



Assemblée générale

Distr. générale
20 juillet 2006

Original : français

Commission du droit international

Cinquante-huitième session

Genève, 1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006

Deuxième rapport sur l'expulsion des étrangers présenté par M. Maurice Kamto, Rapporteur spécial

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1–43	3
A. Historique du sujet	2–5	3
B. Examen du rapport préliminaire	6–14	3
1. Examen par la Commission du droit international	7–9	4
2. Examen par la Sixième Commission de l'Assemblée générale	10–14	4
C. Développements récents en rapport avec le sujet	15–35	6
1. Pratique récente de quelques États	16–26	6
a) Lutte contre le terrorisme et expulsion	17–19	7
b) Immigration irrégulière et expulsion	20–26	8
2. Migrations internationales : rapport de la Commission mondiale sur les migrations internationales	27–30	11
3. Conférence ministérielle eurafricaine sur la migration et le développement (Rabat, 10 et 11 juillet 2006)	31–35	13
D. Portée du sujet	36–41	15
E. Présentation générale du présent rapport	42–43	16
Première partie : Règles générales	44–194	17
I. Champ du sujet	45–122	17
A. Étrangers résidant légalement sur le territoire de l'État expulsant	50–53	18



B.	Étrangers en situation irrégulière	54–56	19
C.	Réfugiés	57–71	20
D.	Personnes déplacées	72	24
E.	Demandeurs et bénéficiaires d’asile	73–99	25
	1. Notion	73–77	25
	2. Types d’asile	78–95	26
	3. Demandeur d’asile et réfugié	96–99	30
F.	Apatride	100–104	31
G.	Ancien ressortissant	105–109	33
H.	Étrangers du fait de la perte de nationalité à la suite de la naissance d’un État nouveau	110–111	34
I.	Ressortissants d’un État en situation de conflit armé avec l’État d’accueil . .	112–115	35
J.	Travailleurs migrants	116–122	37
II.	Définitions	123–194	39
A.	Étranger	124–152	39
	1. National	127–129	40
	2. Citoyen	130–132	41
	3. Sujet	133–135	42
	4. Ressortissant	136–152	42
B.	Expulsion	153–194	49
	1. Expulsion et notions voisines	154–177	49
	a) Déportation	155–158	49
	b) Extradition	159–161	51
	c) Éloignement	162–164	52
	d) Reconduite à la frontière	165–166	53
	e) Refoulement	167–170	54
	f) Non-admission	171–173	56
	g) Transfèrement ou transfert, remise	174–177	57
	2. Territoire, frontière et expulsion	178–186	58
	a) Territoire	179–182	59
	b) Frontière	183–186	60
	3. Éléments constitutifs de l’expulsion	187–194	61
	a) Acte ou comportement	188–192	61
	b) Contrainte	193–194	62

Introduction

1. Il convient de débiter ce deuxième rapport par un bref historique du sujet à l'examen, le Rapporteur spécial n'ayant pas sacrifié à cette tradition dans son rapport préliminaire. Suivront un rappel succinct des principales idées suscitées par le rapport préliminaire et un exposé des développements récents en rapport avec le sujet, avant une présentation générale du présent rapport.

A. Historique du sujet

2. En 1998, à sa cinquantième session, la Commission du droit international a pris note du rapport du Groupe de planification identifiant, entre autres, le sujet « Droit relatif à l'expulsion des étrangers » comme pouvant figurer au programme de travail à long terme de la Commission¹.

3. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission a inscrit le sujet intitulé « Le droit relatif à l'expulsion des étrangers » à son programme de travail à long terme², et l'esquisse d'un schéma général préliminaire susceptible de fournir quelques indications sur le sujet était annexée au rapport de la Commission³. L'Assemblée générale a pris note de cette inscription au paragraphe 8 de sa résolution 55/152 du 12 décembre 2000.

4. À sa cinquante-sixième session, la Commission a décidé à sa 2830^e séance tenue le 6 août 2004 d'inscrire le sujet « Expulsion des étrangers » à son programme de travail en cours, et a nommé M. Maurice Kamto Rapporteur spécial pour ce sujet⁴. L'Assemblée générale, au paragraphe 5 de sa résolution 59/41 du 2 décembre 2004, a approuvé cette décision de la Commission.

5. À la cinquante-septième session de la Commission, en 2005, le Rapporteur spécial a présenté son rapport préliminaire⁵ que la Commission a examiné lors de sa 2849^e à sa 2852^e séance du 11 au 15 juillet 2005⁶.

B. Examen du rapport préliminaire

6. Dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial a exposé sa compréhension du sujet, dont il a esquissé les contours, et a sollicité l'avis de la Commission sur quelques aspects méthodologiques susceptibles d'orienter son travail futur.

¹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, par. 554.

² *Ibid.*, cinquante-cinquième session, *Supplément n° 10 (A/55/10)*, par. 726.

³ *Ibid.*, annexe, p. 301 à 304.

⁴ *Ibid.*, cinquante-neuvième session, *Supplément n° 10 (A/59/10)*, par. 364.

⁵ A/CN.4/554.

⁶ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*.

1. Examen par la Commission du droit international

7. La Commission du droit international a approuvé l'essentiel des options du Rapporteur spécial ainsi que l'esquisse du plan de travail annexée à son rapport préliminaire. Toutefois, il a été suggéré que ce plan de travail devait inclure quelques précisions mettant en relief certains principes applicables en matière d'expulsion des étrangers. Il a été proposé en particulier de prendre en considération, notamment : les dispositions du droit international des droits de l'homme exigeant la conformité d'une décision d'expulsion « à la loi », signifiant par là aussi bien les règles de procédure que les conditions de l'expulsion; l'application du principe de non-discrimination; la recherche de l'équilibre entre l'intérêt de l'État expulsant et les droits de l'expulsé à une vie privée et à une vie familiale; l'examen de la question du risque de violation des droits de l'individu dans l'État de destination.

8. Comme l'a expliqué le Rapporteur spécial, ces principes qui sont au cœur du problème de l'expulsion de l'étranger en droit international n'étaient évidemment pas perdus de vue; mais il ne lui avait pas paru approprié de les examiner dans le cadre d'un rapport préliminaire. En revanche, le chapitre II de la première partie de son projet de plan de travail, consacré aux « Principes généraux », indiquait très clairement que l'ensemble des principes pertinents applicables en la matière seraient étudiés de manière approfondie dans les rapports subséquents.

9. Certains membres de la Commission ont estimé qu'il ne fallait pas inclure dans le sujet les questions du refus d'admission et de l'immigration, des mouvements de population, des situations de décolonisation et d'autodétermination, ainsi que celle des territoires occupés du Moyen-Orient. Toutefois, la Commission est d'avis avec le Rapporteur spécial que le projet d'articles à élaborer sur ce sujet doit présenter un régime juridique le plus exhaustif possible assis sur des principes fondamentaux formant le socle juridique sur lequel repose l'expulsion des étrangers en droit international.

2. Examen par la Sixième Commission de l'Assemblée générale

10. Les représentants de plusieurs États ont pris la parole lors de l'examen par la Sixième Commission du chapitre VIII (Expulsion des étrangers) du rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale à sa sixième session⁶. De manière générale, ils ont relevé l'importance, l'intérêt et l'actualité du sujet, mais aussi sa complexité et sa difficulté⁷. Dans l'ensemble ils ont, comme la Commission elle-même, clairement apporté leur soutien à l'approche générale du sujet proposée par le Rapporteur spécial⁸.

11. Lors des débats, diverses suggestions ont été faites. Ainsi, sur le plan de la démarche, a-t-on estimé que la codification de ce sujet exige, comme l'avait indiqué le Rapporteur spécial lui-même, une étude comparative approfondie des législations nationales, en particulier au cas où seraient examinées les questions des motifs de

⁷ Voir *Rapport de la Commission du droit international, cinquante-septième session (2005), résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa sixième session* (A/CN.4/560, par. 128 à 152).

⁸ Voir notamment : interventions de M. Liu Zhenmin (Chine) du 24 octobre 2005 (A/C.6/60/SR.11, par. 50 à 54); de M. Alan Kessel (Canada) du 25 octobre 2005 (A/C.6/60/SR.12, par. 111 et 112); et de M. Remigiuz Henezel (Pologne) du 26 octobre 2005 (A/C.6/60/SR.13), par. 56 à 64.

l'expulsion⁹, des règles pertinentes du droit international ainsi que de la jurisprudence internationale et régionale pertinente¹⁰. Dans le même ordre d'idées, il a été suggéré que soit pris en considération le travail effectué ces quatre dernières années par l'Initiative de Berne et l'Organisation internationale pour les migrations ainsi que par la Commission mondiale sur les migrations internationales qui a présenté son rapport au Secrétaire général le 5 octobre 2005¹¹.

12. Sur le fond, les suggestions sont plus variées et parfois contradictoires s'agissant en particulier de la portée du sujet. Ainsi, alors que certains représentants soutiennent par principe l'exclusion du champ du sujet de tous les aspects touchant à la politique d'immigration ou de contrôle aux frontières (non-admission et refoulement)¹², d'autres au contraire estiment que le cas du refus d'entrée à un immigrant se trouvant à bord d'un navire ou d'un aéronef sous contrôle de l'État expulsant devrait être considéré comme entrant dans le cadre de l'expulsion¹³. Il a été suggéré par ailleurs que ne soient pas non plus incluses dans le sujet les questions relevant du droit international humanitaire¹⁴, en l'occurrence l'expulsion des ressortissants des États belligérants en cas de conflit armé, ou encore celles de l'expulsion à grande échelle de populations suite à un différend territorial¹⁵. En outre, on a attiré l'attention sur la nécessité d'examiner la question du retour de l'expulsé dans l'État d'expulsion, y compris le retour des apatrides qui ont été déchus de leur nationalité avant l'obtention d'une nouvelle nationalité¹⁶. Dans cet ordre d'idées, il a été suggéré que la décision d'un gouvernement d'expulser des étrangers ne devrait pas obliger d'autres États à recevoir ces personnes. Pareillement, il a été évoqué la question des États de transit de la personne expulsée avec la suggestion que ces États ne devraient pas non plus avoir l'obligation de readmettre les étrangers expulsés sur leur territoire.

13. Une délégation a exprimé avec insistance des doutes sur l'autonomie du sujet par rapport au droit international conventionnel et coutumier existant ainsi que sur la qualification de l'acte d'expulsion comme « acte unilatéral de l'État ». La même délégation pense que la référence à la protection diplomatique est mal venue dans le cadre du présent sujet pour le motif que cette institution n'est utilisée qu'en cas de violation du droit international par un État et uniquement après l'épuisement des voies de recours internes¹⁷.

⁹ Voir interventions de l'Ambassadeur Ferdinand Trauttmansdorff (Autriche) du 24 octobre 2005 (A/C.6/60/SR.11, par. 60 à 66); et de M. Hiroshi Tajima (Japon) du 25 octobre 2005 (A/C.6/60/SR.12, par. 5 à 9).

¹⁰ Voir intervention précitée du représentant de la Chine; et interventions de M^{me} Victoria Gavrilesco (Roumanie) du 25 octobre 2005 (A/C.6/60/SR.12, par. 75 à 78); et de M. Gérard Van Bohemen (Nouvelle-Zélande) du 25 octobre 2005 (A/C.6/60/SR.12, par. 109 et 110).

¹¹ Voir intervention précitée du représentant du Canada.

¹² Voir notamment l'intervention précitée de la représentante de la Roumanie; intervention de l'Ambassadeur Carl Henrik Ehrenkrona (Suède) au nom des pays nordiques, du 26 octobre 2005 (A/C.6/60/SR.13, par. 21 à 23); et intervention de M. Park Hee-kwon (République de Corée) du 24 octobre 2005 (A/C.6/60/SR.11, par. 86 à 91).

¹³ Voir interventions précitées du représentant de la Chine et du représentant de la République de Corée; voir *contra* : intervention précitée du représentant des pays nordiques.

¹⁴ Voir intervention de M. Mohamed Bennouna (Maroc) du 24 octobre 2005 (A/C.6/60/SR.11, par. 39 à 48).

¹⁵ Voir intervention précitée du représentant de la Chine.

¹⁶ Voir intervention précitée du représentant du Canada.

¹⁷ Voir intervention de M. Luís Serrodas Tavares (Portugal) du 25 octobre 2005 (A/C.6/60/SR.12,

14. Les questions et les doutes contenus dans ces interventions trouveront réponse ou seront dissipés dans le présent rapport et les rapports subséquents du Rapporteur spécial. Qu'il suffise de dire à ce stade, d'une part, que s'il existe en la matière, comme le reconnaît l'intervention précédente, des règles de droit coutumier, alors le sujet à l'examen se prête à la codification sans que besoin soit de démontrer son autonomie par rapport à des matières connexes déjà régies par des conventions internationales; d'autre part, que la référence à la protection diplomatique ne vise pas à reprendre l'ouvrage sur ce sujet dont l'étude est pratiquement achevée au sein de la Commission du droit international avec à la clef un projet d'articles adopté par la Commission. Écarter par principe la protection diplomatique serait présumer que l'expulsion ne peut jamais se faire en violation du droit international, ce qui paraît peu probable. Le Rapporteur spécial demeure convaincu que la responsabilité d'un État peut être engagée à raison des conditions d'expulsion d'un étranger sur son territoire. La jurisprudence arbitrale de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle¹⁸ le montre à suffisance; l'affaire *Almador Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, pendante devant la Cour internationale de Justice, donne également des indications dans le même sens, sous réserve de ce que décidera la Cour dans cette affaire. Toutefois, il n'entre pas dans l'intention du Rapporteur spécial d'élaborer un régime de responsabilité spécial en la matière; il entend procéder par renvoi aux règles pertinentes de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

C. Développements récents en rapport avec le sujet

15. En prévoyant l'examen de ce point, le Rapporteur spécial n'entend pas faire un exposé des évolutions de la question de l'expulsion des étrangers intervenues au cours des années récentes, ou même postérieurement à son rapport préliminaire. Il se propose plus modestement de faire une présentation des principales tendances de la pratique des États en la matière depuis la rédaction dudit rapport préliminaire ainsi que des réflexions touchant au sujet en cours au sein de l'Organisation des Nations Unies et dans d'autres fora internationaux. L'actualité jurisprudentielle et doctrinale, quant à elle, sera exploitée en temps opportun, en fonction de la question abordée, afin d'éviter le risque de répétition qu'entraînerait nécessairement sa présentation à ce stade puis son exploitation subséquente aux fins d'illustration de tel ou tel aspect du sujet.

1. Pratique récente de quelques États

16. La question de l'expulsion des étrangers se complique désormais du problème dramatique et complexe de la lutte contre le terrorisme d'une part, et de celui non moins préoccupant d'une immigration irrégulière déferlante d'autre part.

par. 29 à 39).

¹⁸ Nombre de ces sentences arbitrales sont évoquées par Charles de Boeck, « L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye* (RCADI), vol. 18, 1927-III, p. 447 à 646, notamment p. 486 à 494.

a) *Lutte contre le terrorisme et expulsion*

17. Le phénomène de l'expulsion des étrangers, même envisagé *stricto sensu* comme n'incluant pas la question de non-admission et de refoulement, n'a cessé de prendre de l'ampleur, les exigences de la lutte contre le terrorisme ayant accentué la méfiance de nombreux États vis-à-vis des étrangers. À cet égard, certains pays ont entrepris de réviser dans le sens d'un durcissement leur législation sur les conditions d'entrée et de séjour sur leur territoire. Ainsi, dans une interview au *Guardian* en juillet 2005, le Ministre britannique de la justice, Lord Falconer, estimait que « les choses ont changé » depuis les attentats des 7 et 21 juillet 2005 qui ont frappé Londres et qu'il fallait un texte précisant aux magistrats « l'interprétation correcte de la Convention européenne ». Il précisait : « Je veux une loi qui dise que le Ministère de l'intérieur, sous le contrôle des tribunaux, doit mettre en balance les libertés individuelles des expulsés avec les considérations de sécurité nationale »¹⁹. C'est dans cet esprit que les autorités britanniques ont pris la décision d'expulser neuf Algériens soupçonnés d'être impliqués dans des activités terroristes. Le Secrétaire au Home Office (Ministre de l'intérieur), Charles Clarke, a déclaré à ce sujet : « En vertu de mon pouvoir d'expulser les individus dont la présence au Royaume-Uni n'est pas souhaitable, les services de l'immigration ont arrêté aujourd'hui dix ressortissants étrangers qui, j'estime, constituent une menace pour la sécurité nationale »²⁰.

18. Dans la même veine, la France a mis en place des pôles régionaux de lutte contre l'islamisme radical qui a entraîné l'expulsion d'anciens imams d'origine algérienne, en l'occurrence Chellali Benchellali, Abdelkader Bonziane, Abdel Aissaoui en raison de leurs prêches radicaux. Le Premier Ministre français s'est dit « convaincu que la dénonciation des prêcheurs islamistes appelant à la violence, le démantèlement des réseaux radicaux, l'expulsion des ressortissants étrangers qui ne respectent pas nos valeurs et nos lois constituent la première condition d'une lutte efficace contre le terrorisme »²¹. Le Ministre français de l'intérieur annonçait le 29 juillet 2005 l'expulsion, fin août, d'une dizaine d'islamistes vers leurs pays d'origine comme action contre « ces prédicateurs radicaux qui peuvent influencer des plus jeunes ou des esprits fragiles »²². Le fait juridique significatif, parce qu'inhabituel dans la démarche française, est de déchoir les personnes concernées de leur nationalité française acquise par la naturalisation afin de rendre possible leur expulsion. Le Ministre de l'intérieur a déclaré à ce sujet : « Pour ceux qui sont de nationalité française, je veux par ailleurs relancer des procédures de déchéance de nationalité. Ce n'est pas une nouveauté en soi, c'est une disposition qui existe dans notre Code pénal et qui n'est pas simplement utilisée »²². Outre l'article 25 du Code pénal qui était ainsi visé, l'article 26 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 dans sa modification adoptée par le Parlement français en juin-juillet 2004²³

¹⁹ Voir *The Guardian* du vendredi 12 août 2005 : Reuters : <http://today.reuters.fr/news/news_Article.aspx?type=top_News_1_story_ID=2005-08-12T12527Z_01_C>.

²⁰ Voir *El Watan* (quotidien algérien) du 24 août 2005 : <www.elwatan.com/2005_08-13/2005-08-13-24508>.

²¹ Propos du Premier Ministre Dominique de Villepin reproduit par Colette Thomas, dans « Paris et Londres coopèrent dans la lutte contre le terrorisme », article publié le 25 juillet 2005 sur le site de Radio France internationale (RFI) : <www.rfi.fr/actufr/articles/067/article37700.asp>.

²² Interview du Ministre de l'intérieur, Nicolas Sarkozy, parue dans le quotidien français *Le Parisien* du vendredi 29 juillet 2005.

²³ Le Sénat français a adopté le 15 juillet 2004 sans modification, en première lecture, la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture au cours de la

ainsi que la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, permettent l'expulsion en cas de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne ou un groupe, par exemple les femmes.

19. La France n'est pas le seul pays européen à se munir d'un arsenal juridique visant à faciliter l'expulsion d'imams radicaux. En Grande-Bretagne, depuis avril 2003, le Gouvernement a la possibilité de déchoir de sa nationalité britannique toute personne constituant « une menace pour le pays », ce qu'elle a fait avec l'imam Abou Hamza al-Masri après les appels de ce dernier au jihad. L'Autriche a également durci sa législation, et parmi les nouvelles mesures applicables depuis le 1^{er} janvier 2006 est prévue l'expulsion des prédicateurs dont le discours serait « un danger pour la sécurité publique ». En Allemagne, une loi entrée en vigueur au début de l'année 2005 doit également faciliter l'expulsion « d'incitateurs spirituels de désordre »²⁴.

b) *Immigration irrégulière et expulsion*

20. Face au déferlement des pauvres, les pays développés se transforment en d'impossibles forteresses. Ils se ferment de plus en plus à certaines catégories d'étrangers en resserrant le contrôle de l'immigration et en rendant toujours plus difficiles les conditions d'entrée et de séjour sur leurs territoires²⁵. Dans une intervention devant les préfets, le 9 septembre 2005, le Ministre français de l'intérieur et de l'aménagement du territoire a défini sa politique en termes d'objectifs quantitatifs et d'obligation de résultats pour les membres de son auditoire : « Lors de notre dernière rencontre, je vous ai fixé des objectifs chiffrés, en vous demandant de procéder, au minimum, à 23 000 éloignements d'étrangers en situation irrégulière cette année. Je constate qu'à la fin du mois d'août, 12 849 étrangers avaient fait l'objet d'une mesure effective d'éloignement : sur huit mois, 56 % des objectifs ont été atteints. Il vous reste donc cinq mois pour accentuer l'effort. J'observe d'ailleurs que, d'une préfecture à l'autre, les résultats sont inégaux. Or, j'attends de tous une entière mobilisation. Et j'invite les préfets dont

dozième législature : voir les numéros Assemblée nationale (12^e législ.) : 1654, 1670 et T.A. 309; Sénat : 360 et 403 (2003-2004) : <http://ameli.senat.fr/publication_pl/2003-2004/360.html>.

²⁴ Sur tous ces cas, voir l'article de Myriam Berler, « Expulsions et déchéance de nationalité pour les imams radicaux » publié le 29 juillet 2005, sur le site RFI : <www.rfi.fr/actufr/articles/067/article_37791.asp>. Pour leur part, l'Espagne et l'Italie, pourtant clairement menacées par des groupes radicaux, ne disposent pas de réglementation spécifique. D'autres États européens, en particulier les pays nordiques, ont choisi pour l'instant, au nom du respect de la liberté d'expression, de ne pas prendre de dispositions particulières, préférant résoudre les problèmes au cas par cas.

²⁵ Tout en reconnaissant que l'Europe « a également besoin de l'immigration » et que celle-ci « n'est pas un luxe parce qu'[elle] contribue de manière décisive à la croissance économique en Europe » (Romano Prodi, alors Président de la Commission de l'Union européenne, le 15 octobre 2003, à la veille d'un Conseil européen), les dirigeants européens sont unanimes pour « combattre l'immigration clandestine » par des mesures plus efficaces. Ainsi, sont envisagées ou déjà mises en œuvre l'instauration des quotas, la politique des visas et d'identification biométriques, la création d'une agence de gestion des frontières (proposition présentée par la Commission de l'Union européenne le 11 novembre 2003), la création d'une police des frontières européenne ou d'un corps européen des garde-frontières [voir communication de la Commission sur la question (COM (2002) 233)]. Sur tous ces points, voir *Justice & Security* : <www.euractiv.com>, 13 décembre 2005.

les résultats sont inférieurs à la moyenne à se rapprocher du Centre national de l'animation et des ressources pour bénéficier d'un appui opérationnel »²⁶. Rien à ses yeux ne doit arrêter les préfets dans cette mission : « Il vous faut aussi ne pas hésiter à utiliser toutes les marges de manœuvre autorisées par la loi. Elles sont réelles. Vous devez ainsi faire usage des pouvoirs que vous donne le code de l'entrée et du séjour des étrangers, quelles que soient les sollicitations locales. Je vous demande de savoir résister aux pressions de tels ou tels "collectifs" ou "coordinations", qui ne représentent qu'eux-mêmes »²⁶. Ni les préoccupations de ces fonctionnaires concernant l'accueil des demandeurs d'asile, ni quelque autre considération inspirée notamment par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à propos du droit de chacun à mener sa vie familiale où bon lui semble ne sauraient constituer des obstacles à l'action : « Pour faciliter les éloignements, j'ai également décidé d'accélérer encore le programme de rétention administrative », précisait-il. « Parallèlement et à ma demande, le Ministère des affaires étrangères a engagé la procédure permettant de sanctionner les pays non coopératifs en matière de délivrance de laissez-passer, en limitant le nombre de visas de court séjour que la France délivre à leurs ressortissants. Une dizaine de pays que vous avez identifiés sont concernés, parmi lesquels je citerai aujourd'hui la Serbie-et-Monténégro, la Guinée, le Soudan, le Cameroun, le Pakistan, la Géorgie, la Biélorussie et l'Égypte »²⁶.

21. On peut douter de la légalité de telles mesures de représailles diplomatiques contre ceux qu'on nomme désormais les « pays d'immigration illégale » par opposition aux « pays sûrs »²⁷. Mais il semble bien qu'ici la fin justifie tous les moyens. Et le Ministre ne fait aucun mystère sur sa détermination à atteindre son objectif ultime. En effet, il concluait son intervention en des termes non équivoques, où se mêlent exaltation et formule comminatoire : « Il vous faut vous engager personnellement, résolument et de manière durable dans l'action et obtenir des résultats. C'est votre raison d'être et la source de votre légitimité car c'est bien sur cela que vous serez jugés. Notre réussite collective et les conditions de vie des Français sont à ce prix²⁸ ». L'efficacité de telles politiques est pourtant douteuse. On est passé du « mythe de l'immigration zéro²⁹ » à l'illusion d'une « immigration choisie³⁰ » en détournant le regard des causes profondes de l'immigration clandestine que sont le déséquilibre économique du monde et l'extrême pauvreté dans les pays pourvoyeurs d'immigrants illégaux. Certes, dans l'exposé des motifs du projet de loi déposé par M. Sarkozy à l'Assemblée nationale le 30 avril 2003, et finalement voté par les deux Chambres du Parlement français en 2006, il critique « le dogme de l'immigration zéro » qui serait, dit-il, « nuisible » à la France. Son

²⁶ Le texte de cette intervention est annexé par Alain Gresh à son article intitulé : « M. Sarkozy contre l'anti-France », *Le Monde diplomatique*, 26 septembre 2005, version électronique : <www.monde-diplomatique.fr>.

²⁷ Voir Alain Morice, « L'Europe enterre le droit d'asile », *Le Monde diplomatique*, <www.monde-diplomatique.fr>, mars 2004, p. 15.

²⁸ Intervention précitée de M. Sarkozy.

²⁹ C'était l'objectif affiché de M. Charles Pasqua, Ministre d'État français, Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, dès le 2 juin 1993 (lire son interview dans *Le Monde* du 2 juin 1993) et qui déboucha sur une loi dite « loi Pasqua » adoptée par le Parlement français le 15 décembre 1993 et promulguée le 30 décembre 1993; voir à ce sujet : François Julien-La Ferrière, « Le mythe de l'immigration zéro », *Actualité juridique – Droit administratif* (A.J.D.A.), 20 février 1994, p. 83 à 95.

³⁰ C'est le raccourci conceptuel de la politique de M. Nicolas Sarkozy, lui aussi Ministre d'État, Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire en France.

texte, qui propose une réforme profonde et globale de la législation relative aux mesures d'expulsion et à la peine complémentaire d'interdiction du territoire français susceptible d'être infligée aux étrangers pour un certain nombre de crimes et délits, « maintient la possibilité de prononcer des mesures d'expulsion ou des peines d'interdiction du territoire français à l'encontre des étrangers qui n'ont pas de liens personnels ou familiaux avec la France » et prévoit ce qu'il appelle un mécanisme « d'expulsion avec sursis » s'apparentant à une procédure d'avertissement solennel³¹.

22. En Belgique, s'appuyant sur la loi du 15 décembre 1980 relative à l'accès au territoire, au séjour, à l'établissement et à l'éloignement des étrangers, modifiée à plusieurs reprises dans le sens de la poursuite de l'objectif de « l'arrêt de l'immigration », décidé par le Gouvernement en 1974 et toujours en vigueur, 14 110 personnes ont été expulsées ou rapatriées en 2003 dont 7 742 expulsées par avion après avoir séjourné en Belgique parfois pendant quelques semaines, souvent plusieurs années durant. Au cours de la même année, 3 339 autres personnes ont été « refoulées à la frontière », c'est-à-dire sans avoir franchi les frontières belges³². Le Parlement néerlandais a approuvé, le 17 février 2005, à une large majorité, la décision d'expulser 26 000 étrangers en situation irrégulière, dits « sans papiers »²⁷. À propos de l'enclave espagnole de Ceuta, au Maroc, où l'on dénombre les demandeurs d'asile par centaines dans les rues, le Président de la Commission espagnole d'aide aux réfugiés exprimait son désarroi : « Aujourd'hui, c'est très douloureux à dire, l'Espagne est une terre hostile aux réfugiés à cause de la politique du gouvernement (...). L'Espagne démocratique de 2003 a oublié l'Espagne sanglante de 1939, qui a vu des centaines de milliers de ses enfants fuir le régime de terreur de Franco et se répandre aux différents coins de la planète³³. »

23. En matière d'expulsion, l'évolution de l'harmonisation de la politique migratoire européenne, inscrite dans le Traité d'Amsterdam de 1999, s'est traduite le 9 mars 2005 par la première concrétisation de la mise en place d'une politique commune de retour forcé, qui avait été abordée lors du Conseil des ministres de l'Union européenne les 22 et 23 janvier 2005 à Dublin : l'organisation du premier vol charter communautaire entre la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg à destination de Pristina et de Tirana³⁴. Cette politique s'étend progressivement en dépit de l'opposition du Parlement européen exprimée dans une motion du 1^{er} avril 2004. En effet, lors d'une réunion d'un groupe de ministres de l'intérieur de cinq pays européens (G5), tenue le 5 juillet 2005 à Évian, en France, il a été annoncé l'organisation des « expulsions conjointes » d'immigrés clandestins par cinq pays européens – l'Allemagne, l'Espagne, la France, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et l'Italie – vers leurs pays d'origine. Il s'agit en fait de l'acheminement par « vol groupé » des personnes concernées. Ce type d'opération qui avait déjà été réalisée par le passé notamment entre l'Italie et l'Allemagne, s'est reproduite à la fin du mois de juillet 2005 sous la forme d'un « vol groupé franco-britannique » pour évacuer une « quarantaine » d'immigrés

³¹ Voir projet de loi adopté par l'Assemblée nationale et examiné par le Sénat sous le n° 362 le 17 mai 2006.

³² Voir Francisco Padilla, « La politique belge en matière d'expulsion des étrangers », Universal : <http://www.universal-embassy.be/article.php3?id_article=141>.

³³ Cité par Alain Morice, « L'Europe enterre le droit d'asile », *Le Monde diplomatique*, <www.monde-diplomatique.fr>, mars 2004, p. 14.

³⁴ Ibid. Afin de mettre en pratique cette politique, la Commission européenne a décidé d'apporter un soutien financier de 30 millions d'euros.

entrés de façon illégale en France et en Grande-Bretagne³⁵. Ce genre d'opération comporte des risques de « précipitation » et de « dérapage », les États expulsants pouvant renvoyer des immigrés illégaux dans leurs pays d'origine sans s'assurer qu'ils ne courent aucun risque pour leur vie, ou d'être exposés à la torture ou à des traitements inhumains, cruels et dégradants. En outre, il se pose en cette occurrence la question de savoir si l'on est dans des cas d'expulsions collectives ou pas. Au demeurant, on en arrive à une situation préoccupante où les réfugiés sont en passe d'être traités comme les autres migrants; une telle situation constitue une menace réelle pour l'institution de l'asile.

24. La volonté des pays européens d'endiguer les migrations en général et de lutter par tous les moyens contre l'immigration clandestine a induit en pratique deux phénomènes juridiques nouveaux : les « accords de réadmission » et les « accords de transit ».

25. L'« accord de réadmission » est un accord bilatéral fixant le cadre juridique et les conditions d'« éloignement » des immigrants illégaux du pays de séjour. Il s'agit d'un traité conclu entre l'État d'accueil des immigrants illégaux et l'État d'origine, ou présumé tel, desdits immigrés, par lequel ce dernier État s'engage à accueillir les immigrants concernés, identifiés et transférés sous la responsabilité et à la charge de l'État expulsant. Cette pratique connaît un certain essor; un pays comme l'Espagne en a signé avec plusieurs États et s'emploie à en conclure autant que possible. Certains accords de réadmission conclus par ce pays contiennent des dispositions prévoyant l'allocation d'une indemnité aux personnes rapatriées en vue de faciliter leur réinsertion dans le pays de destination³⁶.

26. L'« accord de transit » a un objet différent et est bien plus contestable du point de vue substantiel, comme le donne à constater celui conclu le 8 janvier 2003 entre la Suisse et le Sénégal. Aux termes de cet « accord de transit », le Sénégal s'engageait à assurer la réception et le réacheminement de tous les ressortissants africains que la Suisse frapperait d'une décision de renvoi ou d'interdiction de territoire, à charge pour le pays d'accueil de procéder à l'identification de l'État d'origine. À cet égard, l'article 15 de l'accord traitait de manière elliptique des « prestations spéciales » dont les frais de dépense seraient « réglés d'accord partie »²⁷. Cette curiosité juridique appelée « accord de transit » ouvrait ainsi la voie à des marchandages financiers sordides entre gouvernements sur le dos des immigrants illégaux au mépris du respect élémentaire de la dignité humaine et du drame des personnes concernées. Mais la conclusion de l'accord en question a échoué face à l'indignation de l'opinion sénégalaise et l'action des défenseurs helvétiques des droits de l'homme.

2. Migrations internationales : rapport de la Commission mondiale sur les migrations internationales

27. Le phénomène migratoire connaît de nos jours une ampleur sans précédent à laquelle n'est sans doute pas étrangère la mondialisation du monde. La complexité du problème, son impact économique et sa sensibilité politique en ont fait un sujet de préoccupation de la communauté internationale. C'est ainsi que l'Assemblée générale a décidé, dans sa résolution 58/208 du 23 décembre 2003, de consacrer à sa

³⁵ Voir Karine G. Barzegar, « Paris et Londres expulsent “cette semaine” une “quarantaine” de clandestins afghans par “vol groupé” », *Nouvel Observateur* : <http://archquo.nouvelobs.com/cgi/articles?ad=societe/20050726.FAP_1755.html&host=http://permane>, 25 août 2005.

³⁶ Source diplomatique.

soixante et unième session en 2006, un dialogue de haut niveau à la question des migrations internationales. Elle a par ailleurs prié le Secrétaire général de lui rendre compte, à sa soixantième session, des questions relatives à l'organisation de ce dialogue, demande qu'elle a rappelée dans sa résolution 59/241 du 22 décembre 2004. Dans son rapport sur la question à la soixantième session de l'Assemblée générale, le Secrétaire général a proposé les modalités d'organisation du dialogue de haut niveau, et la date de sa tenue les 14 et 15 septembre 2006³⁷.

28. Dès décembre 2003, un noyau d'États encouragés par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies avait créé la Commission mondiale sur les migrations internationales (CMMI), organisme indépendant³⁸ ayant pour mandat de produire un cadre pour la formulation d'une réponse cohérente et exhaustive à la question des migrations internationales. En octobre 2005, la CMMI a produit une étude approfondie sous la forme d'un rapport intitulé « Les migrations dans un monde interconnecté : nouvelles perspectives d'action³⁹ ». Bien que la préoccupation fondamentale de la CMMI soit d'étudier le lien entre les migrations et le développement économique, en particulier l'impact des migrations sur le développement aussi bien dans les pays d'origine des migrants que dans ceux de destination, la Commission du droit international ne peut être indifférente au travail fourni par ce groupe composé d'experts de haut niveau, dans le cadre de l'examen de la question de l'expulsion des étrangers inscrite à son ordre du jour. En effet, il apparaît que la réflexion de la CMMI a porté également sur la question du défi de l'immigration irrégulière⁴⁰ et celle de règles relatives aux droits de l'homme applicables aux migrants dits illégaux⁴¹.

29. Selon le rapport de la CMMI, il existe un large consensus sur l'accroissement du nombre des migrants et de la proportion des migrants irréguliers. L'Organisation de coopération et de développement économiques estime que ces derniers représentent entre 10 à 15 % des 56 millions de migrants présents en Europe, ce continent recevant par ailleurs environ 500 000 nouveaux migrants non enregistrés chaque année. « Aux États-Unis, le nombre de migrants irréguliers – dont la moitié est d'origine mexicaine – dépasse les 10 millions, avec une augmentation annuelle d'environ 500 000. » Le phénomène ne touche pas seulement les pays développés. L'Asie est connue comme le continent où l'on recense le plus grand nombre de migrants irréguliers. À titre d'illustration, on les estime à 20 millions en Inde. Ils constituent également la majorité des migrants en Amérique latine ainsi qu'en Afrique⁴² où l'identité des populations de part et d'autre des frontières et l'extrême

³⁷ Voir A/60/205.

³⁸ En août 2005, la Commission mondiale sur les migrations internationales (CMMI), qui agit comme un organisme consultatif informel et dont le Secrétariat est à Genève, comprenait plus de 30 États de toutes les régions du monde, dont l'Afrique du Sud, l'Algérie, l'Allemagne, l'Autriche, le Bangladesh, la Belgique, le Brésil, le Canada, l'Égypte, l'Espagne, la Finlande, la Hongrie, l'Inde, l'Indonésie, la République islamique d'Iran, le Japon, le Maroc, le Mexique, le Nigéria, la Norvège, le Pakistan, les Pays-Bas, le Pérou, les Philippines, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sri Lanka, la Suède, la Suisse, la Turquie, ainsi que l'Union européenne et le Saint-Siège.

³⁹ *Rapport de la Commission mondiale sur les migrations internationales*, octobre 2005, disponible à l'adresse suivante : <www.gcim.org>.

⁴⁰ Voir *Rapport de la Commission mondiale sur les migrations internationales. Les migrations dans un monde interconnecté : nouvelles perspectives d'action*, p. 32 à 41.

⁴¹ *Ibid.*, p. 52 à 64.

⁴² *Ibid.*, p. 32 et 33.

porosité de ces dernières facilitent les mouvements migratoires. Dans ce continent en particulier, l'immigration n'est considérée comme irrégulière que par les autorités étatiques, les populations concernées la percevant comme un mouvement naturel entre membres d'une même communauté ignorant largement les frontières internationales qu'ils tiennent pour abstraites et en tout cas artificielles.

30. L'immigration irrégulière est un des révélateurs dramatiques des déséquilibres socioéconomiques aggravés par la globalisation de l'économie et la paupérisation galopante des pays sous-développés. Mais elle traduit aussi le désarroi des populations de pays où la misère se complique des ravages des guerres à répétition et de l'intolérance politique. Dans un tel contexte, les immigrants sont prêts à tous les sacrifices pour échapper à leur condition et à leur milieu de vie. Le spectacle de vagues de jeunes Africains allant à l'assaut des murs hérissés de barbelés autour des enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla en est une dramatique illustration. On estime à 2 000 le nombre de ces immigrants clandestins qui meurent chaque année en tentant de franchir les barrières – naturelles comme la Méditerranée, ou érigées par les États comme celles aux frontières de l'Espagne – pour rejoindre l'Europe. Dans le même ordre d'idées, environ 400 Mexicains meurent chaque année en essayant de franchir la frontière avec les États-Unis⁴³.

3. Conférence ministérielle eurafricaine sur la migration et le développement (Rabat, 10 et 11 juillet 2006)

31. Cette Conférence a réuni les représentants de 30 pays européens, auxquels sont venus s'ajouter ceux de la Fédération de Russie, de la Turquie, de l'Ukraine et de 27 pays africains, ainsi que du Mexique, et de 21 organisations internationales.

32. Le Plan d'action adopté par la Conférence ministérielle de Rabat prévoit de faire face à « l'immigration irrégulière » à travers, d'une part, la coopération dans la lutte contre l'immigration irrégulière, d'autre part le renforcement de la capacité de contrôle des frontières nationales des pays de transit et de départ. S'agissant de la coopération dans la lutte contre cette forme d'immigration, la Conférence préconise notamment : la coopération dans la logistique et le financement des retours volontaires des migrants se trouvant dans les pays de transit; la mise en place, dans le respect de la dignité et des droits fondamentaux des personnes, de systèmes efficaces de réadmission dans l'ensemble des pays concernés, notamment à travers la mise en œuvre effective des dispositions pertinentes de l'article 13 de l'Accord de Cotonou, et la conclusion d'accords de réadmission d'une part entre les pays concernés d'Afrique du Nord, de l'Ouest et du Centre, d'autre part entre la Communauté européenne ou l'un de ses États membres et les pays d'Afrique du Nord, de l'Ouest et du Centre; l'appui technique et logistique à l'identification de la nationalité des immigrants en situation irrégulière; la facilitation de la réinsertion des immigrants en situation irrégulière de retour dans leur pays d'origine; l'information et la sensibilisation des immigrés potentiels sur les risques d'immigration illégale; et la mise à disposition des ressources financières pour aider

⁴³ Ibid., p. 34. Voir aussi les chiffres avancés par plusieurs associations qui tiennent à jour la liste des victimes et qui estimaient à plus de 4 000 le nombre de décès documentés entre la mi-mai 1992 et décembre 2003 en ce qui concerne l'immigration clandestine vers l'Europe. Sources : Association des familles victimes de l'immigration clandestine (AFVIC); Jean Christophe Gay, *Les discontinuités spatiales*, Paris, *Economica*, 1995; Olivier Clochard et Philippe Rekacewicz, « En dix ans plus de 4 000 morts aux frontières », *Le Monde diplomatique*, <www.monde-diplomatique.fr>, mars 2004.

les pays confrontés à des situations d'urgence en matière d'immigration irrégulière. Comme on peut le constater, l'idée sous-jacente, mais dominante, des participants à cette conférence, c'est l'expulsion systématique des immigrants irréguliers vers leur pays d'origine. C'est un non-dit dont le principe semble acquis, le reste portant simplement sur l'aménagement des conditions de retour et de réinsertion des futurs expulsés dont les États dont ils sont des ressortissants sont mis à contribution pour faciliter l'identification de leur nationalité comme leur réadmission sur le territoire national.

33. Au demeurant, la Conférence ministérielle de Rabat préconise le renforcement de la capacité de contrôle des frontières nationales de ces pays ainsi que des pays de transit par l'amélioration de la formation des services compétents et des équipements de la coopération opérationnelle transfrontalière, la coopération en vue de déployer dans les pays concernés une base de données numérisée destinée à lutter efficacement contre l'immigration irrégulière, et la coopération en vue d'instaurer un système d'alerte précoce inspiré du modèle européen, afin de permettre la transmission immédiate de signes avant-coureurs d'une immigration irrégulière et d'activités de la part des organisations criminelles de passeurs.

34. On notera toutefois que si dans la Déclaration de Rabat, intitulée « Partenariat eurafricain pour la migration et le développement », les ministres des affaires étrangères des États participants réaffirment leur engagement dans « la lutte contre la migration illégale y compris la réadmission des migrants en situation irrégulière (...) », ils prônent aussi « la mise en œuvre d'une politique active d'intégration des migrants en situation régulière et de lutte contre l'exclusion, la xénophobie et le racisme », de même qu'ils s'engagent à travailler en partenariat étroit « suivant une approche globale, équilibrée, pragmatique et opérationnelle, dans le respect des droits fondamentaux et de la dignité des migrants et des réfugiés (...) ». Certes, il ne faut pas se payer de mots, car l'objectif essentiel de la Conférence de Rabat est, pour les pays européens, de jeter des bases pour des expulsions massives, mais internationalement légitimées, des migrants illégaux ressortissants de pays africains. Il y a du reste fort peu ou presque rien à opposer à ces expulsions d'étrangers en situation irrégulière s'agissant de l'exercice par ces États de leur droit souverain et incontestable. Qu'ils aient conscience de la nécessité de préserver les droits fondamentaux et la dignité des personnes concernées est à peu près tout ce qu'exige d'eux le droit international et sur quoi le Rapporteur spécial entend insister dans le cadre du présent sujet.

35. Les contributions des membres de la Commission du droit international puis des États aux discussions sur le rapport préliminaire et les suggestions variées et parfois contradictoires qui s'en dégagent, les développements ci-dessus évoqués de la pratique récente des États en matière d'expulsion des étrangers et les réflexions du groupe d'experts sur les migrations internationales ainsi que de la Conférence ministérielle de Rabat qui soulignent l'ampleur du phénomène de l'immigration irrégulière dans le monde et proposent les moyens d'y faire face, montrent tout l'intérêt qu'il y a à circonscrire le sujet sous examen en déterminant de manière précise sa portée.

D. Portée du sujet

36. L'un des objectifs du rapport préliminaire était de susciter le débat, tant au sein de la Commission du droit international que de la Sixième Commission, sur les questions méthodologiques et la portée du sujet. Les discussions au sein de ces deux instances ont montré qu'il existe un accord pour l'inclusion de certaines questions dans le traitement du sujet sous examen, cependant qu'existent des divergences sur d'autres questions, plus personne n'estimant que le sujet ne puisse être traité par la Commission du droit international⁴⁴.

37. Ainsi, il est apparu qu'il y a un consensus sur ce que le sujet devrait inclure les personnes résidant sur le territoire d'un État dont elles n'ont pas la nationalité, en distinguant les personnes en situation régulière et celles en situation irrégulière, y compris celles qui résident depuis longtemps dans l'État expulsant. Devraient également faire partie du sujet les réfugiés, les demandeurs d'asile, les apatrides et les travailleurs migrants⁴⁵.

38. En revanche, certains membres de la Commission du droit international et certains représentants d'États Membres à la Sixième Commission ont estimé qu'il serait difficile d'inclure le refus d'admission qui vise les immigrants illégaux de fraîche date ou non encore établis dans le pays d'accueil. De même a-t-on estimé qu'il fallait exclure du champ du sujet les personnes ayant changé de nationalité par suite d'une modification du statut du territoire où elles résidaient dans le contexte de la décolonisation.

39. Le Rapporteur spécial pense qu'on ne peut exclure par principe ces hypothèses. Il convient de distinguer à cet égard les cas où un changement de nationalité entraîne un transfèrement (collectif) des populations bénéficiant d'une nationalité nouvelle du fait de la modification du statut territorial, des cas d'expulsion éventuelle de personnes bénéficiant de ladite nationalité : une telle expulsion devrait obéir au régime de droit commun, et il n'y a dès lors aucune raison de l'exclure du champ du sujet.

40. S'agissant de la question de la non-admission (ou « expulsion » des immigrants illégaux), la pratique de certains États et l'identification de l'étranger comme toute personne ayant franchi la frontière et pénétré dans le territoire de l'État où il séjourne donnent à penser, à première vue, que l'on ne pourrait exclure cette question du champ du sujet sans l'amputer gravement. C'est ainsi que selon le représentant de la République de Corée à la Sixième Commission, retenir une telle perspective « non seulement limiterait indûment la portée des travaux de la Commission du droit international, mais elle ne tiendrait en outre pas compte des intérêts et des préoccupations de nombreux résidents illégaux dans le monde

⁴⁴ Le représentant de la Hongrie à la Sixième Commission avait déclaré à la cinquante-neuvième session de l'Assemblée générale que la question « aurait dû être traitée par d'autres institutions ou organes du système des Nations Unies comme, par exemple, le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés ou la Commission des droits de l'homme ». Prenant acte du rapport préliminaire du Rapporteur spécial sur le sujet à la soixantième session de l'Assemblée générale, il a déclaré que, selon son pays, il incombait au Rapporteur spécial et à la Commission du droit international de « soigneusement délimiter la portée et la teneur exactes de la prochaine étude » [voir l'intervention de M. Horváth (Hongrie) à la Sixième Commission le 26 octobre 2005 (A/C.6/60/SR.13, par. 9)].

⁴⁵ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10* (A/60/10), par. 273.

entier⁴⁶ ». Toutefois, selon la conception traditionnelle, l'expulsion concerne les étrangers dont l'entrée ou le séjour sont réguliers alors que la non-admission vise ceux dont l'État combat l'entrée ou le séjour sur son territoire; l'éloignement de l'immigré illégal se trouvant à la frontière ou qui vient de franchir celle-ci relève donc, à strictement parler, de la non-admission et non de l'expulsion. C'est en vertu de cette distinction judicieuse que la non-admission n'entre pas, de l'avis du Rapporteur spécial, dans le champ du présent sujet.

41. Quant à l'expulsion des étrangers en cas de conflit armé, le Rapporteur spécial n'a pas trouvé de raison valable à son exclusion du champ du sujet. Au regard de l'option méthodologique choisie par la Commission du droit international consistant à exploiter les règles conventionnelles existantes aux fins de la codification du présent sujet, l'existence de règles précises en la matière dans le droit international humanitaire ne devrait pas constituer un obstacle à l'intégration de cette question dans le champ du sujet, bien au contraire. De plus, la contribution de la sentence rendue par la Cour permanente d'arbitrage le 17 décembre 2004 dans l'affaire *Érythrée c. Éthiopie*⁴⁷, où la question de l'expulsion par déchéance de la nationalité se complique de celle de l'expulsion dans un contexte de conflit armé, permet de revisiter les règles traditionnelles en la matière.

E. Présentation générale du présent rapport

42. L'objet du présent rapport est d'étudier les règles générales applicables en matière d'expulsion des étrangers telles qu'elles se dégagent du droit coutumier, du droit conventionnel, de la jurisprudence ainsi que de la pratique des États, et à la lumière de la présentation qu'en fait la doctrine. Cette étude permettra de donner suite à certaines interrogations et propositions formulées lors de l'examen du rapport préliminaire.

43. À cet égard, le Rapporteur spécial s'en tiendra de manière générale, et sous réserve des précisions de détails, à l'approche reflétée dans l'esquisse du plan de travail annexée à son rapport préliminaire, et qui a reçu l'approbation de la Commission du droit international⁴⁸ ainsi que celle de la plupart des États qui se sont exprimés sur le sujet « Expulsion des étrangers » à la Sixième Commission, lors de la soixantième session de l'Assemblée générale, comme il est indiqué au paragraphe 10 du présent rapport. Il est seulement procédé d'une part, à une interversion du « champ d'application » et des « définitions », celles-ci venant désormais après celui-là, d'autre part, à un réaménagement du contenu du « champ d'application », lequel contenu passe dans les « définitions », le « champ d'application » portant désormais sur les catégories types d'étrangers concernés par l'expulsion. Au bénéfice de cette précision, seront approfondies dans le cadre du présent rapport portant sur l'étude d'une partie des règles générales en matière d'expulsion des étrangers les questions devant conduire à la formulation des projets d'articles sur le champ d'application et les définitions des termes clefs du sujet.

⁴⁶ Voir intervention précitée de M. Park Hee Kwon (A/C.6/60/SR.11, par. 89).

⁴⁷ Permanent Court of Arbitration, Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Partial Award, Civilians Claims between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, La Haye, 17 décembre 2004.

⁴⁸ Voir *Rapport de la Commission du droit international, Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, par. 269 à 272.

Première partie

Règles générales

44. L'examen du rapport préliminaire a montré que le principal point de discussion et d'achoppement aussi bien à la Commission du droit international qu'à la Sixième Commission est le champ du sujet. C'est à sa détermination que s'attachera d'abord le présent rapport. Une fois le sujet circonscrit, il conviendra de définir, plus précisément qu'on ne l'avait fait dans le rapport préliminaire, les notions constitutives de ce sujet, avant d'entamer l'examen des principes généraux du droit international régissant la matière.

I. Champ du sujet

45. La portée du sujet telle que présentée dans l'introduction au présent rapport donne un aperçu de ses contours. Il convient maintenant de la circonscrire de manière plus précise en indiquant les différentes catégories de personnes concernées. Au bénéfice des observations faites aux paragraphes 37 à 41 du présent rapport et afin de suivre la préférence exprimée tant à la Commission du droit international qu'à la Sixième Commission en faveur de l'élaboration d'un régime le plus exhaustif possible sur le sujet, le Rapporteur spécial y procédera en examinant successivement les cas suivants : les étrangers résidant légalement sur le territoire d'un État; les étrangers en situation irrégulière, les réfugiés, les personnes déplacées, les demandeurs et bénéficiaires d'asile, les apatrides, les anciens ressortissants d'un État; les étrangers du fait de la perte de nationalité à la suite de la naissance d'un État nouveau; les ressortissants d'un État en situation de conflit armé avec l'État d'accueil; les travailleurs migrants.

46. N'entrent pas dans le champ du sujet certaines catégories d'étrangers dont les conditions et modalités d'expulsion sont régies par des règles spéciales. Il en est ainsi en particulier de ceux bénéficiant d'un régime de privilèges et immunités, notamment les diplomates, les autorités consulaires, les personnes en mission spéciale à l'étranger, les fonctionnaires internationaux, les membres des forces armées en mission officielle ou faisant partie d'une force multinationale⁴⁹ qui sont régis par des règles particulières constituant des *leges speciales* au regard des règles générales applicables à l'expulsion des étrangers en droit international.

47. Bien que l'on ait pu prétendre que le droit international n'interdit pas l'expulsion des nationaux⁵⁰, le Rapporteur spécial ne pense pas qu'il l'autorise. Au contraire, les principes généraux vont en sens contraire. Dans le *Projet de réglementation de l'expulsion des étrangers* présenté à l'Institut de droit international lors de la session de Hambourg en septembre 1891, M. Féraud-Giraud proposait une règle en ce sens dans les termes suivants :

« Un État ne peut expulser, par voie administrative ou judiciaire, ses propres nationaux, quelles que soient leurs différences de cultes, de races ou d'origine de nationalité. Cet acte constitue une grave atteinte au droit international lorsqu'il a pour résultat intentionnel de rejeter sur d'autres territoires des

⁴⁹ Voir l'étude publiée par le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies sous le titre *Expulsion des étrangers*, document A/CN.4/565, par. 28 à 35.

⁵⁰ *Ibid.*, par. 36, et notes 53 à 61.

individus frappés de condamnations, ou même placés seulement sous le coup de poursuites judiciaires⁵¹ ».

48. De façon générale, il s'agit d'une règle logique découlant de la compétence personnelle de l'État, laquelle lui impose d'assurer la protection de ses propres ressortissants tant sur le territoire national qu'à l'étranger⁵². On estime même que la règle de non-expulsion des nationaux est « incontestée » et que lors même qu'elle n'est pas exprimée, elle est sous-entendue⁵³. C'est la raison pour laquelle les législations nationales d'un certain nombre de pays interdisent expressément l'expulsion des nationaux⁵⁴. Une telle règle qui emporte implicitement le droit d'un national de résider ou de demeurer dans son pays⁵⁵ ou d'y accéder⁵⁶ ne permet pas l'expulsion de son national par un État. Par ailleurs, et comme conséquence de la règle qui précède, l'État est tenu d'accueillir ses nationaux expulsés à l'étranger et non pas les ressortissants d'autres États expulsés par ces derniers ou par des États tiers; il ne peut y être tenu que s'il y consent expressément, généralement sur la base d'un accord international⁵⁷. Plus spécifiquement, on note que certains traités en matière de droits de l'homme prohibent expressément l'expulsion d'une personne du territoire d'un État dont il a la nationalité⁵⁸.

49. Outre le fait que la pratique fournit fort peu d'exemples d'expulsion d'une personne par l'État dont elle a la nationalité, ces arguments montrent que ces cas d'expulsion constituent de véritables exceptions qui ne sont possibles du reste qu'en vertu d'un accord exprès de l'État d'accueil. Au demeurant, un national n'étant pas ou ne pouvant être en même temps un étranger, le régime juridique de son expulsion n'entre pas dans le champ du sujet consacré à l'expulsion des étrangers.

A. Étrangers résidant légalement sur le territoire de l'État expulsant

50. L'étranger résidant légalement dans un État étranger peut s'entendre de celui qui a accédé régulièrement dans un pays ou qui y a été formellement admis et qui y réside en conformité avec la législation et/ou la réglementation de ce pays sur les conditions de séjour ou de résidence des étrangers. On n'engagera pas à ce stade la discussion sur le point de savoir s'il y a lieu de faire la distinction entre les étrangers en transit, les étrangers en admission temporaire ou en court séjour, les résidents de longue durée, etc. Seule importe pour l'instant la légalité de leur

⁵¹ *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XI, 1889-1892, p. 278 et 279.

⁵² Voir Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, par. 322 à 327, p. 493 à 501.

⁵³ Voir Charles de Boeck, *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, vol. 18, 1927-III, p. 448.

⁵⁴ Voir Étude du Secrétariat : A/CN.4/565, par. 36 et note 60.

⁵⁵ *Ibid.*, par. 36 et note 56.

⁵⁶ Dans les *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers* proposées par l'Institut de droit international, et adoptées par lui le 12 septembre 1892, figure un article ainsi libellé : « En principe, un État ne doit pas interdire l'accès ou le séjour sur son territoire à ses sujets, soit à ceux qui, après avoir perdu leur nationalité dans ledit État, n'en ont point acquis une autre » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XII, 1892-1894, p. 219).

⁵⁷ Voir Sir Robert Y. Jennings and Sir Arthur Watts (éd.), *Oppenheim's International Law, vol. 1 - Peace*, 9^e éd., 1996, p. 944 et 945.

⁵⁸ Voir A/CN.4/565, par. 36 et note 55.

présence sur le territoire de l'État d'accueil, la durée de cette présence pouvant avoir éventuellement des implications sur les conséquences de l'expulsion.

51. La régularité de l'accès au territoire de l'État d'accueil signifie le franchissement de la frontière dudit État grâce à des documents de voyage reconnus valides par les autorités de l'État en question. La régularité du séjour signifie quant à elle que l'étranger ayant franchi légalement la frontière remplit les conditions de séjour, c'est-à-dire de présence continue dans le pays concerné telles que prévues par son droit national.

52. Toutefois, il n'est pas toujours nécessaire que l'accès de l'étranger au territoire de l'État d'accueil soit régulier pour que son séjour le soit également. Dans certains pays, une personne qui a accédé illégalement au territoire de l'État d'accueil peut obtenir ensuite le statut de résident légal par le biais de la régularisation⁵⁹. C'est une pratique de plus en plus courante dans les principaux pays d'accueil des immigrants clandestins notamment en Europe et en Amérique où se pratique, suivant les pays, la régularisation massive ou au contraire la régularisation au cas par cas⁶⁰.

53. L'expulsion de l'étranger résidant légalement sur le territoire de l'État expulsant a souvent été la seule hypothèse envisagée par la plupart des traités. Ainsi diverses conventions internationales contenant des dispositions sur l'expulsion ne s'appliquent qu'à cette hypothèse⁶¹.

B. Étrangers en situation irrégulière

54. Certains traités distinguent entre les étrangers en situation régulière et ceux en situation irrégulière; cependant ils ne fournissent pas une définition du terme « étrangers illégaux⁶¹ ». C'est dans certaines législations nationales que l'on trouve des éléments de définition de cette catégorie d'étrangers dont la désignation varie au gré des dites législations⁶².

55. L'étranger en situation irrégulière peut s'entendre d'une personne dont la présence sur le territoire de l'État d'accueil est en violation de la législation dudit État en matière d'admission, de séjour ou de résidence des étrangers. Premièrement, l'illégalité peut être déterminée par rapport aux conditions d'entrée. C'est le cas à propos de migrants illégaux ou dits « clandestins ». Sera ainsi considéré comme étant en situation irrégulière un étranger qui franchit la frontière de l'État expulsant en violation des règles relatives à l'admission des étrangers. Deuxièmement,

⁵⁹ Voir Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. II : *Asylum, Entry and Sojourn*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, p. 348; voir également A/CN.4/565, par. 44.

⁶⁰ Il en est ainsi, notamment en Espagne et en Italie où il a été procédé au cours des dernières années à des régularisations massives d'étrangers en situation irrégulière, en France où après une vague de régularisation massive, on observe un durcissement d'attitude vis-à-vis desdits étrangers avec au mieux la perspective d'une régularisation au cas par cas, aux États-Unis où le Gouvernement fédéral a décidé récemment de la régularisation en masse d'immigrés mexicains mais se heurte encore à certaines réticences au Congrès.

⁶¹ Voir notamment : Pacte relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668 (art. 13); Convention relative au statut des réfugiés, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 2545 (art. 32); Convention relative au statut des apatrides Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 360, p. 117 (art. 31); Convention européenne en matière d'établissement de 1955. Voir également A/CN.4/565, par. 755, notes 1760 à 1763.

⁶² Voir A/CN.4/565, par. 129, notes 249 à 258.

l'illégalité peut aussi être déterminée, non plus par rapport aux conditions d'entrée, mais à celles du séjour sur le territoire de l'État expulsant. Dans ce cas, l'étranger, bien qu'ayant légalement franchi la frontière de l'État et ayant donc été régulièrement admis par ce dernier, ne remplit pas ensuite les conditions de séjour telles que prévues par le droit de l'État d'accueil. Il en est ainsi par exemple lorsque l'étranger régulièrement admis prolonge son séjour sur le territoire dudit État au-delà de la période fixée par les autorités compétentes de l'État en question. Troisièmement, l'étranger peut cumuler les deux motifs rendant illégale sa présence sur le territoire de l'État expulsant. C'est le cas où il a franchi illégalement la frontière de l'État d'accueil et n'a pas bénéficié ensuite de la régularisation de sa situation : il ne remplit donc ni les conditions d'admission, ni celles du séjour.

56. Les conditions de séjour de l'étranger présentent deux aspects : le titre ou permis de séjour qui légalise la présence de l'étranger sur le territoire de l'État pour une durée déterminée, renouvelable ou non; les règles à observer durant le séjour, par exemple celles liées aux activités auxquelles l'étranger peut ou non se livrer durant son séjour. C'est un principe fondamental qu'une personne qui a pénétré volontairement dans le territoire d'un État étranger et y réside doit se conformer aux conditions de séjour ou de résidence dans cet État, y compris en acceptant ses institutions et règles juridiques⁶³. Il s'agit de règles conditionnelles dont l'inobservance peut entraîner le retrait ou l'annulation du titre de séjour et modifier le statut de l'étranger qui passe d'une situation de légalité à une situation irrégulière l'exposant, le cas échéant, à l'expulsion.

C. Réfugiés

57. Le terme « réfugié » s'entend différemment selon qu'on l'appréhende sous un angle sociologique ou sous un angle juridique. Son acception sociologique est ancienne, extensive et peu rigoureuse. Considéré sous ce rapport, le terme « réfugié » a été employé pendant très longtemps à propos de personnes qui, pour quelque raison que ce soit, ont été obligées de quitter leur domicile pour trouver refuge ailleurs⁶⁴. Cet ailleurs n'était pas déterminé par rapport aux frontières d'un État. Cet emploi du terme réfugié n'a pas totalement disparu de nos jours. Suivant consciemment ou non le langage journalistique, certains milieux internationaux emploient ce terme pour désigner des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays et vivant dans des conditions matérielles comparables à celles des personnes déplacées qui trouvent refuge dans un pays étranger. Ces déplacés internes sont aussi appelés des « réfugiés nationaux » ou encore des « déplacés internes ». Pour autant ils ont besoin de l'assistance internationale et à plusieurs reprises l'Assemblée générale a demandé au Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés de leur étendre l'assistance humanitaire⁶⁵.

58. Le terme « réfugié » a cependant une signification bien plus précise en droit. Sous ce rapport, il s'entend généralement des personnes contraintes de quitter leur pays pour trouver refuge dans un autre pays. Comme il ressort de l'arrêt de la Cour

⁶³ Voir E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, Banks Law Publishing Co., 1915, p. 179.

⁶⁴ Voir Jahn Eberhard, « Refugees », in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 2000, p. 72.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 73.

internationale de Justice dans l'affaire du Droit d'asile, « le réfugié se trouve sur le territoire de l'État de refuge⁶⁶ »; il perdrait donc la qualité de réfugié s'il se trouvait sur le territoire de l'État dont il a la nationalité. Au regard des diverses conventions internationales relatives aux réfugiés, il s'agit de personnes qui fuient leur État en raison de persécution ou d'une crainte bien fondée d'être persécutées, pour des raisons de race, de religion, de nationalité, d'appartenance à un groupe social, d'opinion politique. Selon certains auteurs les personnes qui ne fuient pas leur pays pour les raisons précédentes sont des « personnes déplacées⁶⁷ » et non pas des réfugiés au sens juridique. Ces derniers incluent aussi des personnes se trouvant hors de leur État de nationalité ou de résidence mais qui ne peuvent pas ou, pour des raisons valables, ne veulent pas retourner dans leur pays⁶⁸.

59. Si l'on exclut les aspects conjoncturels et autres éléments circonstanciels de la définition du terme « réfugié » contenue dans la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, il apparaît, aux termes du paragraphe 2 de l'article I.A de ladite Convention, que l'expression « réfugié » désigne toute personne qui, par suite d'événements déterminés, « craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner⁶⁹ ».

60. La Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, du 10 septembre 1969, a adopté une définition plus large de la notion de réfugié. Selon cette convention, outre les personnes visées par la Convention de 1951⁷⁰, le terme « réfugié » « s'applique également à toute personne qui, du fait d'une agression ou d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité⁷¹ ».

⁶⁶ Cour internationale de Justice, *Droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 274.

⁶⁷ Voir Louis B. Sohn et Thomas Burgenthal (éd.), « The Movement of Persons across Borders », *Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 23, American Society of International Law, Washington, 1992, p. 100.

⁶⁸ Voir Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 2545; et Protocole y relatif de 1967, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 606, p. 267; Constitution de l'Organisation internationale des réfugiés du 15 décembre 1946, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 18, n° 283, p. 3; voir également John Eberhard, « Refugees » in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier Science Publishers; 2000, p. 72.

⁶⁹ Voir Convention relative au statut des réfugiés, art. I.A, par. 2, tel que révisé par le Protocole du 31 janvier 1967.

⁷⁰ Notion que la Convention de l'OUA reprend au paragraphe 1 de son article premier.

⁷¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, n° 14691, art. I, par. 2; le texte de la Convention a également été publié sous forme de fascicule par le Service d'information et des relations avec les médias du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (Genève).

61. Cette définition large du terme « réfugié » a eu résonance en dehors de l'Afrique et apparaît désormais comme une contribution significative du continent à la détermination du contenu de cette notion. L'ouverture de la communauté internationale à la définition établie par l'Organisation de l'unité africaine apparaît au début des années 80 lorsque le Comité exécutif du Programme du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés observa, dès 1981, que l'accroissement des flux des réfugiés à grande échelle dans diverses parties du monde, en particulier dans les pays en développement, avait entraîné le changement dans la composition des groupes de demandeurs d'asile. En font partie non seulement ceux qui entrent dans la définition de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967, mais aussi ceux visés au paragraphe 2 de l'article premier de la Convention de l'OUA de 1969⁷².

62. À la suite de la Déclaration du Haut-Commissariat pour les réfugiés de 1981, les États d'Amérique centrale adoptèrent en 1984 une déclaration sur les réfugiés recommandant que la définition du « réfugié » soit étendue aux « ... persons who have fled their country because their lives, safety, or freedom have been threatened by generalized violence, foreign aggression, internal conflicts, massive violation of human rights or other circumstances which have seriously disturbed public order »⁷³.

63. Alors que l'Organisation des États américains (OEA) avait adopté une définition plutôt étroite au paragraphe 7 de l'article 22 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de novembre 1969, cette approche extensive de la notion fut entérinée par la suite aussi bien par la Commission interaméricaine des droits de l'homme que par l'Assemblée générale de l'OEA⁷⁴.

64. Certes, on peut relever çà et là quelques différences dans la formulation des définitions, les variations tenant essentiellement à la question de savoir si tous les groupes qui fuient le territoire de leur État d'origine peuvent être considérés comme des réfugiés, indépendamment des motifs qui les contraignent au départ. On a pu dire que, à côté du « noyau central » de la définition du terme « réfugié », il y aurait des « zones grises » constituées de personnes dépourvues de toute protection vis-à-vis du gouvernement de leur État d'origine. Cette notion de « zone grise » est floue, imprécise, et pourrait être matière à controverse entre les candidats au statut de réfugié voire les organisations internationales qui les assistent et les États d'accueil; car on pourrait être enclin à y intégrer aussi bien les personnes victimes de certaines formes de contraintes sociales que les victimes des mutations économiques qualifiées parfois de « réfugiés économiques », voire des personnes qui fuiraient leur pays pour de pures convenances personnelles. Il est donc d'un intérêt tant théorique que pratique de dégager une définition précise de la notion de « réfugié » en droit international et pour les besoins de la présente étude.

⁷² Voir Sohn et Buergenthal (éd.), « The movement of persons across Borders », *Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 23, Washington, American Society of International Law, 1992, A/CN.4/565, par. 153.

⁷³ Voir Cartagena Declaration on Refugees, 22 novembre 1984, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10, rev. 1, 1984-85, p. 103.

⁷⁴ Voir A/CN.4/565, par. 156.

65. Au bénéfice des observations qui précèdent, et sur la base de la pratique des organisations internationales et des États⁷⁵, il y a lieu de dire que la définition du terme de « réfugié » repose en droit international sur les éléments essentiels suivants : i) une personne humaine qui a franchi la frontière de son État d'origine; ii) cette personne doit l'avoir fait sous la contrainte; iii) les causes de cette contrainte doivent être clairement identifiables : crainte, avec raison, de persécution raciale, religieuse, du fait de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social, de ses opinions politiques, conflits armés internes ou internationaux, violence politique, agression, occupation extérieure, domination étrangère. En d'autres termes, on entend par « réfugié » une personne qui se trouve hors du pays dont elle a la nationalité ou, si elle est apatride, du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle, ou une personne qui est obligée de chercher refuge à l'extérieur de son pays d'origine par crainte, avec raison, d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social et de ses opinions politiques, ou du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère, d'un conflit armé interne ou international, ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité.

66. Le terme « réfugié » ainsi défini renvoie à la fois à un état et à un statut. C'est d'abord un état dans la mesure où est considérée comme réfugié toute personne qui entre dans la définition précédente sans même qu'il lui ait été octroyé le statut juridique de réfugié par le pays d'accueil. C'est ensuite un statut en ce que c'est l'acquisition dudit statut juridique dans des conditions et à travers des procédures établies par les conventions internationales⁷⁶ et les législations nationales qui lui permet de bénéficier de la protection juridique propre aux réfugiés. C'est ce statut juridique qui permet de distinguer l'intervention humanitaire en faveur d'une personne se trouvant dans la situation d'un réfugié (état) et la protection juridique et les droits que lui confère le statut légal de réfugié.

67. Cette distinction est importante en matière d'expulsion des étrangers. Alors qu'une personne ayant le statut de réfugié ne peut être expulsée de l'État d'accueil qu'exceptionnellement et à certaines conditions bien précises, l'expulsion des personnes possédant cet état et éventuellement en quête d'un tel statut obéit, comme on le verra, à des règles moins contraignantes. Le demandeur du statut de réfugié peut être traité dans certains cas comme un migrant illégal ou clandestin, et donc un étranger en situation irrégulière, alors que le bénéficiaire du statut de réfugié est régi par un régime juridique particulier s'agissant en particulier de l'expulsion.

68. Certes, l'on s'accorde à dire que les droits reconnus aux réfugiés doivent être accordés à tous ceux qui, *prima facie*, apparaissent comme des réfugiés au regard de l'ordre juridique de tout État partie aux conventions internationales pertinentes, indépendamment de la légalité ou de l'illégalité de leur statut juridique⁷⁷. Il existe

⁷⁵ Ibid., par. 157.

⁷⁶ Ainsi, aux termes de l'article I.A de la Convention de 1951, un réfugié qui a la double nationalité doit pouvoir prouver qu'il craint la persécution ou ne jouit plus de la protection de l'un et l'autre pays dont il a la nationalité. En outre, un réfugié qui se soustrait de lui-même à la protection d'un pays dont il a la nationalité ou, s'il a perdu sa nationalité, l'a acquise de nouveau ne peut plus bénéficier de la protection du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.

⁷⁷ Voir Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. II : *Asylum, Entry and Sojourn*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, p. 94; voir également John A. Dent, *Research Paper on*

cependant une controverse sur la signification des expressions « présence légale » et « séjourner légalement ». Selon certaines opinions, la présence des réfugiés n'est pas légale aussi longtemps qu'elle n'a pas été reconnue comme telle par un État partie à la Convention⁷⁸, c'est-à-dire tant qu'ils n'ont pas acquis le statut de réfugiés.

69. Une position quelque peu confuse consiste à dire que les réfugiés attendant la décision sur leur statut juridique n'entrent clairement ni dans la catégorie de « présence légale » ni dans celle de « présence illégale » et qu'il vaut mieux les considérer comme ayant une présence physique légale mais sans qu'ils puissent revendiquer le bénéfice de tous les droits reconnus à ceux qui bénéficient du statut légal de réfugiés⁷⁹.

70. D'autres auteurs contestent en revanche que des réfugiés puissent être considérés comme étant en situation régulière dès lors qu'ils sont admis à engager la procédure d'acquisition du statut légal de réfugié ou d'admission dans l'État d'accueil. Toutefois, ils estiment que là où l'État d'accueil n'a pas déterminé les mécanismes ou la procédure d'accès au statut légal de réfugiés, la présence sur son territoire de réfugiés qui demandent à bénéficier d'un tel statut doit être considérée comme tacitement légale⁸⁰.

71. Quelles que soient les subtilités dans l'approche des uns et des autres, on doit relever néanmoins qu'une distinction est faite par tous entre les demandeurs du statut de réfugié ou ceux en attente d'un tel statut d'une part, et les bénéficiaires d'un tel statut d'autre part; tous s'accordent également sur le fait que la situation juridique des uns et des autres n'est pas identique. Le point qui appelle discussion est celui de la qualification de la situation juridique du demandeur du statut de réfugié entre le moment où il introduit sa demande et celui où une réponse lui est donnée. Certains estiment que l'on devrait parler d'un séjour légal limité dans le temps⁸¹. À vrai dire, la réponse relève des législations nationales et un examen approprié de la question se fera lors de l'analyse des conditions de l'expulsion.

D. Personnes déplacées

72. Le réfugié est différent d'une personne déplacée. Se trouvant par la force des choses en territoire étranger, hors de son État d'origine ou de nationalité, elle est dans une situation comparable à celle du réfugié. Mais elle ne saurait être assimilée à ce dernier bien qu'elle ait en général le même besoin de protection. L'élément de différenciation entre les deux situations réside dans les raisons du refuge à l'étranger. Les personnes déplacées hors du territoire de leur pays d'origine ou de

the Social and Economic Rights of Non-Nationals in Europe, commissioned by the European Council on Refugees and Exiles (ECRE), p. 15.

⁷⁸ Voir par exemple Matti Pellonpää, *Expulsion in International Law: A Study in International Aliens Law and Human Rights with Special Reference to Finland*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1894, p. 292.

⁷⁹ Voir Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. II : *Asylum, Entry and Sojourn*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, p. 362.

⁸⁰ Voir James Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, cité par John Dent dans *Research Paper on the Social and Economic Rights of Non-Nationals in Europe*, p. 17.

⁸¹ Certains entendent par « séjour légal » (ou régulier) la présence d'une durée de trois mois ou plus : voir Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. II : *Asylum, Entry and Sojourn*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1972, p. 374, note 65.

nationalité le sont pour des raisons autres que celles énumérées dans la définition du réfugié en droit international. Il s'agit de personnes qui se trouvent hors de leur pays en raison de catastrophes qui sont, soit naturelles, soit provoquées par l'homme. Cette catégorie de personnes est composée pour l'essentiel des victimes de telles catastrophes que l'on appelle aussi par facilité de langage des « réfugiés écologiques » ou « environnementaux ». Ce sont ces personnes que vise l'Assemblée générale depuis 1977 lorsqu'elle parle des « réfugiés et personnes déplacées⁸¹ ».

E. Demandeurs et bénéficiaires d'asile

1. Notion

73. Le droit d'asile est aujourd'hui établi comme une règle de droit international coutumier, bien qu'à l'origine il trouve son fondement dans les législations nationales⁸². L'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dispose :

« 1. Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays⁸³ ».

74. La règle ainsi posée est confortée par la Déclaration sur l'asile territorial qui énonce à l'article premier :

« 1. L'asile accordé par un État, dans l'exercice de sa souveraineté, à des personnes fondées à invoquer l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, y compris celles qui luttent contre le colonialisme, doit être respecté par tous les autres États⁸⁴ ».

75. Il s'agit d'un droit dont l'exercice relève de la souveraineté de l'État.

76. L'institution de l'asile est plus ancienne en droit international que la notion de réfugié bien que les deux notions aient des aspects communs. Selon les résolutions de l'Institut de droit international adoptées à la session de Bath en 1950, « le terme "asile" désigne la protection qu'un État accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher⁸⁵ ».

77. Cette définition permet d'appréhender le sens général de l'institution. Cependant, le régime juridique du droit d'asile varie suivant le lieu où il s'exerce ou les règles applicables au bénéficiaire de l'asile.

⁸² Par exemple en France, le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, intégré dans le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, dispose : « Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République ».

⁸³ Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 1948.

⁸⁴ Résolution 2312 (XXII) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1967.

⁸⁵ Institut de droit international, résolution sur « L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre) », *Annuaire de l'Institut de droit International*, session de Bath, 11 septembre 1950, vol. 43, t. II, p. 376.

2. Types d'asile

78. À cet égard, on distingue trois types d'asile : l'asile territorial ou interne, l'asile externe ou diplomatique et l'asile neutre.

79. Les deux premiers types sont liés à des critères géographiques et de compétence territoriale et le dernier à la nature des bénéficiaires ainsi qu'aux règles qui leur sont applicables.

80. Le droit d'asile territorial s'entend du droit d'un État dit de refuge d'accorder à un étranger qui en fait la demande un abri ou une protection sur son territoire⁸⁶. Hormis les personnes confrontées à la persécution, la Déclaration sur l'asile territorial inclut parmi ceux pouvant bénéficier de l'asile territorial les personnes qui « luttent contre le colonialisme ». Mais en sont exclus ceux qui font l'objet de « poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies », conformément à l'article 14, par. 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁸³.

81. Le droit conventionnel a contribué à circonscrire cette notion d'asile territorial. La Convention sur l'asile territorial, conclue à Caracas le 28 mars 1954⁸⁷ précise les causes des persécutions pouvant donner aux victimes un droit d'asile territorial. L'article II de ladite Convention stipule :

« Le respect, par tous les États, de la juridiction que, conformément au droit international, chacun d'eux exerce sur tous les habitants se trouvant sur son territoire, s'étend sans exception aucune à la juridiction qu'il exerce sur les personnes qui y pénètrent venant d'un autre État où elles sont poursuivies pour leurs croyances, opinions ou affiliation politique, ou pour avoir commis des actes qui peuvent être considérés comme des délits politiques.

Aucune violation de souveraineté consistant en actes d'un gouvernement ou de ses agents contre la vie ou la sécurité d'une personne, perpétrés sur le territoire d'un autre État, ne peut être atténuée par le fait que la poursuite avait été entreprise hors de ses frontières ou qu'elle obéit à des mobiles politiques ou à des raisons d'État⁸⁷. »

82. Dans le même ordre d'idées, la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, dite Pacte de San José de Costa Rica⁸⁸, dispose au paragraphe 7 de son article 22, que :

« Toute personne a le droit, en cas de persécution pour délits politiques ou délits de droit commun connexes à des délits politiques, de rechercher et de recevoir asile en territoire étranger conformément à la loi de chaque État et aux conventions internationales ».

83. Le droit d'asile externe s'entend du droit d'un État d'accorder à des individus un refuge dans des lieux qui sont en dehors de son territoire, mais relèvent de sa compétence. Ces lieux sont variés. Selon l'Institut de droit international :

⁸⁶ Voir Charles de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris, Pedone, 1970, p. 202 et 203; et *Dictionnaire de droit international public* (sous la direction de Jean Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 94.

⁸⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1438, n° 24378.

⁸⁸ *Ibid.*, vol. 1144, n° 17955, p. 123.

« L'asile peut être accordé dans les hôtels des missions diplomatiques, les consulats, les bâtiments de guerre, les navires d'État affectés à des services publics, les aéronefs militaires et les lieux relevant d'un organe d'un État étranger admis à exercer autorité sur le territoire ⁸⁹. »

84. L'octroi de l'asile externe est largement tributaire de considérations politiques. Il en est ainsi en particulier lorsque l'asile externe prend la forme du droit d'asile diplomatique. Celui-ci est un droit de nature conventionnelle⁹⁰ que possède le Chef de mission de l'État accréditant, d'une part, de refuser de livrer aux autorités de l'État accréditaire des personnalités politiques, ressortissantes de ce dernier, qui se réfugient dans les locaux de la mission et, d'autre part, d'obtenir pour ces personnes des sauf-conduits leur permettant de s'expatrier⁹¹.

85. Dans l'affaire du *Droit d'asile*, Victor Raúl Haya de la Torre, chef du parti Alliance populaire révolutionnaire américaine, poursuivi avec d'autres membres dudit parti pour « délit de rébellion militaire », avait cherché asile à l'ambassade de Colombie à Lima. Après avoir informé, par une lettre datée du 3 janvier 1949 le Ministre péruvien des affaires étrangères conformément à la deuxième disposition de l'article 2 de la Convention fixant les règles à observer pour la concession du droit d'asile, signée par les deux pays à La Havane en 1928, de ce que M. Haya de la Torre se trouvait « asilé au siège de la mission [qu'il] dirige », l'ambassadeur de Colombie précisa par une autre lettre datée du 14 janvier que, en exécution des instructions reçues de la chancellerie de son pays, le Gouvernement de la Colombie, en conformité du droit que lui reconnaît l'article 2 de la Convention sur l'asile politique signée par les deux pays à Montevideo le 26 décembre 1933, « a qualifié M. Victor Raúl Haya de la Torre comme exilé politique⁹² ».

86. Le Gouvernement du Pérou contesta la légalité de l'asile qui avait été accordé et refusa de délivrer le sauf-conduit sollicité par la Colombie. La Cour releva qu'au regard de l'article 2, paragraphe 2, de la Convention de La Havane la justification essentielle de l'asile se trouve dans l'imminence ou la persistance d'un danger pour la personne du réfugié, et qu'il appartenait à la Colombie de faire la preuve des éléments de fait qui répondent à la condition ainsi énoncée. Selon la Cour, les cas d'asile cités par la Colombie ne permettaient pas « de se former une idée de la portée de ces cas, en tant que précédents de nature à établir l'existence d'une obligation juridique pour l'État territorial de reconnaître la validité d'un asile octroyé à l'encontre des poursuites engagées par la justice locale⁹³ ». En outre, il se dégageait de ces cas que, de façon générale, « des considérations de convenance ou

⁸⁹ Voir Institut de droit international, résolutions adoptées sur « L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre) », *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Bath, septembre 1950, vol. 43, t. II, art. 3, p. 376.

⁹⁰ L'asile diplomatique est assez fréquemment accordé par certains pays, notamment en Amérique latine où il apparaît comme une institution bien établie du droit international régional. Voir à titre illustratif : Convention fixant les règles à observer pour la concession du droit d'asile, signée à La Havane le 20 février 1928, Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CXXXII, p. 323; Convention sur l'asile diplomatique signée à Caracas le 28 mars 1954, *Revue générale de droit international public*, 1959, p. 175.

⁹¹ *Dictionnaire de droit international public* (sous la direction de Jean Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 96.

⁹² Cour internationale de Justice, *Droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 273.

⁹³ *Ibid.*, p. 286.

de simple opportunité politique semblent avoir déterminé l'État territorial à reconnaître l'asile sans que cette décision lui fût dictée par le sentiment d'un devoir juridique quelconque »⁹³.

87. Ces remarques démontraient, selon la Cour, « que l'asile, tel qu'il a été pratiqué dans l'Amérique latine, est une institution qui, dans une mesure très large, doit son développement à des facteurs extrajuridiques. Les relations de bon voisinage des républiques, les intérêts politiques divers des gouvernements ont favorisé la reconnaissance mutuelle de l'asile en dehors de toute réglementation juridique nettement définie⁹³ ».

88. Mais la Cour notait également qu'il n'y avait pas de contestation entre les parties sur ce que « l'asile peut être accordé dans un but humanitaire pour protéger les criminels politiques contre l'action violente et désordonnée d'éléments irresponsables de la population⁹⁴ ».

89. On relèvera que si certaines des observations précitées de la Cour tendaient à indiquer que le droit d'asile diplomatique n'est pas reconnu en droit international général comme une institution légale créatrice de droits et obligations, l'on considère cependant que ce droit peut avoir une origine coutumière, non pas seulement dans une coutume régionale ou locale, mais dans une coutume générale. C'est sans doute en ce sens qu'il faut comprendre l'effort de codification de l'Institut de droit international à ce sujet, lors de sa session de Bath, en 1950 :

« L'asile peut être accordé à tout individu menacé dans sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté par des violences émanant des autorités locales ou contre lesquelles celles-ci sont manifestement impuissantes à le défendre, ou même qu'elles tolèrent ou provoquent. Ces dispositions s'appliquent dans les mêmes conditions lorsque de telles menaces sont le résultat de luttes intestines.

Au cas où le fonctionnement des pouvoirs publics d'un pays se trouve manifestement désorganisé ou maîtrisé par une faction au point de ne plus offrir aux particuliers des garanties suffisantes pour la sécurité de leur vie, les agents diplomatiques (...) peuvent accorder ou maintenir l'asile même à l'encontre des poursuites des autorités locales⁹⁵. »

90. Ainsi donc, à la différence de l'asile territorial, le réfugié se trouve, dans le cas de l'asile diplomatique, sur le territoire de l'État dans lequel il a commis le délit; la décision d'octroyer l'asile comporte dans ce cas une dérogation à la souveraineté dans la mesure où elle dépend essentiellement de l'État dispensateur du droit d'asile diplomatique qui n'est tenu que par le fait qu'il ne peut qualifier la nature du délit reproché au demandeur de l'asile « par une décision unilatérale, définitive et obligatoire » pour l'État où le délit a été commis⁹⁶. Dans la mesure où la décision d'octroyer l'asile soustrait le délinquant à la justice de l'État territorial et constitue par suite une intervention dans un domaine qui relève exclusivement de la compétence de cet État, la Cour estime que : « Une telle dérogation à la

⁹⁴ Ibid., p. 282 et 283.

⁹⁵ Voir les articles 2 et 3 de la résolution de l'Institut de droit international relative à l'asile accordé par les États en dehors de leur territoire (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1950, vol. 43, t. II, p. 377).

⁹⁶ Voir *Droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, C.I.J. Recueil 1950, p. 274 et 288.

souveraineté territoriale ne saurait être admise, à moins que le fondement juridique n'en soit établi dans chaque cas particulier⁹⁷ ».

91. L'asile neutre s'applique en général dans un contexte de belligérance. Dans sa résolution de septembre 1906 sur le régime de la neutralité, l'Institut de droit international le définit dans les termes suivants : « Le droit d'asile neutre est le droit de l'État neutre de donner, dans les limites de sa juridiction, retraite à ceux qui cherchent un refuge contre les calamités de la guerre » (art. 5)⁹⁸.

92. Le refuge peut consister en une retraite et un séjour temporaire sur le territoire ou sur un navire public de l'État neutre, et les bénéficiaires de cet asile neutre peuvent être des membres des forces armées, des belligérants, des prisonniers de guerre évadés, des blessés et malades civils ou des réfugiés fuyant le conflit armé. Les bénéficiaires de l'asile neutre ne peuvent ni poursuivre leur participation aux combats, ni même conserver avec eux les instruments de combat. En effet, les membres actifs des forces armées doivent être désarmés et internés tandis que les prisonniers de guerre évadés peuvent être assignés à résidence s'ils souhaitent rester dans l'État neutre⁹⁹.

93. La neutralité doit s'entendre ici de la non-implication d'un État dans le conflit. À cet égard, le droit des conflits armés fait obligation à l'État non partie au conflit « de soigner et traiter humainement [les] blessés et malades civils ainsi débarqués, mais il n'a pas, contrairement à ce qui est prévu pour les blessés et les malades militaires, l'obligation de les garder jusqu'à la fin des hostilités. Les blessés et malades civils pourront demander leur rapatriement, notamment par l'intermédiaire biais de la représentation diplomatique de leur pays. Ils pourront aussi demander asile à l'État sur le territoire duquel ils se trouvent ou à un autre État¹⁰⁰. »

94. L'asile neutre ne confère pas un statut permanent au bénéficiaire. Il vise à faire face, pour une durée limitée et sur la base de considérations essentiellement humanitaires, à une situation de crise grave mettant en danger la vie des personnes bénéficiaires. À cet égard, il diffère du droit d'asile classique dont on a évoqué précédemment la nature et la signification; ce d'autant plus que le bénéficiaire de l'asile neutre peut, comme on vient de l'indiquer, demander l'asile à l'État neutre ou à un autre État.

95. Qu'à cela ne tienne, les bénéficiaires de ce type d'asile intéressent également la question de l'expulsion des étrangers dans la mesure où la protection qui leur est offerte et les obligations de l'État neutre vis-à-vis d'eux montrent clairement qu'ils ne peuvent pas être éloignés du territoire de l'État neutre n'importe quand et n'importe comment.

⁹⁷ Ibid., p. 275.

⁹⁸ *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1906, vol. 21, p. 375.

⁹⁹ *Dictionnaire de droit international public* (sous la direction de Jean Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 95.

¹⁰⁰ Voir Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmerman (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR/Nijhoff, 1986, p. 337 et 338 (1168).

3. Demandeur d'asile et réfugié

96. La distinction entre l'institution de l'asile et la notion de réfugié n'est pas toujours très claire pour tous. Les législations de certains pays utilisent indistinctement l'un et l'autre terme¹⁰¹. Celles d'autres pays emploient le terme « asile » dans un sens plus large que celui de « réfugié¹⁰² ». En cela, elles concordent sur ce point avec le droit international. L'International Law Association avait établi une distinction entre les deux notions en attribuant un sens plus large à celle d'asile par rapport à celle de réfugié¹⁰³. Le projet de Convention sur l'asile territorial qu'elle élaborait définissait respectivement les deux termes comme suit :

Article 1(a) « All States have a right to grant asylum to all victims of or have well-grounded fear of persecution and to political offenders ».

Article 1(b) “The High Contracting Parties undertake to grant refuge in their territories to all those who are seeking asylum from persecution on grounds of race, religion, nationality, membership of a particular social group, which shall be understood to include any regional or linguistic group, or adherence to a particular opinion (...)”¹⁰⁴ ».

97. Les formes de persécution pouvant donner lieu à l'octroi du droit d'asile ne sont pas limitées, au contraire à celles ouvrant la voie au bénéfice du statut de réfugié. On relève par exemple que la persécution pour des raisons sexistes (ou de genre) ou de pratiques qui y sont liées a servi de base à la demande d'asile au cours des récentes années¹⁰⁵.

98. La nécessité de la distinction entre l'asile et le statut de réfugié a également été soulignée par certains auteurs à partir de l'analyse du droit interne de leur pays. L'asile y est présenté comme la décision souveraine de l'État dont « l'effet est de permettre le séjour sollicité par un étranger », alors que le statut de réfugié constaté par l'organisme national compétent « donne à son bénéficiaire des droits particuliers, excédant ceux du simple séjour¹⁰⁶ ». C'est dans l'ordre de cette distinction que le Conseil constitutionnel français, considérant que le droit d'asile est un droit fondamental, c'est-à-dire constituant en droit français « l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés¹⁰⁷ », affirme que les étrangers peuvent se prévaloir d'un droit auquel le peuple français a proclamé solennellement son attachement, le droit selon lequel « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République¹⁰⁸ ».

¹⁰¹ Voir les exemples cités dans le document A/CN.4/565, par. 171, note 344.

¹⁰² Ibid., note 345.

¹⁰³ International Law Commission, Committee on Legal Aspects of the Problem of Asylum, Report and draft conventions on diplomatic and territorial asylum, *Conference Report*, 1972, p. 196 à 211.

¹⁰⁴ Ibid., p. 207.

¹⁰⁵ Voir Anne M. Trebilcock, « Sex Discrimination », in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 2000, p. 395.

¹⁰⁶ Claude Norek, « Le droit d'asile en France dans la perspective communautaire », *Revue française de droit administratif* (RFDA), 15 janvier-15 mars 1989, p. 200 à 206.

¹⁰⁷ Claude Franck, « L'évolution des méthodes de protection des droits et libertés par le Conseil constitutionnel sous la septième législature », *JurisClasseur Périodique*, 17 septembre 1986, Doctrine n° 3256.

¹⁰⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Journal Officiel*, 18 août 1993,

99. La situation du demandeur d'asile se rapproche de celle du réfugié dans la mesure où le refoulement de l'un et l'autre est soumis à certaines limites qui n'interviennent pas en cas d'expulsion d'un étranger non demandeur du droit d'asile ou du statut de réfugié. La Convention relative au statut des réfugiés, adoptée à Genève le 28 juillet 1951 prohibe pour les parties contractantes de refouler ou d'expulser un réfugié « de quelque manière que ce soit sur les frontières du territoire où sa vie est en danger ». De manière générale, l'étranger qui demande le droit d'asile est autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande. Suivant cette solution, la jurisprudence française, par exemple, a reconnu qu'il convenait qu'un demandeur d'asile qui réclame le statut de réfugié soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire français jusqu'à ce que l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ou, le cas échéant, la Commission des recours des réfugiés ait statué sur sa requête¹⁰⁹. Si, pour le Conseil constitutionnel français ce principe trouve son fondement dans le Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946, pour le Conseil d'État en revanche, son fondement réside tant dans l'article 31, paragraphe 2, de la Convention de Genève de 1951 que dans la loi du 25 juillet 1952 portant création de l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides¹¹⁰.

F. Apatride

100. Le terme « apatride » désigne, si l'on veut faire court, une personne sans nationalité. De façon un peu plus élaborée, on peut dire que c'est une personne qui n'a la nationalité d'aucun État ou qui n'a pas de nationalité en vertu de l'application de la législation pertinente de l'État concerné. D'aucuns pensent qu'on pourrait l'étendre à une personne qui a une nationalité mais ne jouit pas de la protection de son gouvernement¹¹¹. Cette extension de la signification du terme est sujette à caution dans la mesure où elle pourrait donner lieu en pratique à des difficultés d'application. Car à partir de quel moment considère-t-on qu'un État n'assure pas la protection de son national? Cette protection induit-elle une obligation de résultat ou une obligation de moyens? Qui doit constater l'éventuelle défaillance de l'État dans l'acquiescement de son obligation de protection? Et que faire de nombreux pays

p. 11722; voir Véronique Fabre-Alibert, « Réflexion sur le nouveau régime juridique des étrangers en France », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, RDP, 1994, 2, p. 1183. Le droit d'asile étant, en droit français un droit fondamental, la loi ne peut, suivant une jurisprudence bien établie « en réglementer les conditions qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle » (voir Conseil constitutionnel, décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse* in Louis Favoreu et Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 5^e éd., Paris, Sirey, 1989, p. 609).

¹⁰⁹ Voir Conseil d'État, Assemblée 13 décembre 1991, *M. Nkodia et Préfet de l'Hérault c. Dakoury*, *Revue française de droit administratif* (RFDA), Paris, *Dalloz*, janvier-février 1992, p. 90 à 103; et dans le sillage de cette jurisprudence, Conseil constitutionnel, décision 93-325 DC précitée, 84^e considérant.

¹¹⁰ Voir Fabre-Alibert, « Réflexion sur le nouveau régime juridique des étrangers en France », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, RDP, 1994, 2, p. 1184.

¹¹¹ Voir Han von Mangoldt, « Stateless persons », in Rudolf Bernhardt (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4., Amsterdam, Elsevier Science Publishers, 2000, p. 656; et A/CN.4/565, par. 173.

pauvres qui n'offrent pas toujours à leurs nationaux la protection requise même dans les situations où cette protection s'avère indispensable?

101. On conçoit en revanche sans difficulté sur le plan juridique qu'une personne peut devenir apatride pour n'avoir pas acquis une nationalité à la naissance, généralement appelée nationalité d'origine, ou pour l'avoir perdue subséquentement par déchéance de nationalité sans avoir acquis la nationalité d'un autre État¹¹². Ce sont là des cas classiques d'apatridie.

102. Une définition précise de l'apatride est fournie par la Convention relative au statut des apatrides, faite à New York le 28 septembre 1954. Cette Convention s'inspire à cet égard de la résolution de l'Institut de droit international adoptée à sa session de Bruxelles en 1936 selon laquelle « le terme "apatride" désigne tout individu considéré par aucun État comme possédant sa nationalité¹¹³ ».

Dans le même sens, mais avec un choix des mots et une précision qui améliore la définition de l'Institut de droit international, l'article premier de la Convention de 1954 dispose au paragraphe 1 :

« Aux fins de la présente Convention, le terme "apatride" désigne une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation¹¹⁴ ».

103. Les législations de certains pays, soit reprennent cette définition de la Convention de 1954, soit définissent l'apatride suivant le sens commun comme une personne sans nationalité ou sans une nationalité connue¹¹⁵.

104. On sait que, en dépit de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie conclue à New York le 30 août 1961¹¹⁶, il existe toujours des apatrides dans divers États. Leur cas intéresse le présent sujet dans la mesure où l'apatride n'a pas le statut de ressortissant de l'État d'accueil, sans pour autant du reste avoir la nationalité de quelque autre État. Autrement dit, un apatride est juridiquement partout un étranger, et c'est pour cette raison que le droit international lui offre une protection particulière.

¹¹² Voir Jennings et Watts (éd.), *Oppenheim's International Law, vol. I – Peace*, 9^e éd., 1996, p. 886 à 890.

¹¹³ « Statut des apatrides et des réfugiés », *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Bruxelles, 1936 – II, p. 294.

¹¹⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 360, n° 5158.

¹¹⁵ Voir A/CN.4/565, par. 175, notes 350 à 355.

¹¹⁶ L'article de cette convention dispose : « Les États contractants ne priveront de leur nationalité aucun individu si cette privation doit le rendre apatride », Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 989, p. 175.

G. Ancien ressortissant

105. Le terme d'« ancien ressortissant » ou d'« ancien national » d'un État s'applique à une personne qui n'a plus la nationalité de l'État dont il était jusque-là un ressortissant. Cette situation peut résulter soit de la perte de la nationalité, soit de la déchéance de la nationalité¹¹⁷.

106. La perte de la nationalité est une situation qui résulte obligatoirement d'une démarche volontaire entreprise par le ressortissant d'un État et qui a pour conséquence de mettre un terme à sa qualité de national dudit État. Généralement, cette situation découle de la naturalisation. Celle-ci est une démarche libre, aboutissant à l'acquisition volontaire d'une nationalité nouvelle par une personne qui, de ce fait, perd sa nationalité précédente si la législation de l'État dont il avait antérieurement la nationalité ou celle de l'État dont il acquiert la nationalité exclut la double nationalité ou la nationalité multiple. Un certain nombre de législations nationales, en particulier celles des jeunes États, contiennent de telles clauses d'exclusion de la plurinationalité¹¹⁸.

107. La déchéance de la nationalité est, à la différence de la perte de nationalité, l'effet d'un acte de l'État qui prive une personne de sa nationalité. La déchéance peut être la sanction de manquements commis par une personne naturalisée au regard de la législation sur la nationalité de l'État dont il est devenu un ressortissant¹¹⁹. Dans ce cas elle prend en général la forme d'un acte réglementaire. Mais elle peut être aussi prononcée par un acte législatif pour faire face à des situations particulières telles que celle de nationaux devenus en droit ou en fait des ressortissants d'un autre État à la suite de l'éclatement d'un État donné en deux ou plusieurs États.

108. Une telle situation s'est présentée à la suite de la séparation de l'Érythrée de l'Éthiopie au terme du référendum d'autodétermination d'avril 1993 par lequel le peuple érythréen opta pour son indépendance. De nombreuses personnes ayant la nationalité éthiopienne et des origines érythréennes vivaient en Éthiopie, y avaient des biens et y menaient normalement leurs activités. L'Érythrée reprochait à l'Éthiopie d'avoir « wrongfully denationalized, expelled, mistreated and deprived of property tens of thousands of Ethiopian citizens of Eritrean origin in violation of multiple international legal obligations¹¹⁹ ».

¹¹⁷ Par exemple, aux termes de l'article 2 de la loi n° 68-LF-3 du 11 juin 1968 portant code de la nationalité camerounaise : « La nationalité camerounaise s'acquiert ou se perd après la naissance, par l'effet de la loi ou par une décision de l'autorité publique prise dans les conditions fixées par la loi », *Journal Officiel de la République fédérale du Cameroun (JORFC)*, 11 juin 1968, p. 150.

¹¹⁸ Le même code de la nationalité camerounaise dispose en son article 31 : « Perd la nationalité camerounaise :

- a) Le Camerounais majeur qui acquiert ou conserve volontairement une nationalité étrangère;
- b) Celui qui exerce la faculté de répudier la qualité de camerounais conformément aux dispositions de la présente loi;
- c) Celui qui, remplissant un emploi dans un service public d'un organisme international ou étranger, le conserve nonobstant l'injonction de le résigner faite par le Gouvernement camerounais ».

¹¹⁹ Permanent Court of Arbitration, *Eritrea c. Ethiopia Claims Commission, Partial Award Civilian Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, The Hague, December 17, 2004, par. 10.

109. L'Éthiopie contesta cette allégation et cette opposition donna lieu à l'affaire *Érythrée c. Éthiopie* qui fut soumise à l'arbitrage d'une Commission des réclamations, laquelle a rendu une sentence partielle à ce sujet le 17 décembre 2004¹²⁰. Cette affaire sur laquelle on reviendra plus en détail en diverses occasions dans le cadre du présent sujet soulève à la fois le problème de perte ou de déchéance de nationalité en cas de succession d'États et de déchéance des binationaux d'une de leurs deux nationalités suivie d'expulsion en cas de conflit armé, parce que les intéressés deviennent des ressortissants d'un État ennemi.

H. Étrangers du fait de la perte de nationalité à la suite de la naissance d'un État nouveau

110. L'État nouveau peut naître de la décolonisation, du transfert ou de la séparation d'une partie du territoire, par unification, dissolution ou démembrement d'un État existant. L'État nouveau, qu'on l'appelle État successeur ou autrement, a parmi ses prérogatives souveraines le pouvoir d'octroyer ou de refuser sa nationalité suivant les règles de son droit interne, mais, comme le rappelait la Commission du droit international dans le préambule de son projet d'articles de 1997 sur la nationalité des personnes physiques, « dans les limites tracées par le droit international »; et les décisions prises dans ce domaine doivent tenir « dûment compte à la fois des intérêts légitimes des États et de ceux des individus ». Or, en la matière, l'intérêt majeur des individus c'est d'avoir une nationalité, le droit de tout individu à une nationalité apparaissant aujourd'hui comme un principe fondamental du droit international¹²¹. Le projet d'articles de la Commission du droit international précité sur la nationalité des personnes physiques tel qu'adopté en seconde lecture en 1999¹²² rappelle ce principe en son article premier : « Toute personne physique qui, à la date de la succession d'États, possédait la nationalité de l'État prédécesseur, quel qu'ait été le mode d'acquisition de cette nationalité, a droit à la nationalité d'au moins un des deux États concernés... ».

111. Un des objectifs majeurs de ce projet d'articles, qui introduit une « présomption de nationalité », est de prévenir les cas d'apatridie. On a pu dire qu'il « réalise un équilibre satisfaisant entre les nécessités pratiques liées à la succession d'États et les préoccupations liées aux droits de l'homme, [et] pourrait contribuer à stabiliser une pratique encore fluctuante¹²³ ». Pour autant, il n'élimine pas totalement les risques d'apatridie. Par ailleurs il n'exclut pas du tout qu'un individu qui pourrait avoir une double nationalité du fait de la naissance d'un État nouveau puisse en perdre une, devenant ainsi un étranger dans l'État dont il a perdu la nationalité, et par conséquent expulsable. En effet, la répartition des populations entre l'État originaire et l'État nouveau qui en dérive étant généralement à base

¹²⁰ Voir *Partial Award Civilian Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, The Hague, December 17, 2004.

¹²¹ Ce droit est proclamé à l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et rappelé aux articles 4 et 18 de la Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997.

¹²² A/CN.4/L.581/Add.1; voir les rapports sur ce projet d'articles de M. Václav Mikulka, Rapporteur spécial à la Commission du droit international (1995-1998); et Constantin Economidès, « Les effets de la succession d'États sur la nationalité des personnes physiques », *Revue générale de droit international public*, t. 103/1999/3, p. 577 à 599.

¹²³ Voir Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7^e éd., Paris, LGDG, 2002, p. 543.

ethnique, il suffit que l'État originaire ou ancien décide de priver de sa nationalité les éléments du groupe ethnique constitutif de la population de l'État nouveau qui choisissent la nationalité de ce dernier pour que de nombreux individus deviennent subitement des étrangers dans un État où ils étaient établis parfois depuis très longtemps. L'affaire *Érythrée c. Éthiopie* offre une assez bonne illustration de cette hypothèse, si l'on exclut le fait que la décision de priver les ressortissants éthiopiens d'origine érythréenne de leur nationalité éthiopienne eut pour facteur déclenchant l'éclatement de la guerre entre les deux pays en 1998.

I. Ressortissants d'un État en situation de conflit armé avec l'État d'accueil

112. Pendant longtemps et ce jusqu'à la fin du XIX^e siècle au moins, les États se considéraient en droit d'expulser de leurs territoires les ressortissants d'une puissance ennemie. Un tel droit s'exerçait sur la base d'une distinction entre étrangers amis et étrangers ennemis, sans discriminer parmi ces derniers entre ceux qui participaient d'une manière quelconque aux efforts de guerre de leur pays d'origine ou qui avaient une attitude hostile vis-à-vis de l'État d'accueil et ceux qui y menaient une vie paisible. La doctrine britannique avait une position tranchée sur ce point, dans les termes suivants :

« Nothing could be clearer than the right of the British executive in time of war to exclude the subjects of unfriendly power. The same is true of the entry of foreign sovereigns or ambassadors at any time as they represent the sovereignty of a foreign State, and their forcible entry at any time would constitute a *casus belli*. In either case no injury resulting to them through their exclusion from British territory by British executive officers, would afford them a ground of action in an English court¹²⁴. »

113. Une conception aussi radicale n'a plus droit de cité de nos jours où l'attention soutenue qu'accorde la communauté internationale à la protection des droits de l'homme a conduit à l'atténuation voire dans certains cas à l'abandon de certaines pratiques traditionnelles incompatibles.

114. Pour autant, on ne peut soutenir que le principe ou la pratique de l'expulsion de l'étranger « ennemi » ou ressortissant d'un État en conflit armé avec l'État d'accueil ait disparu. Dans l'affaire *Érythrée c. Éthiopie*, l'Érythrée a accusé l'Éthiopie de s'être livrée à un « nettoyage ethnique » en procédant à une expulsion massive d'Éthiopiens d'origine érythréenne, donc à l'expulsion de ses propres nationaux en violation du droit international. Suivant sur ce point l'argumentation de l'Éthiopie, la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie relève que le droit international humanitaire donne aux belligérants de larges pouvoirs d'expulser les ressortissants de l'État ennemi de leur territoire durant le conflit. La Commission s'est appuyée à cet égard sur l'un des ouvrages de référence en droit international, en l'occurrence l'*Oppenheim's International Law* où il est écrit :

¹²⁴ « Colonial Expulsion of Aliens », in *American Law Review*, 33. *Am. L. Rev.* 90 (1899), p. 91.

« The right of States to expel aliens is generally recognized. It matters not whether the alien is on a temporary visit or has settled down for professional, business or other purposes on its territory, having established his domicile there. On the other hand, while a State has a broad discretion in exercising its right to expel an alien, its discretion is not absolute. Thus, by customary international law it must not abuse its right by acting arbitrarily in taking its decision to expel an alien, and it must act reasonably in the manner in which it effects an expulsion. Beyond this, however, customary international law provides no detailed rules regarding expulsion and everything accordingly depends upon the merits of the individual case. Theory and practice correctly make a distinction between expulsion in time of hostilities and in time of peace. A belligerent may consider it convenient to expel all hostile nationals residing, or temporarily staying, within its territory: although such a measure may be very hard on individual aliens, it is generally accepted that such expulsion is justifiable¹²⁵ .»

Cette opinion est partagée par la plupart des auteurs de droit international humanitaire¹²⁶.

115. La Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie a par ailleurs considéré, dans ce contexte, que c'est légalement que l'Éthiopie avait déchu de leur nationalité éthiopienne un nombre important de binationaux (Éthiopiens-Érythréens) suite à leur identification par la Commission éthiopienne de sécurité. Et d'ajouter : « Ethiopia could lawfully expel these persons as nationals of an enemy belligerent, although it was bound to ensure them the protections required by Geneva Convention IV and other applicable international humanitarian Law¹²⁷ ».

¹²⁵ Voir Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (éd.), *Oppenheim's International Law*, 1996, par. 413, p. 940 et 941; voir également sentence du 17 décembre 2004 de la Cour permanente d'arbitrage, *Erytrea c. Ethiopia Claims Commission, Partial Awards Civilian Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32*, between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, The Hague, December 2004, par. 81.

¹²⁶ Voir par exemple, Karl Doehring, « Aliens, Expulsion and Deportation » in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 8 (1985), p. 16 (« [A] State may nonetheless be justified in expelling such a group without regard to the individual behaviour of its members, if the security and existence of the expelling State would otherwise be seriously endangered, for example... during a state of war »); Gerald Draper, *The Red Cross Conventions*, p. 36 et 37 (1958), quoted in 10 *Digest of International Law*, Marjorie Whiteman (éd.), 1968, p. 274 (citing "the customary right of a State to expel all enemy aliens at the outset of a conflict"); Dieter Fleck (éd.), *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, 1995, par. 589 (5).

¹²⁷ Voir sentence du 17 décembre 2004 de la Cour permanente d'arbitrage, *Erytrea c. Ethiopia claims Commission, Partial Award Civilian Claims Erytrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32*, between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, The Hague, December 2004, par. 82.

J. Travailleurs migrants

116. Le problème des travailleurs migrants existe sur tous les continents comme l'ont montré les séminaires régionaux sur la question¹²⁸. Le phénomène ne cesse de s'amplifier avec le développement des moyens de transports internationaux. La diversité conséquente des travailleurs migrants demande pour chaque cas une attention particulière dont le défaut a souvent ouvert la voie à l'édiction de règles discriminatoires pour cette catégorie de travailleurs dans les pays d'accueil¹²⁹.

117. On entend par « travailleur migrant » une personne qui immigre d'un pays à un autre dans le but d'obtenir un emploi et non pas de se mettre à son propre compte¹³⁰. C'est dans ce sens que le terme est défini dans les conventions de l'Organisation internationale du Travail (OIT) n° 97 et n° 143¹³¹ comme : « une personne qui émigre d'un pays vers un autre pays en vue d'occuper un emploi autrement que pour son propre compte; il inclut toute personne admise régulièrement en qualité de travailleur migrant¹³² ».

118. Suivant la même inspiration, l'expression désigne, au paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille¹³³, qui n'est pas encore entrée en vigueur¹³⁴, « les personnes qui vont exercer, exercent ou ont exercé une activité rémunérée dans un État dont elles ne sont pas ressortissantes ».

119. Il est à noter que l'expression « qui vont exercer » renvoie au travailleur migrant potentiel qui détient un contrat de travail. Au total, ces définitions excluent, d'une part, toute personne qui cherche un premier emploi dans un pays étranger sans

¹²⁸ Voir Barones Elles, *International Provisions Protecting The Human Rights of Non-Citizens*, document E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1, p. 21 et 22. De manière générale pour un exposé plus détaillé sur la protection des droits des travailleurs migrants fourni par des études produites dans le cadre des Nations Unies, voir : Halima Warzari, « Exploitation of labour through illicit and clandestine trafficking » (E/CN.4/Sub.2/351); la résolution de l'Assemblée générale 2920 (XXVII) du 15 novembre 1972; le rapport de M^{me} Warzari (E/CN.4/Sub.2/L.640 du 4 juillet 1975), ainsi que le rapport du Séminaire sur les droits de l'homme des travailleurs migrants tenu à Tunis du 14 au 24 novembre 1975 (ST/TAO/HR/50), soumis par la Commission des droits de l'homme à l'Assemblée générale à sa trente et unième session (voir résolution 31/127 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 1976).

¹²⁹ Voir Barones Elles, *International Provisions Protecting the Human Rights of Non-Citizens*, document E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1, p. 22.

¹³⁰ Voir Ryszard Cholewinski, *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 101 et 102 et 150; voir également John A. Dent, *Research Paper on the Social and Economic Rights of Non-Nationals in Europe*, ECRE, p. 24 et 27.

¹³¹ Il s'agit respectivement de la Convention concernant la migration pour l'emploi (Convention n° 97 de 1949, ci-après C 97) et de la Convention concernant les migrations dans des conditions abusives et sur la promotion de l'égalité de chances et de traitement des travailleurs migrants (Convention n° 143 de 1975, ci-après C 143).

¹³² Art. 11, par. 1, de la C 97. On notera que la C 143 inclut dans la définition une personne qui « a migré » d'un pays à l'autre.

¹³³ Résolution 45/158 de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 1990. Cette convention est le résultat de l'étude sur la condition des travailleurs migrants menée par la Sous-Commission des droits de l'homme à la demande du Conseil économique et social (voir résolution 1789 (LIV) du 18 mai 1973).

¹³⁴ Si quelques pays parmi les principaux pourvoyeurs de main-d'œuvre en sont parties, aucun pays développé n'en est encore partie.

un contrat de travail déjà conclu avec son employeur, d'autre part, les travailleurs migrants illégaux. De même, elles excluent d'autres catégories de personnes telles que les travailleurs transfrontaliers, les membres des professions libérales et les artistes entrant dans un pays pour une courte période, ceux qui entrent pour les besoins d'éducation ou de formation, et les travailleurs employés dans un pays d'accueil pour une durée déterminée pour achever un travail.

120. En revanche, les instruments juridiques de l'OIT n'en excluent pas les personnes bénéficiaires du statut de réfugiés, au contraire de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille qui exclut de son champ d'application les réfugiés et les apatrides¹³⁵. La raison en est que ces catégories de personnes bénéficient déjà d'un statut international spécifique qui leur offre une protection particulière. On a relevé cependant que leur exclusion du champ de la Convention des Nations Unies crée une situation anormale dans laquelle les demandeurs d'asile sont considérés comme des « travailleurs migrants » s'ils sont autorisés à travailler dans le pays d'accueil, mais perdent ce statut de travailleurs migrants sous l'empire de cette Convention une fois que leur est accordé le statut de réfugié ou d'exilé¹³⁶.

121. Une gamme variée d'instruments juridiques internationaux offre aux travailleurs migrants une protection étendue¹³⁷. Relativement au sujet sous examen, le principe est celui de la non-expulsion collective des travailleurs migrants, les expulsions individuelles elles-mêmes étant soumises à certaines conditions que l'on examinera subséquemment dans le cadre du régime des expulsions.

122. On vient d'identifier les différentes catégories de personnes qui, de par leur situation (le fait de se trouver légalement ou illégalement sur le territoire d'un État dont ils ne sont pas des ressortissants), leur statut juridique (réfugiés, exilés, apatrides, binationaux ou multinationaux déchés de la nationalité de l'État territorial), leurs activités (travailleurs migrants), font partie des étrangers dont l'expulsion entre dans le cadre du présent sujet. Sur cette base, il y a lieu de proposer aux fins de la détermination du champ d'application le projet d'article suivant :

Article premier : Champ d'application

1. Le présent projet d'articles s'applique à toute personne se trouvant dans un État dont il n'est pas un ressortissant.
2. Il s'applique en particulier aux étrangers en situation régulière ou irrégulière dans l'État d'accueil, aux réfugiés, asilés, apatrides, travailleurs migrants, ressortissants d'un État ennemi, ressortissants de l'État expulsant ayant perdu leur nationalité ou déchés de celle-ci.

¹³⁵ Voir l'article 3 de la Convention, lequel établit la liste des catégories de personnes exclues de la couverture de la Convention.

¹³⁶ Voir R. Cholewinski, *Migrant workers in International Human Rights Law: Their protection in countries of Employment*, Clarendon Press, Oxford (1997), p. 153.

¹³⁷ Ces instruments juridiques, tant de caractère universel que régional et bilatéral, seront mentionnés et analysés le moment venu dans les rapports subséquents, notamment à l'occasion de l'examen des principes applicables en matière d'expulsion ainsi que des motifs et des conséquences de celle-ci.

II. Définitions

123. L'une des principales difficultés du sujet réside dans la détermination du sens et du contenu exacts de ces notions clefs que sont les termes « étranger » et « expulsion ». Il convient par conséquent de les cerner au mieux en recherchant leur signification précise en droit ou, à tout le moins, le sens dans lequel on entend les employer aux fins de la présente étude et du projet d'articles à venir. Comme on l'a indiqué dans le rapport préliminaire, dans la mesure où la notion d'expulsion ne se comprend qu'en relation avec celle d'étranger, on examinera celle-ci avant celle-là.

A. Étranger

124. Le terme « étranger » ne se définit pas par lui-même mais par rapport à ce qu'il n'est pas, en l'occurrence le « national » ou celui qui a la nationalité d'un État donné, ou encore par opposition aux ressortissants dudit État. Dans cet ordre d'idées, l'étranger est celui qui relève d'une autre nation ou d'un autre État, une personne qui ne possède pas la nationalité du for¹³⁸. C'est dans ce sens que le terme « étranger » s'applique, à l'article premier de la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent¹³⁹, « à tout individu qui ne possède pas la nationalité de l'État dans lequel il se trouve ».

125. L'étranger se définirait ainsi à partir d'une opposition basée sur un critère essentiel, le lien de nationalité avec l'État territorial. Ce critère ne suffirait cependant pas à déterminer par *a contrario* toutes les personnes entrant dans la catégorie « étranger » telle qu'envisagée par le présent sujet; ce d'autant plus que le langage du droit international utilise à côté du terme « national » des synonymes tels que « citoyen », « sujet¹⁴⁰ » et « ressortissant » qui ne renvoient pas nécessairement au même type de lien juridique entre l'individu et l'État territorial. On approchera donc la notion d'étranger à partir des concepts opposés précités. L'intérêt d'une telle approche est que, en déterminant parmi ces concepts les plus aptes à appréhender l'ensemble des personnes qui ressortissent à la juridiction d'un État, on identifie par là même le terme idoine pour désigner la relation d'appartenance d'un étranger à son État d'origine ou de rattachement.

126. Il s'agit très précisément de répondre à la question suivante : L'étranger s'entend-il uniquement par opposition à une personne ayant la nationalité de l'État territorial (un national), ou également par rapport à un citoyen, un sujet ou un ressortissant d'un État d'origine ou de rattachement? On examinera tour à tour chacune de ces notions.

¹³⁸ *Dictionnaire de droit international public* (sous la direction de Jean Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 468 et 469.

¹³⁹ Résolution 40/144 de l'Assemblée générale, en date du 13 décembre 1985.

¹⁴⁰ En ce qui concerne le terme « sujet », Alphonse Rivier écrit : « Sujets, nationaux, citoyens, régnicoles : autant de termes synonymes dont l'opposé est l'étranger » (voir *Principes du droit des gens*, Paris, Arthur Rousseau, t. I, 1896).

1. National

127. Employé comme substantif, le terme « national » désigne une personne qui possède la nationalité du for, la nationalité étant le lien de droit qui unit à un État déterminé une personne, physique en l'occurrence, soit dès sa naissance, soit postérieurement à sa naissance, par naturalisation, mariage ou effet de la loi. Comme l'a écrit la Cour internationale de Justice dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Nottebohm* :

« Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments joints à une réciprocité de droits et devoirs. Elle est (...) l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité est, en fait, plus directement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en fait son national¹⁴¹ ».

128. L'étranger peut être le national d'un État d'origine ou de rattachement, ou au contraire un non-national de l'État territorial ou du for. Mais ce critère de lien de nationalité est restrictif de la notion d'étranger, car tous les étrangers ne sont pas nécessairement des nationaux d'un État déterminé.

129. On se gardera en tout cas, dans le cadre du présent sujet, de déterminer l'étranger par rapport au critère de nationalité. Non seulement les conditions d'accès à la nationalité relèvent strictement du droit interne de chaque État, ce dernier pouvant octroyer ou refuser discrétionnairement sa nationalité, mais on sait combien complexe est apparu le débat sur la question de la nationalité dans la jurisprudence internationale¹⁴². Au plan du droit international, le Rapporteur spécial, Christopher John Dugard, a par ailleurs exposé dans son premier rapport sur la protection diplomatique que, bien que l'affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* était considérée comme le fondement de l'exigence d'un lien effectif entre l'individu et l'État de nationalité, l'arrêt rendu dans cette affaire était une « décision atypique », d'une part parce que des soupçons pesaient sur la régularité de l'octroi de la nationalité liechtensteinoise à Nottebohm, d'autre part parce que ce dernier avait des liens étroits avec le Guatemala¹⁴³. Le débat qui s'en est suivi a révélé une controverse doctrinale au sein de la Commission du droit international, même sur les critères d'octroi de la nationalité : *jus soli*, *jus sanguinis*, nationalité par adoption, légitimation, reconnaissance, mariage ou quelque autre moyen; « naturalisation involontaire », « naturalisation » volontaire, ou « naturalisation

¹⁴¹ Cour internationale de Justice, *Nottebohm* (deuxième phase), arrêt du 6 avril 1955, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 23.

¹⁴² Voir, par exemple, le débat sur la question dans l'avis consultatif n° 7 de la Cour permanente de justice internationale (CPJ) du 7 juillet 1923. À propos des dispositions de l'article 93 du Traité de paix du 28 juin 1919 entre les principales puissances alliées et associées et la Pologne, la Cour déclare qu'« elles élargissent considérablement les conceptions de minorité et de population en parlant, d'une part, des *habitants* des territoires ».

¹⁴³ Voir A/CN.4/506 et Corr.1, par. 106 à 109; *Annuaire de la Commission du droit international*, 2000, vol. II, deuxième partie, par. 461 et 462.

valide » suivant l'expression employée dans l'affaire *Flegenheimer*¹⁴⁴, critère de la « bonne foi ». Mieux vaut éviter cette controverse, d'autant plus que quelles que soient les opinions doctrinales et jurisprudentielles, ce sont toujours les législations nationales qui fixent les critères d'octroi de la nationalité des États.

2. Citoyen

130. Le mot « citoyen » s'entend en droit international d'un individu bénéficiant des droits politiques qui lui permettent de participer à la vie de l'État¹⁴⁵. Cette définition générale ne permet pas de déterminer la nature du lien de rattachement entre le citoyen et l'État en question. Il se peut que ce soit un lien de nationalité, car dans un certain sens le citoyen est synonyme de national, ou de ressortissant d'un État. C'est ce que confirme un avis juridique du Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies qui écrivait en 1980 :

« (...) La "nationalité" et la "citoyenneté" relèvent dans l'ensemble de la législation nationale, sauf lorsque le pouvoir discrétionnaire de l'État est limité par les obligations internationales. Les deux termes visent le statut de l'individu dans ses rapports avec l'État. Ils sont parfois utilisés de façon synonyme mais ne définissent pas nécessairement les mêmes rapports avec l'État¹⁴⁶ ».

131. En effet, la citoyenneté ne coïncide pas toujours avec la nationalité, du moins en ce qui concerne le fondement juridique de l'une et l'autre ainsi que la nature de leurs rapports respectifs avec l'État. Le droit de l'Union européenne illustre fort bien cette observation. Il affirme que la citoyenneté est celle de l'Union cependant que la nationalité est celle de chaque État membre. L'article 17 du Traité instituant la Communauté européenne dispose à cet égard :

« 1. Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas.

2. Les citoyens de l'Union jouissent des droits et sont soumis aux devoirs prévus par le présent traité¹⁴⁷ ».

¹⁴⁴ Voir A/CN.4/506 et Corr.1, par. 102 à 104; *Annuaire de la Commission du droit international*, 2000, vol. II, deuxième partie, par. 464 et 465.

¹⁴⁵ L'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (voir résolution de l'Assemblée générale 2200 A (XXI), annexe) dispose :

« Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2, sans restrictions déraisonnables :

- a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis;
- b) De voter et d'être élu (...);
- c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays. »

¹⁴⁶ *Annuaire juridique des Nations Unies*, 1980, p. 209.

¹⁴⁷ Art. 17 (ex-art. 8) du Traité instituant la Communauté européenne. Notons que le Traité reconnaît aux citoyens européens le bénéfice de nombreux droits dont certains sont généralement attachés à la nationalité, notamment : libre circulation et libre séjour sur le territoire des États membres (art. 18); droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et aux élections au Parlement européen dans l'État membre où il réside (art. 19); droit à la protection diplomatique de tout État membre dans les pays tiers où son État n'est pas représenté (art. 20); droit de pétition, droit de s'adresser au médiateur (art. 21).

132. Certes, l'accès à la citoyenneté européenne est clairement conditionné par la possession de la nationalité d'un État membre de l'Union européenne. Il reste que la jouissance par un national d'un État membre de l'Union des droits liés à la citoyenneté européenne dans un autre État de l'Union dont cette personne n'a pas la nationalité n'est pas tributaire de ce dernier lien juridique, mais du seul lien de citoyenneté. Autrement dit, un Européen ne peut être étranger dans aucun État membre de l'Union européenne, et ce, alors même qu'il aurait la nationalité d'un seul État membre de l'Union. Sous ce rapport, la citoyenneté est donc plus large que la nationalité et soustraite à la catégorie d'étrangers des personnes qui en seraient suivant le seul critère de la nationalité.

3. Sujet

133. Un sujet s'entend d'une personne assujettie à un monarque ou un prince vis-à-vis de qui il fait allégeance. Il est en monarchie ce que le citoyen est en république. On parlera par exemple de citoyens de la République française, des États-Unis d'Amérique ou de la République du Cameroun, et des sujets espagnols, belges ou de Sa Gracieuse Majesté britannique. C'est en ce sens que la Convention du 1^{er} mars 1839 conclue entre la Belgique et l'Espagne pour régler la faculté d'acquérir et de succéder entre les sujets de deux États stipulait que « lors de l'exportation des biens recueillis, à quelque titre que ce soit, par des sujets belges dans les États de Sa Majesté le Roi des Belges, il ne sera prélevé sur ces biens aucun droit de déduction ou d'immigration (...)»¹⁴⁸.

134. À l'époque coloniale, le terme « sujets » désignait les nationaux indigènes habitant les colonies par opposition aux citoyens venant de la métropole¹⁴⁹. Une note du Service juridique du Ministère français des affaires étrangères du 12 janvier 1935 précisait : « L'expression "ressortissant" est généralement considérée en France comme visant outre les Français de la métropole, les sujets coloniaux et les ressortissants des pays de protectorat (...). Pour les sujets, aucun doute n'est possible; pour les protégés, qui sont parfois désignés à côté des ressortissants, la chose étant moins certaine (...)»¹⁵⁰.

135. Le *Dictionnaire de droit international public* ajoute que l'expression « sujet » est aussi « synonyme de national ou citoyen¹⁴⁹ ». Mais de ce qui précède, on peut noter que le terme « ressortissant » peut signifier les trois catégories de personnes à la fois.

4. Ressortissant

136. Dans son usage courant, le terme « ressortissant » est synonyme de « national ». Mais la synonymie entre les deux termes se dégage également de certains instruments juridiques internationaux¹⁵¹ ainsi que de la jurisprudence internationale.

¹⁴⁸ Voir art. 2, *Consolidated Treaty Series* (CTS), vol. 88, p. 329.

¹⁴⁹ *Dictionnaire de droit international public* (sous la direction de Jean Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1061.

¹⁵⁰ Voir A. Kiss, *Répertoire*, t. II, n° 438, p. 236. Voir également A. Pillet et J. P. Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, Sirey, 1924, p. 66, note 2.

¹⁵¹ Par exemple, aux termes de l'article 30, par. 1, de la Convention européenne d'établissement, signée à Paris le 13 décembre 1955 : « Sont considérés comme ressortissants aux termes de la présente Convention les personnes physiques possédant la nationalité d'une des Parties

137. Dans la question posée par le Conseil de la Société des Nations à la Cour permanente de justice internationale dans l'avis consultatif n° 7, le Conseil semble donner à l'expression « ressortissant » la signification de « personne ayant la nationalité de ». En introduction à sa question, le Conseil relève en effet : « Le Gouvernement polonais a décidé de traiter certaines personnes, anciens ressortissants allemands, comme n'ayant pas acquis la nationalité polonaise et comme continuant à posséder la nationalité allemande ce qui les expose en Pologne à l'application à leur égard du régime concernant les personnes de nationalité non polonaise, notamment de nationalité allemande¹⁵² ».

138. Dans son arrêt rendu dans l'affaire de Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, la Cour permanente écrit :

« (...) De l'avis de la Cour, la notion de “ressortissant” comprend également les communes telles que la Ville de Ratibor. Il est exact, comme il a été exposé, à propos du cas de la Société Königsund – und Laurahütte, que le terme “ressortissant” dans la Convention de Genève vise, en général, les personnes physiques. Mais une relation analogue à celle qui existe entre les personnes physiques et l'État et qu'on appelle la nationalité existe également, quoique sous une forme différente, pour les corporations de droit public¹⁵³ ».

139. La question du *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig* est révélatrice d'une conception restrictive de la notion de « nationaux » (traduit en anglais par « *nationals* ») laissant entendre que d'autres personnes de la même origine et parlant la même langue ne seraient pas automatiquement des nationaux, et que ce terme ne coïncide pas avec celui de « ressortissants ». On a d'ailleurs fait valoir dans cette affaire que « si la discrimination n'était interdite que du fait de la nationalité, de l'origine ou de la langue polonaise, il serait possible pour Dantzig de fermer son territoire à tous les Polonais, pourvu que l'exclusion s'appliquât également aux autres étrangers¹⁵⁴ », soulignant ainsi la distinction entre les nationaux d'un État et les personnes d'origine de cet État.

140. En revanche, il ressort du même avis que le terme « ressortissant » recouvrirait bien les trois catégories de personnes qui étaient en cause dans cette affaire. La Cour permanente relève en effet que lorsque la Conférence des ambassadeurs procéda à l'élaboration de la Convention relative au statut de la ville libre de Dantzig, elle avait devant elle trois projets préliminaires dont l'un était soumis par la ville de Dantzig et les deux autres par la Pologne : « Le projet dantzikoïse contenait des dispositions détaillées, relatives aux droits des ressortissants des deux Parties contractantes [...]. Le second projet polonais contenait des dispositions en vue du traitement national des ressortissants polonais fondé sur le principe de réciprocité »; la Cour permanente ajoute d'ailleurs que « la question du traitement national des ressortissants polonais, (...) avait été soulevée, tant dans le projet dantzikoïse que dans les projets polonais (...) », mais qu'« au lieu d'accorder aux ressortissants polonais à Dantzig le traitement national (...) », la Conférence des ambassadeurs traita la matière dans l'article 30 qui accorde « aux nationaux polonais et autres

contractantes. »

¹⁵² Cour permanente de justice internationale, avis consultatif n° 7 du 7 juillet 1923, série B, p. 6.

¹⁵³ Ibid., arrêt du 25 mai 1926, série A, n° 7, p. 74.

¹⁵⁴ Ibid., avis consultatif du 4 février 1932, série A/B, n° 44, p. 41.

personnes d'origine ou de langue polonaise », non pas le traitement national, « mais bien le régime de protection des minorités¹⁵⁵ ».

141. Dans l'avis consultatif du 6 avril 1935 à propos des Écoles minoritaires en Albanie, la Cour permanente de justice internationale confirme pour ainsi dire le caractère englobant de l'expression « ressortissant » par rapport à celle de « national » quand elle écrit que pour atteindre l'idée qui est à la base de tout traité de protection des minorités, il faut tout d'abord « assurer que les ressortissants¹⁵⁶ appartenant à des minorités de race, de religion ou de langue se trouvent, à tous les points de vue, sur un pied de parfaite égalité avec les autres ressortissants de l'État¹⁵⁷ ». La Cour permanente relevait par ailleurs que « [t]ous les ressortissants albanais jouissent de l'égalité en droit stipulée dans l'article 4¹⁵⁸ » de la Déclaration du 20 octobre 1921, et a établi que l'alinéa 1 de l'article 5 de cette Déclaration « assure aux ressortissants albanais appartenant à des minorités de race, de religion ou de langue, le droit stipulé dans la seconde phrase de cet alinéa (...)»¹⁵⁹ ».

142. Dans l'affaire relative aux *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis)*, comme dans toutes les affaires portées devant la Cour internationale de Justice et sa devancière et où sont en cause les ressortissants d'une des parties, le terme « ressortissant » est traduit en anglais par « nationals ». Dans cette affaire, la France priait la Cour de dire et juger que « les privilèges des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc sont uniquement ceux qui résultent du texte des articles 20 et 21 du traité du 16 septembre 1836 (...)»¹⁶⁰ ». Quant au Gouvernement des États-Unis d'Amérique, il estimait que la compétence judiciaire que les traités de 1787 et 1836 ont conférée aux États-Unis existait au civil et au criminel « pour toutes les affaires entre citoyens américains », et que les États-Unis ont acquis au Maroc, par l'effet de la clause de la nation la plus favorisée ainsi que par la coutume, « une compétence judiciaire pour toutes les affaires où un citoyen ou protégé américain est défendeur¹⁶¹ ». Il est vrai que l'article 21 du traité de 1836 employait le terme « citoyen¹⁶² » et non pas celui de ressortissant, mais assurément pour signifier la même chose que cette dernière expression. La Cour elle-même employa l'un et l'autre termes comme équivalents. Dans les motifs de l'arrêt, elle rappela que les privilèges les plus étendus que le Maroc ait accordés en matière de juridiction consulaire étaient octroyés aux « ressortissants britanniques » sur la base du traité général de 1856, que la juridiction au civil et au pénal était établie en vertu du traité de 1861 dans toutes les affaires dans lesquelles « des ressortissants espagnols étaient défendeurs », et que, par conséquent, les États-Unis

¹⁵⁵ Ibid., p. 34.

¹⁵⁶ Traduit en anglais par le terme « *nationals* ».

¹⁵⁷ Cour permanente de justice internationale, avis consultatif du 6 avril 1935, série A/B, n° 62, p. 17.

¹⁵⁸ Ibid., p. 19.

¹⁵⁹ Ibid., p. 22.

¹⁶⁰ Cour internationale de Justice (CIJ), arrêt du 27 août 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 179. Dans le texte : anglais : « The privileges of the nationals of the United States of America in Morocco are only those which result from the text of Articles 20 and 21 of the Treaty of September 16th, 1836 (...) ».

¹⁶¹ *C.I.J. Recueil 1952*, arrêt du 27 août 1952, p. 186.

¹⁶² Cet article disposait : « Si un citoyen des États-Unis tue ou blesse un Maure ou si, à l'inverse, un Maure tue ou blesse un citoyen des États-Unis, la loi du pays s'appliquera et justice égale sera rendue, le consul assistant au procès; (...) » (*C.I.J. Recueil 1952*, arrêt du 27 août 1952, p. 189).

avaient acquis la juridiction consulaire en matière civile et criminelle, en vertu de la clause de la nation la plus favorisée, « dans toutes les affaires où des ressortissants des États-Unis étaient défendeurs¹⁶³ ». Dans un point du dispositif de l'arrêt, la Cour dit, à l'unanimité, que les États-Unis ne sont pas fondés à prétendre « que l'application aux citoyens des États-Unis des lois et règlements de la zone française au Maroc requiert l'assentiment du Gouvernement des États-Unis, mais que les tribunaux consulaires des États-Unis peuvent refuser d'appliquer aux citoyens des États-Unis les lois et règlements auxquels le Gouvernement des États-Unis n'a pas donné son assentiment¹⁶⁴ ». Les termes « nationaux », « citoyens » et « ressortissants » paraissent à première vue équivalents. Pourtant, l'idée que la notion de « ressortissant » aurait en droit international un contenu plus étendu que celle de « national » et de « citoyen » ne perce-t-elle pas déjà à travers la référence faite dans cette affaire par les États-Unis, dans ses conclusions, à « toutes affaires où un citoyen ou protégé américain est défendeur »?

143. Le lien de nationalité étant le fondement de l'action de l'État aux fins de la protection diplomatique, le terme « ressortissant » tel qu'employé dans diverses affaires de protection diplomatique portées devant la Cour est synonyme de « national » ou de « personne ayant la nationalité de ».

144. Dans l'affaire du Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis d'Amérique à Téhéran (*États-Unis d'Amérique c. Iran*)¹⁶⁵, les parties et la Cour elle-même ont utilisé indifféremment les termes « ressortissant » et « citoyen » comme des synonymes et dans un sens restreint signifiant la même chose que « national » ou « individu ayant la nationalité américaine ». Ainsi, dans leurs conclusions dans cette affaire, le Gouvernement américain arguait de ce qu'il avait entrepris son opération en Iran pour « sauver les ressortissants américains » victimes de l'attaque de l'armée iranienne contre son ambassade¹⁶⁶, et demandait « la libération immédiate de tous les ressortissants des États-Unis » détenus dans le bâtiment de l'ambassade¹⁶⁷, la réparation aux États-Unis, « sur la base de leur droit propre et dans l'exercice de leur droit de protection diplomatique à l'égard de leurs ressortissants¹⁶⁸ ». Rappelant les faits de l'espèce dans son arrêt, la Cour releva qu'après que les « militants » iraniens se furent emparés de l'ambassade, « des membres du personnel, ainsi qu'un autre ressortissant des États-Unis capturés ailleurs dans Téhéran », ont été amenés plus tard à l'ambassade et pris en otages¹⁶⁹. La Cour parle aussi, quelques paragraphes plus loin, du « nombre total de citoyens américains capturés¹⁷⁰ » ainsi que de « deux autres ressortissants des États-Unis n'ayant ni statut diplomatique ni statut consulaire¹⁷¹ »; des visas délivrés « à des citoyens iraniens pour entrée ultérieure aux États-Unis (...) annulés » et de l'interdiction par le Gouvernement des États-Unis à ses « ressortissants » de se rendre en Iran¹⁷². Dans les motifs de son arrêt, la Cour note, entre autres : « La

¹⁶³ *C.I.J. Recueil 1952*, arrêt du 27 août 1952, p. 190.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 213.

¹⁶⁵ Cour internationale de Justice, arrêt du 24 mai 1980, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 43.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 18, par. 32.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 6, par. 7.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 6 et 7.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 12, par. 17.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 13, par. 21.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 13, par. 22.

¹⁷² *Ibid.*, p. 17, par. 31.

préoccupation qu'a pu éprouver le Gouvernement des États-Unis quant au sort de ses ressortissants détenus en otages à l'ambassade depuis plus de cinq mois est certes compréhensible¹⁷³ ». Et au point 3 du dispositif, elle décide que l'Iran doit faire cesser immédiatement la détention illicite des membres du personnel diplomatique « et d'autres ressortissants des États-Unis détenus en otages¹⁷⁴ ».

145. Employant également le terme « ressortissant » au sens de « national », l'Allemagne estimait dans ses conclusions dans l'affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*¹⁷⁵, qu'en n'informant pas sans retard Karl et Walter LaGrand après leur arrestation de leurs droits en vertu de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, les États-Unis ont violé leurs obligations juridiques internationales tant en ce qui concerne les droits propres de l'Allemagne que « le droit de cette dernière d'exercer sa protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants »; que, conformément aux obligations juridiques internationales en question, les États-Unis devront donner à l'Allemagne la garantie que, notamment, « dans tous les cas futurs de détention de ressortissants allemands ou d'action pénale à l'encontre de tels ressortissants » le droit et la pratique des États-Unis ne feront pas obstacle à l'application du droit international¹⁷⁶. La Cour constate dans le rappel des faits de l'espèce que « Walter LaGrand et Karl LaGrand étaient nés en Allemagne respectivement en 1962 et 1963 et étaient ressortissants allemands¹⁷⁷ ». Elle n'a pas retenu les objections des États-Unis sur le point de savoir si l'Allemagne avait « qualité pour faire valoir [ces] droits au nom de ses ressortissants¹⁷⁸ ». La synonymie, dans le langage de la Cour, entre « ressortissant » et « personne ayant la nationalité de » apparaît très clairement lorsque la Cour « conclut que le paragraphe 1 de l'article 36 crée des droits individuels qui, en vertu de l'article premier du protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité¹⁷⁹ ». Et elle dit au point 7 du dispositif de son arrêt que « si des ressortissants allemands devaient néanmoins être condamnés à une peine sévère » sans que les droits qu'ils tiennent de la Convention de Vienne soient respectés, les États-Unis devront permettre, suivant les moyens de leur choix, le réexamen et la révision du verdict¹⁸⁰.

146. Dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, le Mexique, dans ses conclusions finales, a prié la Cour de dire et juger que les États-Unis « ont violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet État d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants¹⁸¹ ». Il présente en outre les demandes qui lui sont propres en se fondant sur le préjudice qu'il déclare « avoir subi lui-même, directement et à travers ses ressortissants¹⁸² ». L'identité entre les termes « ressortissant » et « national » ou « possesseur de la nationalité

¹⁷³ Ibid., p. 43, par. 93.

¹⁷⁴ Ibid., p. 44, par. 95.

¹⁷⁵ Voir arrêt du 27 juin 2001, *C.I.J. Recueil 2001*; voir également l'affaire *Bréard (mesures conservatoires)* CIJ, ordonnance du 9 avril 1998, *C.I.J. Recueil 1998*.

¹⁷⁶ Voir arrêt du 27 juin 2001, *C.I.J. Recueil 2001*, par. 11 et 12.

¹⁷⁷ Ibid., par. 13 et 16.

¹⁷⁸ Ibid., par. 42.

¹⁷⁹ Ibid., par. 77.

¹⁸⁰ Ibid., par. 128.

¹⁸¹ Voir arrêt du 31 mars 2004, *CIJ. Recueil 2004*, par. 40.

¹⁸² Ibid. Le terme est utilisé de cette manière dans de nombreux autres paragraphes de l'arrêt. Outre ceux cités ci-dessus, voir également par. 69 et 102.

d'un État » relevée dans l'affaire *LaGrand* est ici largement confirmée. En effet, après avoir rappelé le passage du paragraphe 77 précité de l'arrêt rendu dans l'affaire *LaGrand*¹⁸², la Cour examine « la question de la double nationalité qu'auraient certains ressortissants mexicains faisant l'objet des demandes du Mexique¹⁸³ ». Les États-Unis ont objecté à cette demande en tenant pour « un principe généralement admis que, lorsqu'une personne arrêtée ou placée en détention dans l'État de résidence est ressortissante de cet État, l'article 36 n'est pas applicable, même si cette personne est également ressortissante d'un autre État partie à la convention de Vienne (...); et le Mexique a indiqué que, aux fins de la présente affaire, il ne conteste pas que les ressortissants ayant la double nationalité ne peuvent prétendre à un droit d'être informés en vertu de l'article 36¹⁸³ ». La Cour a relevé que le Mexique, outre qu'il cherche « à exercer la protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants », présente une demande en son nom propre; qu'il peut faire valoir une violation de l'article 36 de la Convention de Vienne à l'égard de « n'importe lequel de ses ressortissants », à charge pour les États-Unis « de démontrer que l'intéressé étant également ressortissant des États-Unis » ne peut se voir appliquer l'article 36¹⁸⁴. Plus significativement encore, la Cour relève que le Mexique affirme s'être acquitté de la charge de prouver que les cinquante-deux personnes en cause dans cette affaire « étaient des ressortissants mexicains » « en fournissant à la Cour les extraits d'acte de naissance de ces ressortissants, ainsi que des déclarations de quarante-deux d'entre eux, attestant qu'ils n'ont pas acquis la nationalité américaine¹⁸⁵ ». Si la charge de la preuve devait être partagée en l'occurrence, c'est, de l'avis des États-Unis, parce que « des personnes de nationalité mexicaine peuvent aussi avoir acquis de plein droit la nationalité américaine, du fait notamment de la date et du lieu de naissance, du lieu de résidence ou de la situation matrimoniale de leurs parents au moment de leur naissance¹⁸⁶ ». La Cour estime dès lors qu'il appartient au Mexique de démontrer que « les cinquante-deux personnes identifiées (...) étaient de nationalité mexicaine au moment de leur arrestation »; et elle constate que le Mexique « a produit à cet effet des extraits d'acte de naissance et des déclarations de nationalité, dont le contenu n'a pas été contesté par les États-Unis¹⁸⁷ ». On voit bien qu'il y a dans le langage des uns et des autres, des parties comme de la Cour, une indifférenciation entre les notions de ressortissant, de national, et même de citoyenneté. Les États-Unis n'ont-ils pas exposé dans la même affaire que « des millions d'étrangers résident, légalement ou illégalement sur son territoire, et que, par ailleurs, la législation américaine en matière de citoyenneté est très généreuse¹⁸⁸ »? La Cour relève que ni la langue ni l'apparence ne suffisent pas à indiquer qu'il s'agit d'un étranger; que le nombre élevé d'étrangers vivant aux États-Unis suggère précisément « qu'il serait souhaitable de se renseigner systématiquement sur la nationalité de l'intéressé lors de sa détention »¹⁸⁸. Elle constate qu'il ne lui a été soumis aucun élément indiquant qu'il y eût en même temps dans le cas d'une des personnes concernées (M. Salcido, cas n° 22) « des indices de nationalité mexicaine » qui auraient dû déclencher rapidement des recherches de la part des

¹⁸³ Voir arrêt du 31 mars 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, par. 41

¹⁸⁴ *Ibid.*, par. 42.

¹⁸⁵ *Ibid.*, par. 55.

¹⁸⁶ *Ibid.*, par. 56.

¹⁸⁷ *Ibid.*, par. 57.

¹⁸⁸ *Ibid.*, par. 64.

autorités¹⁸⁹. Et c'est en se référant aux « ressortissants mexicains » que la Cour se prononce aux points 6, 7, 9 et 11 de son dispositif¹⁹⁰.

147. À côté de cette signification restrictive où le terme « ressortissant » veut dire la même chose que « ayant la nationalité », ce terme a aussi une acception bien trop large en droit international, en particulier lorsque lui est adjoint l'épithète « ennemi ». Ainsi un « ressortissant ennemi » désigne une « personne physique ou morale relevant juridiquement, à l'estime d'un belligérant, d'une puissance ennemie, selon des critères de rattachement qui peuvent varier d'un droit interne à l'autre¹⁹¹ » : l'allégeance d'une personne à une telle puissance, ou plus précisément, comme la Cour l'a indiqué, suivant en cela le Liechtenstein dans sa réplique dans l'affaire *Nottebohm*, « la nationalité, résidence, liens personnels ou commerciaux en tant que preuve d'allégeance ou l'inclusion dans une liste noire¹⁹² ». Comme on peut le constater, l'éventail des personnes concernées est très large puisqu'il suffit que des personnes aient fait acte d'allégeance à l'égard de la puissance ennemie en question « sans qu'il y ait à rechercher leur nationalité¹⁹³ » pour qu'elles soient considérées comme des « ressortissants » de ladite puissance.

148. Ce n'est pas dans un sens aussi large que le Rapporteur spécial envisage la notion de « ressortissant » dans le cadre du présent sujet. Il existe une acception que l'on pourrait qualifier d'intermédiaire, entre la réduction de ce terme à la notion de nationalité et son extension à tous ceux qu'un État en guerre peut décider de désigner comme ressortissants de l'État ennemi pour cause d'allégeance jugée coupable. Certes, les États peuvent décider par voie d'accord de donner à ce terme le sens qu'ils veulent. Mais le sens visé par le Rapporteur spécial dans le présent rapport, tout en étant englobant demeure précis : il couvre, à côté des nationaux, les personnes qui relèvent de l'autorité d'un État donné du fait d'un lien juridique particulier, comme le statut de réfugié ou d'asilé ou le rapport juridique né d'une situation d'apatridie, ou encore d'un lien de sujétion tel que le mandat ou le protectorat. Ainsi par exemple, dans une note du service juridique du Ministère français des affaires étrangères, en date du 12 janvier 1935, « l'expression "ressortissants" est généralement considérée en France comme visant, outre les Français de la métropole, les sujets coloniaux et les ressortissants des pays de protectorat (...). Pour les sujets, aucun doute n'est possible; pour les protégés, qui sont parfois désignés à côté des ressortissants, la chose étant moins certaine, la formule suivante est suggérée : "Tous les ressortissants français, y compris les protégés français"¹⁹⁴ ».

149. Le sens précis dans lequel cette expression sera utilisée dans le cadre du présent sujet est cependant fourni par la sentence rendue le 30 décembre 1927 par le Tribunal arbitral mixte franco-allemand dans l'affaire *Falla-Nataf et frères c. État allemand* :

¹⁸⁹ Ibid., par. 66.

¹⁹⁰ Ibid., par. 153.

¹⁹¹ *Dictionnaire de droit international public* (sous la direction de Jean Salmon), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1001.

¹⁹² Cour internationale de Justice, *Nottebohm* (1955) (*Liechtenstein c. Guatemala*), *Réplique du Gouvernement du Liechtenstein, Mémoires, Plaidoiries et Documents*, vol. I, p. 410 et 411

¹⁹³ Note du service juridique du Ministère français des affaires étrangères, 18 février 1937; voir Alexandre Kiss, *Répertoire*, t. VI, n° 883, p. 441.

¹⁹⁴ Voir Alexandre-Charles Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, t. II, n° 438, p. 236.

« Attendu que le défendeur a fait valoir que la requérante, étant de nationalité tunisienne, donc protégée française, ne peut pas être considérée comme ressortissant d'une puissance alliée ou associée (...).

Attendu que l'expression *ressortissants* figurant à l'article 297 e du Traité de Versailles n'est pas restreinte aux *nationaux* d'un État, mais que cette expression comprend également tous ceux qui, par quelque rapport juridique autre que la nationalité propre, relèvent d'un État¹⁹⁵ ».

150. Ainsi, donc, on entendra par « ressortissant » toute personne qui, par quelque rapport juridique, y compris la nationalité, relève d'un État donné.

151. Au regard des considérations qui précèdent, il y a lieu de proposer que l'expression « étranger » désigne, dans le cadre du présent sujet, le *ressortissant* d'un État autre que l'État d'accueil ou l'État territorial, ou à l'inverse un « non-ressortissant¹⁹⁶ » de ce dernier.

152. Bien sûr une conception aussi large de la notion de « ressortissant » expose au risque que des individus revendiquent par usurpation ou par pur opportunisme la qualité de ressortissants d'un État dont ils n'ont ni la nationalité ni aucun lien de rattachement sérieux avec lui, uniquement parce qu'ils préfèrent, pour diverses raisons, être expulsés vers cet État. On ne peut nier qu'un tel risque existe, et de fait on constate couramment une telle situation en pratique. Mais il revient à chaque État de préserver sa nationalité, sa citoyenneté et autres liens juridiques qui rattachent à lui ses ressortissants, en sécurisant l'acquisition ou la délivrance par ses services des pièces officielles relatives au statut des personnes, notamment les documents d'état civil, la carte d'identité nationale, le passeport. Ce n'est pas à l'État expulsant d'établir l'authenticité de ces pièces, mais bien évidemment à l'État dont se réclame la personne en situation d'expulsion.

B. Expulsion

153. Le mot « expulsion » est généralement employé dans un sens large et imprécis pour désigner un ensemble de mesures ou de faits ayant pour but ou pour effet de contraindre un individu à quitter le territoire d'un État. L'expulsion se conçoit ainsi par rapport à un espace territorial donné, ou plus largement par rapport au territoire et tous autres lieux où l'État expulsant exerce des compétences souveraines. Son sens exact se dégagera, d'une part, à la faveur de sa démarcation par rapport à certaines notions voisines, d'autre part, après la détermination du rôle exact du franchissement de la frontière territoriale de l'État expulsant dans le processus d'expulsion.

1. Expulsion et notions voisines

154. L'expression « expulsion » côtoie plusieurs termes voisins qui ont avec lui des points communs et dont certains pourront être intégrés au processus d'expulsion tel qu'envisagé dans le cadre du présent sujet, cependant que d'autres demeurent des concepts tout à fait distincts. Il en est ainsi en particulier des termes déportation,

¹⁹⁵ Voir *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes institués par les Traités de paix*, Recueil Sirey, Paris, 1928, t. VII, p. 653.

¹⁹⁶ Sur cette notion de « non-ressortissant », un groupe de travail de la Troisième Commission de l'Assemblée générale a fourni des explications plutôt embarrassées dans un document du 24 octobre 1980, *Annuaire juridique des Nations Unies*, 1980, p. 209.

extradition, éloignement, reconduite à la frontière, refoulement et non-admission, et transfert.

a) *Déportation*

155. Le terme « déportation » a une charge historique particulière en tant qu'il est étroitement lié à certains événements dramatiques de la Deuxième Guerre mondiale. Dans ce contexte, et de façon plus générale celui du droit de la guerre, il s'entend d'un déplacement forcé ou d'un transfert forcé d'individus ou de groupes de populations civiles – qui sont des personnes protégées aux termes des Conventions de Genève de 1949 – hors d'un territoire occupé. À cet égard, l'article 6 du statut du Tribunal de Nuremberg contenu dans l'Accord de Londres concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe du 8 août 1945 mentionne, parmi les actes soumis à la juridiction du Tribunal et devant entraîner la responsabilité individuelle de leurs auteurs, « la déportation pour travaux forcés ou pour tout autre but des populations civiles dans les territoires occupés¹⁹⁷ ».

156. Le principe est l'interdiction des « transferts forcés, en masse ou individuels ainsi que les déportations des personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la puissance occupante ou dans celui de tout autre État occupé ou non¹⁹⁸ ». On comprend que le Conseil de sécurité se soit dit « gravement alarmé » en 1992 par les informations faisant état entre autres, de « l'expulsion et [de] la déportation massives et forcées de civils » sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, en particulier en Bosnie-Herzégovine¹⁹⁹.

157. Hors ce contexte historique et celui du droit de la guerre, le terme « déportation » n'est pas employé de manière uniforme en droit international. Il semble que les expressions « déportation » et « expulsion » soient considérées comme interchangeable dans la pratique anglo-américaine en dépit du fait qu'il existe techniquement une différence entre les deux procédures²⁰⁰. En effet, il est fait, en droit international, une distinction entre la déportation qui signifie le pouvoir de l'État d'envoyer sous la contrainte l'étranger dans n'importe quel pays choisi par l'État déportant alors que l'expulsion signifie que l'étranger pourrait être éjecté du

¹⁹⁷ Voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 289.

¹⁹⁸ Il est toutefois admis que « la puissance occupante pourra procéder à l'évacuation totale ou partielle d'une région occupée déterminée, si la sécurité des populations ou d'impérieuses raisons militaires l'exigent. Les évacuations ne pourront entraîner le déplacement de personnes protégées qu'à l'intérieur du territoire occupé, sauf en cas d'impossibilité matérielle. La population ainsi évacuée sera ramenée dans ses foyers aussitôt que les hostilités dans ce secteur auront pris fin (...) » (art. 49 de la Convention de Genève IV de 1949; voir aussi les articles 70 et 147 de la même Convention).

¹⁹⁹ Résolution 771 (1992) du Conseil de sécurité, en date du 13 août 1992.

²⁰⁰ Voir Sohn et Buergenthal, *The Movement of Persons across Border*, Studies in Transnational Legal Policy, vol. 23, Washington, American Society of International Law, 1992, par. 12.03, p. 90. Le *Black's Law Dictionary* (Bryan Gardner Ed. in Chief, Thomson West, 8th ed. 2004, p. 471) définit le mot « deportation »: « The act or an instance of removing a person to another country; esp., the expulsion or transfer of an alien from a country »; voir dans le même sens, *A Dictionary of Modern Legal usage*, 2nd ed., O.U.P., 1995. On note également cette hétérogénéité dans l'utilisation du terme « déportation » dans les législations nationales où il n'est guère employé dans un sens très différent de celui de l'expulsion: voir par exemple les législations du Nigéria, de la République de Corée, de l'Espagne, document A/CN.4/565, par. 183, note 371.

territoire de l'État expulsant qui doit fixer la destination avec l'accord de l'expulsé et en tout cas vers l'État dont celui-ci est un ressortissant.

158. On a suggéré que le terme « déportation » soit entendu comme signifiant les mesures d'application prises par l'autorité nationale compétente pour mettre en œuvre l'expulsion des étrangers²⁰¹, s'appuyant à cet égard sur les auteurs de culture juridique anglo-saxonne qui, on vient de le voir, emploient indifféremment les mots « expulsion » et « déportation » pour signifier la même chose²⁰². Il se peut que cela ne soulève pas de problème sémantique particulier dans la langue anglaise. Mais s'agissant d'un mot lourdement connoté en raison de la charge historique évoquée ci-dessus, il n'est pas reçu ou perçu de la même façon dans toutes les langues. En particulier, il y aurait quelque difficulté à faire passer en français l'idée que la déportation puisse être une simple mesure d'accompagnement ou d'exécution concrète de l'expulsion. Aussi le Rapporteur spécial propose-t-il que l'expression « déportation » soit entendue, au moins pour ce qui est de la langue française, dans le sens qu'il a en droit de la guerre tel que rappelé précédemment, et son usage limité à ce contexte.

b) *Extradition*

159. L'extradition est une institution de la coopération judiciaire entre États. C'est un mécanisme juridique par lequel un État A, appelé État requis, livre volontairement une personne – en l'occurrence un justiciable – qui se trouve sur son territoire, à un État B à la demande de ce dernier²⁰³ – appelé État requérant – qui le réclame aux fins de poursuites judiciaires ou d'exécution d'une peine²⁰⁴.

160. Contrairement à l'expulsion, l'extradition n'est donc pas une décision unilatérale d'un État. Elle est la réponse de l'État requis à une demande de l'État requérant. Son fondement juridique n'est pas tout entier dans l'ordre juridique interne de l'État qui extradé comme l'est celui de l'expulsion qui repose sur le droit interne de l'État expulsant; il repose en général sur une combinaison des législations

²⁰¹ A/CN.4/565, par. 184.

²⁰² Ainsi, par exemple, Roman Rewald parle de « Expulsion of aliens (which involves deportation and extradition » (voir « Judicial Control of Administrative Discretion in the Expulsion and Extradition of Aliens », *34 Am. J-Comp. L. Sup.* 451 (1986)); le « Governing Rule 12 » publié dans *23 Stud. Transnat'l Legal Rol'y* 89 (1992) est intitulé « Expulsion or Deportation »; dans des « Notes » du *Minnesota Law Review*, *37 Min. L. Rev.*, 440 (1952-1953) on peut lire : « Recent Supreme Court decisions have helped to crystallize the always-competing policies underlying the question of the constitutional restraints on the handling of the expulsion and exclusion powers. The number of deportations is increasing and the Attorney General announced that he would exclude a long-time resident from re-entry into the country where he has made his home ».

²⁰³ M. Brownlie écrit : « Where this co-operation rests on a procedure of request and consent, regulated by certain general principles, the form of international judicial assistance is called extradition » : Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 8th ed., Oxford University Press, p. 318.

²⁰⁴ Voir e. a., Jennings and Watts (éd.), *Oppenheim's International Law*, vol. I – Peace, 9th ed., 1996, par. 415. M. Gaja pense que l'on peut considérer l'extradition comme une sous-catégorie de l'expulsion à laquelle s'appliquent des règles particulières, mais reconnaît lui-même qu'en raison de la spécificité de son régime elle est généralement considérée comme une mesure juridique distincte et comme telle tenue hors du champ d'étude de l'expulsion : G. Gaja, « Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law », *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, p. 283 à 314 (notamment p. 291).

nationales des États impliqués dans la procédure d'extradition et les dispositions des instruments juridiques internationaux de caractère bilatéral ou multilatéral, et le mécanisme est sous-tendu par le principe de réciprocité. L'article premier de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 dispose en ce sens que les Parties contractantes « s'engagent à se livrer, réciproquement, selon les règles et sous les conditions déterminées par les articles suivants, les individus qui sont poursuivis pour une infraction ou recherchés aux fins d'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté par les autorités judiciaires de la Partie requérante ».

161. Lorsque l'obligation d'extrader n'est pas de nature conventionnelle, voire coutumière – comme le prétendait par exemple le Pérou dans l'affaire *Haya de la Torre* – la décision de procéder ou non à l'extradition relève du pouvoir souverain de l'État requis. Mais c'est toujours en réponse à une demande de l'État requérant; un État ne peut extrader proprio motu. En revanche il peut refuser de déférer à une telle demande, en particulier lorsqu'elle concerne ses nationaux. Dans une déclaration jointe à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour internationale de Justice le 14 avril 1992 dans l'affaire *Lockerbie*, quatre membres de la Cour se sont exprimés en ces termes :

« 1. Avant toute intervention dans cette affaire du Conseil de sécurité, la situation juridique était, à notre sentiment, claire. Les États-Unis et le Royaume-Uni étaient en droit de demander à la Libye l'extradition des deux ressortissants libyens accusés par les autorités américaines et britanniques d'avoir contribué à la destruction de l'avion disparu lors de l'incident de Lockerbie. Ils pouvaient mener à cette fin toute action conforme au droit international. La Libye était de son côté en droit de refuser une telle extradition et de rappeler à cet effet que son droit interne, comme d'ailleurs celui de nombreux pays, prohibe l'extradition des nationaux.

2. Au regard du droit international général, l'extradition est, en effet, une décision souveraine de l'État requis qui n'est jamais tenu d'y procéder²⁰⁵ ».

c) *Éloignement*

162. L'éloignement est un terme générique englobant les différentes formes ou procédures d'exclusion d'un étranger d'un pays donné. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un terme juridique bien qu'il soit courant dans la littérature juridique en langue française relative à l'expulsion des étrangers²⁰⁶. L'expression

²⁰⁵ Cour internationale de Justice, *Question d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 24.

²⁰⁶ Voir par exemple Rudolph d'Haëm, *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, Paris, Presses universitaires de France, PUF, (Que sais-je ?), 1997. Il parle notamment d'un consensus qui existe en France depuis 1981 sur une procédure spécifique permettant « l'éloignement du territoire français des étrangers qui y sont entrés ou qui y ont séjourné dans des conditions irrégulières » (p. 3), de la reconduite à la frontière comme d'un « type d'éloignement » n'ayant qu'un effet temporaire (p. 4), de « l'éloignement effectif de l'étranger clandestin » (ibid.), ou encore d'« étrangers en instance d'éloignement » (p. 5); voir également Catherine Teitgen-Colly et François Julien-Laferrière, « Chronique de législation : « Étrangers », « L'actualité juridique droit administratif » (AJDA), 20 novembre 1998, p. 927 à 929; Danièle Lochak, « L'entrée et le séjour des étrangers en France : une législation sous influence », *AJDA*, 20 octobre 1969, p. 595.

« éloignement » est ainsi entendue comme visant aussi bien « l'expulsion » que ce que le droit français appelle la « reconduite à la frontière²⁰⁷ ».

163. Toutefois, au-delà de cette distinction qui est fondée essentiellement sur les règles de procédure applicables à l'une et l'autre mesure, l'on fait le constat suivant : « Quel que soit son motif, l'éloignement des étrangers relève (...) d'un régime juridique unique, celui de l'expulsion²⁰⁸ ».

164. Il faudrait donc s'en tenir à la proposition faite par le Rapporteur spécial dans le rapport préliminaire de garder le terme « expulsion » dans un sens englobant comme le mot « éloignement » et qui a été approuvé par la Commission du droit international²⁰⁹.

d) *Reconduite à la frontière*

165. En droit français, où cette expression est consacrée par la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers, il est fait une distinction entre l'expulsion et la reconduite à la frontière. Le terme « expulsion » est appliqué à l'éloignement de l'étranger, qu'il soit en situation régulière ou irrégulière, dont la présence sur le territoire français constitue une menace grave à l'ordre public²¹⁰, et l'expression « reconduite à la frontière » aux mesures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière au regard de la législation relative à la police des étrangers²¹¹. Comme l'expulsion au sens restreint de la législation française, la reconduite à la frontière est ordonnée par un arrêté mais à la seule différence que celui-ci émane du commissaire de la République et non du Ministre de l'intérieur. À la différence de l'expulsion *stricto sensu*, l'étranger reconduit à la frontière ne bénéficie pas de la procédure devant la Commission, mais il peut revenir en France alors que l'expulsé doit attendre l'abrogation de l'arrêté le concernant²¹².

166. Mais cette distinction n'est pas si nette dans la mesure où sous l'empire de la loi n° 80-9 du 10 janvier 1980²¹³, par exemple, la reconduite à la frontière était considérée comme un simple moyen d'exécution forcée des mesures d'expulsion;

²⁰⁷ D'Haëm, *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, Paris, PUF (Que sais-je?), 1997, p. 3. Il considère la « reconduite à la frontière » comme « une mesure d'éloignement particulière » qui se distingue « de l'autre mesure d'éloignement qu'est l'expulsion ».

²⁰⁸ Ibid., p. 5.

²⁰⁹ Voir A/CN.4/554, par. 13.

²¹⁰ Voir art. 23 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

²¹¹ Sur le régime juridique de cette notion en France, voir notamment : Mohamed Ladhari, « La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière », *Les Petites Affiches*, 1990, n° 96, p. 13 à 27; « La reconduite à la frontière des demandeurs d'asile », Conclusions sur le Conseil d'État, Assemblée, 13 décembre 1991, 1) *M. Nkodia (Alfondo)*, 2) *Préfet de l'Hérault c. M. Dakoury*, *R.F.D.A.*, 8 (1) janv.-févr. 1992, p. 91; Florence Benoît Rohmer, « Reconduite à la frontière : Développements récents », *R.D.P.*, 1994-1, p. 429; D'Haëm, *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, Paris, PUF (Que sais-je?), p. 3.

²¹² N. Guimezanes, « La loi du 9 septembre 1986 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *La Semaine juridique (Doctrine)* 1987, 3270.

²¹³ Voir *Journal Officiel de la République française*, 11 janvier 1980, p. 71; Dominique Turpin, « La réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 janvier 1980 », *Revue critique de droit international privé*, 1980, p. 41; J.-Y. Vincent, « Le nouveau régime de l'entrée et du séjour des étrangers en France », *Revue de droit administratif*, 1980, p. 363.

l'article 6 de cette loi disposait en effet que « l'étranger expulsé peut être reconduit à la frontière ». Au demeurant, il s'agit dans un cas comme dans l'autre de mesures d'« éloignement » de l'étranger du territoire, le reste étant une question de procédure et d'effet juridique qui s'attache à l'une et l'autre mesure. Il convient par conséquent, du moins aux fins du présent sujet, de ne pas opposer expulsion et reconduite à la frontière, mais de considérer cette dernière comme faisant partie des mesures d'expulsion au sens large.

e) *Refolement*

167. À première vue, on peut penser que le terme refolement renvoie à l'exclusion du territoire d'un État d'immigrés clandestins de fraîche date alors que l'expulsion s'appliquerait plutôt aux personnes en situation régulière, aux demandeurs d'asile ou de statut de réfugié et le cas échéant aux personnes en situation irrégulière séjournant de longue date sur le territoire de l'État expulsant. À moins de concevoir plus simplement que le refolement s'applique à tous les étrangers en situation irrégulière, cependant que l'expulsion concerne tous les étrangers en situation régulière. Un tel raisonnement pourrait même tirer quelque argument de la note sur la protection internationale du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés du 9 août 1984 selon laquelle « le respect du principe de non-refoulement est étroitement lié à la détermination du statut de réfugié²¹⁴ ». Ce qui pourrait laisser entendre qu'il pourrait y avoir refolement d'une personne à qui aurait été refusé le statut de réfugié, et non-refoulement dans le cas contraire. En intitulant son article 33 « Défense d'expulsion et de refolement », la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 fait clairement la distinction entre les deux termes; mais ni le contenu de cet article, ni l'article premier consacré à la définition du terme « réfugié » ne permettent de déterminer la différence entre ces deux expressions²¹⁵.

168. On a aussi distingué l'expulsion, mesure protectrice du bon ordre social, à laquelle on ne doit recourir que lorsque la présence d'un étranger sur le territoire constitue une menace grave à l'ordre public, du refolement mesure d'éloignement d'un étranger en situation irrégulière : « L'interdiction d'expulser un étranger du seul fait qu'il contrevient aux règles du séjour ne signifie pas que ce dernier soit à l'abri d'une mesure l'éloignant du territoire. Maintenant, comme avant 1980, à l'expulsion se substitue le refolement (...)»²¹⁶. Commentant la réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 par la loi du 10 janvier 1980, un autre auteur écrit : « Les étrangers en situation irrégulière ne sont plus refolementés, mais expulsés²¹⁷ ».

²¹⁴ Voir *Note sur la protection internationale* présentée le 9 août 1984, par le Haut-Commissaire, document A/AC/96/643, par. 17.

²¹⁵ Voir également la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, *Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 1465, n° 24841 (art. 3); Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial de 1967 (résolution 2312 (XXII) de l'Assemblée générale, art. 3, par. 1); Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, de 1969 et le Pacte de San José de Costa Rica, *Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 1144, n° 17955, p. 123 (art. 22, par. 8).

²¹⁶ J.-Y. Vincent, « La réforme de l'expulsion des étrangers par la loi du 29 octobre 1981 », *La Semaine juridique* (Doctrine), 1982, 3054.

²¹⁷ Dominique Turpin, « La réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 janvier 1980 », *Revue critique de droit international privé*, 1980, p. 42.

169. Quoiqu'il en soit, la doctrine n'est pas unanime sur ce point et la clarification terminologique est loin d'être satisfaisante. Ainsi, par exemple, on a écrit que la loi française du 9 janvier 1980, relative à la prévention de l'immigration clandestine, réduisait les obligations de la France au titre des conventions internationales pertinentes « à une simple interdiction de refoulement ou d'expulsion vers un territoire où la vie ou la liberté des personnes concernées serait menacée²¹⁸ ». L'auteur ajoute que la situation des candidats à l'octroi du statut de réfugié est relativement fragile et « n'empêche nullement l'intervention d'un arrêté d'expulsion »²¹⁸; que la plupart des demandes de statut de réfugié étant rejetées, après appel – suspensif – devant la Commission des recours, il devient difficile au bout d'un long délai de trois ans ramené en 1985 à un an « de refouler les intéressés » dont beaucoup disparaissent dans la nature²¹⁹. Et à propos des candidats à un tel statut qui étaient en cause dans une espèce connue du tribunal administratif de Pau, il écrit que « les intéressés, qui n'ont pas été refoulés “*manu militari*” ou reconduits à la frontière, auront-ils été mieux traités que de nombreux demandeurs d'asile (...)»²²⁰. »

170. Comme on le voit, entre les expressions « expulsion », « reconduite à la frontière » et « refoulement », il n'est pas en fait de distinction terminologique; les trois termes sont utilisés de manière interchangeable, sans aucune rigueur sémantique particulière. Le mot « expulsion » sera par conséquent employé dans le cadre du présent sujet comme terme générique pour signifier toutes les situations auxquelles renvoient toutes ces expressions et bien d'autres, comme « le renvoi d'un étranger vers un pays²²¹ » ou l'« exclusion d'un étranger²²² », sans du reste que l'énumération soit exhaustive.

²¹⁸ Dominique Turpin, « Les nouvelles conditions de l'expulsion des réfugiés », *Revue française de droit administratif*, 2 (2) mars-avril 1986, p. 140.

²¹⁹ Ibid., p. 141.

²²⁰ Ibid. Signalons qu'une personne refoulée parce que non admise pourrait courir le risque de persécution dans son pays d'origine. Que faire? Car, n'ayant pas encore le statut de réfugié, elle ne devrait pas pouvoir bénéficier des dispositions de l'article 33 (1) de la Convention relative au statut des réfugiés? Et c'est bien cette interprétation qui semble avoir inspiré la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Sale v. Haitian Centers Council* (Judgement of 21 June 1993, 3 *ILM* (1993) at 1052 ff.); voir cependant l'opinion contraire de M. Gaja qui fonde sa critique notamment sur un rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, laquelle estime que « the United States Government [had] breached its treaty obligations in respect of Article 33 » of the Refugees Convention because this provision has « no geographical limitations » (Gaja, « Expulsion of Aliens: Some old and New Issues in International Law, *Cursos Euromediterráneos de Bancajo – de Derecho Internacional*, vol.1999, p. 291). Sans doute cette interprétation n'est-elle pas erronée vue sous l'angle de la protection des droits de l'homme. Mais si l'on considère le refoulement comme une conséquence de la non-admission, et sachant que la non-admission concerne les étrangers qui n'ont pas encore pénétré dans le territoire de l'État refoulant – autrement dit qui n'ont pas encore franchi la frontière telle que définie aux fins du présent sujet –, alors on ne saurait imposer à l'État qui refuse d'admettre un étranger les mêmes obligations que celles qui lui incombent en cas d'expulsion; il faut bien convenir que la non-admission est différente de l'expulsion. Telle est du moins la conclusion à laquelle est parvenu le Rapporteur spécial au regard du contenu exact de chacune de ces deux notions.

²²¹ Terme que l'on retrouve par exemple dans les conclusions du Commissaire du gouvernement Romy Abraham (C.E., Ass. 13 déc. 1991 (2 espèces) 1) *M. Nkodia (Alfonso)*, 2) *Préfet de l'Hérault c. Dakoury, R.F.D.A.*, 8(1), janv.-févr. 1992, p. 93) à côté de l'expression « reconduite à la frontière » (ibid., p. 90); voir aussi D'Haëm, *supra* note 221, p. 111.

²²² Expression que l'on retrouve couramment dans la doctrine en langue anglaise; voir par

f) *Non-admission*

171. L'État souverain est toujours libre de refuser l'accès de son territoire à tout étranger²²³. Dans ce sens, il est proclamé dans le préambule des *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers* adoptées par l'Institut de droit international le 9 septembre 1892 que « pour chaque État le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les y admettre que conditionnellement, ou de les en expulser est une conséquence logique de son indépendance²²⁴ ».

172. Ce droit souverain de l'État de s'opposer à la pénétration sur son territoire d'étrangers indésirables ou ne remplissant pas les conditions requises par la législation sur l'entrée et le séjour est valable même pour des étrangers ayant fait le dépôt d'une demande d'accès au statut de réfugiés²²⁵ mais se trouvant encore dans la zone internationale et dans les lieux de détention des candidats à l'admission dans le territoire. Le critère de franchissement de la frontière ou de pénétration dans le territoire est important pour distinguer la non-admission de l'expulsion au sens large, car selon le Rapporteur spécial, l'étranger qui a franchi les barrières de contrôle de l'immigration et qui se trouve sur le territoire de l'État d'« accueil » en dehors des zones spéciales de détention des candidats à l'admission ne peut faire l'objet que d'expulsion et non plus de non-admission.

173. Le refus d'admission peut consister en une décision expresse des autorités compétentes de l'État saisies d'une demande d'admission, ou passer par le verrou du visa qui est une condition nécessaire mais non suffisante d'accès au territoire de la plupart des États. En général, les autorités diplomatiques et consulaires ont le pouvoir discrétionnaire de refuser ou d'octroyer un visa à un étranger qui en formule la demande²²⁶. La décision de refus d'entrée opposée à l'étranger peut être exécutée d'office par l'administration²²⁷, c'est-à-dire sans qu'il soit besoin de recourir à une décision du juge. On est hors du champ de l'expulsion même

exemple : « Constitutional Restraints of the Expulsion and Exclusion of Aliens », *Minnesota Law Review*, 37 *Min. L. Rev.* 440 (1952-1953); voir également l'avis consultatif de la Cour permanente de justice internationale du 4 février 1932, série A/B n° 44.

²²³ Voir Charles de Boeck, « L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique », *Recueil des cours à l'Académie de La Haye*, vol. 18, 1927-III, p. 456; voir également N. Guimezanes, « La loi du 9 septembre 1986 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *La Semaine juridique*, n° 3, 3270.

²²⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XII, p. 218. Il y est proclamé en outre : « considérant toutefois que l'humanité et la justice obligent les États à n'exercer ce droit qu'en respectant, dans la mesure compatible avec leur propre sécurité, les droits et la liberté des étrangers qui veulent pénétrer sur leur territoire ou qui s'y trouvent déjà ».

²²⁵ Dominique Turpin, « La réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur la condition des étrangers par la loi du 10 janvier 1980 », *Revue critique de droit international privé*, 1980, p. 141.

²²⁶ Voir par exemple, Florence Chaltiel, « Le juge administratif, juge de l'immigration », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 1-200, p. 168; Danièle Lochak, « L'entrée et le séjour des étrangers en France : une législation sous influence », *L'actualité juridique droit administratif*, 20 octobre 1969, p. 592; voir en France l'arrêt rendu dans ce sens par le Conseil d'État en 1986 (C.E., 28 février 1986, *Ngako Jeuga, Rec.*, p. 49, obs. B. Pacteau, *Dalloz*, 1986).

²²⁷ Voir Conseil constitutionnel français, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, par. 5, note Bruno Genevois, *Revue française de droit administratif* 9(5), sept.-oct. 1993, p. 888.

appréhendée dans une acception large. La non-admission n'entrera donc pas dans le champ de définition de l'expulsion aux fins du présent sujet.

g) *Transfèrement ou transfert, remise*

174. Le transfèrement ou transfert de personnes décrit, comme l'expulsion, le mouvement forcé d'individus d'un État vers l'étranger, donc à l'extérieur de ses frontières. À la vérité, il diffère de l'exclusion qui est une décision souveraine de l'État expulsant basée sur des procédures juridiques internes, mais aussi de l'extradition qui, comme on l'a vu, est une institution particulière combinant règles de droit interne et normes de droit international conventionnel ou coutumier. En effet, le transfert est techniquement la mise à la disposition des juridictions d'un État étranger ou d'une juridiction internationale qui la requiert, d'une personne en vue de sa comparution personnelle, ou pour être entendue comme témoin, ou encore pour qu'elle prête assistance à une enquête. En principe, une telle procédure repose sur une convention internationale qui fixe l'obligation du transfèrement pour tous les États parties. En ce sens, le *Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale*, adopté par l'Assemblée générale en 1990, prévoyait que le détenu est prêté à l'État requérant dans la mesure où le détenu et l'État requis y consentent et où la législation de ce dernier l'y autorise²²⁸.

175. La pratique du transfert s'est développée au cours des années récentes à la faveur de l'institution des juridictions pénales internationales. Au regard des instruments juridiques internationaux relatifs à ces juridictions pénales, le transfert est effectué par un État vers le Tribunal pénal international chargé de juger les personnes accusées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 ou le Tribunal international chargé de juger les personnes accusées d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais accusés de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994, ou vers la Cour pénale internationale²²⁹. Le règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie²³⁰ prévoit que le Tribunal peut requérir le transfert d'un suspect (art. 40 *bis*) ou d'un témoin (art. 90 *bis*)²³¹. Le statut de la Cour pénale internationale pour sa part utilise le terme « remise » pour qualifier le fait qu'un État transfère une personne à la Cour²³². On notera que dans le projet de

²²⁸ Résolution 45/117 de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1990, art. 13, par. 1.

²²⁹ Citons, par exemple, le transfert par la Serbie-et-Monténégro de l'ancien Président de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, Slobodan Milosevic, vers le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie; le transfert par le Cameroun du colonel Bagasora vers le Tribunal pénal international pour le Rwanda; le transfert par la République démocratique du Congo d'un chef de guerre congolais de la région de l'Ituri vers la Cour pénale internationale en 2006; le transfert par le Nigéria, en 2006, de l'ancien Président de la République du Libéria, Charles Taylor, vers le Tribunal spécial pour la Sierra Léone siégeant à La Haye.

²³⁰ Voir Nations Unies, Tribunal international chargé [...] Depuis 91, document IT/32/Rev.37.

²³¹ Le témoin détenu est transféré aux termes d'une ordonnance émise par le Tribunal international sous condition de son retour au terme du délai fixé par celui-ci [art. 90 *bis* A)]. Le suspect, pour sa part, ne peut en aucun cas faire l'objet d'une détention de plus de 90 jours, délai à l'issue duquel, pour le cas où un acte d'accusation n'a pas été confirmé et un mandat d'arrêt signé, il est remis en libéré ou remis aux autorités de l'État sur le territoire duquel il était initialement détenu [art. 40 C)].

²³² Art. 59 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, adopté le 17 juillet 1998.

Statut d'une cour criminelle internationale, adopté par la Commission du droit international en 1994, le terme transfert d'un accusé à la cour est utilisé pour couvrir tous les cas où un accusé est mis à la disposition de la Cour aux fins d'être jugé²³³.

176. On a pu noter certaines dérives dans la pratique du transfert. On connaissait déjà le « transfert extrajudiciaire » d'individus arrêtés dans un pays étranger puis conduits aux États-Unis pour y répondre des charges criminelles²³⁴. Cette dérive s'est aggravée avec la lutte contre le terrorisme international où elle prend la forme de ce qu'on a appelé le « transfert extraordinaire », variante du « transfert extrajudiciaire » dont il s'en distingue cependant. Certes, dans les deux cas, les tribunaux américains ont tendance à négliger les circonstances de l'arrestation. Néanmoins, dès leur arrivée aux États-Unis, les suspects bénéficient des procédures normales dans les affaires criminelles en cas de transfert extrajudiciaire « classique » – si l'on ose dire – alors que dans un « transfert extraordinaire », il n'y a aucune règle, on est dans une zone de non-droit total : généralement soupçonné de terrorisme, l'individu arrêté est maintenu au secret et ne dispose d'aucun droit²³⁵. La Cour suprême des États-Unis vient d'exiger en la matière le retour à la légalité à propos de l'affaire de certains détenus de Guantanamo²³⁶.

177. En fin de compte, le transfert, qu'il soit conforme à la légalité internationale ou au contraire en marge de celle-ci, n'entre pas dans le champ de l'expulsion au sens du présent sujet : d'une part, parce que son fondement est tout entier dans l'ordre juridique international – au contraire de l'expulsion; d'autre part, parce que le transfert concerne aussi bien les ressortissants de l'État qui transfère que les étrangers résidant sur son territoire, alors que l'expulsion ne concerne que les étrangers, le principe bien établi étant la non-expulsion par un État de ses propres ressortissants.

²³³ Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1994, vol. II, deuxième partie, p. 28.

²³⁴ Cas par exemple de l'ancien chef de l'État du Panama, M. Noriega, enlevé dans son pays et transféré aux États-Unis pour répondre notamment du chef de trafic de stupéfiants.

²³⁵ Sur cette distinction entre « transfert extrajudiciaire » et « transfert extraordinaire », lire l'article de Bob Herbert, « Quand l'Amérique sous-traite la torture », *The New York Times*, reproduit dans *Jeune Afrique l'Intelligent*, n° 2305 du 13 au 19 mars 2005, p. 28; et les premières conclusions du rapport établi à la demande de l'Union européenne sur les complicités de certains pays européens pour ce type de transferts pratiqués par les États-Unis via l'Europe depuis la seconde guerre des coalisés contre l'Irak en 2003. Il y a lieu de relever que c'est la même logique qui avait amené les autorités américaines à livrer aux autorités de la Syrie, Maher Arar, un ressortissant canadien d'origine syrienne âgé de 34 ans, arrêté à l'aéroport J. F. Kennedy à New York, en septembre 2002.

²³⁶ Une décision de la Cour suprême des États-Unis du 29 juin 2006 a déclaré inconstitutionnels les tribunaux militaires mis en place pour juger les prisonniers de Guantanamo et recommandé au Président George W. Bush de travailler avec le Congrès pour trouver une solution de remplacement. Dans un mémorandum daté du 7 juillet 2006, le Secrétaire adjoint à la défense, M. Gordon England, souligne que la Cour suprême a établi que l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 « s'applique au conflit avec Al-Qaida » et donc aux détenus de Guantanamo (voir *Le Monde*, 13 juillet 2006, p. 4).

2. Territoire, frontière et expulsion

178. L'expulsion renvoie à l'idée de déplacement forcé d'une personne hors des limites connues d'un lieu vers un autre lieu. Envisagée par rapport à des États, elle suppose le déplacement d'un individu effectué sous l'emprise de la contrainte, hors les frontières territoriales de l'État expulsant vers un État de destination. Il convient donc de déterminer ce que l'on entendra respectivement par territoire et par frontière de l'État dans le cadre du présent sujet.

a) *Territoire*

179. Le territoire de l'État s'entend de manière descriptive comme constitué de « la surface terrestre, ses prolongements verticaux que sont d'une part le sous-sol et d'autre part l'espace aérien surplombant la surface sous-jacente²³⁷ ». Cette représentation du territoire combine, on le voit, la notion de territoire *stricto sensu*, qui est dérivé du mot « terre », et celle d'espace en se référant à l'espace aérien. Quoique qualifiée d'« extensive », cette conception ne couvre pourtant pas tous les espaces qui entrent dans la notion de territoire. Ce dernier comprend en outre certains espaces maritimes relevant de la souveraineté de l'État tels que les eaux intérieures (y compris les estuaires et les petites baies) et la mer territoriale ainsi que l'espace aérien surjacent²³⁸.

180. Suivant une acception compatible avec tous les aspects de l'emprise territoriale et qui, selon le Rapporteur spécial, sied au présent sujet, le territoire s'entend de l'espace où « l'État exerce l'ensemble des compétences déduites de la souveraineté²³⁹ »; à l'exclusion donc des espaces où il n'exerce que des droits souverains ou une juridiction fonctionnelle tels que le plateau continental, la zone contiguë, la zone de pêche, la zone économique exclusive.

181. Le droit international n'exige pas que le territoire étatique soit d'un seul tenant, ni même que ses différentes composantes terrestres ou insulaires soient situées dans une même zone géographique au voisinage de la partie principale. On connaît historiquement le phénomène des enclaves et des couloirs territoriaux et aujourd'hui encore, plusieurs puissances, anciennement coloniales ou non, possèdent des dépendances territoriales sous forme insulaire ou sur le continent, dans diverses régions du monde.

182. Si la délimitation du territoire étatique n'est pas juridiquement nécessaire pour qu'existe l'État, il n'est pas douteux que « définir un territoire est définir ses frontières », comme la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans l'affaire du Différend territorial (*Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad*)²⁴⁰.

²³⁷ Voir Charles Rousseau, *Droit international, Tome II, Les sujets*, Paris, Sirey, 1974, p. 36 et 37.

²³⁸ Voir sur ce point l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 111.

²³⁹ Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 44, par. 270.

²⁴⁰ Voir arrêt du 3 février 1994, C.I.J. Recueil 1994, p. 20.

b) *Frontière*

183. On a défini très empiriquement la frontière comme une « ligne déterminant où commencent et où finissent les territoires relevant respectivement de deux États voisins²⁴¹ ». Mais la frontière ne sépare pas que des États voisins; elle sépare un État de tout autre État qu'il soit voisin ou éloigné. Sous ce rapport, la frontière n'est pas seulement une ligne physique séparative de masses territoriales. Elle est une limite des souverainetés et de compétences étatiques²⁴², de caractère international. Comme l'a dit le Tribunal arbitral chargé de l'affaire de la Frontière maritime (*Guinée-Bissau c. Sénégal*), « une frontière internationale est la ligne formée par une succession de points extrêmes du domaine de validité spatiale des normes de l'ordre juridique d'un État²⁴³ », et ceci qu'il s'agisse d'une frontière terrestre ou d'une frontière maritime.

184. Le régime juridique de la frontière découle autant des règles de droit international que des normes de droit interne de chaque État relatives à l'entrée et à la sortie du territoire. Mais ce régime juridique peut aussi être fixé d'un commun accord par les États d'un espace juridique construit. Ainsi par exemple, les États membres de l'Union européenne parties à l'Accord relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières (Accord de Schengen) du 14 juin 1985 et sa Convention d'application du 19 juin 1990, ont décidé la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes²⁴⁴; sans toutefois que les dispositions y afférentes soient, selon le Conseil constitutionnel français, « assimilables à une suppression ou à une modification des frontières qui, sur le plan juridique, délimitent la compétence territoriale de l'État²⁴⁵ ».

185. À bien considérer les choses, il se peut qu'une combinaison de la frontière-ligne et de la notion de « frontière-zone », certes parfois critiquée²⁴⁶, mais réinterprétée et adaptée dans le contexte du présent sujet corresponde mieux à la notion de frontière en matière d'admission ou de non-admission et d'expulsion des étrangers. En effet la frontière comme limite territoriale en dehors de laquelle l'État expulsant veut éloigner l'étranger est une zone multifonctionnelle comprenant un ensemble d'espaces soigneusement limités avec des statuts juridiques différents. Elle est ramenée ici aux lieux d'entrée et de sortie officielles; car si l'immigration illégale se traduit par le franchissement clandestin par l'étranger de la frontière à tous les endroits possibles, l'expulsion, elle, ne se fait généralement que par les voies de sortie et d'entrée officielles du territoire, à savoir les ports, aéroports et postes frontière terrestres. Ces lieux officiels d'entrée et de sortie comportent des

²⁴¹ Jules Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960.

²⁴² Le *Black's Law Dictionary* définit ainsi la frontière : « A line marking the limit of the territorial jurisdiction of a state or other entity having an international status ».

²⁴³ Sentence du 31 juillet 1989 publiée dans la *Revue générale de droit international public*, 1990, p. 253 ; voir également la sentence arbitrale du 13 octobre 1995 dans l'affaire de la Laguna del Desierto, par. 59, et arrêt de la Cour internationale de Justice du 12 juillet 2005, dans l'affaire du Différend frontalier (*Bénin c. Niger*), par. 124 (disponible sur le site de la Cour à l'adresse : <www.icj-cij.org>).

²⁴⁴ Voir Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 417, par. 298.

²⁴⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 91-294 DC.

²⁴⁶ Voir sentence arbitrale du 16 novembre 1957 dans l'affaire du Lac Lanoux, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 307; *contra* : sentence arbitrale du 19 février 1968 dans l'affaire du Rann de Kutch, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVII.

postes de contrôle, et dans les aéroports internationaux et certains ports, des zones spéciales de détention des étrangers non admis ou en cours d'expulsion, ou encore des zones internationales où l'étranger est considéré comme étant encore en dehors du territoire. L'étranger expulsé qui est détenu dans des locaux dans une zone spéciale d'un aéroport, d'un port ou d'une frontière terrestre en attente d'être embarqué à bord d'un avion, d'un navire ou d'un véhicule est déjà un expulsé sur le plan juridique, tout autre chose étant l'exigence du respect de sa dignité et des droits fondamentaux attachés à sa qualité de personne humaine.

186. Sous ce rapport, la frontière ne saurait être traitée seulement comme une ligne, mais comme une zone dont les limites sont fixées par la réglementation de l'État en fonction des espaces qui y sont aménagés. C'est une zone des confins. Le franchissement de la ligne par la personne expulsée n'est qu'un moment, certes critique, du processus d'expulsion. On peut donc dire qu'aux fins du présent sujet la frontière de l'État s'entend de la zone des confins du territoire d'un État dans laquelle un ressortissant d'un État autre que l'État territorial ne bénéficie plus du statut d'étranger résident et au-delà de laquelle s'achève la procédure nationale d'expulsion.

3. Éléments constitutifs de l'expulsion

187. L'expulsion est un acte de l'État expulsant. Peut-il être aussi le fait du comportement de celui-ci? On sait que dans tous les cas elle a un caractère contraignant.

a) Acte ou comportement

188. Dans le droit interne de la plupart des États, l'expulsion prend la forme d'un acte unilatéral de l'État, au sens d'acte administratif unilatéral en tant qu'elle est une décision des autorités administratives²⁴⁷. Il s'agit d'un acte formel qui peut être contesté devant les juridictions de l'État expulsant, l'expulsion étant une opération à procédure dont chaque étape peut donner lieu à contentieux.

189. Pour autant l'expulsion suppose-t-elle dans tous les cas une mesure formelle? Comme l'a relevé M. Gaja, il semble que l'on doive également considérer qu'il y a expulsion même en l'absence d'un acte juridique formel, dès lors qu'un État crée des conditions rendant la vie impossible pour la personne concernée; en pratique, il semblerait qu'il y ait peu de différence entre la mesure formelle d'expulsion et le comportement de l'État visant à exclure un individu de son territoire, puisque dans tous les cas la personne concernée doit s'en aller: « It seems reasonable to encompass both cases within the concept of expulsion²⁴⁸ ».

190. L'auteur tire à cet égard argument de deux décisions rendues par le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis d'Amérique. Dans l'affaire *International Technical Products Corporation c. Iran*, ledit Tribunal a admis :

²⁴⁷ Dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* pendante devant la Cour internationale de Justice, l'expulsion a été prononcée par une décision du Premier Ministre de l'époque.

²⁴⁸ « Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law », *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, p. 283 à 314, notamment, G. Gaja, p. 290.

« [...] in principle, the possibility that the constituent elements of expulsion (“removal, either “voluntarily”, under threat of forcible removal, or forcibly”) can be fulfilled in exceptional cases even where the alien leaves the country without being directly and immediately forced or officially ordered to do so. Such cases would seem to presuppose at least (1) that the circumstances in the country of residence are such that the alien cannot reasonably be regarded as having any real choice, and (2) that behind the events or acts leading to the departure there is an intention of having the alien ejected and these acts, moreover are attributable to the State in accordance with principles of state responsibility²⁴⁹. »

191. Dans l’affaire *Rankin c. Iran*, le Tribunal a noté que, à son retour en Iran en février 1979, l’ayatollah Khomeiny avait appelé au départ de tous les étrangers et, par la suite, son gouvernement avait mis en œuvre une politique qui avait forcé de nombreux étrangers à quitter l’Iran. Le Tribunal ajoute :

« However, it does not automatically follow that all U.S. nationals who departed from Iran [...] after the implementation of this policy were wrongfully expelled. It is necessary to examine the circumstances of each departure and to identify the general and specific acts relied on and evidenced to determine how they affected or motivated at that time the individual who now is alleging expulsion and whether such acts are attributable to Iran²⁵⁰. »

192. Ainsi, lorsque aucun acte formel d’expulsion n’a été pris par l’État, il est nécessaire d’établir, sur la base de l’examen des faits ou des circonstances du départ de la personne concernée de l’État d’accueil, si le comportement ayant entraîné ce départ est attribuable audit État²⁵¹. L’expulsion sera donc entendue dans le cadre du présent sujet comme un acte ou un comportement de l’État qui contraint un étranger à quitter son territoire.

b) *Contrainte*

193. L’expulsion n’est jamais ni un acte ou un fait sollicité par la personne expulsée, ni un acte ou un fait consenti par cette dernière. C’est une mesure formelle ou une situation de force irrésistible qui contraint la personne visée à quitter le territoire de l’État expulsant. Cet élément de contrainte est important en ce qu’il distingue l’expulsion d’une sortie normale ou ordinaire du territoire par l’étranger. C’est cet élément qui, précisément, suscite l’attention ou l’intérêt, non seulement de l’État destinataire de l’expulsé, mais aussi d’États tiers par rapport à la situation ainsi créée, dans la mesure où l’exercice de ce droit incontestable de l’État met en jeu la protection des droits fondamentaux de la personne humaine. Avant même la violence perpétrée par certains éléments des forces de sécurité lors de l’exécution d’opérations d’expulsion, la mesure formelle ordonnant l’expulsion est une

²⁴⁹ Judgement of 19 August 1985, 9 *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (1985-II) 10, p. 18.

²⁵⁰ Judgement of 3 November 1987, 17 *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (1987-V) 135, p. 147 et 148; voir également Judgement of 14 July, *Short v. Iran case*, 16 *Iran-United States Tribunal Reports* (1987-III) 76, p. 85 et 86. Le mécanisme d’attribution est explicité par l’article 8 des « Articles sur la Responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite » dont l’Assemblée générale a pris note en 2001; voir *Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 76.

²⁵¹ Voir G. Gaja, « Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law », *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, p. 290.

injonction, donc une contrainte légale comme le comportement qui force au départ de l'étranger est une contrainte de fait ou physique ressentie comme telle.

194. On a essayé de cerner les deux notions constitutives du sujet que sont « expulsion » et « étranger ». Il s'agit maintenant de les mettre en relation pour en dégager la signification et d'autre part de dégager le sens ultime de quelques concepts clefs qui permettent d'avancer plus sûrement dans le traitement de ce sujet. Au regard des développements qui précèdent, il y a lieu de proposer l'article suivant consacré aux définitions :

Article 2 : Définitions

Aux fins du présent projet d'articles :

1. *On entend par expulsion d'un étranger, l'acte ou le comportement par lequel un État expulsant contraint un ressortissant d'un autre État à quitter son territoire.*

2. *On entend par :*

a) *Étranger, un ressortissant d'un État autre que l'État territorial ou État expulsant;*

b) *Expulsion, un acte ou un comportement par lequel l'État expulsant contraint l'étranger à quitter son territoire;*

c) *Frontière, la zone des confins du territoire de l'État expulsant dans laquelle l'étranger ne bénéficie plus du statut de résident et au-delà de laquelle s'achève la procédure nationale d'expulsion;*

d) *R ressortissant, toute personne qui, par quelque lien juridique, y compris la nationalité, relève [de la juridiction] [de la compétence personnelle] d'un État;*

e) *Territoire, l'espace où l'État exerce l'ensemble des compétences déduites de sa souveraineté.*