État expulsant

17. Dans la plupart des pays, les autorités administratives sont seules compétentes pour décider de l'expulsion d'un étranger entré illégalement sur le territoire de l'État. En effet, de nombreux pays ne font pas intervenir le juge dans la procédure d'expulsion lorsque l'étranger est en situation irrégulière. Une étude menée par le Sénat français sur l'expulsion des étrangers en situation irrégulière dans certains États européens rend compte à suffisance de cette situation¹⁴. Elle souligne le caractère disparate des législations nationales en la matière.

18. En Allemagne, les règles sur l'expulsion des étrangers en situation irrégulière résultent de la loi du 30 juillet 2004 relative au séjour, à l'activité professionnelle et à l'intégration des étrangers sur le territoire fédéral. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 et a, dans cette matière, repris l'essentiel des dispositions de la loi de 1990 sur les étrangers. La loi privilégie le départ volontaire des étrangers en situation irrégulière. L'expulsion ne requiert pas de décision spécifique, de sorte qu'elle ne peut pas être contestée. En revanche, la décision de placement en rétention administrative, prise par le juge judiciaire à la demande de l'administration, peut faire l'objet d'un appel. En fait, dans cet État, les mesures

¹³ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 188, p. 133.

¹⁴ Voir les documents de travail du Sénat (série législation comparée), *L'expulsion des étrangers en situation irrégulière*, n° LC 162, avril 2006.

d'expulsion ne requièrent pas de décision spécifique car l'expulsion ne constitue qu'une modalité d'exécution de l'obligation de quitter le territoire dans laquelle se trouve tout étranger en situation irrégulière. Or, pour les étrangers en situation irrégulière, l'obligation de quitter le territoire est dans tous les cas immédiatement exécutoire, soit en vertu de la seule loi sur les étrangers lorsque l'absence de titre de séjour résulte d'une entrée irrégulière ou du fait que l'étranger n'a pas sollicité de titre de séjour, soit sur le fondement de l'acte administratif refusant le séjour. Dans cet État, l'exécution de la loi sur les étrangers incombe à l'administration responsable de l'immigration dans les *Länder*.

19. La possibilité d'exécution forcée, prévue par la loi sur les étrangers, existe de manière générale dans le droit administratif allemand. D'après la loi de 1953 sur l'exécution administrative, un acte administratif portant obligation ou interdiction ne vaut pas seulement titre exécutoire mais peut aussi faire l'objet d'une exécution forcée par l'administration, directement et sans que le juge intervienne. L'obligation de quitter le territoire peut être imposée par la contrainte à tous les étrangers qui ne détiennent pas de titre de séjour, soit en vertu de la seule loi sur les étrangers, soit sur le fondement d'un acte administratif leur signifiant la fin de leur droit de séjourner sur le territoire de la République fédérale. Lorsque l'absence de titre de séjour résulte d'une entrée irrégulière ou du fait que l'étranger n'a pas sollicité de titre, la loi sur les étrangers dispose que l'obligation de quitter le territoire peut être imposée par la contrainte, aucune décision administrative n'étant nécessaire. Dans les autres cas, la loi sur les étrangers fait découler l'obligation de quitter le territoire, soit du refus de l'administration de délivrer un titre de séjour, soit d'un autre acte administratif (retrait du titre détenu ou limitation de sa durée de validité par exemple). L'obligation de quitter le territoire ne peut être imposée par la contrainte qu'à partir du moment où l'acte administratif qui la fonde peut lui-même l'être, c'est-à-dire dès lors que les recours¹⁵ relatifs à cet acte sont définitivement rejetés. L'exécution forcée de l'obligation de quitter le territoire n'est donc pas subordonnée à la délivrance d'un acte administratif spécifique en raison de son caractère directement exécutoire.

20. Il existe en définitive deux procédures d'expulsion des étrangers en situation irrégulière. La première, sommaire et comparable au refoulement à la frontière, est applicable aux étrangers entrés clandestinement en Allemagne depuis moins de six mois. Ils peuvent être expulsés sans injonction préalable et sans être avisés par écrit. Toutefois, il n'est pas possible d'expulser un étranger en situation irrégulière vers un pays où il court le risque d'être persécuté. La loi prévoit la possibilité de garantir l'expulsion de certains étrangers par le placement en rétention (*Abschiebungshaft* : détention relative à l'expulsion). Elle énumère les motifs qui justifient une telle mesure, parmi lesquels le fait d'être entré sur le territoire de la République fédérale sans document valable. Les étrangers qui sont entrés clandestinement en Allemagne depuis moins de six mois et qui relèvent de la première procédure d'expulsion peuvent donc être placés en rétention administrative. La seconde, qui offre plus de garanties aux intéressés, concerne les autres étrangers en situation irrégulière. Entrent dans cette catégorie, d'une part, ceux qui, bien qu'étant entrés régulièrement dans le pays n'ont pas obtenu de titre de séjour et, d'autre part, ceux qui sont entrés clandestinement et qui s'y trouvent encore au bout de six mois parce qu'ils n'ont été l'objet d'aucune mesure d'éloignement pendant les six premiers mois de leur séjour

¹⁵ Ces recours n'ont aucun effet suspensif.

en Allemagne. La procédure d'expulsion de cette catégorie d'étrangers sera examinée plus en détail ci-dessous dans le chapitre consacré à la procédure d'expulsion des « étrangers illégaux résidents de longue durée ». Dans les deux cas, l'exécution de la mesure d'expulsion peut être garantie par le transfert des intéressés dans un centre de transit ou dans un centre de rétention.

21. En Belgique, les règles relatives à l'expulsion des étrangers en situation irrégulière résultent de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, ainsi que de l'arrêté royal du 8 octobre 1981, pris pour l'application de cette loi. Ces deux textes ont été modifiés à de nombreuses reprises depuis leur entrée en vigueur. La loi privilégie le départ volontaire des étrangers en situation irrégulière, de sorte que l'expulsion n'est, en principe, décidée que lorsque l'intéressé n'a pas obtempéré à un ordre de quitter le territoire dans un certain délai. Toutes les mesures liées à l'expulsion, y compris le placement en rétention, sont prises par l'administration. En effet, d'après la loi de 1980, les décisions d'expulsion sont prises par le ministre compétent pour les questions relatives à l'immigration, c'est-à-dire par le Ministre de l'intérieur. Toutefois, l'arrêté du Ministre de l'intérieur du 17 mai 1995 portant délégation des pouvoirs du Ministre en matière d'accès au territoire, de séjour, d'établissement et d'éloignement des étrangers prévoit que les décisions d'expulsion applicables aux étrangers entrés en Belgique en se soustrayant aux contrôles frontaliers peuvent être prises par les agents de l'Office des étrangers¹⁶, à condition que ces derniers possèdent un certain grade, par les maires et les fonctionnaires municipaux responsables de la police des étrangers¹⁷, par les officiers de police judiciaire et par les sous-officiers de gendarmerie. Les décisions d'expulsion applicables aux autres étrangers expulsables (par exemple aux déboutés du droit d'asile qui n'ont pas quitté le pays lorsqu'ils auraient dû le faire) ne peuvent être prises que par les agents de l'Office des étrangers qui détiennent un certain grade. Les décisions d'expulsion peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ainsi que d'une demande de suspension devant le Conseil d'État, tandis que les mesures privatives de liberté sont contestées devant le juge judiciaire.

22. Au Cameroun, en ce qui concerne les étrangers qui entrent au Cameroun de façon irrégulière, l'article 59 du décret n° 2000/286 du 12 octobre 2000 précisant les conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers dispose clairement que : « la mesure de refoulement est prise à l'entrée du territoire national, par le chef du poste frontalier ou d'immigration. »

23. Au Danemark, les principales règles sur l'expulsion résultent de la loi sur les étrangers. Depuis quelques années, celle-ci est fréquemment modifiée. Le texte actuellement en vigueur est la loi n° 826 du 24 août 2005. Le ministère compétent, le Ministère pour les réfugiés, les immigrés et l'intégration, a précisé les dispositions législatives dans plusieurs circulaires. La loi encourage le retour volontaire des étrangers en situation irrégulière dans leur pays, de sorte que l'expulsion n'est, en principe, décidée que lorsque l'intéressé ne collabore pas avec

¹⁶ L'Office des étrangers fait partie du Service public fédéral intérieur, qui est l'administration placée sous l'autorité du Ministre de l'intérieur. L'Office des étrangers est chargé de l'exécution de la loi sur les étrangers. Il comprend notamment une direction « Éloignement ».

¹⁷ Dans les communes les plus importantes, il existe un service compétent uniquement pour les étrangers, tandis que, dans les autres, c'est le Service de la population qui traite les questions relatives aux étrangers.

les autorités pour quitter le pays. À l'exception des décisions privatives de liberté, qui relèvent de la compétence du juge¹⁸, toutes les décisions liées à la procédure d'expulsion sont prises par l'administration et ne peuvent faire l'objet que d'un recours administratif non suspensif. Lorsqu'elles concernent des étrangers en situation irrégulière, les décisions d'expulsion sont prises par l'Agence pour les étrangers, qui dépend du Ministère pour les réfugiés, les immigrés et l'intégration et qui est chargée de l'application de la loi sur les étrangers.

24. La décision d'expulsion de l'Agence pour les étrangers est instruite et exécutée par la police. Cette décision doit tenir compte de la situation personnelle de l'étranger, en particulier, notamment de son degré d'intégration dans la société danoise, de son âge et de son état de santé et de ses liens avec des personnes résidant au Danemark. Elle doit également mentionner le délai dans lequel l'intéressé doit avoir quitté le pays, la loi sur les étrangers précisant que ce délai ne peut pas être inférieur à 15 jours. Conformément aux règles générales énoncées dans la loi sur les actes administratifs, la décision d'expulsion doit être motivée, mentionner les voies de recours offertes à l'étranger et fournir des indications pratiques à ce sujet. C'est la police qui notifie à l'intéressé la décision d'expulsion prise par l'Agence pour les étrangers. La notification doit être traduite, à moins qu'il n'existe aucun doute quant à la compréhension qu'a l'étranger de la langue danoise. Pour garantir la bonne exécution de la décision d'expulsion, voire avant que celle-ci ne soit prise, la police peut adopter des mesures de contrôle. Elle peut exiger de l'étranger en situation irrégulière qu'il lui confie ses papiers d'identité, lui dépose une caution, soit transféré dans l'un des trois centres de transit¹⁹ ou se présente régulièrement à elle. La mesure la plus fréquemment prononcée est le transfert dans un centre de transit, avec obligation de se présenter à la police deux fois par semaine. Ces mesures de contrôle peuvent être contestées devant le Ministre pour les réfugiés, les immigrés et l'intégration, sans que le recours n'ait d'effet suspensif. En cas de besoin, l'étranger peut être placé en rétention administrative (*frihedsberøvelse* : privation de liberté). La loi sur les étrangers réserve l'application de cette mesure, d'une part, aux cas où les autres dispositifs de contrôle sont insuffisants pour garantir la présence de l'intéressé et, d'autre part, à ceux où l'étranger ne coopère pas à son départ, par exemple en refusant de donner des informations sur son identité.

25. En Espagne, les règles relatives à l'expulsion des étrangers en situation irrégulière résultent de la loi organique n° 4 du 11 janvier 2000 relative aux droits et aux libertés des étrangers. Ce texte a été modifié à plusieurs reprises depuis son entrée en vigueur, en particulier par la loi organique n° 8 du 22 décembre 2000. Dans la version initiale de la loi organique n° 4 du 11 janvier 2000, les étrangers en situation irrégulière étaient seulement passibles d'une amende administrative. Le décret royal n° 2393 du 30 décembre 2004 développe les dispositions de la loi sur les étrangers, en particulier les articles relatifs à l'expulsion. L'expulsion des étrangers est une mesure administrative immédiatement exécutoire. Cependant,

¹⁸ Il existe un seul ordre de juridiction, composé de 82 tribunaux, de deux cours d'appel et de la Cour suprême. Il n'y a pas de juridiction administrative : les litiges entre l'administration et les citoyens sont généralement résolus par des instances spécialisées avant d'être, le cas échéant, soumis aux juridictions ordinaires.

¹⁹ Ces centres de transit accueillent aussi les demandeurs d'asile, pendant toute la durée de l'examen de leur requête, ainsi que les déboutés du droit d'asile, en attendant qu'ils aient quitté le pays.

l'étranger peut obtenir la suspension de l'ordre d'expulsion en attendant que son recours en annulation ait été tranché. En revanche, la décision de placement en rétention administrative est prise par le juge judiciaire à la demande de l'administration. La décision d'expulsion est prise par l'administration, par la sous-délégation du Gouvernement, c'est-à-dire par la représentation du Gouvernement national dans la province. Dans les communautés autonomes qui ne sont composées que d'une province, c'est la délégation du Gouvernement qui est compétente. Ces structures administratives comprennent des unités spécialisées dans l'application de la loi sur les étrangers. La décision d'expulsion doit faire l'objet d'une instruction préalable qui est confiée à la police. En effet, d'après la loi sur les étrangers, se trouver en Espagne sans titre de séjour constitue une infraction administrative grave²⁰. Les auteurs d'une telle infraction sont passibles d'une amende administrative comprise entre 301 et 6 000 euros, le montant devant être déterminé en fonction des capacités financières de l'intéressé. Toutefois, les étrangers en situation irrégulière peuvent se voir infliger, à titre de sanction, l'expulsion au lieu de l'amende. L'expulsion des étrangers en situation irrégulière n'est pas décidée selon la procédure administrative de sanction de droit commun, mais selon une procédure sommaire, grâce à laquelle les expulsions peuvent être décidées en 48 heures. La procédure sommaire suit cependant les différentes étapes de la procédure de droit commun. La police notifie à l'étranger en situation irrégulière qu'une procédure d'expulsion est engagée à son encontre en lui soumettant une « avant-proposition » motivée d'expulsion. L'intéressé dispose alors de 48 heures pour fournir les informations qui lui semblent pertinentes. Il peut en particulier apporter les preuves de son intégration dans la société espagnole et contester le bien-fondé du recours à la procédure sommaire, en théorie réservée aux cas exceptionnels, dans lesquels il convient que l'expulsion soit décidée dans les plus brefs délais.

26. Dès que la procédure d'expulsion est engagée, l'étranger a droit à l'assistance gratuite d'un avocat et, le cas échéant, à celle d'un interprète. Si la police, qui instruit la procédure, ne retient pas les observations de l'intéressé ou si ce dernier ne réagit pas, l'avant-proposition est transmise telle quelle à l'administration compétente pour prononcer l'ordre d'expulsion et l'étranger en est prévenu. Sinon, les observations de l'étranger sont vérifiées dans les trois jours et une nouvelle proposition est transmise à l'intéressé, qui dispose à nouveau de 48 heures pour fournir des informations. Ce délai écoulé, la proposition est transmise à l'administration compétente. La décision d'expulsion doit être prise dans le délai de six mois à partir du moment où la procédure a été engagée. Pendant cette période, l'intéressé peut faire l'objet de mesures de contrôle, qui sont énumérées par la loi sur les étrangers : retrait du passeport, présentation régulière aux autorités, assignation à résidence, détention « de précaution »²¹ pendant au plus 72 heures et placement en rétention administrative. Devenue définitive, la décision d'expulsion est notifiée à l'intéressé. Elle doit être motivée et fondée sur les seuls éléments

²⁰ La loi sur les étrangers distingue trois catégories d'infractions administratives : légères, graves et très graves.

²¹ Il s'agit d'une mesure privative de liberté propre aux étrangers en situation irrégulière et qui diffère de la garde à vue. La loi en limite la durée à 72 heures, mais ne prévoit pas de recours contre cette privation de liberté, qui n'est pas ordonnée par un juge. Par conséquent, l'étranger ainsi détenu peut, comme toute personne détenue illégalement, faire une demande d'*habeas corpus*, afin d'être présenté à un juge le plus rapidement possible.

exposés dans la proposition. Elle doit aussi présenter les voies de recours offertes à l'étranger. Elle est immédiatement exécutoire²².

27. Au Royaume-Uni, les questions d'expulsion sont traitées par les fonctionnaires des services de l'immigration, mais le Ministre de l'intérieur a, indépendamment de tout cas particulier, la possibilité de prendre lui-même la décision, par exemple pour accélérer la procédure. Les règles sur l'expulsion des étrangers en situation irrégulière résultent des diverses lois sur les étrangers actuellement en vigueur : la loi de 1971 sur l'immigration, la loi de 1999 sur l'immigration et l'asile, la loi de 2002 sur la nationalité, l'immigration et l'asile et la loi de 2004 sur le traitement des demandes d'asile et d'immigration, y compris leurs diverses modifications. Leurs dispositions ont été précisées par des règlements d'application. Par ailleurs, un manuel d'instructions destiné aux personnels des services de l'immigration détaille les modalités d'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'expulsion.

28. L'expulsion d'un étranger en situation irrégulière est une mesure administrative qui, en règle générale, est immédiatement exécutoire. Seules les personnes entrées régulièrement au Royaume-Uni bénéficient d'un recours suspensif. Les autres étrangers doivent quitter le territoire avant d'exercer leur recours. Les recours sont examinés par un organisme indépendant spécialisé dans le contentieux de l'immigration, le Tribunal de l'asile et de l'immigration (*Asylum and Immigration Tribunal*), dont les décisions ne peuvent être contestées que sur le fondement d'une erreur de droit. En outre, la multiplication des recours à des fins dilatoires est impossible : tout étranger ne peut en principe saisir le Tribunal qu'une fois. Ainsi, en l'absence d'éléments nouveaux, les recours contre les décisions de refus de séjour excluent les recours contre les décisions d'expulsion. Comme toutes les questions relatives à l'immigration, les décisions d'expulsion relèvent de la compétence du Ministère de l'intérieur (*Home Office*). Elles sont prises par un fonctionnaire des services de l'immigration. La loi de 1971 sur l'immigration prévoit en effet que les étrangers qui sont entrés au Royaume-Uni en se soustrayant aux contrôles frontaliers peuvent être expulsés sur décision d'un fonctionnaire des services de l'immigration, tandis que la loi de 1999 sur l'immigration et l'asile énonce que les étrangers qui sont entrés régulièrement, mais qui ont outrepassé leur droit, peuvent également être expulsés sur décision de la même autorité administrative. Le manuel d'instructions des services de l'immigration précise que les dossiers d'expulsion des étrangers en situation irrégulière sont traités par des fonctionnaires ayant un certain niveau de compétence et d'expérience ou par des inspecteurs nommément désignés ayant reçu une délégation de pouvoir spécifique. Cette règle s'applique aux cas les plus simples, à savoir les suivants :

- L'étranger séjourne depuis moins de 10 ans au Royaume-Uni;
- Son parcours jusqu'au Royaume-Uni est facile à retracer;
- Il n'a pas de liens particuliers avec le Royaume-Uni, pas de famille par exemple;
- Aucune circonstance exceptionnelle ne justifie son séjour au Royaume-Uni.

²² En revanche, la procédure de droit commun, applicable par exemple aux étrangers qui travaillent sans détenir les autorisations nécessaires, donne aux intéressés un délai minimal de 72 heures pour quitter le territoire.

29. Dans les cas plus complexes, la décision ne peut être prise qu'avec l'accord d'un fonctionnaire de niveau supérieur, voire du Ministre de l'intérieur si le dossier est sensible, par exemple si un parlementaire est intervenu ou si l'affaire risque soit de trouver un écho dans les médias soit d'avoir des conséquences dans les relations avec la communauté à laquelle l'étranger appartient. Depuis 2000, la jurisprudence considère qu'une personne qui entre sur le territoire britannique sans autorisation n'est pas nécessairement en situation irrégulière. C'est pourquoi le manuel d'instructions des services de l'immigration dispose désormais qu'un fonctionnaire ne peut établir d'avis d'entrée irrégulière que s'il est convaincu, au vu des informations rassemblées, que telle est bien la situation et s'il estime que sa décision ne fait pas subir un préjudice injustifié à l'étranger concerné. Il doit rédiger une courte note rendant compte de l'exercice de son pouvoir d'appréciation. Dans tous les cas, la décision d'expulsion peut être prise par le Ministre de l'intérieur, qui peut se saisir à tout moment du dossier, pour des raisons de commodité ou d'efficacité, par exemple parce qu'il est manifeste que la procédure n'aboutira pas sans son intervention.

30. En Italie, le décret législatif n° 286 du 25 juillet 1998²³, dit « texte unique sur l'immigration », ainsi que son principal règlement d'application, le décret du Président de la République n° 394 du 31 août 1999, énoncent les règles relatives à l'expulsion des étrangers en situation irrégulière. À l'origine, le texte unique fusionnait plusieurs textes, dont la loi n° 40 du 6 mars 1998 portant mesures diverses sur l'immigration et sur le statut des étrangers, dite loi Napolitano-Turco. Il a été modifié à plusieurs reprises, en particulier par la loi n° 189 du 30 juillet 2002 modifiant les dispositions applicables en matière d'immigration et d'asile, dite loi Bossi-Fini. Les dispositions relatives à l'expulsion actuellement en vigueur résultent de deux tendances contradictoires : d'une part, la volonté de contrôler l'entrée des étrangers dans le pays et de lutter contre l'immigration clandestine, manifestée notamment par les modifications au texte unique issues de la loi Bossi-Fini et, d'autre part, la nécessité de garantir aux étrangers, même en situation irrégulière, les droits fondamentaux énoncés par la Constitution. Cette exigence a conduit le législateur à réformer le texte unique à plusieurs reprises à partir de 2002, après que la Cour constitutionnelle, saisie à chaque fois par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité, en eut déclaré certains alinéas inconstitutionnels.

31. En effet, contrairement à ce qui vaut pour d'autres États, le juge intervient dans la décision administrative d'expulsion : cette décision doit être validée par un juge pour pouvoir être exécutée. Depuis 2002, la reconduite à la frontière sous escorte policière constitue la règle pour toute expulsion administrative. Or, la Cour constitutionnelle, saisie par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité, a estimé que cette mesure portait atteinte à la liberté individuelle et devait donc être validée par un juge. De plus, la Cour constitutionnelle exclut que cette validation s'effectue selon une procédure écrite, de sorte qu'un débat contradictoire doit avoir lieu, l'étranger devant être assisté d'un avocat. Depuis 2004, c'est le juge de paix – un juge non professionnel – du lieu où la décision d'expulsion est prise qui valide les

²³ Les décrets législatifs sont des textes législatifs adoptés par le Gouvernement après que le Parlement lui a délégué sa compétence par le vote d'une loi d'habilitation, tandis que les décrets-lois sont des textes adoptés par le Gouvernement en urgence et convertis ensuite en lois par le Parlement, ce dernier pouvant, à l'occasion de la conversion, modifier les dispositions prises par le Gouvernement. Plusieurs modifications du texte unique sur l'immigration résultent de décrets-lois.

décisions administratives d'expulsion. Les audiences de validation ont lieu dans les 48 heures suivant la décision d'expulsion et toute reconduite à la frontière sous escorte policière est exclue avant que la décision de validation n'ait été prise. Celle-ci peut faire l'objet d'un recours en cassation, qui n'est pas suspensif.

32. L'expulsion des étrangers en situation irrégulière, qu'ils soient entrés en se soustrayant aux contrôles frontaliers ou qu'ils séjournent alors que leur titre de séjour est devenu caduc ou leur a été retiré, est une décision administrative prise par le préfet. La décision d'expulsion doit être motivée : les faits justifiant l'expulsion doivent être précisément exposés. Une copie de la décision d'expulsion est remise à l'intéressé en main propre par un agent de la force publique. Si l'étranger est introuvable, la décision lui est notifiée à son dernier domicile connu. Lorsque l'étranger ne comprend pas l'italien, la décision doit être accompagnée d'une « synthèse » rédigée dans une langue qu'il comprend ou, à défaut, en anglais, en français ou en espagnol. La jurisprudence considère cette traduction comme faisant partie intégrante des droits de la défense. Elle estime que, lorsque la décision d'expulsion n'est pas traduite dans la langue de l'intéressé, la raison de l'absence de traduction doit être précisée, faute de quoi la décision d'expulsion est sans effet. Elle considère que la traduction en anglais, en français ou en espagnol n'est admissible que lorsque l'administration ignore le pays d'origine de l'étranger, et donc sa langue. En même temps que la décision d'expulsion lui est communiquée, l'étranger est informé de ses droits : assistance d'un avocat, éventuellement fourni par l'aide juridictionnelle, dans toutes les procédures judiciaires liées à l'expulsion, et possibilité d'exercer un recours contre la décision d'expulsion. D'après la loi dite « Napolitano-Turco », la décision d'expulsion comprenait, d'une part, l'ordre de quitter le territoire dans le délai de 15 jours et, d'autre part, celui d'observer certaines prescriptions de voyage et de se présenter à la police des frontières. Toutefois, dans certains cas, la décision d'expulsion pouvait prévoir l'accompagnement de l'intéressé à la frontière par la police. Cette possibilité était essentiellement limitée aux cas où l'étranger n'avait pas respecté une précédente décision d'expulsion et à ceux où l'administration soupçonnait qu'il se soustrairait à l'exécution de la décision d'expulsion. La loi dite « Bossi-Fini », quant à elle, a fait de la reconduite à la frontière sous escorte policière la règle. C'est seulement lorsque l'expulsion est motivée par la caducité du titre de séjour depuis plus de 60 jours que l'étranger reçoit l'ordre de quitter le territoire dans les 15 jours. Toutefois, même dans ce cas, si l'administration craint que l'intéressé ne se soustraie à l'exécution de la décision d'expulsion, la reconduite à la frontière sous escorte policière peut être prévue. La décision d'expulsion est immédiatement exécutoire. Son exécution incombe à la police.

33. De manière générale, il ressort des législations nationales qu'il peut être ouvert une procédure sommaire ou spéciale de refoulement lorsque l'étranger n'a manifestement aucune chance d'obtenir une autorisation de séjour²⁴ ou lorsqu'il peut exister des motifs d'expulsion pour entrée illégale²⁵ ou pour non-respect des

²⁴ Suisse, règlement de 1949, art. 17 1).

²⁵ Bélarus, décision du Conseil de 1999, art. 3; Nigéria, loi de 1963, art. 25 1) et 2). Si un accord international n'institue pas entre les États concernés de procédure spéciale de remise de l'étranger expulsé, celui-ci peut être confié aux autorités de l'État d'expulsion qui procéderont à son expulsion (Bélarus, décision du Conseil de 1999, art. 3).

conditions d'admission²⁶. Une procédure spéciale peut aussi s'appliquer lorsque l'étranger n'est pas ressortissant d'un État lié à l'État d'expulsion par un arrangement ou un rapport spécial²⁷.

B. Cas des étrangers illégaux résidents de longue durée sur le territoire de l'État expulsant

34. Comme on l'a vu ci-dessus, certaines législations font une distinction entre les étrangers illégaux de fraîche date et les étrangers illégaux de longue durée. Cette distinction peut entraîner quelque différence dans la procédure d'expulsion. Les premiers font l'objet d'une procédure sommaire cependant que les seconds sont soumis à une procédure offrant quelques garanties à leurs droits, en particulier la possibilité de plaider leur cause devant une autorité compétente. Ainsi, par exemple, les étrangers qui entrent clandestinement en Allemagne et qui ne font pas l'objet d'une mesure d'éloignement pendant les six premiers mois de leur séjour dans le pays relèvent de cette procédure. Ils doivent quitter le territoire et cette obligation s'impose à eux sans qu'un ordre écrit ne soit nécessaire. Ils doivent le faire le plus rapidement possible, à moins qu'on ne leur ait donné un délai pour quitter le territoire²⁸, la loi fixant à six mois le délai maximal dans lequel un étranger en situation irrégulière doit quitter le territoire. Ce délai est librement déterminé par l'administration afin que l'intéressé puisse préparer son départ et éviter l'expulsion en partant volontairement. On considère généralement qu'un délai d'un mois suffit. La procédure d'expulsion *stricto sensu* n'est applicable que si l'étranger objet de l'expulsion ne peut quitter le territoire de son propre chef ou si certaines circonstances justifient que le départ de l'intéressé soit contrôlé. Le doute quant au départ volontaire de l'étranger doit se fonder sur des éléments concrets, comme le fait que l'intéressé n'a pas donné son congé à son bailleur. Par ailleurs, les circonstances qui justifient la nécessité de contrôler le départ de l'étranger sont énumérées par la loi. Il s'agit notamment du manque de moyens financiers, de l'absence de papiers d'identité, de l'affirmation de la volonté de rester en Allemagne et de la fourniture de renseignements erronés à l'administration. La procédure d'expulsion commence par une mise en garde communiquée par écrit à l'étranger. La mise en garde doit préciser le délai dans lequel l'intéressé doit avoir quitté le territoire. Ce délai n'est pas un délai supplémentaire. Il correspond à celui qui vaut pour l'obligation de quitter le territoire. La mise en garde doit aussi mentionner le pays de destination et les conséquences du refus de quitter le territoire dans le délai prévu. La mise en garde est un acte administratif à part entière. En tant que tel, elle peut faire l'objet d'un recours administratif préalable ainsi que d'un recours en annulation devant le juge administratif. Toutefois, ces recours sont sans effet sur l'expulsion elle-même. Ils ne peuvent être pris en compte que si la mise en garde elle-même viole les droits de l'étranger. L'absence de mise en garde rend l'expulsion illégale. Cependant, une partie de la jurisprudence estime que la

²⁶ Brésil, décret de 1981, art. 104, loi de 1980, art. 70; Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 13 4) et 5), 5 *bis* et 5 *ter*; Suède, loi de 1989, art. 4.6.

²⁷ France, Code, art. L.531-3.

²⁸ C'est en particulier le cas des étrangers auxquels un titre de séjour est refusé ou retiré. La décision administrative relative au titre de séjour énonce l'obligation de quitter le territoire dans un délai donné.

formalité de la mise en garde n'est pas nécessaire lorsque l'étranger est entré sans autorisation sur le territoire de la République fédérale.

35. On a vu également que dans un pays comme le Danemark, la décision d'expulsion doit tenir compte d'un certain nombre d'éléments, en particulier, notamment, le degré d'intégration de l'étranger dans la société danoise et ses liens avec des personnes résidant au Danemark, et que l'Espagne, l'Italie et le Royaume-Uni offrent d'importantes garanties processuelles à l'étranger se trouvant illégalement sur leur territoire. Mais dans l'ensemble, rares sont les législations qui prévoient l'application des mêmes règles de procédure aux immigrants illégaux, même de longue date, et les étrangers entrés légalement sur le territoire de l'État expulsant.

36. Bien au contraire, dans un précédent qui fait autorité dans l'ordre juridique américain, *Harisiades v. Shaughnessy*, « la Cour suprême a estimé que les États-Unis avaient le pouvoir d'expulser tout étranger peu importe la durée de son séjour sur leur territoire, que l'exercice de ce pouvoir ne violait ni les garanties d'une procédure régulière ni la liberté de parole, et que l'expulsion, motivée par l'affiliation de l'intéressé à une "organisation subversive" avant la date d'entrée en vigueur de la loi, ne constituait pas une mesure rétroactive au sens où la Constitution l'interdisait. En outre, l'étranger qui fait l'objet de la procédure "civile" d'expulsion ne peut faire valoir les incidences, par ailleurs de grande portée, de l'arrêt *Miranda* en vertu duquel la Cour suprême a jugé que les déclarations faites par une personne placée en garde à vue ne pouvaient être retenues contre elle tant qu'elle n'avait pas été notifiée de son droit à garder le silence et à demander la présence d'un avocat à son interrogatoire »²⁹.

37. En tout état de cause, une telle distinction et les conséquences juridiques qui peuvent éventuellement s'y attacher au plan processuel relèvent de la souveraineté de chaque État. La Cour fédérale de cassation du Venezuela est allée dans ce sens en 1941, en décidant ce qui suit :

« Le droit d'expulser des étrangers indésirables et de refouler ou d'expulser des étrangers en situation irrégulière relève du libre exercice de la souveraineté de l'État et il est donc normal qu'aucun recours ne soit ouvert contre ce droit, pour quelque motif que ce soit. [...] Cependant, pour éviter toute erreur de nationalité dans un arrêté d'expulsion, la loi vénézuélienne ménage à l'expulsé la faculté de faire la preuve de sa qualité de Vénézuélien. À l'évidence, le droit d'expulsion, attribut même catégorique de la souveraineté nationale, ne s'en trouve nullement affecté. En fait, c'est là la confirmation implicite de l'irrévocabilité de l'arrêté d'expulsion visant l'étranger indésirable. »³⁰

38. On observera simplement que lorsqu'une décision d'éloignement concerne l'immigré de seconde génération ou l'immigré de longue durée en situation irrégulière, elle renvoie au débat entourant sa nature discriminatoire. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a pris part à ce débat à la suite d'un rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du 27 février

²⁹ Voir Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 239.

³⁰ *In re Krupnova*, Venezuela, Cour fédérale de cassation, 27 juin 1941, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire n° 92, p. 309.

2001³¹. Dans ce rapport, la Commission qualifie l'expulsion à laquelle est exposé l'immigré de longue durée condamné pénalement de discriminatoire, « car l'État ne dispose pas de ce moyen pour les ressortissants nationaux ayant commis les mêmes actes »³².

39. Quoi qu'il en soit, à la lumière des quelques cas présentés ci-dessus, la pratique des États apparaît à ce point variée et déterminée par les conditions nationales spécifiques à chaque État qu'il semble quasiment impossible de dégager des règles de procédure uniformes en matière d'expulsion des étrangers se trouvant illégalement sur le territoire de l'État expulsant, et par suite hasardeux de tenter une quelconque codification d'une telle règle. Le Rapporteur spécial pense par conséquent que, de même que les règles sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers relèvent de la souveraineté de chaque État, il est juridiquement et politiquement indiqué de laisser l'établissement de telles règles à la législation de chaque État. En matière de procédure d'expulsion des étrangers, l'exercice de codification, voire de développement progressif du droit international, devrait se limiter, pensons-nous, à la formulation de règles établies de manière incontestable en droit international et dans la pratique internationale, ou se dégageant d'une tendance largement dominante de la pratique des États. Ces règles pourront constituer le droit commun de la procédure d'expulsion des étrangers se trouvant régulièrement sur le territoire d'un État, sans préjudice de la liberté pour tout État de les appliquer également à l'expulsion des étrangers en situation irrégulière, en particulier ceux qui séjournent depuis un certain temps sur le territoire de l'État expulsant ou qui y bénéficieraient d'un statut particulier.

40. Ces considérations expliquent qu'il soit proposé un projet d'article spécifique consacré à la détermination de la portée des règles de procédure qui seront dégagées dans la présente partie des projets d'articles. Il se lit comme suit :

Projet d'article A1. Portée des [présentes] règles de procédure

- 1. Les projets d'articles de la présente partie s'appliquent en cas d'expulsion d'un étranger se trouvant légalement [régulièrement] sur le territoire de l'État expulsant.**
- 2. Toutefois, un État peut les appliquer également à l'expulsion d'un étranger entré illégalement sur son territoire, en particulier lorsque ledit étranger y jouit d'un statut particulier prévu par la loi ou lorsqu'il y séjourne depuis un certain temps.**

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

A. Considérations d'ordre général

41. L'étranger objet de l'expulsion peut réclamer le bénéfice des garanties procédurales prévues par les diverses conventions relatives aux droits de l'homme.

³¹ Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, rapport sur la non-expulsion des immigrants de longue durée, 27 février 2001, document 8986.

³² Ibid., point I-3.

Il peut notamment faire valoir diverses atteintes à ses droits qu'entraînerait son renvoi dans l'État de destination³³. Il faut pour cela qu'il dispose de voies de recours aussi bien au niveau national qu'au niveau international. En règle générale, les réclamations peuvent être portées devant des autorités administratives ou judiciaires. Les avis rendus par des instances nationales spécialisées dans le domaine de l'immigration, même s'ils ne s'imposent pas aux autorités compétentes, peuvent être utiles afin d'éviter une expulsion sommaire³⁴. Le recours juridictionnel est prévu dans la plupart des États, mais « l'effectivité du droit d'appel dépend largement du caractère suspensif de celui-ci »³⁵, lequel n'est évidemment pas systématique dans tous les États.

42. Il est admis que l'expulsion d'un étranger, en particulier lorsqu'il se trouve régulièrement sur le territoire de l'État expulsant, doit obéir à des conditions de forme³⁶, une expulsion même fondée sur une juste cause pouvant être viciée par la façon dont elle est menée. Les conditions requises aux fins de l'expulsion légale des étrangers ont évolué au fil des siècles. Elles se dégagent à cet égard de la jurisprudence internationale³⁷ et de la pratique des États, qui ont posé des limites générales en interdisant par exemple l'arbitraire ou l'abus de pouvoir³⁸.

43. En général, la procédure d'expulsion n'étant pas de caractère pénal, les garanties dont elle est assortie ne sont pas aussi développées qu'au pénal, l'expulsion n'étant pas, du moins en théorie, une sanction, mais un acte de l'exécutif prenant généralement la forme d'un ordre intimant à l'étranger de quitter le territoire³⁹. Une étude sur l'expulsion des immigrants réalisée par le Secrétariat de

³³ Sur l'ensemble des garanties, tant matérielles que procédurales, voir l'étude de M. Puéchavy, « Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », dans P. Lambert et C. Pettiti, *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du séminaire du 21 mars 2003 organisé par les Instituts des droits de l'homme du barreau de Bruxelles et du barreau de Paris, Bruxelles, Bruylant, collection « Droit et justice », 2003, 149 p. 75 à 95.

³⁴ M. Aguiar, Exposé des motifs du rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe sur la non-expulsion des immigrés de longue durée, 27 février 2001, document 8986, point III-27.

³⁵ Ibid.

³⁶ Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States* (note 29 ci-dessus), p. 263; dans le même sens, Rainer Arnold, « Aliens », dans Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, Elsevier Science) vol. 1, 1992 p. 104; Louis B. Sohn et T. Buergenthal (dir. publ.), *The Movement of Persons across Borders, Studies in Transnational Legal Policy* (Washington, American Society of International Law), 1992, vol. 23, p. 89; Robert Jennings et A. Watts, *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., vol. I – Peace (parties 2 à 4), 1996, p. 940.

³⁷ Voir Richard Plender, *International Migration Law*, 2^e éd. rév. (Dordrecht, Martinus Nijhoff), 1988 p. 459; Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, The Banks Law Publishing Co., 1915, p. 55 et 56 (citant *Casanova (United States) v. Spain*, 12 février 1871, Moore's Arb. 3353); Robert Jennings et A. Watts (note 36 ci-dessus), p. 945.

³⁸ Voir Expulsion des étrangers, Étude du Secrétariat (A/CN.4/565 and Corr.1), p. 132 à 141 et 148 à 154.

³⁹ Voir David A. Martin, « The Authority and Responsibility of States » dans Alexander T. Aleinikoff et V. Chetail (dir. publ.), *Migration and International Legal Norms*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2003, p. 31 à 45, spécialement p. 39; voir aussi Guy S. Goodwin-Gill (note 29 ci-dessus), p. 238 et 239, citant *Yick Wo v. Hopkins* 118 U.S. 356 (1886); *Kaoru Yamataya v. Fisher* 189 U.S. 86 (1903) (affaire de l'immigrant japonais), *Ludeck v. Watkins* 335 U.S. 160 (1948) et *Netz v. Ede* [1946] Ch. 224; *R. c. Bottrill*, ex parte *Küchenmeister* [194.7] 1 K.B. 41)

l'Organisation des Nations Unies il y a plus d'un demi-siècle relevait qu'il y avait à l'époque une opinion contraire. Selon cette étude « [o]n a fait observer que "l'expulsion est un châtement. Elle implique en premier lieu une arrestation, une privation de liberté; elle implique en second lieu que l'intéressé est éloigné de son foyer, de sa famille, de ses affaires, de ses biens [...] Nul n'ignore que le fait d'être de force éloigné de son foyer, de sa famille, de ses amis et de ses affaires constitue un châtement [...]" Il constitue même "une peine plus sévère que la perte de la liberté sous forme d'emprisonnement pendant un certain nombre d'années" »⁴⁰.

44. Pourtant, dans la même étude, il était noté que « [l']organisation de la procédure en vigueur dans divers pays en matière d'expulsion s'inspire de l'idée que l'expulsion ne constitue pas un châtement mais une mesure de police prise par le gouvernement dans l'intérêt de l'État »⁴¹. En 1930, A. Blondel affirmait, en se basant sur les règles du droit international public européen et américain, que « l'expulsion est toujours une mesure administrative ou gouvernementale; il en résulte que l'expulsion [...] reste une mesure de police laissée à l'appréciation du pouvoir exécutif ou des autorités administratives et qu'elle n'est nullement une peine même lorsqu'elle [est prononcée à la suite d'une condamnation] »⁴². L'assimilation de l'expulsion à un châtement n'est plus, en tout état de cause, de mise de nos jours et, de manière générale, les législations nationales se gardent d'appliquer à l'expulsion, par simple transposition, les principes du droit pénal, qu'il s'agisse du droit substantiel ou du droit processuel. Ainsi, par exemple, le principe angulaire de la non-rétroactivité de la loi pénale ne se retrouve pas dans les législations relatives à l'immigration et à l'expulsion des étrangers dans la plupart des pays. En matière de garanties procédurales, l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques se borne à exiger le respect d'une procédure établie par la loi et la possibilité pour l'étranger intéressé « de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion », et prévoit simplement qu'il doit être placé en état de « faire examiner son cas par l'autorité compétente [...] en se faisant représenter à cette fin »⁴³. L'idée a été avancée que les États conserveraient un pouvoir discrétionnaire

Guy S. Goodwin-Gill exprime la même opinion en s'appuyant sur plusieurs auteurs et divers cas de jurisprudence américaine. Voir, par exemple, *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta* (note 29 ci-dessus); *Bugajewitz v. Adams* 228 U.S. 589 (1913), et les éléments fournis dans l'Étude du Secrétariat sur l'expulsion des étrangers (note 38 ci-dessus).

⁴⁰ Organisation des Nations Unies, « Étude sur l'expulsion des immigrants », Secrétariat, 10 août 1955 (ST/SOA.22 et Corr.2 (remplace le Corr.1), p. 31 à 33, par. 45 à 48 (citant respectivement le juge Brewer dans l'affaire *Fong Yue Ting v. United States* (U.S.698/1893), opinion dissidente, et le juge Rutledge, dans l'affaire *Knauer v. United States* (14 U.S. Law Week 4450/1946), opinion dissidente).

⁴¹ Ibid.

⁴² A. Blondel, « Expulsion », dans A. Lapradelle (de) et J.-P. Niboyet, *Répertoire de droit international*, Paris, Sirey, tome 8 : *Théorie générale de la condition des étrangers*, 1930, 706 pages, p. 105 à 162, spécialement p. 109.

⁴³ Robert Jennings et Arthur Watts (note 36 ci-dessus), p. 945, et note 2 (citant *Artukovic v. Immigration and Naturalization Service* (1982), *International Law Review* 79, p. 378 et 381). Mais Guy S. Goodwin-Gill a montré que d'après la Cour suprême des États-Unis, les dispositions à effet rétroactif des lois sur l'expulsion ne sauraient rendre celles-ci inconstitutionnelles pour autant. Voir Guy S. Goodwin-Gill (note 29 ci-dessus), p. 239 [citant *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580 (1952); *Mandel v. Mitchell*, 325 F. Supp. 620 (1971); *infirme sub nom*; *Kleindienst v. Mitchell*, 408 U.S. 753 (1972); *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966); *Pang v. INS*, 368 F.2d 637 (1966); *Lavoie v. INS*, 418 F.2d 732 (1969), *cert. den.* 400 U.S. 854 (1970); *Valeros v. INS*, 387 F.2d 921 (1967); et *Kung v. District Director*, 356 F. Supp. 571 (1973)].

en ce qui concerne les garanties de procédure pertinentes⁴⁴. Un tel point de vue n'a pas été sans susciter des critiques. Selon un auteur qui a consacré d'importantes études aux aspects juridiques des migrations internationales, « il est à la fois déconseillé et inutile de s'aligner sur certaines juridictions nationales qui tendent à classer l'expulsion dans un registre autre que celui des "peines" et à en déduire certaines conséquences, telle l'absence de droit de recours »⁴⁵.

45. Les conditions de forme auxquelles doit obéir l'expulsion des étrangers ont été analysées dans l'étude précitée du Secrétariat sur l'expulsion des immigrants⁴⁶. Il était relevé que « [l']expulsion étant considérée comme une mesure administrative plus ou moins courante, la législation de nombreux pays relative à l'expulsion ne comporte pas de dispositions qui réglementent la procédure à suivre pour prendre ou exécuter un arrêté d'expulsion; ou bien, lorsque des dispositions de cet ordre existent, elles ne renferment que des indications d'ordre très général visant à assurer le fonctionnement satisfaisant du mécanisme d'expulsion plutôt qu'à protéger les intéressés »⁴⁷. Selon cette étude, « on ne s'est pas borné à proposer de limiter par des mesures juridiques d'ordre international le pouvoir discrétionnaire que les États possèdent d'expulser les étrangers (cf. chap. V, sect. 1), et à préciser dans les diverses législations nationales les cas dans lesquels l'expulsion est autorisée, mais on a fait valoir également que les autorités judiciaires devraient être étroitement associées à la procédure d'expulsion et que les intéressés devraient bénéficier de toutes les garanties accordées aux individus jugés pour infraction à la loi pénale. Si le soin de régler ces questions était confié aux autorités judiciaires, chaque affaire serait mieux assurée de bénéficier de l'attention qu'elle mérite et, par suite, le danger de méconnaître les intérêts légitimes des êtres humains en cause se trouverait écarté. Cette solution serait particulièrement justifiée lorsque les actes pour lesquels l'expulsion est envisagée constituent une infraction pénale aux termes de la loi, et qu'il est par suite préférable de confier à un tribunal le soin de décider, à l'occasion d'une affaire déterminée, s'il y a lieu à expulsion, plutôt que de laisser cette décision à la discrétion d'un organe administratif »⁴⁸.

46. Il semble qu'à la suite de ces suggestions certains pays ont adopté des règles de procédure de caractère obligatoire ayant pour objet de protéger les personnes menacées d'expulsion en soumettant à un contrôle les décisions administratives y afférentes et en permettant à des autorités judiciaires ou semi-judiciaires de statuer sur l'affaire quant au fond, soit avant que l'arrêté d'expulsion ne soit pris, soit après, par le moyen du recours, etc.⁴⁹

47. L'évolution en la matière est cependant loin d'être achevée car, à bien des égards, les diverses législations nationales n'accordent pas à l'étranger objet de l'expulsion le même niveau de protection et de garanties de procédure. On ne peut donc affirmer l'existence en la matière de règles de droit coutumier international, mais seulement de tendances dominantes résultant de l'analyse comparée des pratiques des États.

⁴⁴ Voir David A. Martin (note 39 ci-dessus), p. 39; Shigeru Oda, « Legal Status of Aliens », dans Max Sørensen (dir. publ.), *Manual of Public International Law*, New York, St. Martin's Press, 1968, p. 481 à 495, p. 482 et 483.

⁴⁵ Guy S. Goodwin-Gill (note 29 ci-dessus), p. 257 et 258.

⁴⁶ (Note 40 ci-dessus).

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

48. On observe que si ces pratiques nationales étaient très disparates et appuyées sur des législations fort peu développées et souvent contradictoires à la fin du XIX^e siècle et au cours de la première moitié du XX^e siècle, le développement du droit international des droits de l'homme au cours du XX^e siècle est allé de pair avec l'imposition d'exigences de procédure plus strictes aux fins de l'expulsion légale des étrangers. Comme on l'a relevé : « Dans beaucoup de pays, le pouvoir d'expulsion est réglementé par la loi qui précise les raisons susceptibles de justifier son exercice et les garanties de procédure à respecter. Ces lois reprennent d'ordinaire les principes généralement reconnus du droit international des droits de l'homme. Il est donc généralement prévu que nul ne peut être expulsé si ce n'est pour des motifs raisonnables et en application d'un ordre écrit, conformément à la loi, cet ordre, dûment motivé, devant être notifié à la personne dont l'expulsion a été décidée, laquelle doit se voir ménager la possibilité raisonnable de contester la légalité ou la validité de cet ordre dans le cadre d'une procédure régulière devant un tribunal. Le fait que l'arrêt d'expulsion doive être pris par écrit et conformément à la loi est censé protéger l'étranger de l'exercice arbitraire du pouvoir.⁵⁰ » Le droit des traités et la jurisprudence internationale se sont intéressés aux grands principes, les législations nationales définissant généralement les règles de procédure plus spécifiques. Celles de certains États consacrent, aux fins de la procédure d'expulsion, des garanties de procédure plus grandes encore, comparables à celles applicables au pénal. Selon certains auteurs « de nombreux États vont bien au-delà des protections offertes par les principes de procédure prévus par l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en permettant par exemple aux étrangers qui font l'objet d'un arrêt d'expulsion d'avoir accès à une instance judiciaire indépendante de l'autorité qui a pris la décision initiale, de se faire représenter par un conseil, de produire des éléments à décharge et d'examiner ceux à charge »⁵¹. Plus spécifiquement, « la plupart des nations les plus développées appliquent des procédures bien plus généreuses que ces normes minimales »⁵².

49. Sans doute pourrait-on dégager des lois nationales, qui divergent par ailleurs, des principes généraux concernant les garanties de procédure nécessaires. La question est de savoir dans quelle mesure les garanties énoncées dans les instruments internationaux en matière pénale pourraient s'appliquer *mutatis mutandis* en cas d'expulsion.

B. Nature de la procédure

50. Dans divers États la procédure d'expulsion peut être de nature administrative ou contentieuse, et parfois les deux procédures sont combinées. Certains auteurs ne partagent pas cette distinction entre expulsion administrative et expulsion judiciaire considérée comme une sanction pénale au motif qu'elles entraînent des conséquences identiques pour la personne expulsée⁵³. À vrai dire, les législations nationales en la matière diffèrent considérablement les unes des autres. Dans

⁵⁰ Louis B. Sohn et T. Buergenthal (dir. publ.) (note 36 ci-dessus), p. 91.

⁵¹ Alexander T. Aleinikoff, « International Legal Norms and Migration: A Report » dans Alexander T. Aleinikoff et V. Chetail (dir. publ.), *Migration and International Legal Norms*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2003, p. 1 à 27, spécialement p. 19.

⁵² David A. Martin (voir note 39 ci-dessus), p. 39

⁵³ Voir J.-L. Guerive, « Double peine et police des étrangers », *Recueil Dalloz*, 7 mars 2002, n°10, p. 829 à 832, spécialement p. 829; X. Rolin, « La double peine, une punition de la nationalité », *Revue de droit européen*, 2002, p. 205 à 216, spécialement p. 210.

certain États, l'expulsion peut même être l'aboutissement de procédures différentes selon la nature de l'expulsion considérée (par exemple politique, condamnation pénale ou sanction administrative)⁵⁴. L'État peut réserver à un organe de l'exécutif le droit de décider d'une expulsion ou d'annuler un arrêté d'expulsion⁵⁵, ou prévoir les cas où une décision administrative et non judiciaire suffit pour expulser un étranger⁵⁶. L'État peut permettre expressément à un de ses démembrements d'ordonner une expulsion⁵⁷. L'État peut préciser les cas où un jugement ou une ordonnance est nécessaire ou suffisante pour procéder à une expulsion⁵⁸, ou les cas où les affaires d'expulsion peuvent être jugées à titre prioritaire⁵⁹.

51. Dans de nombreux États, ce sont les autorités administratives qui interviennent les premières en matière d'expulsion. En effet, le plus souvent, la procédure d'expulsion est déclenchée par un arrêté pris par l'autorité administrative du lieu de résidence de l'étranger. N'étant pas considérée comme une sanction pénale nécessitant une procédure contentieuse, l'expulsion est entièrement soumise à l'appréciation de ladite autorité dont le pouvoir discrétionnaire peut conduire rapidement à l'arbitraire.

52. Hormis les cas des États européens déjà examinés dans le cadre de l'expulsion des étrangers illégaux, on peut ajouter, toujours à titre illustratif, les cas ci-après :

- Au Cameroun, l'article 63 du décret n° 2000/286 du 12 octobre 2000, précisant les conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers, dispose que « l'expulsion est prononcée par arrêté du Premier Ministre, chef du gouvernement ».
- Au Liban, l'article 17 de la loi réglementant l'entrée et le séjour des étrangers ainsi que leur sortie de ce pays en vigueur depuis le 10 juillet 1962 dispose que : « L'expulsion d'un étranger du Liban se fera par décision du Directeur de la Sûreté générale, dans le cas où sa présence sera considérée comme une menace à la sécurité publique. Le Directeur de la Sûreté générale est tenu de soumettre immédiatement au Ministre de l'intérieur une copie de sa décision. L'expulsion se fera, soit par notification à la personne intéressée de l'ordre de quitter le Liban dans le délai fixé par le Directeur de la Sûreté générale, soit en

⁵⁴ Par exemple, il existait en Suisse, avant le 1^{er} janvier 2007 (date à laquelle a été abolie l'expulsion en tant que peine accessoire prononcée par le juge pénal), trois procédures différentes régissant l'expulsion d'un étranger, correspondant à trois types d'expulsion différents, à savoir 1) l'expulsion politique (Suisse, Constitution fédérale, art. 121, par. 2; 2) l'expulsion administrative (Suisse, loi fédérale de 1931, art. 10 et 11, et 3) l'expulsion pénale, judiciaire (Suisse, Code pénal, ancien art. 55, et Code pénal militaire, ancien art. 40).

⁵⁵ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 28 1) et 2); Brésil, loi de 1980, art. 65; France, Code, art. L.522-2; Madagascar, décret de 1994, art. 37, loi de 1962, art. 14 et 16; Panama, décret-loi de 1960, art. 85 et 86; Portugal, décret-loi de 1998, art. 119.

⁵⁶ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 21 1) et 28 1); Espagne, loi de 2000, art. 23 3 B) et c); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 235 c) 1), 238 a) 1), c) 2) C) 4) et 240; Nigéria, loi de 1963, art. 25; Paraguay, loi de 1996, art. 84; Portugal, décret-loi de 1998, art. 109; Suède, loi de 1989, art. 4, 4 et 5.

⁵⁷ Chine, dispositions de 2003, art. 187.

⁵⁸ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 2) et 47 2); Canada, loi de 2001, art. 77 1); Chine, dispositions de 2003, art. 183; Espagne, loi de 2000, art. 23 3 a) et 57 7); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 238 c) 1), 2) C) 4), 279, 502 et 503 c); Italie, décret-loi de 1998, art. 16 6); Nigéria, loi de 1963, art. 19 1), 44 et 48 1); Paraguay, loi de 1996, art. 38 et 84, Portugal, décret-loi de 1998, art. 102, 109, 126 1); Suède, loi de 1989, art. 4.8 et 9.

⁵⁹ Nigéria, loi de 1963, art. 43 1).

faisant conduire la personne expulsée à la frontière par les forces de la sécurité intérieure ».

53. L'État peut engager une procédure d'expulsion suite aux constatations ou à l'intervention d'un fonctionnaire⁶⁰, à un mandat d'arrêt international⁶¹, à une décision judiciaire définitive et exécutoire⁶² ou à des informations pertinentes dont les autorités de l'État ont eu connaissance⁶³. La législation en la matière peut spécifier la forme, la teneur de la demande ou autre requête formelle d'expulsion d'un étranger, et la façon dont elle doit se présenter⁶⁴. L'État peut assortir expressément l'expulsion de l'étranger de l'annulation de son visa ou autre permis⁶⁵.

C. Garanties de procédure

54. Des garanties procédurales sont prévues pour les cas d'expulsion d'étrangers en situation régulière et leur étendue varie d'un système juridique à un autre. De telles garanties sont prévues aussi bien dans le système universel que dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, mais aussi dans les législations nationales. De manière générale, ces garanties de procédure peuvent varier des instruments juridiques internationaux aux législations nationales, celles-ci n'étant pas elles-mêmes uniformes en la matière. Le droit communautaire européen affiche à ce sujet, comme en bien d'autres, certaines particularités et mérite pour cette raison d'être examiné séparément.

1. Garanties procédurales en droit international et en droit interne

a) Conformité avec la loi

55. L'exigence de conformité avec la loi d'une mesure d'expulsion est avant tout un principe logique dès lors qu'il est admis que l'expulsion s'exerce sous l'empire du droit. En effet, comme le Rapporteur spécial l'a relevé dans son premier rapport, « c'est une règle logique que si tout État a le droit de réglementer les conditions d'immigration sur son territoire, sans toutefois porter atteinte à aucune règle de droit international, il a aussi l'obligation de se conformer aux règles qu'il a édictées ou auxquelles il a souscrit en [la] matière »⁶⁶.

i) Consécration dans le système universel de protection des droits de l'homme

56. Sur un plan plus général, l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de décembre 1948 prévoit que « [t]oute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les

⁶⁰ Australie, loi de 1958, art. 203 2), 4) à 7); Nigéria, loi de 1963, art. 19 3); République de Corée, loi de 1992, art. 58 et 67.

⁶¹ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 2) et 47 2).

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Bélarus, décision du Conseil de 1999, art. 3, loi de 1998, art. 15; Brésil, décret de 1981, art. 101; Cameroun, décret de 2000, art. 62 1); Canada, loi de 2001, art. 44 1) et 77 1); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 238 c) 2) A) et B), 503 a) 1) et 2); Japon, ordonnance de 1951, art. 62 et 65; Portugal, décret-loi de 1998, art. 111 2).

⁶⁵ Bélarus, décision du Conseil de 1999, art. 5, loi de 1998, art. 15; Brésil, décret de 1981, art. 85 (II), loi de 1980, art. 48 (II); Espagne, loi de 2000, art. 57 4); Paraguay, loi de 1996, art. 39.

⁶⁶ Rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers, A/CN.4/554, par. 23.

droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la Constitution ou par la loi ». De même, l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 dispose qu'« un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie au présent Pacte 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 ». Cet article s'applique à toutes les procédures visant à contraindre un étranger à quitter le territoire d'un État, que la législation de cet État « qualifie ce départ d'expulsion ou qu'elle emploie un autre terme »⁶⁷. Allant dans le même sens, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990) dispose au paragraphe 2 de son article 22 que : « Les travailleurs migrants et les membres de leur famille ne peuvent être expulsés du territoire d'un État partie qu'en application d'une décision prise par l'autorité compétente conformément à la loi. »

57. Dans le domaine plus spécifique du droit des réfugiés, le paragraphe 2 de l'article 32 de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 dispose que l'expulsion d'un réfugié se trouvant régulièrement sur le territoire d'un État contractant « n'aura lieu qu'en exécution d'une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi. Le réfugié devra, sauf si des raisons impérieuses de sécurité nationale s'y opposent, être admis à fournir des preuves tendant à le disculper, à présenter un recours et à se faire représenter à cet effet devant une autorité compétente ou devant une ou plusieurs personnes spécialement désignées par l'autorité compétente ». L'article 31 de la Convention relative au statut des apatrides de 1954 reprend intégralement cette disposition pour le cas des apatrides.

58. En 1977, une réfugiée politique grecque suspectée d'être une terroriste potentielle fut expulsée du territoire suédois vers son pays d'origine. Elle prétendit alors que la décision d'expulsion n'avait pas été prise « conformément à la loi » et ne respectait donc pas les dispositions de l'article 13 du Pacte de 1966. Le Comité des droits de l'homme estima à ce sujet que l'interprétation du droit national était une question relevant de la compétence des juridictions et des autorités de l'État partie concerné et qu'il n'était pas compétent « pour apprécier si les autorités compétentes avaient interprété et appliqué le droit interne de façon correcte au présent litige (...), à moins qu'il ne soit établi qu'elles ne [l'avaient] pas interprété ou appliqué de bonne foi ou qu'il ne soit évident qu'il y [avait] eu abus de pouvoir »⁶⁸.

ii) *Consécration par les instruments régionaux*

59. Au niveau régional, diverses conventions relatives aux droits de l'homme contiennent des dispositions visant la procédure d'expulsion. Ces instruments exigent également le respect d'une procédure conforme à la loi. Le paragraphe 4 de

⁶⁷ Comité des droits de l'homme, vingt-septième session, 1986, observation générale n° 15, « Situation des étrangers au regard du Pacte », par. 9 (HRI/GEN/1/Rev. 1), 1994.

⁶⁸ Comité des droits de l'homme, constatations du 9 avril 1981, *Anna Maroufidou c. Suède*, communication n° 58/1979 du 5 septembre 1979 (CCPR/C/12/D/58/1979), 8 avril 1981, par. 10.1.

l'article 12 (4) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples stipule que : « L'étranger légalement admis sur le territoire d'un État partie à la présente Charte ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi ». Le paragraphe 6 de l'article 22 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San Jose) pose la même exigence en disposant que : « L'étranger légalement admis sur le territoire d'un État partie à la présente Convention ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi ». Au titre du Pacte de San Jose, l'intéressé peut contester la mesure d'expulsion qui le frappe devant une juridiction compétente lorsqu'elle n'a pas été prise conformément à la loi. Selon le paragraphe 1 de l'article 25, « Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention [...] ». En Europe, le Protocole n° 7 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adopté dans le cadre du Conseil de l'Europe le 22 novembre 1984 à Strasbourg (France), et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1988⁶⁹, dispose au paragraphe 1 de son article 1 que : « Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi [...] ».

60. Il découle de l'ensemble de ce qui précède que la première garantie accordée aux étrangers visés par une expulsion est que la mesure d'expulsion doit être exécutée conformément à la loi. À cet égard, le Comité directeur pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe précise que la mesure d'expulsion doit être adoptée « par l'autorité compétente conformément aux dispositions du droit matériel et aux règles de procédure applicables »⁷⁰.

iii) *Consécration dans les législations nationales*

61. Les législations de divers États sont assez convergentes sur l'exigence minimale suivant laquelle la procédure d'expulsion doit être conforme à la loi ou aux prescriptions légales. Par exemple, la Charte des droits et libertés fondamentaux de la République tchèque dispose précisément au paragraphe 5 de l'article 14 que : « [...] Un étranger ne peut être expulsé que dans les cas prévus par la loi. » La Constitution hongroise prévoit au paragraphe 2 de son article 58 que « [...] Les

⁶⁹ Certains États ont signé le Protocole n° 7 mais ne l'ont toujours pas ratifié. Il s'agit de l'Allemagne, de la Belgique, des Pays-Bas et de la Turquie. Le Royaume-Uni n'a pas signé le protocole. Tous les États européens ne l'ont pas encore ratifié. La Suède a déclaré à cet égard qu'« un étranger, qui est habilité à faire appel contre une décision d'expulsion, peut, conformément au paragraphe 70 de la loi suédoise sur les étrangers (n° 1980/376), faire une déclaration (d'acceptation) par laquelle il renonce à son droit d'appel contre la décision. La déclaration d'acceptation est irrévocable. Si l'étranger a fait appel avant de faire la déclaration, son recours est considéré comme caduc du fait de la déclaration » (Déclaration faite par la Suède lors du dépôt de l'instrument de ratification le 8 novembre 1985). La Belgique et la République de Saint-Marin ont également fait une déclaration relative à l'article 1 du Protocole n° 7. De son côté, la Suisse a fait la réserve suivante : « Lorsque l'expulsion intervient à la suite d'une décision du Conseil fédéral fondée sur l'article 70 de la Constitution pour menace de la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse, la personne concernée ne bénéficie pas des droits énumérés au 1^{er} alinéa, même après l'exécution de l'expulsion » (Réserve faite par la Suisse lors de la ratification, le 24 février 1988).

⁷⁰ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif sur le Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par. 11.

étrangers qui résident légalement sur le territoire de la République de Hongrie ne peuvent être expulsés qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi [...] ». Le paragraphe 5 de l'article 23 de la Constitution de la République slovaque dispose que : « Un étranger ne peut être expulsé que dans les cas fixés par la loi ». Le paragraphe 4 de l'article 9 de la Constitution de la Finlande dispose à son tour que : « [...] Le droit des citoyens étrangers d'entrer et de séjourner en Finlande est réglé par la loi ».

62. Cette exigence de conformité avec la loi se décline sur le plan interne en un principe général sous-tendant l'état de droit et selon lequel l'État est tenu de respecter les règles qu'il a lui-même édictées : *Patere legem/regulam quam fecisti*. Cette règle est le pendant de *Pacta sunt servanda* qui s'applique aussi bien en droit contractuel interne qu'en droit conventionnel international ainsi qu'aux actes unilatéraux sous forme de la règle *Acta sunt servanda*.

63. Dans le contexte de l'expulsion de l'étranger, l'obligation de conformité avec la loi repose sur l'exigence implicite de la conformité des règles de procédure internes en matière d'expulsion avec les normes et standards internationaux en la matière. L'État n'a donc pas la liberté d'édicter des règles de procédure contraires à ces derniers. En vertu d'une règle générale en matière de droits de l'homme, il ne peut en principe y déroger que par des règles plus protectrices des droits de l'étranger objet de l'expulsion.

64. Les analyses qui précèdent montrent que l'exigence de conformité avec la loi est bien établie aussi bien dans le droit conventionnel universel et régional que dans les législations de nombreux États. À la lumière de ces considérations, il y a lieu de proposer le projet d'article suivant :

Projet d'article B1. Obligation de conformité avec la loi

Un étranger qui se trouve légalement [régulièrement] sur le territoire d'un État ne peut être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi.

65. La Charte africaine et la Convention américaine ne prévoient pas de garanties procédurales au-delà de cette exigence de conformité avec la loi. Mais les textes de l'Organisation des Nations Unies et le Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales énumèrent des garanties supplémentaires :

- La première garantie consiste, comme on l'a vu, pour l'étranger frappé d'une mesure d'expulsion à « faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion »⁷¹ ou à « être admis à fournir des preuves tendant à le disculper »⁷². À ce sujet, le Comité directeur pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe a tenu à indiquer que cette garantie pouvait être exercée par l'étranger avant la deuxième garantie⁷³.

⁷¹ Voir l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et l'article 1, par. 1 a), du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁷² Voir l'article 32, par. 2, de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 et l'article 31, par. 2, de la Convention relative au statut des apatrides de 1954.

⁷³ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif sur le Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

- Cette deuxième garantie réside dans le droit de « faire examiner son cas »⁷⁴ ou de « présenter un recours »⁷⁵. Le Comité directeur précise que la procédure ne doit pas nécessairement se dérouler « en deux étapes devant des autorités différentes »⁷⁶.
- La troisième garantie est le droit à un conseil pour la personne sous le coup d'une expulsion. Elle consiste en la possibilité pour l'étranger concerné de se faire représenter devant l'autorité nationale compétente ou devant une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité. Cette dernière peut être administrative ou judiciaire et n'a pas obligatoirement à être celle qui doit statuer en dernier ressort⁷⁷.

66. *Le Guide des procédures du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés* (HCR) contient également un ensemble de garanties d'ordre procédural⁷⁸. Le HCR y suggère que les demandeurs d'asile devraient pouvoir demeurer sur le territoire de l'État d'accueil jusqu'à ce que l'instance nationale, saisie par eux, statue sur leurs recours. Il constate qu'« étant donné que la question n'est pas expressément réglée par la Convention de 1951, les procédures adoptées par les États parties [...] varient considérablement »⁷⁹. Celles-ci devraient donc respecter « certaines exigences minimales », dont la possibilité pour le demandeur d'asile débouté de pouvoir bénéficier d'« un délai raisonnable pour demander le réexamen de la décision », de même que de la possibilité de « rester dans le pays ... tant qu'une instance administrative supérieure ou les tribunaux d'appel n'auront pas statué sur son cas à la suite d'un recours »⁸⁰.

67. Les diverses garanties énumérées ci-dessus ne sont pas du reste les seules envisageables. Divers autres droits processuels – au demeurant non exhaustifs – garantis à l'étranger visé par une décision d'expulsion ressortent de la proposition faite en 2001 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe aux États membres, sous l'impulsion de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie⁸¹. Cette proposition invite lesdits États à mettre en place une législation donnant aux immigrés de longue durée menacés d'expulsion accès à certaines garanties procédurales⁸². Ces garanties sont : le droit à un juge, le droit à un débat contradictoire, le droit à l'assistance d'un avocat et le droit d'appel suspensif, en raison des conséquences irréversibles de l'exécution de l'expulsion.

⁷⁴ Voir l'article 1, par. 1 b), du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

⁷⁵ Voir l'article 32, par. 2, de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 et l'article 31, par. 2, de la Convention relative au statut des apatrides de 1954.

⁷⁶ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif sur le Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par. 13.2.

⁷⁷ Ibid., par. 13.3.

⁷⁸ Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, 1992. Les règles édictées ne sont pas contraignantes.

⁷⁹ Ibid., par. 191.

⁸⁰ Ibid., par. 192.

⁸¹ Voir Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, rapport sur la non-expulsion des immigrés de longue durée, 27 février 2001, document 8986.

⁸² Recommandation n° 1504 (2001) du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la non-expulsion des immigrés de longue durée.

Soutenant cette recommandation, le Comité des ministres a même suggéré le droit à être entendu ainsi que le droit d'obtenir une décision motivée, allant ainsi au-delà des exigences de l'article 1 du Protocole n° 7⁸³. Il est vrai que ces garanties sont envisagées dans le cadre de la citoyenneté européenne en gestation, mais elles peuvent inspirer des règles de portée plus universelle.

68. L'étranger visé par une décision d'expulsion doit pouvoir exercer ses droits avant la mise en œuvre de cette décision.

b) Droit d'être informé de la procédure d'expulsion

69. Le rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme du 9 septembre 1985 sur le Chili⁸⁴ indiquait que :

« Expulsion from the national territory has been applied pursuant to the legal mechanisms established for that purpose, that is to say, Decree Law N° 604 of 1974 and, subsequently, transitory provision 24 of the Constitution.

27. In many cases, the person affected normally did not know that this sentence had been imposed on him since there had been no previous proceedings against him in which specified charges had been made and in which the person affected could have exercised his right of defense.

28. In general, the person concerned learns of the expulsion only after he has been taken to the airport or by land to the border. For its part his family has made every effort to obtain information about his fate and to send him money, documents or personal articles he needs before the expulsion takes place, but normally it does not succeed.

29. In the main, the persons affected have been connected with organizations for the defense and promotion of human rights or have been important political or trade union leaders that have been accused of endangering the security of the State. »⁸⁵

Il s'agit dans tous les cas de mesures d'expulsion qui sont non seulement adoptées en violation des règles relatives à la protection des droits de l'homme, mais aussi exécutées de la même façon.

70. On a déjà vu dans ce sixième rapport (A/CN.4/625) que le droit international mais aussi le droit communautaire européen exigent que l'expulsion soit motivée. On ne reviendra donc pas ici sur la démonstration de l'existence de cette obligation en droit international.

71. S'agissant du droit pour un étranger objet de la décision d'expulsion d'être informé de la mesure le concernant, le droit conventionnel exige que les motifs de la décision d'expulsion ou que les voies de recours possibles lui soient communiqués.

⁸³ Voir la réponse du 4 décembre 2002 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe à la recommandation n° 1504 (2001) du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire, adoptée à la huit cent vingtième 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 cinquante-quatrième réunion, 1^{er}-4 octobre 2002, point 13.

⁸⁴ OEA/Ser.L/V/II.66, document 17, 9 septembre 1985.

⁸⁵ Ce rapport s'appuie sur des exemples de procès pour démontrer la véracité de l'affirmation suivant laquelle les étrangers expulsés du Chili ne sont pas informés de la décision prise à leur encontre.

On rappellera à cet égard, d'une part, les dispositions très explicites de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, laquelle stipule au paragraphe 4 de son article 7 : « Toute personne arrêtée ou détenue sera informée des raisons de l'arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de l'accusation ou des accusations portées contre elle ». D'autre part, en droit communautaire européen en particulier, une décision de détention, prise alors qu'une procédure d'expulsion est en cours, sera « considérée comme nulle et non avenue si, au moment de la notification, la personne concernée n'est pas informée, par écrit et dans une langue qu'elle comprend, de ses droits, des modalités de recours et des moyens d'obtenir conseil et représentation juridiques gratuits »⁸⁶.

72. La notification répond à l'obligation de respecter les droits de la défense. Le paragraphe 3 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 énonce que la décision d'expulsion « doit être notifiée aux intéressés dans une langue qu'ils comprennent »⁸⁷. Le paragraphe 2 de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce pour sa part que « [t]oute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ». Ces dispositions ont pour objet de permettre à l'étranger privé de sa liberté de se défendre en connaissance de cause. Son droit de recours sera inefficace « si on ne lui révèle pas dans le plus court délai, et à un degré suffisant, les faits et les règles juridiques invoqués pour le priver de liberté »⁸⁸. Cette défense ne peut être efficace que si la notification est libellée dans une langue que l'étranger visé par la mesure d'éloignement comprend. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, cette disposition « oblige à signaler à une telle personne, dans un langage simple accessible pour elle, les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse en discuter la légalité devant un tribunal en vertu du paragraphe 4 »⁸⁹.

73. Sur le plan doctrinal, dès 1892, l'Institut de droit international a considéré que « [l]'acte ordonnant l'expulsion est notifié à l'expulsé [...] »⁹⁰ et en outre que, « si l'expulsé a la faculté de recourir à une haute cour judiciaire ou administrative, il doit être informé, par l'acte même, et de cette circonstance et du délai à observer »⁹¹.

74. L'obligation de notifier la décision d'expulsion à l'étranger concerné est également édictée par la législation de plusieurs États⁹². En général, la notification

⁸⁶ Recommandation n° 1624 (2003) du 30 septembre 2003 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur une politique commune en matière de migration et d'asile.

⁸⁷ Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, New York, 18 décembre 1990, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2220, p. 3 (adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003).

⁸⁸ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *X c. Royaume-Uni*, arrêt du 5 novembre 1981.

⁸⁹ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Cónka c. Belgique*, arrêt du 5 février 2002, par. 50.

⁹⁰ « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers », adoptées le 9 septembre 1892 à la session de Genève de l'Institut de droit international, art. 30.

⁹¹ Ibid., art. 31.

⁹² France, Code, art. L512-3, L514-1 1); Guatemala, décret-loi de 1986, art. 129; Iran, loi de 1931, art. 11; Japon, ordonnance de 1951, art. 48 8); République de Corée, loi de 1992, art. 59 1) et 60 4); voir aussi législations pertinentes de la Belgique, de l'Italie et du Royaume-Uni. Dans certains cas, l'obligation de notification porte spécifiquement sur la décision de ne pas expulser [République de Corée, loi de 1992, art. 59 1) et 60 4)].

prend la forme d'une décision écrite⁹³. Selon les législations, elle indique le mode d'expulsion⁹⁴, l'État de destination⁹⁵, l'État où l'étranger protégé ne peut être envoyé⁹⁶ ou le délai d'expulsion⁹⁷.

75. Il y a lieu de relever que, tandis que les instruments internationaux ne font aucune distinction en matière d'exigence de notification, les législations nationales divergent suivant que l'étranger est en situation régulière ou qu'il est entré irrégulièrement sur le territoire de l'État, qu'il vient juste d'y pénétrer ou qu'il y réside irrégulièrement depuis un certain temps. D'après un auteur, une partie de la jurisprudence consacre le droit de l'étranger, même en situation irrégulière, d'être informé des raisons de son expulsion⁹⁸.

76. L'information de la mesure d'expulsion s'entend également de l'information du motif d'expulsion. Dans l'affaire *Amnesty International c. Zambie*, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a jugé que la Zambie avait violé le droit de l'intéressé à l'information faute de lui avoir communiqué les motifs de l'expulsion. En effet, selon la Commission, « [l]e fait que ni Banda ni Chinula n'ont été informés des raisons de l'action prise contre eux est un déni du droit de recevoir des informations [art. 9 1)] »⁹⁹.

77. En ce qui concerne l'Union européenne, il convient de mentionner le paragraphe 2 de l'article 30 de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, aux termes duquel la notification d'une mesure d'expulsion prise contre un citoyen de l'Union ou un membre de sa famille doit mentionner les motifs de l'expulsion, « à moins que des motifs relevant de la sûreté de l'État ne s'y opposent ». La Cour de Justice des Communautés européennes a confirmé cette règle en précisant que « la communication des motifs invoqués pour justifier une décision d'éloignement ou de refus de permis de séjour doit être suffisamment détaillée et précise pour permettre à l'intéressé de défendre ses intérêts »¹⁰⁰.

78. On relèvera cependant que le droit de l'étranger d'être informé des motifs de son expulsion n'est pas consacré uniformément en droit interne. Les législations de différents pays divergent sur le point de savoir si l'expulsé a le droit d'être informé

⁹³ « Dans de nombreux pays, le pouvoir d'expulsion est régi par un règlement qui précise les motifs pour lesquels il peut s'exercer et les garanties de procédure à respecter. En général, ces règlements appliquent les principes généralement reconnus des droits de l'homme internationaux. Ils disposent d'ordinaire que personne ne peut être expulsé du territoire d'un État sans [...] un arrêté écrit en bonne et due forme, communiqué à l'expulsé et indiquant les motifs de l'expulsion. [...] Ces exigences visent à protéger l'intéressé contre tout abus de pouvoir [voir Governing Rule 4]. », Louis B. Sohn et T. Buergenthal (dir. publ.) (note 36 ci-dessus), p. 91.

⁹⁴ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 62 3).

⁹⁵ Ibid., art. 64 2).

⁹⁶ Portugal, décret-loi de 1998, art. 114 1) d).

⁹⁷ Iran, loi de 1931, art. 11.

⁹⁸ « Toutefois, d'aucuns estiment que, à moins d'un motif impérieux de sécurité nationale, la décision d'expulser l'étranger en situation irrégulière est arbitraire si celui-ci n'est pas informé des charges portées contre lui [...] » Voir Richard Plender (note 37 ci-dessus), p. 472.

⁹⁹ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 212/98, *Amnesty International c. Zambie*, douzième rapport annuel d'activités, 1998-1999, par. 32 et 33.

¹⁰⁰ Cour de justice des Communautés européennes, affaire *Rezguia Adoui c. État belge et ville de Liège et Dominique Cornuaille c. État belge*, affaires jointes C-115 et 116/81, arrêt du 18 mai 1982, par. 2.

des motifs de l'expulsion et dans quelle mesure. Selon certaines législations, la décision d'expulsion doit être motivée¹⁰¹ ou ne doit pas l'être¹⁰², ou ne doit l'être que dans certaines circonstances¹⁰³; le motif de la décision doit correspondre aux conséquences¹⁰⁴; la décision doit être écrite¹⁰⁵ ou communiquée à l'intéressé¹⁰⁶. Certains États permettent à l'étranger ou aux autorités d'exiger que la décision soit motivée¹⁰⁷. En effet, certaines législations nationales prévoient que l'étranger sous le coup d'une procédure d'expulsion doit être informé en temps voulu de l'ouverture ou de l'état de la procédure d'expulsion le concernant. L'État doit notifier à l'étranger la procédure d'expulsion possible, envisagée ou ouverte¹⁰⁸, procédure susceptible de porter atteinte au statut de personne protégée dont il bénéficie¹⁰⁹ ou son inscription sur une liste de personnes frappées d'interdiction¹¹⁰. L'État peut exiger que la notification donne 1) des renseignements sur la procédure possible ou

¹⁰¹ Canada, loi de 2001, art. 169 b); Espagne, loi de 2000, art. 26 2); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 c) 5) j); France, Code, art. L.213-2, L.522-2 et L.551-2; Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 13 3), 16 6), loi n° 40 (1998), art. 11 3), décret-loi de 1996, art. 7 3); Japon, ordonnance de 1951, art. 10 9) et 47 3); Madagascar, décret de 1994, art. 37; Portugal, décret-loi de 1998, art. 22 2) et 114 1) a); République de Corée, décret de 1993, art. 72 et 74; Suède, loi de 1989, sect. 11.3; Suisse, règlement de 1949, art. 20 1), loi fédérale de 1931, art. 19 2). Cette exigence est parfois imposée spécifiquement lorsque la décision porte sur une demande d'admission au statut de personne protégée [Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 75 5); Canada, loi de 2001, art. 169 c) et d)], lorsque l'intéressé est soupçonné de terrorisme [États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 c) 5) j)], ou lorsqu'il provient d'un État ayant avec l'État expulsant un accord spécial ou une relation spéciale [Suède, loi de 1989, sect. 11.3)].

¹⁰² Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 28 1).

¹⁰³ Suède, loi de 1989, sect. 11.3.

¹⁰⁴ République tchèque, loi de 1999, sect. 9.3.

¹⁰⁵ France, Code, art. L.213-2, L.551-2; Japon, ordonnance de 1951, art. 47 3); République de Corée, décret de 1993, art. 72 et 74; Suisse, loi fédérale de 1931, art. 19 2); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 c) 5) j). Dans certains cas, cette exigence peut ne concerner que les cas où la décision porte sur une demande d'octroi de statut de personne protégée [Canada, loi de 2001, art. 169 c) et d)] ou une personne soupçonnée de terrorisme [États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 c) 5) j)]. Dans certains États, toute information sensible peut être supprimée de la décision si l'intéressé est soupçonné de terrorisme [États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 c) 5) j)].

¹⁰⁶ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 c) 5) j); France, Code, art. L.522-2 et L.551-2; Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 16 6); Japon, ordonnance de 1951, art. 10 9), 47 3) et 48 8); Portugal, décret-loi de 1998, art. 22 2) et 120 2); et République de Corée, loi de 1992, art. 59 1), décret de 1993, art. 74.

¹⁰⁷ Canada, loi de 2001, art. 169 e).

¹⁰⁸ Australie, loi de 1958, art. 203 2); Bélarus, décision du Conseil de 1999, art. 17, loi de 1998, art. 29; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 8 2); Canada, loi de 2001, art. 170 c) et 173 b); Chili, décret de 1975, art. 90; Espagne, loi de 2000, art. 26 2) et 57 9); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 238 b) 4 A), D), c) 2) A), 3 B) 5), 239 a), 240 b) 5) A) à D) et c) 5) et 504 b) 1) et 2); France, Code, art. L.213-2, L.512-2, L.522-1 1), L.522-2 et L.531-1; Hongrie, loi de 2001, art. 42 1); Iran, loi de 1931, art. 11, règlement de 1973, art. 16; Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 13 5), 7) et 16 6), loi n° 40 de 1998, art. 11 7), décret-loi de 1996, art. 7 3); Japon, ordonnance de 1951, art. 47 3) et 4) et 48 1) et 3); Madagascar, décret de 1994, art. 35, loi de 1962, art. 15; Malaisie, loi de 1959-1963, art. 9 3); Nigéria, loi de 1963, art. 7 1); Panama, décret-loi de 1960, art. 58, 85 et 86; Paraguay, loi de 1996, art. 35 a); Portugal, décret-loi de 1998, art. 22 2) et 120 1) et 2); République de Corée, loi de 1992, art. 59 3), 60 5) et 89 3); République tchèque, loi de 1999, art. 124 1) et 2); et Royaume-Uni, loi de 1971, art. 6 2).

¹⁰⁹ Canada, loi de 2001, art. 170 c).

¹¹⁰ Portugal, décret-loi de 1998, art. 114 2) et 120 2).

imminente et les droits ou options de l'étranger à cet égard¹¹¹ ou 2) les constatations ou raisons qui motivent les décisions préliminaires¹¹². Il peut aussi spécifier le lieu¹¹³ ou les modalités de la notification¹¹⁴.

79. Sur le plan jurisprudentiel, certaines juridictions nationales ont également confirmé l'obligation d'informer l'étranger des motifs de la décision d'expulsion¹¹⁵. Cependant, il n'est pas exigé, en principe, de l'informer avant que ladite décision ne soit prise¹¹⁶.

80. Au regard des analyses qui précèdent, il ne paraît pas douteux que l'obligation d'informer l'étranger objet de la décision d'expulsion de la mesure d'expulsion et par suite des motifs de celle-ci est établie en droit international et confirmée par de nombreuses législations nationales en dépit des nuances, ainsi que par la doctrine. Au demeurant, cette obligation n'est-elle pas la condition même de l'invocation par l'étranger des autres garanties de procédure?

c) Droit de contester l'expulsion

i) *Considérations d'ordre général*

81. Des traités et autres instruments internationaux, ainsi que des législations nationales et la doctrine reconnaissent à l'étranger le droit de contester son expulsion¹¹⁷.

82. L'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaît à l'individu sous le coup d'un arrêté d'expulsion, « à moins que des

¹¹¹ Afrique du Sud, loi de 2002, art. 8 1); Bélarus, décision du Conseil de 1999, art. 17, loi de 1998, art. 29; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 8 2); Espagne, loi de 2000, art. 26 2) et 57 9); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 238 b) 4) A), c) 2) A), 3) B) 5), 239 a), 240 b) 5) A) à D) et c) 5) et 504 b) 1) et 2); Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 13 5) et 7) et 16 6), loi n° 40 de 1998, art. 11 7), décret-loi de 1996, art. 7 3); Japon, ordonnance de 1951, art. 47 4) et 48 3); Panama, décret-loi de 1960, art. 58; Paraguay, loi de 1996, art. 35 a); Portugal, décret-loi de 1998, art. 22 2) et 120 2); et République de Corée, loi de 1992, art. 59 3) et 89 3).

¹¹² Bélarus, décision du Conseil de 1999, art. 17; Espagne, loi de 2000, art. 26 2); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 b) 1); France, Code, art. L.222-3, L.522-2 et L.531-1; Japon, ordonnance de 1951, art. 47 3); Portugal, décret-loi de 1998, art. 22 2); République de Corée, loi de 1992, art. 89 3); République tchèque, loi de 1999, art. 124 2).

¹¹³ Guatemala, décret-loi de 1986, art. 129.

¹¹⁴ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 75 5); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 239 c), 240 b) 5) A) et B); France, Code, art. L.512-3; Nigéria, loi de 1963, art. 7 1) à 5); Panama, décret-loi de 1960, art. 85 et 86; République de Corée, loi de 1992, art. 91 1) à 3). La législation pertinente peut exiger que l'étranger soit notifié en personne lorsque la notification concerne la décision prise sur la demande de l'étranger de bénéficier du statut de personne protégée [Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 75 5); Canada, loi de 2001, art. 169 d)].

¹¹⁵ Voir l'Étude du Secrétariat sur l'expulsion des étrangers (note 38 ci-dessus), par. 656, et les cas de jurisprudence cités à la note 1539.

¹¹⁶ Voir *Oudjit c. État belge (Ministre de la justice)*, Conseil d'État, 10 juillet 1961, *Pasicrisie belge*, 1962, IV, p. 125; *Brandt v. Attorney-General of Guyana and Austin*, E. Lauterpacht (note 30 ci-dessus), p. 468.

¹¹⁷ Voir notamment Vishnu D. Sharma et F. Wooldridge, « Some legal questions arising from the expulsion of the Ugandan Asians », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, 1974, p. 405 et 406 [citant l'affaire *Chevreau*, *Recueil des sentences arbitrales internationales des Nations Unies*, vol. II, p. 361 (1113)]; et Richard Plende (note 37 ci-dessus)], p. 471 et 472 [citant l'affaire 17/74, *Transocean Marine Paint c. Commission* [1974] ECR 1063, p. 1080).

raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent », le droit de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion. Il dispose : « Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie au présent Pacte [...], à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, [...] doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion [...] »¹¹⁸. 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 la résolution 40/144 de l'Assemblée générale, consacre la même garantie : « Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État [...] à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent [...] doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion [...] »¹¹⁹.

83. L'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 1 du Protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose quant à lui qu'un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État et objet d'une mesure d'expulsion doit pouvoir « faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion, [...] ». Le paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention européenne d'établissement édicte la même garantie en stipulant que ceux d'entre les ressortissants des Parties contractantes « qui résident 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 d'État, à faire valoir les raisons qu'ils peuvent invoquer contre leur expulsion [...] ».

84. On mentionnera aussi l'article 7 de la Convention portant exécution des articles 55 et 56 du Traité instituant l'Union économique Benelux¹²⁰, qui stipule que : « Les ressortissants de l'une des Parties contractantes autorisés à s'établir sur le territoire d'une autre Partie contractante ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement qu'après avis donné au Ministre de la justice du pays de résidence par une autorité compétente de ce pays, devant laquelle les intéressés peuvent faire valoir leurs moyens de défense [...] ».

85. Le droit de l'étranger de contester son expulsion est également consacré par les législations internes. Selon telle législation, l'étranger peut être autorisé à 1) produire des raisons ou pièces justificatives¹²¹; 2) interroger ou contre-interroger

¹¹⁸ Voir Comité des droits de l'homme, *Giry c. République dominicaine*, 20 juillet 1990, *International Law Review*, E. Lauterpacht (dir.), C. J. Greenwood, vol. 95, p. 325, par. 5.5. (Le Comité a constaté que la République dominicaine avait violé l'article 13 du Pacte en ne prenant pas sa décision « conformément à la loi », faute d'avoir donné à l'intéressé la possibilité de faire valoir les raisons qui militaient contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente.)

¹¹⁹ Résolution 40/144 de l'Assemblée générale, annexe.

¹²⁰ Bruxelles, 19 septembre 1960, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 480, p. 424.

¹²¹ Cette autorisation peut être accordée, 1) si l'étranger conteste un arrêté d'expulsion ou un refus d'admission [Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 76 2); France, Code, art. L.522-2; Japon, ordonnance de 1951, art. 10 3); Madagascar, loi de 1962, art. 16; Suède, loi de 1989, art. 6.14; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 238 b) 4) C), c) 2) D) i) et 240 b) 4) B)]; 2) sous certaines conditions, si l'étranger est soupçonné d'avoir des liens avec le terrorisme [États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 c) 2) et e) et f)]; ou 3) si l'étranger demande l'autorisation d'être réadmis dans le pays après en avoir été expulsé (France, Code, art. L.524-2).

des témoins¹²²; ou 3) examiner les preuves produites dans tous les cas¹²³, dans certains cas¹²⁴ ou seulement lorsque l'ordre et la sécurité publics le permettent¹²⁵. Cependant, l'État peut refuser à l'étranger qui aurait des liens avec le terrorisme le droit de faire exclure des preuves recueillies illégalement¹²⁶.

ii) *Droit d'être entendu*

86. L'étranger peut exercer son droit de contester son expulsion de plusieurs façons, notamment à l'occasion d'une procédure orale. Bien que l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'accorde pas expressément à l'étranger le droit d'être entendu, le Comité des droits de l'homme a estimé que l'idée qu'un arrêté d'expulsion pris sans que l'étranger ait eu la possibilité d'être entendu pouvait violer l'article 13 du Pacte :

« Le Comité s'inquiète aussi du fait que l'Office de l'immigration et le Comité de recours pour les étrangers puissent, dans certains cas, abandonner leur compétence juridictionnelle au Gouvernement, avec pour résultat des décisions d'expulsion ou de rejet de demandes d'immigration ou d'asile prises sans que les intéressés aient pu se faire dûment entendre. De l'avis du Comité, cette pratique peut, dans certaines circonstances, soulever des questions au titre de l'article 13 du Pacte. »¹²⁷

87. Dans le cadre de l'expulsion, le droit d'être entendu n'a pas l'importance qu'il revêt dans une instance pénale conformément au paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte. La formule « fournir des preuves tendant à le disculper », adoptée dans la Convention relative au statut des réfugiés de 1951, a été remplacée en l'occurrence par les mots « faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion », bien que ce droit n'en soit pas changé quant au fond. Commentant certaines décisions du Comité des droits de l'homme portant sur des affaires relatives aux articles 13 et 14 du Pacte, M. Nowak écrit : « Quand bien même il serait bon, en règle générale, de faire valoir en audience les raisons qui plaident contre une expulsion imminente, l'article 13, contrairement à l'alinéa d du paragraphe 3 de l'article 14, ne consacre pas le droit de l'étranger de comparaître en personne. Le Comité a rejeté la

¹²² Canada, loi de 2001, art. 170 e); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 238 c) 2) D) i) et 240 b) 4) B); Japon, ordonnance de 1951, art. 10 3). Ces autorisations peuvent être accordées expressément lorsque la procédure porte sur la demande de l'étranger de jouir du statut de personne protégée [Canada, loi de 2001, art. 170 e)], ou, sous certaines conditions, si l'étranger est soupçonné d'avoir des liens avec le terrorisme [États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 c) 3) e)]. Un État peut autoriser l'autorité compétente à ordonner la comparution de témoins requise par l'étranger [Japon, ordonnance de 1951, art. 10 5); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 d) 1)]. Cette autorisation peut être accordée tout spécialement si l'étranger est soupçonné d'avoir des liens avec le terrorisme [États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 d) 1)]. Dans ces conditions, un État peut, sous certaines conditions, s'engager à prendre à sa charge les frais entraînés par la comparution d'un témoin cité par l'étranger [États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 d) 2)].

¹²³ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 76 2); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 238 b) 4) C) et c) 2) D) i).

¹²⁴ Suède, loi de 1989, art. 11.2.

¹²⁵ Suisse, loi fédérale de 1931, art. 19 2); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 240 b) 4) B) et 504 c) 3), d) 5) et e).

¹²⁶ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 240 e) 1) B).

¹²⁷ Observations finales du Comité des droits de l'homme : Suède, 1^{er} novembre 1995, A/51/40 (vol. 1), par. 88.

communication d'un réfugié chilien aux Pays-Bas au motif que l'auteur avait eu amplement la possibilité de défendre sa cause dans le cadre d'une procédure en bonne et due forme, dont une partie s'était tenue oralement. Dans les affaires *Hammel* et *Giry*, le Comité a constaté qu'il y avait eu violation de l'article 13 parce que les auteurs n'avaient pas eu la possibilité de faire valoir les raisons qui plaident respectivement contre leur expulsion et leur extradition »¹²⁸.

88. Les législations nationales de plusieurs États accordent à l'étranger le droit d'être entendu à l'occasion d'une procédure d'expulsion¹²⁹. Plus précisément, l'État peut accorder à l'étranger le droit d'être entendu¹³⁰ ou définir les conditions dans lesquelles une audience s'impose¹³¹. L'audience peut être publique¹³², à huis clos¹³³ ou ne se tenir à huis clos que si le caractère confidentiel des pièces produites l'exige¹³⁴. En cas d'absence de l'étranger à l'audience, les autorités ou la juridiction compétentes peuvent être autorisées à tenir l'audience si l'étranger y consent¹³⁵ ou si la loi le leur permet¹³⁶. L'État peut rembourser les frais engagés par l'étranger pour assister à l'audience¹³⁷ ou exiger que celui-ci dépose une caution pour s'assurer qu'il respectera les conditions dans lesquelles l'audience doit se tenir¹³⁸.

89. Se fondant sur la Constitution, la jurisprudence ou la loi, de nombreuses juridictions nationales ont également reconnu ce droit¹³⁹. Par exemple, la Cour

¹²⁸ Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, Kehl, N. P. Engel Publisher, 1993, p. 228 et 229 (citant l'affaire du réfugié chilien, n° 173/1984, par. 4; *V.M.R.B. c. Canada*, n° 236/1987; l'affaire *Hammel*, n° 155/1983, par. 19.2 et 20; et l'affaire *Giry*, n° 193/1985, par. 5.5 et 6).

¹²⁹ Les développements qui suivent portant sur l'analyse des législations et des jurisprudences nationales sont tirés de l'Étude du Secrétariat sur l'expulsion des étrangers (note 38 ci-dessus), par. 621 à 623.

¹³⁰ Australie, loi de 1958, art. 203 3); Bélarus, loi de 1998, art. 29; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 76 2); Canada, loi de 2001, art. 44 2), 78 a), 170 b), 173 a) et 175 1) a); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 216A b) 2), 238 c) 2) D) i), 240 b) 1) et 504 a) 1); France, Code, art. L.213-2, L.223-3, L.512-2, L.522-1 I) 2) et L.524-1; Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 13 5 bis), 13 bis, 14 4) et 17, loi n° 40 (1998), art. 15 1); Japon, ordonnance de 1951, art. 10, 47 4) et 48 1) à 8); Madagascar, décret de 1994, art. 35 et 36, loi de 1962, art. 15; Portugal, décret-loi de 1998, art. 22 1) et 118 1) et 2); République de Corée, loi de 1992, art. 89 2); Suède, loi de 1989, art. 6.14. Ce droit peut être expressément reconnu à un étranger qui aurait des liens avec le terrorisme [États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 c) 5) g)].

¹³¹ Canada, loi de 2001, art. 44 2) et 170 f); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 235 c) 1) et 238 c) 5).

¹³² États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 a) 2); France, Code, art. L.512-2 et L.522-2.

¹³³ Madagascar, décret de 1994, art. 37, loi de 1962, art. 16.

¹³⁴ Canada, loi de 2001, art. 166; Suède, loi de 1989, art. 6.14.

¹³⁵ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 240 b) 2) A) ii).

¹³⁶ Bélarus, loi de 1998, art. 29; France, Code, art. L.512-2.

¹³⁷ Suède, loi de 1989, art. 6.15.

¹³⁸ Canada, loi de 2001, art. 44 3).

¹³⁹ Voir, par exemple, *Wong Sang Yung v. McGrath, Attorney-General et al.*, États-Unis, Cour suprême, 20 février 1950, *International Law Review*, 1950 (H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire n° 76, p. 252 à 256); *Nicoli v. Briggs*, États-Unis, Circuit Court of Appeals, Tenth Circuit, 7 avril 1936, *Annual Digest and Reports of Public International Law cases*, 1935-1937 (ibid.), affaire n° 162, p. 345; *Brandt v. Attorney-General of Guyana and Austin* (note 30 ci-dessus), p. 468; *re Hardayal and Minister of Manpower and Immigration, Canada*, Cour d'appel fédérale, 20 mai 1976, vol. 73 (E. Lauterpacht, C. J. Greenwood (dir. publ.), p. 617 à 626); *Gooliah v. Reginam and Minister of Citizenship and Immigration*, Cour d'appel du Manitoba, Canada,

suprême des États-Unis en a expliqué les raisons de même que les exigences dans *Wong Sang Yung v. McGrath*, en ces termes :

« Lorsque la Constitution prescrit la tenue d'une audience, celle-ci doit être équitable et se dérouler devant un tribunal qui réponde au moins aux normes d'impartialité en vigueur. L'audience d'expulsion intéresse des questions essentielles pour la liberté et le bonheur d'un être humain, voire pour sa vie, étant donné les troubles qui agitent le pays vers lequel l'étranger peut être expulsé. On pourrait difficilement prétendre qu'un tribunal qui, ayant eu à connaître d'une procédure d'expulsion, se comporterait comme celui qui a été condamné par le Congrès pour partialité, alors même que des questions moins vitales de droits de propriété étaient en jeu, répond aux normes d'impartialité requises par la Constitution. »¹⁴⁰

90. D'autres tribunaux ont estimé qu'il n'était pas nécessaire de tenir une audience¹⁴¹. Pour les pays du Commonwealth, telle est en effet la conséquence logique du principe selon lequel l'arrêté d'expulsion est du seul ressort de l'ordre administratif et ne relève en aucun cas d'instances judiciaires ou quasi judiciaires¹⁴².

iii) Droit d'être présent

91. Les instruments internationaux n'énoncent pas de règle explicite en la matière. En revanche, la législation de plusieurs États garantit ou exige la présence de l'étranger dans une procédure d'expulsion. L'État peut donner à l'étranger le droit d'assister en personne à l'examen de son cas¹⁴³, citer l'étranger à comparaître ou exiger de toute autre manière sa présence à l'audience¹⁴⁴. Il peut aussi autoriser la présence d'un membre de la famille ou d'une connaissance de l'étranger¹⁴⁵. Il peut sanctionner la non-comparution de l'étranger par l'expulsion et l'interdiction de séjour temporaire¹⁴⁶. L'absence de l'étranger peut être excusée si elle s'explique par

14 avril 1967, *International Law Review*, vol. 43 (ibid., p. 219 à 224). En France, une audience doit se tenir sauf en cas d'urgence. Voir, par exemple, *Mihouri* (France), Conseil d'État, 17 janvier 1970, *International Law Review*, vol. 70 (ibid., p. 359).

¹⁴⁰ *Wong Yang Sung v. McGrath, Attorney-General et al.* (note 139 ci-dessus, p. 254 et 255).

¹⁴¹ Voir *Urban v. Minister of the Interior* (op. cit., p. 341 et 342); *Smith v. Minister of Interior and Others, Lesotho, High Court*, 8 juillet 1975, ILR, vol. 70 (E. Lauterpacht (dir. publ.), p. 370).

¹⁴² Voir, par exemple, *Smith v. Minister of Interior and Others, Lesotho, High Court*, 8 juillet 1975, *International Law Review*, vol. 70, E. Lauterpacht (dir. publ.), p. 364 à 372; *Urban v. Minister of the Interior*, op. cit., p. 340 à 342.

¹⁴³ Bélarus, loi de 1998, art. 29; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 76 2) et 3); Canada, loi de 2001, art. 78 a) i) et 170 e); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 238 c) 2) D) i), 240 b) 2) A) et B) et 504 c) 1); France, Code, art. L.223-2, L.512-2, L.522-1 I) 2) et L.524-1; Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 13 5 bis), 14 4) et 17, loi n° 40 (1998), art. 15 1); Japon, ordonnance de 1951, art. 10 3); Madagascar, décret de 1994, art. 35 et 36, loi de 1962, art. 15 et 16; Portugal, décret-loi de 1998, art. 118 2); République de Corée, loi de 1992, art. 89 2) et 3); Suède, loi de 1989, art. 6.14. Un tel droit peut être reconnu tout spécialement à un étranger qui serait impliqué dans le terrorisme [États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 c) 1)]. (Voir l'étude du Secrétariat sur l'expulsion des étrangers (note 38 ci-dessus), par. 624).

¹⁴⁴ Australie, loi de 1958, art. 203 3); Portugal, décret-loi de 1998, art. 118 1). Un État peut exiger également la présence de l'étranger lors de l'examen de la légalité de sa détention [Canada, loi de 2001, art. 57 3)].

¹⁴⁵ Japon, ordonnance de 1951, art. 10 4).

¹⁴⁶ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 6) B), 240 b) 5) A), E), 7).

son incapacité mentale¹⁴⁷, ou si l'étranger n'a pas été informé de l'audience, ou s'il fait valoir des circonstances exceptionnelles qui justifient son absence¹⁴⁸. L'absence de l'étranger en personne ne constitue cependant pas un obstacle à la poursuite de la procédure d'expulsion, ce d'autant plus que l'étranger peut bénéficier de la représentation par un avocat. Quoi qu'il en soit, la pratique des États reste particulièrement limitée pour que l'on puisse inférer une quelconque règle en la matière.

d) Droit à un recours effectif

92. Une autre règle procédurale parmi les plus importantes est la possibilité qui doit être offerte à l'étranger objet de l'expulsion de pouvoir se défendre devant une instance compétente. Toutefois, comme on le sait, l'État d'accueil peut déroger à cette règle pour « des raisons impérieuses de sécurité nationale ». Cette justification est régulièrement examinée par le Comité des droits de l'homme. Deux affaires peuvent permettre d'illustrer ceci. Dans l'affaire *Eric Hammel*¹⁴⁹, l'intéressé, avocat de nationalité française établi à Madagascar pendant une vingtaine d'années, avait défendu des prisonniers politiques et les principaux dirigeants de l'opposition politique et avait, à plusieurs occasions, représenté des individus devant le Comité des droits de l'homme. Il fut arrêté et détenu pendant trois jours. Après avoir eu seulement deux heures pour rassembler ses affaires, il fut procédé à son expulsion du territoire malgache. Selon la Cour suprême de Madagascar, les activités de l'intéressé ainsi que sa présence continue dans le pays perturbaient l'ordre et la sécurité publics. Saisi de ce litige, le Comité des droits de l'homme, statuant sur la question de la violation de l'article 13 du Pacte, a observé que : « [...] the author was not given an effective remedy to challenge his expulsion and that the State party has not shown that there were compelling reasons of national security to deprive him of that remedy »¹⁵⁰. Le Comité précisa qu'il prenait en compte dans sa décision notamment son observation générale n° 15 de 1986. Dans cette observation, il avait indiqué qu'« un 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 » et que les règles de procédure énoncées dans l'article 13 et qui bénéficient aux étrangers réguliers faisant face à une expulsion « ne peuvent souffrir d'exception que si des raisons impérieuses de sécurité nationale l'exigent »¹⁵¹.

93. Dans la même observation générale, le Comité rappelait que si la procédure d'expulsion prévoit l'arrestation, « les garanties prévues par le Pacte en cas de privation de liberté peuvent aussi être applicables »¹⁵². Ces garanties sont celles énoncées aux articles 9 et 10 dudit Pacte. L'article 10 a trait aux conditions de détention. Quant à l'article 9, il pose les garanties d'ordre procédural dont peut bénéficier toute personne privée de sa liberté. Son paragraphe 4 dispose que

¹⁴⁷ Ibid., art. 240 b) 3).

¹⁴⁸ Ibid., art. 240 b) 5) C), e) 1).

¹⁴⁹ Comité des droits de l'homme, constatations du 3 avril 1987, *Eric Hammel c. Madagascar*, communication n° 155/1983 du 1^{er} août 1983 (CCPR/C/29/D/155/1983), 3 avril 1987.

¹⁵⁰ Ibid., par. 19.2.

¹⁵¹ Ibid. Voir aussi Comité des droits de l'homme des Nations Unies, observation générale n° 15, « Situation des étrangers au regard du Pacte », par. 10.

¹⁵² Comité des droits de l'homme, observation générale n° 15, « Situation des étrangers au regard du Pacte », par. 9.

« quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale ». Quel que soit le but de la privation de liberté, un tribunal doit pouvoir statuer sur sa légalité. Le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme a rappelé en 2002 que pareille procédure devrait être menée rapidement¹⁵³. Dans l'affaire *Mansour Ahani*, l'intéressé fut placé en détention en raison d'une attestation de menace pour la sécurité intérieure et fut maintenu en détention jusqu'à son expulsion. Le Comité des droits de l'homme nota que le placement en détention avait eu lieu sans que l'intéressé ait été condamné pour une infraction pénale ou frappé d'une peine d'emprisonnement¹⁵⁴. Il estima dès lors que celui-ci devait, en vertu du paragraphe 4 de l'article 9, pouvoir faire contrôler la légalité de sa détention par une autorité judiciaire, « c'est-à-dire obtenir le contrôle du bien-fondé de la mesure de détention puis par la suite des contrôles à intervalles suffisamment fréquents »¹⁵⁵.

e) Non-discrimination dans les garanties procédurales

94. Le principe de non-discrimination semble jouer non seulement s'agissant de décider s'il y a lieu d'expulser un étranger¹⁵⁶, mais aussi pour ce qui est des garanties de procédure à respecter. Commentant l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme a souligné qu'« [a]ucune discrimination ne [pouvait] être opérée entre différentes catégories d'étrangers dans l'application de l'article 13 »¹⁵⁷.

95. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale s'est, quant à lui, inquiété de cas de discrimination raciale en rapport avec l'expulsion des étrangers, y compris au plan des garanties de procédure¹⁵⁸. Dans sa recommandation générale n° 30, il recommande aux États parties à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, entre autres, de « [v]eiller à ce que [...] les non-ressortissants aient un accès égal à des recours

¹⁵³ Rapport intérimaire du 2 juillet 2002 du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, chargé d'examiner les questions se rapportant à la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Theo van Boven, soumis à l'Assemblée générale en application de sa résolution 56/143 du 19 décembre 2001 (A/57/173), par. 16).

¹⁵⁴ Comité des droits de l'homme, constatations du 29 mars 2004, *Mansour Ahani* (constatations du 29 mars 2004, *Mansour Ahani c. Canada*, communication n° 1051/2002 du 10 janvier 2002 (CCPR/C/80/D/1051/2002) (14 juin 2004) : HECKMAN (G.), dans « International Decisions » edited by D. Bodansky, *American Journal of International Law*, 2005, vol. 99, p. 669 à 675, par. 10.2).

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Voir cinquième rapport sur l'expulsion des étrangers (A/CN.4/616 et A/CN.4/617).

¹⁵⁷ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 15 : Situation des étrangers au regard du Pacte, 11 avril 1986, par. 10.

¹⁵⁸ Voir, en particulier, les Conclusions du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : France, 1^{er} mars 1994 (A/49/18), par. 144 : « Il y a lieu de s'inquiéter de ce que l'application de ces lois [les lois d'immigration et d'asile] risque d'avoir des conséquences discriminatoires sur le plan racial, eu égard en particulier aux restrictions imposées au droit de faire appel des arrêtés d'expulsion et à la possibilité prévue de maintenir en rétention provisoire pendant des périodes excessivement longues des étrangers aux points d'entrée dans le territoire français. »

efficaces, notamment le droit de contester une mesure d'expulsion, et qu'ils soient autorisés à utiliser ces recours effectivement. »¹⁵⁹.

96. Pareillement, le Comité des droits de l'homme a insisté sur l'interdiction de la discrimination entre les sexes en ce qui concerne le droit de l'étranger de contester son expulsion : « Les États parties devraient veiller à ce que les étrangères aient sur un pied d'égalité la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre leur expulsion et de faire examiner leur cas conformément à l'article 13. À ce propos, elles devraient pouvoir invoquer le risque de violations du Pacte fondées sur le sexe, comme celles qui sont mentionnées aux paragraphes 10 et 11 ci-dessus. »¹⁶⁰

f) Droit à la protection consulaire

97. L'étranger sous le coup d'une mesure d'expulsion peut, conformément au droit international, avoir droit à la protection consulaire¹⁶¹, ainsi qu'il résulte des articles 36 et 38 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires¹⁶². L'alinéa *a* paragraphe 1 de l'article 36 garantit la liberté de communication entre les fonctionnaires consulaires et les ressortissants de l'État d'envoi. Étant formulée en termes généraux, cette garantie devrait aussi s'appliquer aux procédures d'expulsion. L'alinéa *b* paragraphe 1, qui traite du cas de l'individu incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention, énonce l'obligation de l'État de résidence d'informer le poste consulaire si l'intéressé le demande et d'informer ce dernier de ses droits à cet égard, tandis que l'alinéa *c* du paragraphe 1 consacre le droit des fonctionnaires consulaires de se rendre auprès d'un ressortissant de l'État d'envoi qui a été placé en détention.

98. La Cour internationale de Justice a fait application de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires dans les affaires *LaGrand et Avena*¹⁶³. Pour la Cour, « [...] l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 36 énonce les obligations que l'État de résidence a vis-à-vis d'une personne détenue et de l'État d'envoi¹⁶⁴ » et « la clarté de ces dispositions, lues dans leur contexte, ne laisse en rien à désirer »¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, recommandation générale n° 30, par. 25.

¹⁶⁰ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 28 : art. 3 (Égalité des droits entre hommes et femmes), 29 mars 2000, par. 17. Les violations sexospécifiques visées aux paragraphes 10 et 11 s'entendent notamment de l'infanticide des filles, de l'immolation des veuves par le feu et des assassinats liés à la dot, des violences conjugales et autres contre les femmes, y compris le viol, l'avortement et la stérilisation forcés et les mutilations génitales.

¹⁶¹ Voir Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1961 : art. 5 a), d), e), g), h) et i) et art. 36 et 37; voir également les analyses de Louis B. Sohn et T. Buergenthal (dir. publ.) (note 36 ci-dessus), p. 95; Robert Jennings et A. Watts (ibid), p. 1140 et 1141, par. 547, note 1. *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 2, p. 1113, 1123 et 1124; affaire *Faulkner* (1926), *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 4, p. 67 et 70, et note 6 (Convention de Vienne, art. 8).

¹⁶² Voir par exemple les observations d'Alexander T. Aleinikoff (note 39 ci-dessus) (p. 9 invoquant l'article 36 de la Convention); Richard Plender, p. 471 (citant l'article 36 de la Convention); *Bigelow c. Princesse Zizianoff*, *Gazette du Palais*, 4 mars 1928; P. Cahier et L. Lee, *International Conciliation*, 1969, p. 63.

¹⁶³ Affaire *LaGrand* (*Allemagne c. États-Unis d'Amérique*), arrêt du 27 juin 2001, par. 64 à 91; affaire *Avena et autres ressortissants mexicains* (*Mexique c. États-Unis d'Amérique*), arrêt du 31 mars 2004, par. 49 à 114.

¹⁶⁴ Ibid., par. 77.

¹⁶⁵ Ibid.

99. Quant à l'article 38 de la Convention précitée, elle permet aux fonctionnaires consulaires de communiquer avec les autorités de l'État de résidence.

100. 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, annexée à la résolution 40/144 de l'Assemblée générale, dont l'article 10 consacre le droit de tout étranger de communiquer à tout moment avec la mission diplomatique ou consulaire de son État d'origine¹⁶⁶ : « Tout étranger doit pouvoir à tout moment se mettre en rapport avec le consulat ou la mission diplomatique de l'État dont il possède la nationalité ou, à défaut, avec le consulat ou la mission diplomatique de tout autre État chargé de la protection des intérêts de l'État dont il possède la nationalité dans l'État où il réside. »

101. Ce droit étant affirmé en termes généraux dans la Déclaration, il semble devoir s'appliquer aussi en cas d'expulsion.

102. Certaines législations internes consacrent également de manière expresse le droit de l'étranger de demander la protection consulaire en cas d'expulsion¹⁶⁷. Plus précisément, l'État peut autoriser l'étranger à communiquer avec des représentants diplomatiques ou consulaires de son État d'origine ou de tout État assurant des services de représentation pour le compte de cet État¹⁶⁸, 1) si l'étranger est informé de l'intention de l'État de procéder à son expulsion¹⁶⁹; 2) si l'étranger est retenu dans une zone ou dans un lieu bien précis¹⁷⁰ ou retenu de toute autre manière par l'État¹⁷¹; 3) si l'étranger est placé en détention et aurait des liens avec le terrorisme¹⁷²; ou 4) si un arrêté définitif d'expulsion a été pris et l'étranger est sur le point d'être expulsé¹⁷³. L'État peut permettre au personnel diplomatique ou consulaire de prendre les dispositions nécessaires pour assurer le départ ou la prolongation du séjour de l'étranger, y compris si celui-ci a violé les conditions dont son statut temporaire était assorti¹⁷⁴.

g) Droit à un conseil

103. Le droit conventionnel, mais aussi le droit interne, la jurisprudence et la doctrine ont consacré dans une certaine mesure le droit de l'étranger de se faire représenter par un conseil dans une procédure d'expulsion¹⁷⁵.

104. L'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que, « à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent », l'étranger objet d'une mesure d'expulsion « doit avoir la possibilité [...] de faire examiner son cas par l'autorité compétente [...] en se faisant représenter à cette

¹⁶⁶ Résolution 40/144 de l'Assemblée générale.

¹⁶⁷ Voir l'Étude du Secrétariat sur l'expulsion des étrangers (note 38 ci-dessus), par. 631.

¹⁶⁸ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 507 e) 2).

¹⁶⁹ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 507 e) 2); France, Code, art. L.512-1, L.531-1 et L.551-2; Portugal, décret-loi de 1998, art. 24 1).

¹⁷⁰ Portugal, décret-loi de 1998, art. 24 1).

¹⁷¹ France, Code, art. L.551-2.

¹⁷² États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 507 e) 2).

¹⁷³ Bélarus, décision du Conseil de 1999, art. 18.

¹⁷⁴ Chili, décret de 1975, art. 85.

¹⁷⁵ Voir par exemple William Haney, « Deportation and the Right to Counsel », *Harvard International Law Journal*, vol. 11, 1970, p. 190, citant l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, *in re Gault*, 387 U.S. 1, 50, 68 (1967).

fin ». Le Pacte ne garantit expressément un tel droit que dans une procédure de recours. Il découle en effet des termes de son article 13 – repris du paragraphe 2 de l'article 32 de la Convention relative au statut des réfugiés – que ce droit n'est expressément garanti que dans les procédures en appel. La comparaison de l'alinéa *d* du paragraphe 3 de l'article 13 et de l'article 14 laisse apparaître aussi qu'une personne menacée d'expulsion n'a pas le droit de recourir aux services d'un conseil juridique ou d'un avocat. Cependant le droit de se faire représenter implique qu'elle peut désigner un représentant, lequel peut être un avocat dont elle doit prendre les honoraires à sa charge. Dans la mesure où l'expulsion met en jeu les droits fondamentaux des étrangers concernés, lesquels ont tout particulièrement besoin d'un conseil juridique, le droit de se faire représenter par un avocat librement choisi est de toute première importance. La pratique dont le Comité des droits de l'homme a eu à connaître montre que la plupart des personnes concernées ont en fait été représentées par un conseil pendant la procédure d'appel¹⁷⁶. L'article 7 de la Déclaration annexée à la résolution 40/144 de l'Assemblée générale¹⁷⁷ reprend les termes de l'article 13 du Pacte précités.

105. Au niveau européen, le paragraphe 1 de l'article 1 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales exige que, dans une procédure d'expulsion, l'étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État soit autorisé à « [s]e faire représenter devant l'autorité compétente [...] ». De même, le paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention européenne d'établissement dispose que ceux d'entre les ressortissants des Parties contractantes « qui résident 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 ».

106. On mentionnera également l'article 7 de la Convention portant exécution des articles 55 et 56 du Traité instituant l'Union économique Benelux¹⁷⁸, libellé comme suit : « Les ressortissants de l'une des Parties contractantes autorisés à s'établir sur le territoire d'une autre Partie contractante ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement qu'après avis donné au Ministre de la justice du pays de résidence par une autorité compétente de ce pays, devant laquelle les intéressés peuvent faire valoir leurs moyens de défense et se faire représenter ou assister par un avocat de leur choix [...]. » [italiques ajoutées]

107. Examinant l'affaire *Josu Arkauz Arana c. France*, le Comité contre la torture a estimé qu'il importait de donner à la personne frappée d'expulsion la possibilité de contacter sa famille ou un avocat afin d'éviter d'éventuels abus susceptibles d'entraîner une violation de l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Selon le Comité, « [l']expulsion a été menée selon une procédure administrative, [...] sans l'intervention d'une autorité judiciaire et sans que l'auteur ait eu la possibilité

¹⁷⁶ Voir Manfred Nowak (note 128 ci-dessus), p. 231.

¹⁷⁷ Résolution 40/144 de l'Assemblée générale.

¹⁷⁸ Convention portant exécution des articles 55 et 56 du Traité instituant l'Union économique Benelux, Bruxelles, 19 septembre 1960, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 480, p. 424.

d'entrer en contact avec sa famille ou son avocat. Ces circonstances [...] plaçaient l'auteur dans une situation particulièrement vulnérable face à d'éventuels abus » et pouvaient donc constituer une violation de l'article 3¹⁷⁹.

108. La législation de plusieurs États garantit également le droit à un conseil en cas d'expulsion. L'État peut autoriser l'étranger à se faire assister par un représentant¹⁸⁰, y compris un conseil juridique¹⁸¹ ou une personne autre qu'un conseil juridique¹⁸² pendant la procédure d'expulsion, y compris pour ce qui concerne son maintien en rétention. Il peut autoriser expressément l'étranger à choisir librement son conseil¹⁸³. Il peut commettre un représentant aux mineurs ou autres personnes dans l'incapacité d'apprécier la nature de la procédure¹⁸⁴. Il peut édicter l'inviolabilité de la correspondance adressée à l'étranger par ses avocats ou conseils publics ou les organes internationaux compétents¹⁸⁵.

109. Certaines juridictions internes, interprétant la législation nationale, ont aussi défendu le droit de l'étranger d'être représenté par un conseil¹⁸⁶.

h) Aide juridictionnelle

110. En ce qui concerne le droit de l'expulsé à l'aide juridictionnelle, on se reportera à la législation pertinente de l'Union européenne, en particulier à la directive du Conseil 2003/109/CE du 25 novembre 2003, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée dont l'article 12 qui dispose :

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

5. L'aide judiciaire est accordée au résident de longue durée qui ne dispose pas de ressources suffisantes, dans les mêmes conditions qu'aux ressortissants de l'État dans lequel il réside »¹⁸⁷.

¹⁷⁹ Comité contre la torture, *Josu Arkauz Arana c. France*, Communication n° 63/1997, 9 novembre 1999, par. 11.5 (A/55/44, p. 104).

¹⁸⁰ Japon, ordonnance de 1951, art. 10 3); Panama, décret-loi de 1960, art. 85.

¹⁸¹ Argentine, loi de 2004, art. 86; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 76 3); Canada, loi de 2001, art. 167 1); Espagne, loi de 2000, art. 26 2); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 238 a) 2), 239 a) 1) E), et b), 504 c) 1) et 507 e) 1); France, Code, art. L.221-4, L.221-5, L.222-1, L.512-1, L.512-2, L.522-2, L.551-2 et L.555-3; Italie, décret-loi n° 286 de 1998, art. 13 5) et 8), et 14 4), loi n° 40 de 1998, art. 11 10) et 15 1); Madagascar, décret de 1994, art. 36, loi de 1962, art. 15; Norvège, loi de 1988, art. 42; Portugal, décret-loi de 1998, art. 24 2); République de Corée, loi de 1992, art. 54; et Suède, loi de 1989, art. 6.26, 11.1b et 11.8. Ce droit peut être expressément accordé aux mineurs (France, Code, art. L.222-3) ou à l'étranger qui serait impliqué dans le terrorisme [États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 c) 1) et 507 e) 1)].

¹⁸² Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 76 3); France, Code, art. L.522-2.

¹⁸³ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 238 b) 4) B), 239 a) 1), 240 b) 4) et 292; France, Code, art. L.213-2; Madagascar, décret de 1994, art. 36; Portugal, décret-loi de 1998, art. 24 2).

¹⁸⁴ Canada, loi de 2001, art. 167 1); France, Code, art. L.221-5 et L.222-3; Suède, loi de 1989, art. 11-1b et 11.8.

¹⁸⁵ Suède, loi de 1989, art. 6.26.

¹⁸⁶ Voir *Oudjit c. État belge* (Ministre de la justice), op. cit., p. 355; *Re Immigration Act*, *Re Kokorinis*, Cour d'appel de Colombie britannique, 3 mai 1967, *International Law Review*, vol. 43 (E. Lauterpacht (dir. publ.), p. 225 à 229); *Re Vinarao*, Cour d'appel de la Colombie britannique, 17 janvier 1968, *International Law Review*, vol. 44 (ibid., p. 166).

111. Il y a lieu par ailleurs d'évoquer les inquiétudes qu'inspirent au Comité des droits de l'enfant les informations faisant état « de mauvais traitements d'enfants par la police au cours d'expulsions forcées vers le pays d'origine, les victimes étant parfois expulsées sans avoir eu accès à une aide judiciaire [...] »¹⁸⁸.

112. La législation de plusieurs États prévoit également le droit à l'aide juridictionnelle à l'occasion d'une procédure d'expulsion. Ainsi, l'État peut assurer à l'étranger un conseil ou une aide juridique aux frais du contribuable¹⁸⁹. Il peut aussi renoncer à recouvrer les dépens si l'étranger est indigent¹⁹⁰.

113. Bien que le droit à l'aide juridictionnelle n'ait pas de fondement explicite en droit conventionnel, le Rapporteur spécial pense qu'il pourrait être établi au titre du développement progressif, en s'inspirant du droit communautaire européen et pour consacrer une tendance importante de la pratique des États tel que le laisse apparaître l'analyse des législations nationales.

i) Traduction et interprétation

114. S'agissant du droit à la traduction et à l'interprétation durant la procédure d'expulsion, on notera les préoccupations exprimées par le Comité des droits de l'enfant à l'égard « de mauvais traitements d'enfants par la police au cours d'expulsions forcées vers le pays d'origine, les victimes étant parfois expulsées sans avoir eu accès à [...] des services d'interprétation »¹⁹¹.

115. La législation de plusieurs États accorde à l'étranger expulsé le droit de bénéficier de services de traduction ou d'interprétation. En Italie, par exemple, lorsque l'étranger ne comprend pas l'italien, la décision doit être accompagnée d'une « synthèse » rédigée dans une langue qu'il comprend ou, à défaut, en anglais, en français ou en espagnol. La jurisprudence considère cette traduction comme faisant partie intégrante des droits de la défense. Elle estime que, lorsque la décision d'expulsion n'est pas traduite dans la langue de l'intéressé, la raison de l'absence de traduction doit être précisée, faute de quoi la décision d'expulsion est sans effet. Elle considère que la traduction en anglais, en français ou en espagnol n'est admissible que lorsque l'administration ignore le pays d'origine de l'étranger, et donc sa langue. En même temps que la décision d'expulsion lui est communiquée, l'étranger est informé de ses droits : assistance d'un avocat, éventuellement fourni

¹⁸⁷ Voir Union européenne, directive du Conseil 2003/109/CE du 25 novembre 2003, concernant la situation juridique des ressortissants de pays tiers qui sont des résidents de longue date, *Journal officiel*, L 16, p. 44 à 53.

¹⁸⁸ Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Espagne, op. cit., par. 45 a).

¹⁸⁹ Argentine, loi de 2004, art. 86; Espagne, loi de 2000, art. 26 2); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 c) 1); France, Code, art. L.221-5, L.222-3, L.522-2 et L.555-3; Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 13 8), loi n° 40 (1998), art. 11 10); Norvège, loi de 1988, art. 42; Suède, loi de 1989, art. 6.26, 11.1b et 11.8 à 10. Ce droit peut être tout spécialement conféré à l'étranger qui serait impliqué dans le terrorisme [États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 504 c) 1)]. L'État peut, dans les cas d'expulsion ordinaires, fournir à l'étranger une liste de conseils juridiques qui acceptent de travailler *pro bono*, sans lui reconnaître pour autant le droit de se faire représenter gratuitement [États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 239 b) 2) et 3)]. Par contre, l'État peut prévoir que l'étranger doit prendre les frais à sa charge; voir Canada, loi de 2001, art. 167 1); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 238 b) 4) B), 240 b) 4) A) et 5) A) et 292.

¹⁹⁰ Argentine, loi de 2004, art. 87 et 88; Norvège, loi de 1988, art. 42.

¹⁹¹ Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Espagne, op. cit., par. 45 a).

par l'aide juridictionnelle, dans toutes les procédures judiciaires liées à l'expulsion, et possibilité d'exercer un recours contre la décision d'expulsion.

116. Dans l'ensemble, selon les cas, les autorités 1) fournissent l'assistance d'un traducteur ou d'un interprète¹⁹²; 2) donnent à l'étranger le droit de recevoir toute communication dans une langue qu'il comprend¹⁹³; 3) utilisent pendant toute la procédure une langue qu'il comprend¹⁹⁴; 4) utilisent la langue du lieu où siège l'autorité compétente¹⁹⁵; 5) paient à l'intéressé les frais et honoraires d'un interprète privé¹⁹⁶; ou 6) mettent à la charge de l'interprète la responsabilité de la forme du compte rendu écrit des débats¹⁹⁷.

117. Dans son arrêt n° 257 (2004), la Cour constitutionnelle italienne a jugé qu'un arrêté d'expulsion publié en anglais, en français ou en espagnol était constitutionnel encore que le texte n'ait pu en être notifié à l'étranger dans sa langue ou dans une autre langue qu'il comprend. La Cour a estimé que cette procédure répondait à des critères fonctionnels raisonnables et garantissait raisonnablement que l'intéressé pouvait comprendre le contenu de l'arrêté¹⁹⁸.

2. Garanties procédurales dans le cadre de l'ordre juridique communautaire européen

118. Le régime procédural de l'expulsion des étrangers dans l'ordre communautaire fut d'abord établi par la directive 64/221/CEE du 25 février 1964¹⁹⁹. Celle-ci posait des garanties procédurales qui étaient de deux ordres : l'État membre d'accueil était tenu, d'une part, de notifier la décision d'éloignement à l'individu concerné, et d'autre part, de lui accorder un droit de recours. Cette directive a été abrogée par la

¹⁹² Argentine, loi de 2004, art. 86; Australie, loi de 1958, art. 258 B et 261 A à C; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 8 3) et 76 3); Espagne, loi de 2000, art. 26 2); France, Code, art. L.111-8, L.221-4, L.221-7, L.222-3, L.223-3, L.512-2 et L.522-2; Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 13 7); Portugal, décret-loi de 1998, art. 24 1); République de Corée, loi de 1992, art. 48 6) et 7) et 58. Ce droit est parfois accordé expressément aux mineurs (France, Code, art. L.222-3), ou dans le cadre d'un test d'identification ou d'une autre mesure d'enquête (Australie, loi de 1958, art. 258 B et 261 A à C; République de Corée, loi de 1992, art. 48 6) et 7) et 58).

¹⁹³ Australie, loi de 1958, art. 258 B et 261 A à C; Bélarus, décision du Conseil, 1999, art. 17; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 240 b) 7); France, Code, art. L.213-2 et L.221-4; Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 2 6), 4 2) et 13 7), loi n° 40 (1998), art. 2 5) et 11 7), décret-loi de 1996, art. 7 3).

¹⁹⁴ France, Code, art. L.111-7. Dans certains États, l'étranger est censé indiquer quelle(s) langue(s) il comprend (France, Code, art. L.111-7), ou quelle langue il préfère parmi celles proposées [Italie, décret-loi, n° 286 de 1998, art. 2 6), loi n° 40 de 1998, art. 2 5)]. Certains États décident d'une ou plusieurs langues par défaut lorsque l'intéressé n'indique pas sa référence (France, Code, art. L.111-7), ou lorsqu'ils ne peuvent pas communiquer avec lui dans la langue de son choix [Italie, décret-loi n° 286 de 1998, art. 2 6) 4 2) et 13 7), loi n° 40 de 1998, art. 2 5) et 11 7), décret-loi de 1996, art. 7 3)].

¹⁹⁵ Suisse, règlement de 1949, art. 20 3).

¹⁹⁶ Suède, loi de 1989, sect. 11.5.

¹⁹⁷ République de Corée, loi de 1992, art. 59 2) et 60 1) et 2).

¹⁹⁸ Voir *Sentenza* n° 257, Corte Costituzionale, Italie, 18 juillet 2004.

¹⁹⁹ Directive n° 64/221/CEE du 25 février 1964 du Conseil pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, *Journal officiel*, n° 56 du 4 avril 1964, p. 850.

directive 2004/38/CE du 29 avril 2004²⁰⁰, qui reprend cependant cette double garantie en la renforçant dans un sens plus protecteur.

a) Notification de la décision d'expulsion

119. Les décisions d'éloignement doivent toujours être notifiées aux personnes concernées. Elles doivent l'être « par écrit » aux personnes en question, « dans des conditions [leur] permettant d'en [comprendre] le contenu et les effets »²⁰¹. À propos de la langue à utiliser, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a précisé que la notification devait être effectuée de manière que la personne visée en saisisse non seulement le contenu mais également l'effet²⁰². L'article 6 de la directive de 1964 imposait, sauf raisons touchant à la sûreté de l'État, la communication des motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique qui fondent ladite décision. La Cour a décidé que cette communication « doit être suffisamment détaillée et précise »²⁰³, ceci afin de permettre à l'intéressé de se défendre de façon utile²⁰⁴. L'alinéa 2 de l'article 7 prévoit que la notification doit indiquer « le délai imparti pour quitter le territoire ». Il est précisé que « ce délai ne peut être inférieur à quinze jours [si] l'intéressé n'a pas encore [...] de titre de séjour, et à un mois dans les autres cas ». La directive de 2004 dispose que ces personnes doivent être informées, par notification, de la juridiction ou de l'autorité administrative devant laquelle elles ont un droit de recours, de même que du délai de recours. Dans le même temps, la notification doit indiquer le délai qui leur est laissé pour sortir du territoire de l'État membre d'accueil, délai qui doit, sauf s'il y a urgence, être d'au moins un mois à compter de la date de notification. Sur ce point, le législateur communautaire ne distingue plus selon que les personnes sont titulaires d'un titre de séjour ou non, et impose que l'urgence soit dûment justifiée.

120. En ce qui concerne l'Union européenne, on mentionnera l'article 30 de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 29 avril 2004, traitant de la notification d'une mesure d'expulsion prise contre un citoyen de l'Union ou les membres de sa famille. Cet article intitulé « Notification des décisions » dispose en son paragraphe 1 que toute décision de restreindre la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille prise en application du paragraphe 1 de l'article 27, « est notifiée par écrit à l'intéressé dans des conditions lui permettant d'en saisir le contenu et les effets ».

²⁰⁰ Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° L.158 du 30 avril 2004, p. 77; rectificatif au *Journal officiel*, n° L.229 du 29 juin 2004, p. 35; rectificatif au rectificatif au *Journal officiel* n° L.197 du 28 juillet 2005, p. 34. L'abrogation de la directive 64/221/CEE a pris effet à l'expiration du délai de deux ans après la date d'entrée en vigueur du nouveau texte, c'est-à-dire le 30 avril 2006.

²⁰¹ Voir l'article 30 de la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen.

²⁰² Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 18 mai 1982, *R. Adoul c. État belge et ville de Liège et D. Cornouaille c. État belge*, affaires jointes, C-115 et 116/81, point 13, *Recueil*, p. 1668; Conclusions de l'avocat général F. Capotorti, présentées le 16 février 1982, *Recueil*, p. 1714.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ Voir aussi Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 28 octobre 1975, *Roland Rutli c. Ministre de l'intérieur de la République française*, affaire C-36/75, point 39, *Recueil*, p. 1221; Conclusions de l'avocat général H. Mayras, présentées le 14 octobre 1975, *Recueil*, p. 1237.

Le paragraphe 3 précise que « [l]a notification comporte l'indication de la juridiction ou de l'autorité administrative devant laquelle l'intéressé peut introduire un recours ainsi que du délai de recours et, le cas échéant, l'indication du délai imparti pour quitter le territoire de l'État membre. Sauf en cas d'urgence dûment justifié, ce délai ne peut être inférieur à un mois à compter de la date de notification ».

b) Droit à un recours effectif

121. L'article 8 de la directive de 1964 énonce que « l'intéressé doit pouvoir introduire contre la décision d'entrée, de refus de délivrance ou de refus de renouvellement du titre de séjour, ou contre la décision d'éloignement du territoire, les recours ouverts aux nationaux contre les actes administratifs ». Depuis l'arrêt *Pecastaing* du 5 mars 1980, la CJCE rappelle constamment que cela signifie que les décisions visées par la directive sont considérées comme des « actes administratifs » et que toute personne faisant l'objet d'une de ces décisions doit avoir accès aux mêmes recours que ceux dont bénéficient les nationaux contre les actes de l'administration²⁰⁵. À cet égard, un État membre ne peut accorder à de telles personnes « des recours obéissant à des procédures particulières qui offriraient de moindres garanties que celles offertes » aux nationaux²⁰⁶. Par conséquent, un recours doit être ouvert à tout individu « relevant de la directive, contre toute décision susceptible de donner lieu à éloignement », avant même son exécution²⁰⁷. À propos de la juridiction devant laquelle le recours doit être porté, la CJCE précise que : « si dans un État membre, des recours contre les actes administratifs peuvent être portés devant les juridictions ordinaires, les personnes relevant du champ d'application de la directive n° 64/221 doivent être traitées de la même manière que les nationaux en ce qui concerne les possibilités de recours ouvertes devant ces juridictions contre les actes de l'administration »²⁰⁸. En outre, si dans un État membre ces juridictions ont compétence pour ordonner le sursis à exécution d'une décision administrative, telle une décision d'éloignement, alors que les juridictions administratives n'ont pas ce pouvoir, ledit État doit permettre aux bénéficiaires de la directive d'adresser une demande de suspension aux premières « dans les mêmes conditions que les nationaux »²⁰⁹.

122. Concernant l'effet suspensif de ces recours, la CJCE a clairement précisé dans l'affaire *Royer* en 1976, statuant sur renvoi préjudiciel, que « la décision d'éloignement ne saurait être exécutoire avant que l'intéressé ait été en mesure d'introduire un tel recours »²¹⁰. Les États membres sont tenus, avant même que la décision d'éloignement soit exécutée, non seulement de prévoir pour toute personne visée par la directive la possibilité d'agir en justice contre une telle décision, mais aussi de permettre à cette personne de saisir effectivement le tribunal compétent. Il

²⁰⁵ CJCE, arrêt du 5 mars 1980, *Josette Pecastaing c. Belgique*, affaire C-98/79, point 10, *Recueil*, p. 691; Conclusions de l'avocat général M. G. Reischl, présentées le 31 janvier 1980, *Recueil*, p. 680. Voir aussi CJCE, arrêt du 18 octobre 1990, *Massam Dzodzi c. État belge*, affaires jointes C-297/88 et 197/89, point 58, *Recueil I*, p. 3783; Conclusions de l'avocat général M. M. Darmon, présentées le 3 juillet 1990, *Recueil I*, p. 3763.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ CJCE, arrêt du 5 mars 1980, *Pecastaing*.

²⁰⁸ CJCE, arrêt du 5 mars 1980, *Pecastaing* (note 205 ci-dessus), point 11.

²⁰⁹ Ibid. Également CJCE, arrêt du 18 octobre 1990, *Dzodzi* (note 205 ci-dessus), point 59.

²¹⁰ CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Jean-Noël Royer*, affaire C-48/75, point 60, Rectificatif, p. 497; Conclusions de l'avocat général H. Mayras, présentées le 10 mars 1976, Rectificatif, p. 521.

ne suffit pas qu'un recours juridictionnel soit possible, encore faut-il que l'intéressé ait réellement les moyens de recourir à cette justice. Toutefois, il n'existe pas d'obligation pour un État membre de garder le ressortissant communautaire visé par une mesure d'expulsion sur son territoire pendant toute la durée du procès. La CJCE considère juste à cet égard que les États membres doivent faire en sorte que « toute personne frappée par une mesure restrictive de ce genre [doit être assurée de] la jouissance effective de la sauvegarde que constitue, pour elle, l'exercice de ce droit de recours » et que « cette garantie deviendrait [...] illusoire si les États membres pouvaient, par l'exécution immédiate d'une décision d'éloignement, priver l'intéressé de la possibilité de faire fruit, utilement, des moyens de recours dont la jouissance lui est garantie [...] »²¹¹. Elle conclut sans grande équivoque qu'« une décision d'éloignement ne saurait être exécutée, sauf urgence dûment justifiée, [...] avant que l'intéressé ait été en mesure d'épuiser les recours dont l'exercice lui est assuré par les articles 8 et 9 de la directive [...] »²¹².

123. Par ailleurs, la directive n° 64/221 énonce, au paragraphe 1 de l'article 9, qu'« en l'absence de possibilités de recours juridictionnels ou si ces recours ne portent que sur la légalité de la décision ou s'ils n'ont pas effet suspensif, [...] la décision d'éloignement du territoire d'un porteur d'un titre de séjour n'est prise par l'autorité administrative, à moins d'urgence, qu'après avis donné par une autorité compétente du pays d'accueil devant laquelle l'intéressé doit pouvoir faire valoir ses moyens de défense et se faire assister ou représenter dans les conditions de procédure prévues par la législation nationale [...] ». Le texte précise que l'« autorité compétente » ne doit pas être celle habilitée à prendre la décision d'éloignement. Il s'agit là des dispositions à prendre pour assurer à un ressortissant communautaire des garanties procédurales lorsqu'il est sous le coup d'une expulsion.

124. Lorsque le ressortissant communautaire se trouve en situation irrégulière dans un État membre, d'autres exigences sont formulées. Le problème s'est posé devant la CJCE dans une affaire concernant un ressortissant irlandais expulsé du Royaume-Uni parce que lié à des activités terroristes en rapport avec les affaires d'Irlande du Nord. Selon une jurisprudence constante de la Cour, la liberté de circulation des personnes doit être interprétée de manière favorable aux ressortissants communautaires. Le juge communautaire a donc logiquement fait une interprétation large du paragraphe 1 de l'article 9 de la directive 64/221 et décidé que celui-ci s'adresse en réalité aux ressortissants « d'un État membre qui séjourne[nt] déjà légalement sur le territoire d'un autre État membre »²¹³, à savoir non seulement les titulaires d'un titre de séjour, mais aussi les citoyens qui, selon la législation de l'État d'accueil, ne sont pas tenus d'avoir un tel titre. Autrement dit, le paragraphe 1 de l'article 9, s'applique aux décisions d'expulsion de ressortissants des États membres qui résident légalement dans un État membre d'accueil, même s'ils n'ont pas pour obligation de posséder un titre de séjour. La CJCE a expliqué dans son

²¹¹ CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Royer* (note 210 ci-dessus) points 55 et 56.

²¹² Ibid. point 62.

²¹³ CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, *The Queen v. Secretary of State for the Home Department, ex parte John Gallagher*, affaire C-175/94, point 14, *Recueil I*, p. 4268; Conclusions de l'avocat général M. M. B. Elmer présentées le 12 octobre 1995, *Recueil I*, p. 4255. Sur cet arrêt, voy. le commentaire de LUBY (M.), in « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la CJCE », *Journal du droit international*, avril-mai-juin 1997, n° 2, p. 479 à 637, spécialement p. 536 à 538.

arrêt *Pecastaing* que, soit l'intervention d'une « autorité compétente » doit pallier l'impossibilité pour la personne concernée de pouvoir saisir une juridiction, soit cette intervention doit permettre l'examen exhaustif de la situation en cause, « y compris l'opportunité de la mesure envisagée, avant que la décision soit définitivement arrêtée », soit pareille intervention doit permettre à l'intéressé de demander, et éventuellement d'obtenir, le sursis à exécution de l'éloignement envisagé, à défaut pour lui de se le voir accorder par une autorité judiciaire²¹⁴. À la différence du paragraphe 1, qui s'adresse aux titulaires d'un titre de séjour contre lesquels une autorité administrative ne peut pas prendre une décision d'éloignement ou refuser le renouvellement d'un tel titre avant avis d'une autre autorité, le paragraphe 2 vise des personnes qui sont déjà frappées par une décision administrative restrictive. Les migrants en possession d'un titre de séjour sont donc mieux protégés que ceux n'en ayant pas.

125. L'« autorité compétente » prévue à l'article 9 de la directive 64/221 n'a pas à être nécessairement une juridiction, ni même à être composée de magistrats²¹⁵. Ses membres ne doivent pas obligatoirement être nommés « pour une période déterminée »²¹⁶. Le juge communautaire exige que l'autorité soit « indépendante ». Selon lui, les États membres sont libres de la désigner²¹⁷. Il peut s'agir d'une « autorité publique indépendante de l'autorité administrative appelée à prendre [une mesure d'expulsion], organisée de manière à ce que l'intéressé ait le droit de se faire représenter et de faire valoir ses moyens de défense devant elle »²¹⁸. L'important est donc que l'intéressé puisse se défendre conformément aux règles fixées par la directive, et que l'autorité agisse en toute indépendance et ne puisse pas faire l'objet d'un contrôle de la part de l'autorité ayant compétence pour adopter la mesure.

126. Il ressort des analyses qui précèdent qu'hormis le droit d'être présent qui n'est pas établi en droit international et qui donne lieu à des législations nationales assez disparates voire opposées les autres droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion exposés ci-dessus disposent, comme on l'a montré, de bases juridiques suffisantes en droit international, ainsi que dans les législations et la jurisprudence de nombreux États, et sont largement appuyés par la plupart des auteurs spécialistes du droit des étrangers, le droit à l'aide juridictionnelle, comme on l'a vu, s'appuyant sur quelques éléments pouvant permettre de l'établir au titre du développement progressif. Aussi y a-t-il lieu de proposer le projet d'article suivant :

Projet d'article C1. Droits procéduraux de l'étranger objet d'expulsion

1. L'étranger objet de l'expulsion jouit des droits procéduraux suivants :

- a) Le droit à la notification de la décision d'expulsion;**
- b) Le droit de contester l'expulsion [la décision d'expulsion];**
- c) Le droit d'être entendu;**

²¹⁴ CJCE, arrêt du 5 mars 1980 (note 205 ci-dessus), point 15.

²¹⁵ CJCE, arrêt du 18 mai 1982, *Adoui et Cornuaille* (note 202 ci-dessus), point 16. Voir aussi CJCE, arrêt du 18 octobre 1990, *Dzodzi* (note 205 ci-dessus), point 65.

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ CJCE, arrêt du 22 mai 1980, *Regina et Secrétaire d'État aux affaires intérieures*, affaire 131/79, point 19, *Recueil*, p. 631; Conclusions de l'avocat général J.-P. Warner, présentées le 27 février 1980, *Recueil*, p. 1585.

²¹⁸ CJCE, arrêt du 29 avril 2004, *Orfanopoulos*, op. cit., point 114.

- d) **Le droit d'accès sans discrimination à des recours efficaces pour contester la décision d'expulsion;**
 - e) **Le droit à la protection consulaire;**
 - f) **Le droit à un conseil;**
 - g) **Le droit à l'aide juridictionnelle;**
 - h) **Le droit à l'interprétation et à la traduction dans une langue qui lui est accessible.**
2. **Les droits énumérés au paragraphe 1 ci-dessus sont sans préjudice d'autres garanties procédurales prévues par la loi.**
-