

Observations présentées par l'Union européenne au sujet du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté en première lecture par la Commission du droit international

1. Sous le chapitre IV intitulé « L'expulsion des étrangers », le paragraphe 43 du Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-quatrième session ([A/67/10](#), Supplément n° 10) indique ce qui suit : « À la 3155^e séance, le 31 juillet 2012, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son statut, de transmettre le projet d'articles (voir sect. C ci-dessous), par l'entremise du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations, en les priant de faire parvenir ces commentaires et observations au Secrétaire général d'ici au 1^{er} janvier 2014 ».

2. À la suite de sa déclaration orale du 1^{er} novembre 2012, l'Union européenne a l'honneur de présenter ci-après par écrit ses observations sur le projet d'articles.

3. L'Union européenne note que les travaux de la Commission du droit international sur le sujet sont bien avancés et qu'un ensemble de 32 projets d'articles, assortis de commentaires détaillés, a été adopté en première lecture¹. Elle tient à féliciter la Commission et le Rapporteur spécial de ce résultat.

4. À l'occasion des commentaires qu'elle a précédemment présentés sur le sujet, l'Union européenne a formulé des observations détaillées dans des domaines où, selon elle, le Rapporteur spécial n'avait pas suffisamment examiné ou correctement interprété le droit de l'Union européenne concernant le sujet.

5. C'est donc avec satisfaction que l'Union note que le Rapporteur spécial a étudié la contribution qu'elle a faite et a consacré une section de son huitième rapport à un examen des commentaires qu'elle a présentés. Comme on l'a souvent indiqué précédemment, en ce qui concerne le droit de l'Union européenne, la « Directive retour » (2008/115/EC), adoptée en décembre 2008, constitue le texte le plus pertinent et le plus actuel sur le sujet. Dans plus de 30 États d'Europe, les dispositions de la législation nationale contiennent des normes qui sont au moins au niveau de celles que prescrit la Directive².

6. Compte tenu du droit de l'Union européenne actuellement applicable sur le sujet, l'Union se félicite de l'établissement des 32 projets d'articles et de leurs commentaires détaillés.

¹ Voir le rapport de la CDI sur les travaux de sa soixante-quatrième session (du 7 mai au 1^{er} juin et du 2 juillet au 3 août 2012), Supplément n° 10 (A/67/10) et <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2012/2012report.htm>.

² La Directive lie actuellement 26 États membres de l'UE. Le Royaume-Uni et l'Irlande ont décidé de ne pas y adhérer et ne sont, par conséquent, pas liés par la Directive. Le Danemark a décidé de l'appliquer dans son droit interne. La Norvège, l'Islande, la Suisse et le Liechtenstein sont, quant à eux, associés à la mise en œuvre de la Directive conformément aux accords bilatéraux qu'ils ont conclus avec l'UE sur l'application de l'Acquis de Schengen. De surcroît, étant donné que la Directive fait partie de l'acquis européen, les États qui négocient ou négocieront leur adhésion à l'Union devront en incorporer les dispositions dans leur droit interne. Par conséquent, la Directive intéresse également la Turquie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, le Monténégro et la Serbie.

7. L'Union estime que le projet d'articles et les commentaires détaillés de la Commission du droit international servent un but que vise également le droit de l'Union européenne : il convient de respecter la dignité humaine de toute personne faisant l'objet de mesures d'expulsion et de traiter cette personne conformément à des normes minimales convenues, fondées sur l'état de droit.

8. L'Union européenne compte bien que ses citoyens faisant l'objet de mesures d'expulsion dans des pays tiers soient traités conformément à ces normes. Il devrait par ailleurs être évident que la promotion de ces normes est dans l'intérêt de tous les États, étant donné que des nationaux de tout pays peuvent être en situation de séjour illégale dans un autre pays.

9. Ces observations liminaires à l'esprit, l'Union européenne est heureuse de pouvoir largement souscrire au texte du projet d'articles, sous réserve de quelques perfectionnements. Elle souhaite également appeler l'attention de la Commission du droit international sur la nécessité d'examiner la question de la promotion du départ volontaire et celle des conditions de détention, qui doivent être humaines et dignes.

10. Les observations détaillées de l'Union européenne sont présentées ci-dessous :

- **Autres règles spécifiques à l'expulsion des réfugiés et des apatrides**

11. L'actuel projet d'article 8 dispose que les règles prévues dans le projet d'articles sont sans préjudice d'autres règles concernant l'expulsion des réfugiés et des apatrides prévues par le droit.

12. L'Union européenne propose de préciser cette disposition comme suit : les autres règles prévues par la loi auxquelles il est fait référence devraient être celles qui sont les **plus favorables** à la personne objet de l'expulsion.

- **Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle**

13. En ce qui concerne le projet d'article 15 (obligation de non-discrimination), l'Union européenne rappelle qu'elle a jugé nécessaire de mentionner expressément l'interdiction de la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle (voir l'article 19 du Traité sur le fonctionnement de l'UE et l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE). L'Union propose donc d'ajouter au paragraphe 1 du projet d'article 15 une référence expresse :

« 1. L'État exerce le droit d'expulser des étrangers sans discrimination aucune, fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, l'**orientation sexuelle**, ou sur tout autre motif non admis en droit international » (*la modification proposée est en caractères gras*).

- **Personnes vulnérables – considérations tenant à la santé**

14. L'Union européenne peut souscrire aux normes posées à l'article 14, qui correspondent en gros aux principes élémentaires posés dans la législation commune à tous ses États membres et énoncés aux articles 5 et 14 de la Directive retour. Il lui semble cependant qu'une référence aux **considérations de santé** fait défaut. Elle propose par conséquent d'ajouter la disposition ci-après, par exemple sous la forme d'un paragraphe 3 de l'article 16 :

« Dans toutes les décisions, l'état de santé de l'étranger objet de l'expulsion doit être pris en considération ».

- **(Conditions de) détention de l'étranger objet de l'expulsion**

15. En ce qui concerne le projet d'article 19, l'Union européenne propose de dissocier la question de la détention de celle des conditions de détention. Cette dernière est une question distincte qu'il y a lieu de traiter séparément, comme c'est le cas dans les Principes directeurs du Conseil de l'Europe de 2005 sur le retour forcé (Principes 10 et 11)³ et dans la Directive retour de l'UE (art. 16 et 17).

16. En ce qui concerne la première question, l'Union européenne estime qu'il conviendrait d'ajouter des restrictions afin de prévenir la détention arbitraire. De telles restrictions sont prévues au paragraphe 1 de l'article 15 de la Directive retour de l'UE et au Principe 6 du Conseil de l'Europe sur le retour forcé. Elles sont aussi conformes aux conclusions tirées par la Cour internationale de Justice dans son arrêt du 30 novembre 2010 en l'affaire *Amadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*⁴.

17. L'Union européenne considère également que quiconque est détenu devrait avoir le droit de faire examiner rapidement par la justice la légalité de sa détention. Il s'agit là d'une garantie fondamentale commune à tous les États membres de l'Union, consacrée par le paragraphe 2 de l'article 15 de la Directive retour et confirmée au paragraphe 4 de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi qu'au paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

18. Dans ces conditions, l'Union européenne propose les deux articles distincts ci-après. Le premier serait intitulé « Détention de l'étranger objet de l'expulsion » et le second, « Conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion ».

« 19. Détention de l'étranger objet de l'expulsion

1. La détention ne peut être ordonnée que si elle est nécessaire à la préparation ou à l'exécution de l'expulsion, en particulier si l'étranger risque de s'enfuir ou s'il tente de se soustraire à l'expulsion ou d'entraver celle-ci. On ne peut y avoir recours si des mesures moins contraignantes peuvent être appliquées efficacement dans le cas d'espèce.

2. La détention d'un étranger objet d'une expulsion ne doit pas avoir un caractère punitif (*la seconde phrase est supprimée*).

3. a) La durée de la détention ne peut être illimitée. Elle doit être limitée à un laps de temps qui est raisonnablement nécessaire à l'exécution de l'expulsion. Toute détention d'une durée excessive est interdite.

b) La prolongation de la durée de la détention ne peut être décidée que par une juridiction ou par une personne autorisée à exercer les fonctions judiciaires, ou encore par une autorité administrative, dont la décision fait l'objet d'un contrôle judiciaire efficace.

³ http://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Source/MalagaRegConf/20_Guidelines_Forced_Return_fr.pdf.

⁴ <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16245.pdf>, par. 77 à 79.

4. a) La détention d'un étranger objet d'une expulsion doit faire l'objet d'un examen à échéances régulières fondé sur des critères précis définis par la loi;

b) Sous réserve du paragraphe 2, il est mis fin à la détention lorsque l'expulsion ne peut pas être mise à exécution, sauf lorsque les raisons en sont imputables à l'étranger concerné. »

« 19 a. Conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion

1. Les étrangers détenus en attente d'expulsion devraient normalement être placés dans des établissements spécifiquement conçus à cette fin. Ces lieux de détention devraient être propres et chaque détenu devrait disposer de suffisamment d'espace.

2. Un étranger objet d'une expulsion ne devrait normalement pas être détenu avec les prisonniers du droit commun. Les hommes et les femmes devraient être séparés, s'ils le souhaitent; toutefois, le principe de la vie familiale devrait être respecté et les familles devraient donc être logées en conséquence.

3. Les détenus doivent avoir accès à des avocats, à des médecins, à des organisations non gouvernementales, aux membres de leur famille et au Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et ils devraient pouvoir communiquer avec le monde extérieur, conformément à la réglementation interne applicable.

4. Les détenus ont le droit de déposer plainte pour mauvais traitements ou pour défaut de protection contre des violences exercées par d'autres détenus.

5. Les enfants ne devraient être détenus qu'en dernier recours et le plus brièvement possible, dans le respect de leur intérêt supérieur.

6. Les enfants ont droit à l'éducation et ont le droit de se livrer au jeu et à des activités récréatives propres à leur âge. L'éducation peut être assujettie à une durée minimum de séjour. Les enfants séparés devraient être accueillis dans des établissements disposant du personnel et des installations adaptées aux besoins des personnes de leur âge. »

19. Enfin, par souci de cohérence, l'Union européenne propose de déplacer l'actuel projet d'article 20, pour qu'il précède l'actuel projet d'article 19.

• **Promotion du départ volontaire**

20. L'Union européenne estime qu'il conviendrait de modifier le projet d'article 21 afin de promouvoir de façon plus expresse le départ volontaire qui, comme on s'accorde largement à le reconnaître, comporte des avantages tant pour le rapatrié que pour l'État expulsant et présente, en ce qui concerne le respect des droits de l'homme, moins de risques que le retour forcé. Cette modification s'inspirerait du Principe 1 des Principes directeurs du Conseil de l'Europe sur le retour forcé de

2005⁵, même s'il convient de noter que l'article 7 de la Directive retour de l'UE prévoit des normes plus détaillées et plus strictes.

21. Le libellé ci-après est proposé :

Projet d'article 21
Départ vers l'État de destination

1. **Lorsqu'il n'y a pas de raison de croire que l'effet utile d'une procédure d'expulsion s'en trouve compromis, il convient de privilégier le départ volontaire par rapport au retour forcé et d'accorder aux fins du départ volontaire un délai raisonnable, compte tenu des circonstances propres à chaque cas, notamment de la durée du séjour, de la présence d'enfants scolarisés et de l'existence d'autres liens familiaux ou sociaux.**
2. L'État expulsant prend des mesures appropriées pour faciliter le départ volontaire de l'étranger objet de l'expulsion.
3. En cas d'exécution forcée de la décision d'expulsion, l'État expulsant prend les mesures nécessaires afin d'assurer, autant que faire se peut, un acheminement sans heurt de l'étranger objet de l'expulsion vers l'État de destination, dans le respect des règles du droit international.
3. ~~L'État expulsant accorde à l'étranger objet de l'expulsion un délai raisonnable pour préparer son départ, compte tenu de toutes les circonstances.~~ (les modifications proposées sont en caractères gras)

- **Réadmission par l'État de destination**

22. Le projet d'articles porte essentiellement sur les droits et obligations de l'étranger et de l'État expulsant. Dans une perspective plus équilibrée, il pourrait insister également sur le devoir qu'a l'État d'accueil de réadmettre ses nationaux ou les étrangers envers lesquels il a une telle obligation. L'Union européenne propose donc le libellé ci-après pour le paragraphe 1 de l'article 22 :

« 1. L'étranger objet de l'expulsion est expulsé vers son État de nationalité et réadmis par celui-ci ou est expulsé vers tout autre État qui a l'obligation de l'accueillir en vertu du droit international. » (les modifications proposées sont en caractères gras)

- **Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée**

23. L'Union européenne souscrit pleinement à la logique qui fonde le projet d'article 23. En ce qui concerne le paragraphe 2, elle propose de préciser davantage cette disposition afin d'éviter de laisser entendre que l'expulsion vers des pays appliquant la peine de mort est d'une manière générale interdite. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

⁵ « Principe 1. Encouragement au retour volontaire : l'État d'accueil devrait prendre des mesures encourageant le retour volontaire, lequel est préférable au retour forcé. Il devrait régulièrement évaluer et améliorer, si nécessaire, les programmes mis en œuvre à cet effet. »

L'Union propose de prescrire une **évaluation au cas par cas** du risque d'application de la peine de mort.

24. Le libellé ci-après est proposé :

« 2. Un État qui n'applique pas la peine de mort ne peut expulser un étranger vers un État où, **au vu des circonstances, il est probable que** la vie de cet étranger serait menacée, **à son retour**, par la peine de mort, sauf s'il a obtenu au préalable l'assurance que cette peine ne sera pas imposée ou, si elle a déjà été imposée, qu'elle ne sera pas exécutée. » (*les modifications proposées sont en caractères gras*)

- **Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion**

25. L'Union européenne a deux observations à formuler en ce qui concerne l'actuel projet d'article 26.

26. Premièrement, le droit à la notification de la décision d'expulsion posé à la lettre a) du paragraphe 1 de l'article 26 devrait être explicité, comme étant constitué du droit de recevoir notification **par écrit** de ladite décision et de celui d'être informé **des voies de recours disponibles**. Ces règles sont posées dans le Principe n° 4 du Conseil de l'Europe, ainsi qu'au paragraphe 1 de l'article 12 de la Directive retour de l'Union européenne.

27. Le libellé suivant est proposé :

« a) Le droit de recevoir une notification **écrite** de la décision d'expulsion **ainsi que des renseignements quant aux voies de recours disponibles** » (*les modifications proposées sont en caractères gras*)

28. Deuxièmement, l'Union européenne craint que la limitation posée au paragraphe 4 de l'article 26, qui autoriserait les États à exclure du bénéfice des droits procéduraux les étrangers qui se trouvent illégalement sur leur territoire depuis moins de six mois, risque de compromettre en pratique les normes minimums offertes par le projet d'articles. Compte tenu du champ d'application du projet d'articles, l'Union propose de limiter la possibilité d'une telle dérogation aux cas « d'interception à la frontière », comme le prévoit l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 2 de la Directive retour de l'UE.

29. Le libellé ci-après est proposé :

« 4. Les droits procéduraux prévus dans cet article sont sans préjudice de l'application de toute législation de l'État expulsant concernant l'expulsion d'étrangers qui **ont été appréhendés à l'occasion du franchissement irrégulier de la frontière extérieure de cet État**. » (*la modification proposée est en caractères gras*)

- **Effet suspensif du recours contre la décision d'expulsion**

30. L'actuel projet d'article 27 dispose que le recours formé par un étranger objet d'une expulsion, se trouvant légalement sur le territoire de l'État expulsant, contre une décision d'expulsion a un effet suspensif de ladite décision.

31. Cette disposition n'est actuellement pas une norme minimum du droit de l'Union européenne⁶. Comme l'a indiqué l'Union européenne dans la déclaration qu'elle a faite en 2011 devant la Sixième Commission à sa soixante-sixième session, en ce qui concerne les « étrangers », l'article 13 de la Directive retour de l'UE prévoit que le ressortissant concerné d'un pays tiers dispose d'une **voie de recours effective** pour attaquer les décisions liées au retour. En outre, aux termes des dispositions de cet article, l'instance de recours est **compétente pour réexaminer** les décisions liées au retour **et peut notamment en suspendre temporairement l'exécution**. Cette règle, appliquée par l'Union, est conforme au principe n° 5 des Principes directeurs du Conseil de l'Europe sur le retour forcé, qui ne prévoit pas d'effet suspensif automatique mais mentionne la nécessité d'un recours effectif devant une autorité ou un organe compétent qui doit avoir le pouvoir de réexaminer la décision d'éloignement, y compris la possibilité d'en suspendre temporairement l'exécution.

32. L'approche proposée par la Commission dans le projet d'article 27 suscite, de l'avis de l'Union, des doutes qui sont fondés. La consécration de l'effet suspensif du recours formé contre une décision d'expulsion risque en effet d'être vue comme une incitation à abuser des procédures de recours, au détriment de leur but véritable.

- **Réadmission dans l'État expulsant**

33. La dernière observation détaillée de l'Union européenne concerne le paragraphe 1 du projet d'article 29. Afin d'éviter tout malentendu, l'Union propose d'apporter la précision suivante :

« 1. Un étranger se trouvant légalement sur le territoire d'un État, expulsé par celui-ci, a droit à la réadmission dans l'État expulsant s'il est établi par une autorité compétente **de cet État** que l'expulsion était illicite, sauf si la réadmission constitue une menace pour la sécurité nationale ou l'ordre public, ou si, pour une autre raison, l'étranger ne remplit plus les conditions d'admission d'après le droit de l'État expulsant. » *(la modification proposée est en caractères gras)*

* * *

34. Cela conclut les observations détaillées de l'Union européenne concernant le projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté en première lecture par la Commission du droit international.

⁶ Même pour les citoyens de l'Union européenne et les membres de leur famille, il existe des exceptions à l'effet suspensif du recours formé contre les décisions d'expulsion. Le paragraphe 2 de l'article 31 de la Directive pertinente de l'UE pose également le principe de l'effet suspensif mais prévoit une exception (c'est-à-dire l'absence d'effet suspensif automatique), lorsque la décision d'expulsion se fonde sur une décision judiciaire antérieure, ou que les personnes concernées ont eu auparavant accès à un recours juridictionnel, ou encore que la décision d'expulsion se fonde sur des motifs impérieux de sécurité publique (Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, relative aux droits des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 158/77 du 30 avril 2004).

35. L'Union européenne tient à donner son avis sur un dernier point. Au cours de la session tenue cette année, plusieurs membres de la Commission ont indiqué que celle-ci devrait adopter, en ce qui concerne le sujet de l'expulsion des étrangers, non pas un « projet d'articles » en bonne et due forme, mais des « directives » ou des « pratiques exemplaires ».

36. L'Union européenne est attachée au but principal de la CDI, qui est de codifier les règles de droit international existantes. Cependant, en ce qui concerne l'autre but important de la CDI, qui a trait au développement progressif du droit international, l'Union estime nécessaire de s'interroger, dans le cas présent, sur le bien-fondé de l'adoption d'un projet d'articles par la CDI. Si la CDI devait adopter un projet d'articles, il serait utile qu'elle précise davantage ce qui, de son point de vue, relève de la codification du droit international et ce qui relève simplement du développement progressif du droit international.