

EXPULSION DES ÉTRANGERS

[Point 7 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/581

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

[Original: français]
[19 avril 2007]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	116
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	116
	<i>Paragraphes</i>
PRINCIPES GÉNÉRAUX	1-135 118
A. Droit d'expulsion.....	6-23 119
1. Un droit inhérent.....	8-14 119
2. Un droit non absolu	15-22 121
a) Position du problème	15-18 121
b) Limites intrinsèques à l'ordre juridique international.....	19-22 121
Projet d'article 3. Droit d'expulsion.....	23 122
B. Droit à exercer dans le respect des règles fondamentales du droit international.....	24-135 122
1. Limites tenant aux personnes expulsées.....	28-135 122
a) Le principe de non-expulsion de son ressortissant	28-57 122
i) Le principe	34-49 123
ii) Exceptions	50-56 126
Projet d'article 4. Non-expulsion par un État de son propre ressortissant.....	57 127
b) Le principe de non-expulsion d'un réfugié.....	58-81 127
i) Le principe.....	61-74 128
ii) Dérogations.....	75-80 130
Projet d'article 5. Non-expulsion des réfugiés.....	81 131
c) Le principe de non-expulsion des apatrides.....	82-96 131
Projet d'article 6. Non-expulsion des apatrides.....	96 133
d) Le principe de non-expulsion collective.....	97-135 133
i) En temps de paix.....	98-115 133
ii) En temps de guerre	116-134 136
Projet d'article 7. Non-expulsion collective	135 139

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

<p>Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) [Versailles, 28 juin 1919]</p>	<p>H. Triepel, <i>Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de G. Fr. Martens</i>, 3^e série, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, t. XI, p. 323.</p>
<p>Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Genève, 12 août 1949)</p>	<p>Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i>, vol. 75, n° 973, p. 287.</p>
<p>Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]</p> <p>Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel (Strasbourg, 16 septembre 1963)</p>	<p>Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221.</p> <p>Ibid., vol. 1496, n° 2889, p. 263.</p>
<p>Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951)</p> <p>Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967)</p>	<p>Ibid., vol. 189, n° 2545, p. 137.</p> <p>Ibid., vol. 606, n° 8791, p. 267.</p>
<p>Convention relative au statut des apatrides (New York, 28 septembre 1954)</p>	<p>Ibid., vol. 360, n° 5158, p. 117.</p>
<p>Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)</p>	<p>Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.</p>
<p>Convention de l'Organisation de l'unité africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (Addis Abeba, 10 septembre 1969)</p>	<p>Ibid., vol. 1001, n° 14691, p. 45.</p>
<p>Convention américaine relative aux droits de l'homme («Pacte de San José de Costa Rica») [San José, 22 novembre 1969]</p>	<p>Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.</p>
<p>Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981)</p>	<p>Ibid., vol. 1520, n° 26363, p. 217.</p>
<p>Acquis de Schengen - Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (Schengen, 19 juin 1990)</p>	<p><i>Journal officiel des Communautés européennes</i>, n° L 239, 22 septembre 2000, p. 19 à 62.</p>
<p>Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (New York, 18 décembre 1990)</p>	<p>Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i>, vol. 2200, n° 39481, p. 3.</p>

Ouvrages cités dans le présent rapport

<p>ABRAHAM, Ronny</p> <p>«La reconduite à la frontière des demandeurs d'asile», <i>Revue française de droit administratif</i>, vol. 8, n° 1 (janvier-février 1992), p. 90 à 103.</p>	<p>BRY, Georges</p> <p><i>Précis élémentaire de droit international public mis au courant des progrès de la science et du droit positif contemporain à l'usage des étudiants des facultés de droit et des aspirants aux fonctions diplomatiques et consulaires</i>, 5^e éd., Paris, Larose et Tenin, 1906.</p>
<p>ALEINIKOFF, T. Alexander</p> <p>«The meaning of "persecution" in United States asylum law», <i>International Journal of Refugee Law</i>, vol. 3, n° 1 (janvier 1991), p. 5 à 29.</p>	<p>CASANOVAS, Oriol</p> <p>«La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés», <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>, vol. 306 (2003), Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, p. 9 à 176.</p>
<p>BOECK, Charles (DE)</p> <p>«La sentence arbitrale de la Cour permanente de La Haye dans l'affaire <i>Canevaro</i> (3 mai 1912)», <i>Revue générale de droit international public</i>, vol. 20 (1913), Paris, p. 317 à 372.</p> <p>«L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique», <i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>, 1927-III, vol. 18 (1928), Paris, Hachette, p. 447 à 647.</p>	<p>CHETAIL, Vincent</p> <p>«Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants», <i>Revue belge de droit international</i>, vol. 37, n° 1 (2004), Bruxelles, Bruylant, p. 155 à 210.</p>
<p>BONFILS, Henry et Paul FAUCHILLE</p> <p><i>Manuel de droit international public (droit des gens)</i>, 7^e éd. rév., Paris, Rousseau, 1914.</p>	<p>CRAIES, William Feilden</p> <p>«Le droit d'expulsion des étrangers en Angleterre», <i>Journal du droit international privé</i>, t. 16 (1889), Paris, Marchal et Billard, p. 357.</p>
<p>BONETTI, Paolo</p> <p>«Italy», dans Bruno Nascimbene (dir. publ.), <i>Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries</i>, Milan, Giuffrè, 2001, p. 311 à 376.</p>	<p>DAILLIER, Patrick et Alain PELLET</p> <p><i>Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)</i>, 7^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002.</p>

- DARRAS, Alcide (dir. publ.)
Revue de droit international privé et de droit pénal international, vol. 4 (1908), Paris.
- DARUT, Joseph-André
De l'expulsion des étrangers. Principe général: applications en France, Aix, Niel, 1902.
- DESCAMPS, Baron et Louis RENAULT
Recueil international des traités du XX^e siècle, Paris, Rousseau, 1901.
- DESJARDINS, Arthur
Questions sociales et politiques, Paris, Plon, 1893.
- DOEHRING, Karl
 «Aliens, expulsion and deportation», dans Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1, Amsterdam, North-Holland, 1992, p. 109 à 112.
- DRAPER, Gerald
The Red Cross Conventions, New York, Praeger, 1958.
- EGGLI, Ann Vibeke
Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law, La Haye, Kluwer, 2002.
- FABRE-ALIBERT, Véronique
 «Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 110, 1994, p. 1165 à 1195.
- FAUCHILLE, Paul
Traité de droit international public, vol. I, 3^e partie: *Paix*, Paris, Rousseau, 1926.
- FIORE, Pasquale
Nouveau droit international public, 2^e éd., traduit par Charles Félicien Antoine, Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1885.
- GAJA, Giorgio
 «Expulsion of aliens: some old and new issues in international law», *Bancaja Euromediterranean Courses of International Law*, vol. III, Elcano, Aranzadi, 1999, p. 283 à 314.
- GRAHL-MADSEN, Atle
The Status of Refugees in International Law, vol. I: *Refugee character*, Leyde, Sijthoff, 1966.
- GOODWIN-GILL, Guy S.
International Law and the Movement of Persons between States, Oxford, Clarendon Press, 1978.
- GRIFFIN, W. Martin
 «Colonial expulsion of aliens», *American Law Review* (Saint-Louis), vol. 33, 1899, p. 90 à 96.
- GUILD, Elspeth et Paul MINDERHOUD (dir. publ.)
Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe, vol. 1: *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, La Haye, Kluwer, 2001.
- HAILBRONNER, Kay
 «Non-refoulement and "humanitarian" refugees: customary international law or wishful legal thinking», *Virginia Journal of International Law*, vol. 26 (1985-1986), p. 857 à 896.
- HART, Herbert L. A.
The Concept of Law, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HATHAWAY, James C.
The Law of Refugee Status, Toronto, Butterworths, 1991.
- HENCKAERTS, Jean-Marie et Louise DOSWALD-BECK
Customary International Humanitarian Law, vol. I: *Rules*, Cambridge, Cambridge University Press/ICRC, 2005.
- ILUYOMADE, B. O.
 «The scope and content of a complaint of abuse of right in international law», *Harvard International Law Journal*, vol. 16, 1975, p. 47 à 92.
- INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL
Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 10, 1888-1889 (session de Lausanne, septembre 1888), Bruxelles, Falk, 1889.
Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 11, 1891-1892 (session de Hambourg, septembre 1892), Bruxelles, Weissenbruch, 1892.
 «Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers proposées par l'Institut de droit international et adoptées par lui à Genève, le 9 septembre 1892», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12, 1892-1894 (session de Genève, septembre 1892), Paris, Pedone-Lauriel.
Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 39-II, 1936 (session de Bruxelles, avril 1936), Bruxelles, Falk, 1936.
- IRIZARRY Y PUENTE, J.
 «Exclusion and expulsion of aliens in Latin America», *American Journal of International Law*, vol. 36, Washington, 1942, p. 252 à 270.
- JENNINGS, Sir Robert et Sir Arthur WATTS (dir. publ.)
Oppenheim's International Law, vol. I: *Peace*, parties 2 à 4, 9^e éd., Harlow, Longman, 1992.
- JITTA, Josephus
 «Le droit d'expulsion des étrangers dans la législation des Pays-Bas», *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, vol. 29, Paris, 1902.
- LOCHAK, Danièle
 «Article 3» et «Article 4», dans Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre-Henri Imbert (dir. publ.), *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 1053 à 1055 et p. 1057 à 1059.
- MARTINI, Alexis
L'expulsion des étrangers: étude de droit comparé, Paris, Sirey, 1909.
- McNAIR, Sir Arnold et A. D. WATTS
The Legal Effects of War, 4^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1966.
- MÉRIGNHAC, Alexandre
Les lois et coutumes de la guerre sur terre d'après le droit international moderne et la codification de la Conférence de La Haye de 1899, Paris, Chevalier-Marescq, 1903.
- MOORE, John Bassett
A Digest of International Law, vol. 4, Washington, Government Printing Office, 1906.
- NASCIMBENE, Bruno (dir. publ.)
Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries, Milan, Giuffrè, 2001.
- OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LA DROGUE ET LE CRIME
La prévention des actes terroristes: une stratégie de justice pénale intégrant les normes de l'État de droit à la mise en œuvre des instruments des Nations Unies contre le terrorisme, New York, Nations Unies, 2006.
- PIÉDELIEVRE, Robert
Précis de droit international public ou droit des gens, vol. II: *Des litiges internationaux et de leurs solutions*, Paris, Pichon, 1895.
- PILLET, Antoine
Le droit de la guerre, première partie: *Les hostilités. Conférences faites aux officiers de garnison de Grenoble pendant l'année 1891-1892*, Paris, Rousseau, 1892.

PILLET, Antoine et Jean-Paulin NIBOYET

Manuel de droit international privé, Paris, Sirey, 1924.

PLENDER, Richard

International Migration Law, 2^e éd. rév., Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.

REY, Francis

La guerre russo-japonaise au point de vue du droit international, Paris, Pedone, 1907.

ROLIN-JAEQUEMYS, Édouard

«Report on the right of expulsion of aliens», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 10, 1888-1889 (session de Lausanne, septembre 1888), Bruxelles, C. Muquardt, p. 229 à 237.

RUPPERT, Pierre

Code pénal et Code d'instruction criminelle suivis des lois spéciales et règlements particuliers en matière répressive en vigueur dans le Grand-Duché de Luxembourg, Luxembourg, Buck, 1900.

SOHN, Louis B. et Thomas BUERGENTHAL (dir. publ.)

The Movement of Persons Across Borders, Studies in Transnational Legal Policy: n° 23, Washington, D.C., American Society of International Law, octobre 1992.

STEINBOCK, Daniel J.

«The refugee definition as law: issues of interpretation», dans Frances Nicholson et Patrick Twomey (dir. publ.), *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 13 à 36.

TEITGEN-COLLY, Catherine

«Le droit d'asile: la fin des illusions», *L'Actualité juridique: droit administratif*, n° 2 (20 février 1994), Paris, p. 97 à 114.

UMOZURIKE, Oji

«Protection of victims of armed conflicts», dans UNESCO, *International Dimensions of Humanitarian Law*, Genève, Institut Henry-Dunant, 1988, p. 187 à 201.

WHITEMAN, Marjorie M.

Digest of International Law, vol. 8 et 10, Washington, Department of State, 1967 et 1968.

Principes généraux

1. Dans son deuxième rapport sur l'expulsion des étrangers¹, le Rapporteur spécial, après avoir fait le point sur les développements récents en rapport avec le sujet tant dans la pratique des États qu'au niveau international (par. 15 à 35), s'est employé à cerner la portée du sujet (par. 36 à 41). À cet égard, dans la partie de l'étude consacrée aux règles générales applicables en matière d'expulsion des étrangers (par. 45 à 122), il s'est attaché à la détermination du «champ du sujet», qui apparaissait comme le principal point de discussion, voire d'achoppement, tant au sein de la Commission du droit international qu'à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Il a procédé ensuite à une définition plus précise que dans son rapport préliminaire² des notions constitutives du sujet. En tenant compte des observations formulées par divers membres de la Commission lors de l'examen du deuxième rapport, le Rapporteur spécial a décidé d'employer, dans le présent rapport ainsi que dans ses rapports subséquents, les termes «ressortissant» et «national» d'un État comme synonymes.

2. Le présent rapport est consacré à l'examen des principes généraux du droit international régissant l'expulsion des étrangers. Le débat qui anima la doctrine sur le point de savoir si la question de l'expulsion des étrangers relève ou non du droit international³ appartient au passé: le droit d'expulsion fait corps avec le principe de la souveraineté territoriale. L'existence d'un État ne tient pas seulement à l'existence d'une population qui reconnaît sa souveraineté, mais aussi et surtout à l'existence d'un territoire sur lequel cette souveraineté s'exerce de façon exclusive, en fait et en droit. Comme le relevait Rolin-Jaequemys dans son rapport sur le droit d'expulsion des étrangers à l'Institut de droit international à sa session de Lausanne

en 1888, cette souveraineté serait compromise s'il était possible à des personnes qui n'ont «aucun lien politique avec l'État où elles entrent [...] dont la patrie, en un mot, est ailleurs, de pénétrer sur le territoire, de s'y installer et de braver les autorités locales qui jugeraient ce séjour dangereux ou nuisible pour le pays⁴». Il concluait alors dans les termes suivants:

Au point de vue du droit international, tout gouvernement d'un État souverain a en règle générale, s'il le juge nécessaire dans l'intérêt de cet État, le droit d'admettre ou de ne pas admettre, d'expulser ou de ne pas expulser les étrangers qui veulent entrer ou qui se trouvent sur son territoire, ainsi que de subordonner leur admission ou leur résidence aux conditions qu'il juge nécessaires dans l'intérêt de sa tranquillité ou de sa sécurité, intérieure ou extérieure, ou de la santé de ses habitants⁵.

3. Une telle opinion était en accord avec la doctrine dominante de l'époque. Ainsi, pour Darut, c'est dans la notion de souveraineté de l'État que l'on trouve le «fondement rationnel du droit d'expulsion⁶», un droit dont l'universalité était soulignée à la même époque⁷.

4. L'expulsion met en jeu, d'un côté, le principe fondamental de la souveraineté de l'État dans l'ordre international, qui donne pouvoir à l'État d'édicter des règles internes en vertu de sa compétence territoriale, et, de l'autre, les principes fondamentaux structurant l'ordre juridique international ainsi que les droits fondamentaux de l'homme, dont le respect s'impose à tous les États de nos jours. En préambule à ses Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, adoptées à la session de Genève le 9 septembre 1892, l'Institut de droit international écrivait à ce sujet:

Considérant que pour chaque État, le droit d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire, ou de ne les admettre que conditionnellement, ou de ne les expulser est une conséquence logique et

¹ *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/573.

² *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/554.

³ Voir notamment la longue discussion sur cette question à l'Institut de droit international, séance du 8 septembre 1891, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 11 (session de Hambourg, 1891-1892), p. 273 à 320.

⁴ *Ibid.*, vol. 10 (session de Lausanne, 1888-1889), p. 230.

⁵ *Ibid.*, p. 235.

⁶ Darut, *De l'expulsion des étrangers. Principe général: applications en France*, p. 16 et 20.

⁷ Martini, *L'expulsion des étrangers: étude de droit comparé*, p. 16.

nécessaire de sa souveraineté et de son indépendance; 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, le droit et la liberté des étrangers qui veulent pénétrer sur ledit territoire ou qui s'y trouvent déjà; considérant que, à ce point de vue international, il peut être utile de formuler d'une manière générale et pour l'avenir quelques principes constants, dont l'acceptation ne saurait d'ailleurs impliquer aucune appréciation d'actes accomplis dans le passé [...]⁸.

5. Les développements qui vont suivre consisteront donc en une articulation entre le constat que le droit d'expulsion est un principe établi en droit international, d'une part, et l'idée qu'un tel droit doit s'exercer dans le respect des règles fondamentales du droit international, d'autre part. Il s'agit de bâtir une architecture d'équilibre entre ces deux pôles mettant en rapport le droit de l'État expulsant et les droits de l'expulsé, en sorte que le droit souverain de l'État s'exerce dans le respect de la dignité humaine.

A. Droit d'expulsion

6. Le droit d'expulsion a suscité un débat animé à la fin du XIX^e siècle, comme le montrent en particulier les travaux de l'Institut de droit international sur le sujet. Si la question du fondement du droit d'expulser n'a pas été posée expressément au cours de ce débat, elle n'en a pas moins été abordée directement ou indirectement, l'affirmation de l'existence d'un tel droit passant nécessairement par l'évocation de sa base juridique en droit international ou, le cas échéant, en droit interne. On a pu penser en première approximation qu'une telle règle permissive, établissant la faculté ou la liberté pour l'État d'éconduire un étranger de son territoire, était tirée du droit international général au sens strict traditionnel, c'est-à-dire du droit coutumier.

7. Il n'en est rien à l'analyse: le droit d'expulser n'est pas conféré à l'État par une règle extérieure; c'est un droit naturel de l'État découlant du statut même de celui-ci en tant qu'être juridique souverain doté de la plénitude de compétence sur son territoire, laquelle ne peut être limitée dans l'ordre international que par les engagements volontaires de l'État ou certaines normes *erga omnes*. Mais il ne s'agit dans ce cas que de limitation, non de condition de l'existence de la règle. Autrement dit, le droit d'expulser est un droit inhérent à la souveraineté (territoriale) de l'État; mais il ne s'agit pas d'un droit absolu dans la mesure où il doit s'exercer dans les limites fixées par le droit international.

1. UN DROIT INHÉRENT

8. L'existence du droit pour un État d'expulser un étranger de son territoire est incontestée en droit international⁹, et il ne semble pas qu'elle ait jamais suscité de doute sérieux dans la doctrine¹⁰. La pratique des États

le confirme¹¹. Il est, au demeurant, consacré par une jurisprudence arbitrale internationale abondante, en particulier à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, mais aussi par les décisions et la jurisprudence plus récentes des commissions et juridictions régionales des droits de l'homme. Ainsi, dans l'affaire *Boffolo*, l'arbitre affirme: «On ne peut mettre en doute qu'il existe un droit général, pour les États, d'expulser les étrangers, au moins pour une juste cause¹²»; la Commission mixte des réclamations Belgique-Venezuela s'exprime dans le même sens dans l'affaire *Paquet* en déclarant que «le droit d'expulser les étrangers ou de leur interdire l'entrée sur le territoire national est généralement admis¹³».

9. S'agissant des décisions des commissions et de la jurisprudence des juridictions régionales des droits de l'homme, elles reconnaissent elles aussi le droit d'expulsion des étrangers dans le but de la préservation de l'ordre public comme une règle bien établie en droit international¹⁴. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme fait constamment référence dans sa jurisprudence au

souci des États contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux¹⁵.

Elle a en effet toujours admis, dans le chef des États,

l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi, l'entrée des non-nationaux¹⁶.

conception n'était tenable ni en droit ni même sur un terrain politique (ibid., p. 10 et suiv.).

¹¹ Gaja (loc. cit., p. 295) fournit en ce sens trois exemples intéressants tirés de Whiteman, *Digest of International Law*, p. 851, 854 et 861: le rappel par le Secrétaire d'État américain Hull, en 1939, de ses instructions à l'ambassadeur des États-Unis en France selon lesquelles les États-Unis reconnaissent «le droit d'un État d'expulser les étrangers qu'il considère comme dangereux pour sa sécurité et n'interviendraient pas dans un tel cas»; la déclaration faite dix ans plus tard par le Ministre britannique McNeil selon laquelle: «Il est, bien entendu, du droit du Gouvernement hongrois d'expulser tout étranger du pays, et une protestation officielle ne semble donc pas pouvoir être juridiquement fondée»; une lettre du Sous-Secrétaire d'État américain Dut-ton adressée à un membre du Congrès en 1961, dans laquelle il écrit qu'«on peut faire observer qu'en vertu de principes généralement admis du droit international, un État peut expulser un étranger quand il le souhaite, dès lors qu'il ne procède pas à l'expulsion de manière arbitraire».

¹² Affaire *Boffolo*, Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales internationales*, vol. 10 (numéro de vente: 1960.V.4), p. 531 et 532.

¹³ Affaire *Paquet*, Commission mixte des réclamations Belgique-Venezuela, 1903, ibid., vol. 9 (numéro de vente: 1959.V.5), p. 325.

¹⁴ Voir l'étude du Secrétariat sur l'expulsion des étrangers (A/CN.4/565 et Corr.1), par. 190, disponible sur le site Web de la Commission.

¹⁵ *Moustaquim c. Belgique*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 18 février 1991, par. 43, série A n° 193. Voir aussi *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, arrêt (sur le fond), 30 octobre 1991, par. 102, série A n° 215; *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 15 novembre 1996, par. 73, *Recueil des arrêts et décisions 1996-V*; *Ahmed c. Autriche*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 17 décembre 1996, par. 38, ibid., 1996-VI; *Boughanemi c. France*, arrêt (au principal), 24 avril 1996, par. 41, ibid., 1996-II; *Bouchelkia c. France*, arrêt (au principal), 29 janvier 1997, par. 48, ibid., 1997-I; et *H.L.R. c. France*, arrêt (au principal), 29 avril 1997, par. 33, ibid., 1997-III.

¹⁶ *Abdulaziz, Cabales et Balkandi c. Royaume-Uni*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 28 mai 1985, par. 67, série A n° 94.

⁸ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12 (session de Genève, 1892-1894), p. 219.

⁹ Voir Gaja, «Expulsion of aliens: some old and new issues in international law», p. 295.

¹⁰ Quelques auteurs de la fin du XIX^e siècle, notamment Lord Coke, Sapey, Pinheiro-Ferreira, Fiore et Hugues estimaient, au nom d'un humanisme idéaliste tout à fait d'époque, que rien ne devait entraver la liberté humaine et qualifiaient le droit d'expulsion de flagrante violation des droits imprescriptibles de l'homme (Darut, op. cit., p. 8 et 9). Mais plusieurs auteurs ont montré à la même époque qu'une telle

10. Examinant la communication introduite conjointement par quatre organisations non gouvernementales contre l'Angola à la suite des expulsions massives des ressortissants de divers États africains de ce pays en 1996, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a rappelé au passage le droit d'expulsion de l'État en ces termes:

La Commission n'entend pas remettre en cause et ne remet pas en cause le droit dont dispose tout État d'intenter une action judiciaire contre des immigrants irréguliers et de les reconduire dans leur pays d'origine, si les juridictions compétentes en décident ainsi¹⁷.

11. Par ailleurs, ce droit universellement admis¹⁸ est en effet constaté depuis longtemps par les législations de vieux pays¹⁹. Un auteur relevait vers le début du XX^e siècle qu'il était consacré par la législation de la plupart des pays d'Europe et d'Amérique et par un grand nombre de traités internationaux²⁰, et il n'est pas douteux, au regard de l'ampleur du phénomène migratoire contemporain, que ce droit fait partie des législations de tous les États de nos jours²¹.

12. Le droit d'expulsion existe cependant indépendamment de toute disposition spéciale du droit interne ou de droit conventionnel le conférant à l'État expulsant car il résulte du droit international lui-même²². C'est en ce sens que l'Institut de droit international dit, comme on l'a relevé ci-avant (voir paragraphe 4), qu'il est «une conséquence logique et nécessaire» de la souveraineté de l'État, dont il est un attribut, ou de son indépendance. À la même période, Griffin relevait comme une évidence: «Le droit d'exclure n'étant qu'un corollaire de la souveraineté de chaque État sur son territoire, il est

¹⁷ *Union interafricaine des droits de l'homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, Rencontre africaine des droits de l'homme, Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'homme c. Angola*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 159/96, par. 20.

¹⁸ Voir Martini, loc. cit.

¹⁹ En Angleterre, par exemple, antérieurement à l'*Aliens Act* du 11 août 1905, voir notamment Craies, «Le droit d'expulsion des étrangers en Angleterre», p. 357 et suiv., cité par Martini, loc. cit., note 1; en France, le droit d'expulsion fut conféré en 1849 au gouvernement, mais il n'était pas nouveau: une loi du 28 vendémiaire an VII l'avait déjà inscrit dans son article 7, qui disposait: «Tous étrangers voyageant dans l'intérieur de la République ou y résidant, sans y avoir une mission des puissances neutres ou amies reconnue par le Gouvernement, ou sans y avoir acquis le titre de citoyen, sont mis sous la surveillance spéciale du Directoire exécutif, qui pourra retirer leurs passeports et leur enjoindre de sortir du territoire français, s'il juge leur présence susceptible de troubler l'ordre et la tranquillité publique» (Desjardins, *Questions sociales et politiques*, p. 120 et 121); voir aussi, par exemple, la loi du 21 avril 1832, qui donnait au Gouvernement français le même droit en ce qui concerne les étrangers réfugiés (ibid., p. 121).

²⁰ Voir Boeck, «L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique», p. 480, et les nombreux exemples de législations de l'époque et de traités internationaux qu'il cite aux pages 480 et 481.

²¹ Il serait fastidieux de récapituler ici les dispositions pertinentes de la législation de chaque pays à ce sujet. Pour les pays européens, on peut en avoir un aperçu à travers les travaux suivants: Nascimbene, *Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries*; et Guild et Minderhoud, *Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe*. Pour les États-Unis, voir notamment Sohn et Buergeth, *The Movement of Persons across Borders*. Sur un plan plus général, voir Goodwin-Gill, *International Law and the Movement of Persons between States*.

²² Voir Boeck, «L'expulsion...», p. 479.

naturellement pleinement reconnu par le droit *international*²³.» Concluant une étude sur la pratique de l'exclusion et de l'expulsion des étrangers en Amérique latine au début des années 1940, un autre auteur fit le constat suivant: «Aucune disposition du droit des gens n'interdit l'expulsion de l'étranger "domicilié" ou "résident"²⁴.» Et s'agissant plus particulièrement de la pratique latino-américaine, il écrivait: «Les pays d'Amérique latine, exerçant les pouvoirs inhérents à leur souveraineté, exclurent ou expulsèrent, s'il y a une loi (et s'il n'y en a pas, à titre de haute politique), les étrangers pour des raisons liées à la défense de l'État, à la tranquillité publique, à la sécurité des citoyens ou à l'ordre public²⁵.»

13. Cette conception du droit d'expulser est étayée par un certain nombre de sentences arbitrales internationales. Ainsi, dans l'affaire *Ben Tillet*, l'arbitre unique, Arthur Desjardins, écrivait, au point A de sa sentence intitulé «Sur le droit d'expulsion, envisagé dans son principe»:

Attendu qu'on ne saurait contester à un État la faculté d'interdire son territoire à des étrangers quand leurs menées ou leur présence lui paraissent compromettre sa sécurité;

Qu'il apprécie d'ailleurs, dans la plénitude de sa souveraineté, la portée des faits qui motivent cette interdiction [...]²⁶.

Dans la sentence rendue en 1903 dans l'affaire *Maal*, l'arbitre Plumley exprima l'idée selon laquelle le droit d'expulser est un droit inhérent de manière plus explicite. Examinant la question en rapport avec l'exercice de ce droit par le Gouvernement vénézuélien, il écrivit:

Il n'est pas douteux pour l'arbitre que le Gouvernement du Venezuela peut, régulièrement et à bon droit, expulser les personnes dangereuses pour le pays, ou exercer de larges pouvoirs discrétionnaires à cet égard. Il existe des différences entre les pays quant aux méthodes et moyens utilisés à cet égard, mais ce droit est inhérent à toutes les puissances souveraines et est un des attributs de la souveraineté, car il est exercé légitimement uniquement pour défendre le pays contre un danger actuel ou futur²⁷.

Le juge arbitral s'est exprimé dans le même sens dans l'affaire *Boffolo*:

Le droit d'expulser les étrangers appartient en propre à tout État et il découle de sa souveraineté même²⁸.

14. La question telle qu'elle se posait à la fin du XIX^e siècle était de savoir s'il était possible de substituer des règles précises à l'arbitraire qui régnait dans beaucoup d'États en matière d'expulsion²⁹. À hauteur du droit international contemporain, il apparaît que le droit d'expulser, lors même qu'il est un droit souverain de l'État, ne se conçoit pas comme un droit sans borne générateur d'un pouvoir discrétionnaire de l'État expulsant.

²³ Griffin, «Colonial expulsion of aliens», p. 90.

²⁴ Irizarry y Puente, «Exclusion and expulsion of aliens in Latin America», p. 270.

²⁵ Ibid.

²⁶ Sentence du 26 décembre 1898, reproduite dans *Journal du droit international privé*, 1899, t. 26, p. 203 à 210, à la page 205.

²⁷ Affaire *Maal*, Commission mixte des réclamations Pays-Bas/Venezuela, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales internationales*, vol. 10, p. 731.

²⁸ Affaire *Boffolo* ibid., p. 528.

²⁹ Voir l'extrait du procès-verbal des séances de l'Institut de droit international des 8 et 9 septembre 1892, présidées par M. Albéric Rolin, Vice-Président, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12 (session de Genève, 1892-1894), p. 185.

2. UN DROIT NON ABSOLU

a) *Position du problème*

15. Le droit d'expulsion a parfois été considéré comme un droit absolu. Cette conception a affleuré surtout au XIX^e siècle au moment où apparut le débat sur le droit d'expulsion en tant que droit de l'État tirant son fondement du droit international. Dans son arrêt de 1893, la Cour suprême des États-Unis considérait «le droit que possède une nation d'expulser ou d'éloigner les étrangers» comme étant «aussi absolu et inconditionnel que le droit d'interdire et d'empêcher leur entrée dans le pays³⁰», «un droit inhérent et inaliénable³¹». Cette position reflétait, consciemment ou inconsciemment, la théorie traditionnelle selon laquelle le pouvoir d'expulsion, conséquence logique et nécessaire de la souveraineté, est absolument discrétionnaire et ne comporte ni limites ni contrôle³². Les vives controverses auxquelles donna lieu la faculté d'expulser des étrangers reconnue à l'État venaient précisément de ce que cette conception absolutiste du droit d'expulsion était de nature à livrer ceux qui en sont l'objet à l'arbitraire des gouvernements.

16. Ces controverses sont évacuées de nos jours, la théorie traditionnelle ayant été complètement abandonnée. La pratique internationale avait du reste, sur ce point, devancé la doctrine, et il est admis depuis près de deux siècles aujourd'hui, très nettement, «que la liberté d'expulsion n'est pas absolue, qu'elle comporte des limites³³». En effet, dès ses premiers travaux sur l'expulsion des étrangers, l'Institut de droit international releva que l'exercice du droit d'expulsion est sujet à certaines restrictions parmi lesquelles l'idée selon laquelle «l'expulsion doit avoir lieu avec tous les ménagements qu'exigent l'humanité et le respect des droits acquis³⁴». Il partagea sur ce point les vues de Féraud-Giraud, qui, dans son mémoire sur le sujet, estimait qu'en usant de son droit d'expulsion un État doit toujours, dans la mesure du possible, s'efforcer de concilier son devoir d'assurer l'ordre sur son territoire et de garantir sa propre sécurité intérieure et extérieure, avec la nécessité «de respecter les lois de l'humanité, les droits inhérents à la personne de tout individu et le principe de la liberté des relations entre les nations³⁵». Dans le même esprit, le rapporteur de l'Institut sur le sujet, Bar, tout en reconnaissant que le droit souverain des États est incontestable en cette matière, écrira cependant que «si loin que l'on aille ce droit souverain ne peut aller jusqu'à anéantir tout droit individuel chez l'étranger³⁶».

17. Le risque créé par l'affirmation d'un droit d'expulsion absolu et discrétionnaire était bien perçu, mais la réponse juridique n'était pas bien articulée. Alors que ce risque n'est pas seulement celui de l'atteinte aux droits de la personne humaine, la doctrine comme la jurisprudence donnent à penser que le droit d'expulser serait borné

uniquement par les considérations d'humanité et par suite aux droits qui s'attachent à l'individu et à ses biens. Certes, en invoquant les «droits inhérents à la personne de tout individu et le principe de la liberté des relations entre les nations» (voir le paragraphe précédent), l'Institut de droit international semblait faire, en 1891, une ouverture – mais vers quoi? La doctrine ancienne est imprécise. Certes, elle écarte la théorie adoptée au Moyen Âge qui concluait à la souveraineté absolue de l'État en lui attribuant la propriété du territoire. Mais elle lui oppose l'idée bien trop vague selon laquelle «il ne s'ensuit pas que le droit de l'étranger soit à la merci du caprice de l'État³⁷».

18. La question à laquelle il convient de chercher réponse afin de déterminer la portée de la règle établissant le pouvoir ou la faculté d'expulser est celle de savoir dans quelles limites le droit d'expulsion doit être envisagé. La réponse à cette question centrale comporte deux aspects distincts. Le premier est lié à la nature même de l'ordre juridique international, laquelle inscrit toute règle ou tout principe de droit international dans l'exigence de la compatibilité avec les principes fondamentaux de cet ordre juridique; il s'agit de limites intrinsèques ou inhérentes à l'ordre juridique lui-même. Le second aspect est relatif aux principes dans le respect desquels doit s'exercer le droit d'expulsion; ils constituent un ensemble de règles dérivées en tant qu'elles sont essentiellement produites soit par l'ordre juridique sous forme de règles générales, objectives, soit sous forme de règles créées par les sujets du droit international. Cette deuxième catégorie de limites sera traitée séparément sous le point *b* de la présente section.

b) *Limites intrinsèques à l'ordre juridique international*

19. En tant que droit applicable à des entités souveraines, égales, «ayant les mêmes prétentions à l'exercice d'une souveraineté absolue³⁸», le droit international est un indispensable régulateur de la coexistence entre ces souverainetés en même temps qu'il en est le corollaire nécessaire. En effet, dans le droit international moderne, la souveraineté de l'État ne peut se concevoir dans un sens absolu; elle signifie seulement que l'État n'est subordonné à aucun autre État, mais qu'il doit respecter des règles minimales garantissant, d'une part, le même privilège à tous les autres États, et, d'autre part, la survie même de l'ordre juridique. À cet égard, la souveraineté de l'État est bornée par un certain nombre de principes intrinsèques à cet ordre juridique et sans le respect desquels l'existence même du droit international serait compromise et la société internationale vouée à une totale anarchie.

20. Le pouvoir discrétionnaire d'expulser est limité par les principes généraux régissant les actions de l'État dans l'ordre international. En effet, en tant que droit inhérent à la souveraineté de l'État, le droit d'expulsion est naturellement confronté à ces bornes-limites, ensemble de principes fondamentaux formant le socle du système juridique international. Ces limites existent indépendamment d'autres principes limitatifs relevant de matières spéciales

³⁰ *Fong Yue Ting v. U.S.*, 149 U.S. 698 (1893), p. 707.

³¹ *Ibid.*, p. 711.

³² Voir Boeck, «L'expulsion...», p. 472.

³³ *Ibid.*, p. 473.

³⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 10 (session de Lausanne, 1888-1889), p. 236.

³⁵ *Ibid.*, vol. 11, p. 276.

³⁶ *Ibid.*, p. 316.

³⁷ Darut, *op. cit.*, p. 19.

³⁸ Voir, entre autres, Daillier et Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 83.

du droit international telles que le droit international des droits de l'homme, le droit international des réfugiés et le droit des travailleurs migrants, notamment. Ils sont inhérents à l'ordre juridique international de la même manière que le droit d'expulsion est inhérent à la souveraineté. Le droit souverain d'expulser n'étant donc pas un droit absolu, sa validité se détermine «à la lumière des obligations de l'État, que celles-ci découlent de la coutume, de traités ou des principes généraux de droit³⁹». Comme on l'a relevé, le terme «discrétaire» qui qualifie le pouvoir de l'État en matière d'expulsion est généralement suivi de l'idée qu'un tel pouvoir n'est pas «arbitraire» et, par conséquent, que l'État ne saurait abuser de la discrétion qui lui est reconnue en la matière. «Les règles définissent ainsi tant les pouvoirs d'un État que les limites de son autorité, et offrent une protection aux individus contre l'abus de cette autorité⁴⁰.»

21. Le Rapporteur spécial pense cependant qu'il convient de distinguer les limites inhérentes à l'ordre juridique international en tant qu'elles font partie des conditions de possibilité de cet ordre juridique, des limites résultant des domaines spécifiques du droit international et qui font partie des conditions d'exercice du droit d'expulser.

22. Ces principes intrinsèques qui relativisent le droit d'expulsion sont notamment: *pacta sunt servanda*, la bonne foi, l'exigence du respect du *jus cogens*, qui induit un principe de non-contrariété entre toute règle de droit international et une norme impérative. Ce sont ces principes qui font dire que le droit d'expulsion est incontestable, sans être cependant une règle absolue; ils constituent l'autre versant de la règle. Ces principes sont fort connus et n'appellent pas de développements particuliers dans le cadre du présent rapport.

23. Au regard des développements qui précèdent, il y a lieu de formuler le projet d'article 3 suivant:

«Projet d'article 3. *Droit d'expulsion*

«1. Un État a le droit d'expulser un étranger de son territoire.

«2. Toutefois, l'expulsion doit se faire dans le respect des principes fondamentaux du droit international. En particulier, l'État doit agir de bonne foi et dans le respect de ses obligations internationales.»

B. Droit à exercer dans le respect des règles fondamentales du droit international

24. Les principes intrinsèques, inhérents à l'ordre juridique international, et qui apparaissent comme l'autre face d'une même médaille dont l'endroit serait le droit d'expulser, doivent être distingués des principes relatifs aux conditions d'exercice du droit d'expulsion. Ces derniers sont extérieurs à la règle et viennent en fixer le régime juridique. La célèbre distinction de Hart entre

«règles primaires» et «règles secondaires⁴¹» pourrait s'appliquer utilement en cette occurrence. Alors que le droit d'expulser et ses limites intrinsèques constituent des règles primaires, les principes encadrant l'exercice de ce droit constituent des règles secondaires; pour cela, ils relèvent de l'activité propre de codification par la Commission du droit international.

25. Les règles de droit international régissant le droit d'expulsion des étrangers par un État comprennent aussi bien les règles de fond que les règles de procédure dont l'observance conditionne la légalité de l'expulsion. Comme l'a écrit un auteur:

À tous ces égards, le pouvoir d'expulsion est caractéristique des compétences que possèdent les États quant à l'entrée et au séjour des étrangers. Considérés auparavant comme relevant du pouvoir discrétionnaire absolu de l'État, ces pouvoirs sont réglementés et contrôlés, sous l'angle tant du fond que de la forme, par un système de règles désormais suffisamment développé et cohérent pour être qualifié de droit international des migrations⁴².

26. Certaines de ces règles sont d'origine interne et acquièrent le statut de normes de droit international, soit en tant que «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées», soit comme normes générées par la pratique des États et faisant l'objet d'une constatation jurisprudentielle.

27. L'étude de la pratique conventionnelle et de la jurisprudence tant nationale qu'internationale, en particulier celle des juridictions régionales des droits de l'homme, permet de dégager les principes généraux suivants, communément admis comme s'appliquant en matière d'expulsion des étrangers: le principe de non-expulsion d'un national, le principe de non-expulsion des réfugiés, le principe de non-expulsion d'un apatride, le principe de non-expulsion collective, le principe de non-discrimination, le principe du respect des droits fondamentaux de la personne expulsée, le principe de l'interdiction de l'expulsion arbitraire, l'obligation d'informer, l'obligation pour l'État expulsant de respecter son propre droit (*patere legem quam fecisti*) et la procédure prescrite par le droit en vigueur. En regroupant ces principes, on peut distinguer trois catégories de limites: les limites tenant aux personnes à expulser (*ratione personae*), les limites tenant aux droits fondamentaux des personnes à expulser (*ratione materiae*) et les limites tenant à la procédure à suivre en matière d'expulsion (*ratione procedi*).

1. LIMITES TENANT AUX PERSONNES EXPULSÉES

a) *Le principe de non-expulsion de son ressortissant*

28. Un «national» d'un État désigne une personne qui est rattachée audit État par un lien de nationalité. Il dispose vis-à-vis de cet État d'un droit actuel de nationalité: on dira qu'il a la nationalité de l'État en question, lequel constitue donc son État national ou de nationalité. En cela, il s'oppose à l'étranger, dont le Rapporteur spécial avait indiqué, dans son deuxième rapport⁴³, qu'on l'entendrait, dans le cadre du présent sujet, comme «un ressortissant d'un État autre que l'État territorial ou l'État expulsant».

³⁹ Voir Goodwin-Gill, op. cit., p. 21; voir aussi Iluyomade, «The scope and content of a complaint of abuse of right in international law», p. 82 et 83; et document A/CN.4/565 (note 14 *supra*), par. 198 à 200.

⁴⁰ Sohn et Buergethal, op. cit., p. ix et x; et document A/CN.4/565 et Corr.1 (note 14 *supra*), par. 201 à 239.

⁴¹ *The Concept of Law*.

⁴² Plender, *International Migration Law*, p. 477.

⁴³ *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/573, par. 194.

29. Comme il l'a indiqué dans son deuxième rapport⁴⁴, le Rapporteur spécial continue de penser qu'il est prudent de ne pas s'engager dans l'étude de la question de la nationalité, non seulement parce que les conditions d'accès à la nationalité relèvent strictement de la législation de chaque État, mais encore parce que la nationalité est apparue comme un critère restrictif et insuffisant par rapport auquel on pourrait cerner la notion d'étranger.

30. Pour autant, la détermination de la nationalité d'une personne n'en est pas moins une question de droit international. Il en est ainsi en particulier lorsque deux ou plusieurs législations attribuent à une même personne des nationalités différentes. Dans l'affaire *Arata*, Ramiro Gil de Uríbarri, qui fut arbitre en vertu du compromis italo-péruvien du 25 novembre 1899, relevait à ce sujet: «Sans doute [...] quand les lois de deux États attribuent à un même individu une nationalité différente, les tribunaux de chacun des deux États appliquent leur loi propre; mais il n'en est plus de même, lorsque la question se pose devant un tribunal arbitral, lequel décide conformément aux principes de droit international⁴⁵.»

31. C'est ce que fit le tribunal arbitral présidé par Louis Renault dans l'affaire *Canevaro*. Dans cette affaire, le comte Raffaele Canevaro, natif du Pérou, était d'origine italienne; et au moment de sa naissance il était péruvien d'après la loi du Pérou *jure soli* et italien au regard de la loi italienne *jure sanguinis*. La question à laquelle le tribunal arbitral, constitué en vertu du compromis italo-péruvien du 25 avril 1910, était appelé à répondre était de savoir si Canevaro avait le droit d'être considéré comme «réclamant italien⁴⁶». Le tribunal, tout en marquant un égal respect pour les deux législations en présence, rechercha ailleurs les éléments de rattachement de Canevaro à un des deux États. Il exprima sa préférence pour ce que la doctrine a appelé «la nationalité active, celle qui est de fait et de droit, celle pour laquelle s'est prononcée la volonté manifeste et persévérante de l'intéressé⁴⁷». En effet, le tribunal considéra qu'en fait Canevaro s'était à plusieurs reprises comporté comme un citoyen péruvien, soit en posant sa candidature au Sénat, où ne sont admis que des citoyens péruviens et où il était allé défendre son élection, soit surtout en acceptant la fonction de consul général des Pays-Bas, après avoir sollicité l'autorisation du gouvernement, puis du Congrès péruvien.

En conséquence, la Cour permanente d'arbitrage de La Haye a décidé que dans ces circonstances, quelle que puisse être en Italie, au point de vue de la nationalité, la condition de Raffaele Canevaro, le Gouvernement du Pérou a le droit de le considérer comme citoyen péruvien et de lui dénier la qualité de réclamant italien⁴⁸.

32. Préparée par la jurisprudence arbitrale et la doctrine, cette solution a inspiré, comme on le sait, la Cour permanente de Justice internationale⁴⁹, et plus nettement

encore la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, notamment dans l'affaire *Nottebohm*⁵⁰.

33. Il n'est donc pas question pour le droit international de fixer les conditions d'accès à la nationalité, toute chose qui relève de la compétence de l'État, mais de régler les problèmes de conflit de nationalité à partir de critères propres au droit international. Ces critères lui permettent de dire si une personne a bien la nationalité qu'elle revendique ou, au contraire, si un État qui prétend qu'une personne n'est pas son national n'est pas effectivement l'État national de cette personne.

i) *Le principe*

34. Sachant ainsi déterminer, en cas de conflit, qui est le national de quel État, le droit international crée les conditions d'application de l'interdiction pour un État d'expulser son propre national. La question est de savoir si une telle règle existe en droit international. L'étude du Secrétariat sur l'expulsion des étrangers fournit une synthèse des éléments pertinents de réponse à cette question:

Bien que le droit international ne semble pas interdire l'expulsion des nationaux de façon générale, la faculté reconnue à l'État de prendre pareille mesure peut être limitée par le droit international des droits de l'homme. Premièrement, certains traités relatifs aux droits de l'homme interdisent expressément l'expulsion d'une personne du territoire de l'État dont elle est un national. Deuxièmement, le droit d'un national de résider ou de demeurer dans son pays peut limiter implicitement l'expulsion de nationaux. Troisièmement, l'obligation faite aux États d'accueillir les personnes se limite aux propres nationaux. Ainsi ne peut-on procéder à l'expulsion de nationaux qu'avec le consentement de l'État d'accueil. Cette limitation peut aussi s'appliquer aux étrangers qui ont acquis un statut assimilable à celui des nationaux en vertu du droit interne de l'État territorial. Quatrièmement, le droit interne d'un certain nombre d'États interdit l'expulsion de nationaux⁵¹.

35. En ce qui concerne les instruments juridiques internationaux des droits de l'homme, il y a lieu de mentionner notamment la Convention américaine relative aux droits de l'homme, «Pacte de San José de Costa Rica», dont l'article 22, paragraphe 5, dispose:

Nul ne peut être expulsé du territoire de l'État dont il est le ressortissant ni être privé du droit d'y entrer.

La Commission interaméricaine des droits de l'homme a eu à constater la violation de cette disposition dans l'affaire de l'expulsion des Haïtiens de la République dominicaine: les individus expulsés, coupeurs de canne à sucre, étaient rassemblés et expulsés de façon indiscriminée, alors que parmi eux se trouvaient plusieurs personnes nées en République dominicaine et bénéficiant de ce fait de la nationalité de ce pays⁵².

⁵⁰ Affaire *Nottebohm (deuxième phase)*, arrêt du 6 avril 1955, C.I.J. Recueil 1955, p. 4.

⁵¹ A/CN.4/565 et Corr.1 (note 14 *supra*), par. 36, et les notes très étoffées fournies aux mêmes pages, en particulier l'énumération des dispositions de conventions internationales en matière des droits de l'homme interdisant expressément l'expulsion de son national par un État: art. 22, par. 5, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, «Pacte de San José de Costa Rica»; et art. 3, par. 1, du Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁵² Voir *Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme 1999* (OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 6 rev., 13 avril 1999), rapport d'activité du Bureau du Rapporteur spécial sur les travailleurs migrants et leur famille, chap. VI, par. 9.

⁴⁴ *Ibid.*, par. 128 et 129.

⁴⁵ Descamps et Renault, *Recueil international des traités du XX^e siècle*, sentence du 30 septembre 1901, p. 711; et Boeck, «L'expulsion...», p. 458.

⁴⁶ Boeck, «L'expulsion...», p. 458.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 459; du même auteur: «La sentence arbitrale de la Cour permanente de La Haye dans l'affaire *Canevaro* (3 mai 1912)», p. 349.

⁴⁸ Boeck, «L'expulsion...», p. 459, et «La sentence arbitrale...», p. 348.

⁴⁹ Voir notamment *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, avis consultatif du 7 février 1923, C.P.J.I. série B, n° 4.

36. S'agissant des droits nationaux, on relèvera que, outre les nombreux exemples de législations nationales prohibitives de l'expulsion des nationaux cités dans l'étude du Secrétariat⁵³, le droit français, par exemple, affirme depuis longtemps le principe de l'interdiction de l'expulsion des Français de la France. Il était admis qu'un arrêté d'expulsion pris par un préfet contre un Français ne saurait obliger ce dernier. Ce moyen tiré de la qualité de Français fut examiné dans de nombreux jugements et arrêts: cette qualité étant invoquée, c'est au ministère public qu'incombe la preuve de l'extranéité⁵⁴. Martini écrivait à l'aube du XIX^e siècle:

Est-il besoin de dire que les étrangers naturalisés Français ne peuvent pas être expulsés, et que, par contre, les Français qui ont perdu leur qualité peuvent être expulsés de France⁵⁵?

37. Cette opinion tirait parti d'un arrêt de la Cour de Chambéry du 21 mai 1908 dans l'affaire *Solari* réformant un jugement du tribunal correctionnel de Saint-Julien du 30 janvier 1908. Il s'agissait d'un citoyen français qui avait déserté l'armée française alors que son engagement volontaire de sept ans courait encore; il avait quitté la France pour résider à Genève, où la naturalisation suisse lui fut concédée le 8 février 1861; puis il était revenu en France, où il prétendait n'avoir jamais perdu la nationalité française du fait de cette naturalisation, parce que, à la date du 8 février 1861, il se trouvait encore dans les liens de son deuxième engagement militaire, en fraude duquel il agissait. L'intéressé prétendait que c'est ainsi que le Gouvernement français lui-même en avait jugé, puisque, lors de l'amnistie du 14 août 1869, le consul général de France en Suisse lui avait fait application expresse de cette faveur en l'autorisant «à rentrer dans ses foyers⁵⁶», sans qu'on pût le rechercher d'aucune manière à raison de sa désertion antérieure. La Cour accueillit cette argumentation

et dit que Solari ayant conservé sa qualité de Français, c'est mal à propos qu'un arrêté d'expulsion a été pris contre lui⁵⁷.

Poursuivant l'examen de la question des personnes qui peuvent être expulsées, Martini pouvait écrire:

Les Français seuls, en définitive, ne peuvent pas être expulsés. Pour eux, le séjour en France est un droit, dont seule la peine du bannissement peut les priver⁵⁸.

38. Dans le même ordre d'idées, mais par un raisonnement inverse, un auteur relevait au début du XX^e siècle qu'un individu né sur le sol français de parents inconnus, qui rentre en France et enfreint de la sorte un arrêté d'expulsion pris antérieurement contre lui, ne pourra, alors qu'il est traduit devant la juridiction répressive et qu'il se prétend français, être condamné que si la preuve

de son extranéité est administrée⁵⁹. Il concluait ses analyses en ces termes:

En conséquence, si l'on accepte le principe formulé par l'Institut de droit international, à savoir que l'État ne dispose du droit d'expulsion qu'à l'égard de ceux qui ne sont pas investis d'un droit actuel de nationalité, on est rigoureusement amené à conclure que l'individu auquel la loi reconnaît une aptitude à acquérir la qualité de Français est soustrait au traitement infligé à l'étranger dès le moment où il se présente pour se conformer à cette loi, dès l'instant où son droit cesse d'être éventuel pour devenir actuel⁶⁰.

39. Au regard de l'abondante pratique tant nationale qu'internationale ci-dessus rappelée et d'une opinion doctrinale aussi ancienne que largement majoritaire à ce sujet, il y a lieu d'être pour le moins réservé face à l'affirmation selon laquelle: «Il n'existe pas de règle générale de droit international coutumier qui interdise l'expulsion de nationaux⁶¹.» Car, en effet, le principe de l'interdiction de l'expulsion par un État de son national est incontestable en droit international, même si, comme la plupart des principes, il est assorti, comme on le verra ci-dessous, de certaines exceptions. Que ce soit sous la forme d'une norme coutumière ou d'un principe général de droit, un tel principe existe en droit international. Telle semble avoir été l'opinion de l'Institut de droit international dans le cadre de l'examen du «droit d'admission et d'expulsion des étrangers», comme le montrent en particulier ses travaux sur la question à sa session de Genève en 1892. L'article 2 de ses Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers adoptées à ladite session dispose:

En principe, un État ne doit pas interdire l'accès ou le séjour sur son territoire soit à ses sujets, soit à ceux qui, après avoir perdu leur nationalité dans ledit État, n'en ont point acquis une autre⁶².

40. L'expression «en principe» qui figure au début de cet article avait été suggérée par Desjardins, en réaction à l'inquiétude exprimée par Pradier-Fodéré, qui trouvait «un peu ambitieuse⁶³» la formule de Bar, qui avait proposé que l'article en question fût libellé comme suit:

Le droit international est contraire à tout acte qui interdit aux nationaux l'accès ou le séjour sur le territoire de l'État auquel ils appartiennent. Il en est de même des personnes qui, après avoir perdu leur nationalité, n'en ont pas acquies une autre⁶⁴.

41. La formulation était quelque peu abrupte. Il paraissait bien difficile, en effet, de déclarer que le droit international est contraire à quelque chose, de manière absolue. On l'a vu pour le droit d'expulsion. Cela vaut pour l'interdiction d'expulser, y compris les nationaux. Toutefois, à cette époque déjà, le principe de non-expulsion par un État de ses ressortissants était étendu à certaines catégories d'individus clairement désignés comme étrangers ou non, par les législations de certains États. Ainsi, selon l'article 2 *in fine* de la loi belge du 12 février 1897 – reprenant l'article 9 du Code civil belge, lequel était conçu dans les mêmes termes que l'article 9 du Code civil français –, ne pouvaient être expulsés:

⁵³ A/CN.4/565 et Corr.1 (note 14 *supra*), par. 36, note 60.

⁵⁴ Voir Tribunal civil de Nice, 6 janvier 1893, *Dalloz périodique* (1893), p. 345, et la note de Dupuis, cité par Martini, op. cit., p. 156, note 1; Cour de cassation, 28 mai 1903, *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* (1904), p. 689; Cour de Paris, 30 juin 1905, *ibid.* (1907), p. 730; voir aussi Darut, op. cit., p. 207; et Boeck, «L'expulsion...», p. 590.

⁵⁵ Martini, op. cit., p. 26.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 27.

⁵⁷ Arrêt reproduit par Martini, *ibid.*, p. 27 et 28.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 30; et, dans le même sens, voir la note 2, qui cite Garraud, *Traité de droit pénal français*, t. 1, n° 178, p. 333; Larcher, note sous Alger, 3 décembre 1903, *Revue algérienne* (1906), p. 17.

⁵⁹ Voir Darut, op. cit., p. 75.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 94.

⁶¹ Doehring, «Aliens, expulsion and deportation», vol. 1, p. 110.

⁶² *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12 (session de Genève, 1892-1894), p. 219.

⁶³ *Ibid.*, p. 188.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 187.

1. [...] l'étranger autorisé à établir son domicile dans le Royaume;
2. [...] l'étranger marié à une femme belge dont il a eu un ou plusieurs enfants nés en Belgique pendant sa résidence dans le pays;
3. [...] l'étranger, marié à une femme belge, résidant en Belgique depuis plus de cinq ans et continuant à y résider d'une manière permanente;
4. [...] l'individu, né en Belgique, d'un étranger, et qui y réside, lorsqu'il se trouve dans le délai d'option prévu par l'art. 9 du Code civil⁶⁵.

42. De même, la loi luxembourgeoise du 30 décembre 1893 disposait que l'enfant se trouvant dans le cas de faire la déclaration d'option de nationalité «ne peut être expulsé avant l'échéance du délai d'option⁶⁶». La législation des Pays-Bas de l'époque disposait également que «ne peut être expulsé l'étranger qui, établi dans le pays, a épousé une Néerlandaise et a eu plusieurs enfants nés dans le Royaume⁶⁷». La loi brésilienne du 7 janvier 1907 «relative à l'expulsion des étrangers du territoire national» déclarait pour sa part que «l'étranger ne peut être expulsé, s'il réside sur le territoire de la République depuis deux années continues, ou même depuis moins longtemps, s'il est en outre: a) marié avec une Brésilienne, b) ou veuf avec un enfant brésilien⁶⁸». Ces dispositions de l'article 3 de ladite loi reçurent une application expresse dans deux jugements, dont l'un du Tribunal suprême fédéral en date du 30 janvier 1907, et l'autre du Tribunal fédéral de deuxième instance en date du 11 février 1907⁶⁹. Au Venezuela, aux termes de l'article 7 de la loi du 16 avril 1903, non seulement les «étrangers domiciliés» n'étaient pas, comme les «étrangers de passage», expulsables, mais encore ils perdaient leur qualité d'étranger et étaient, *ipso facto*, «soumis aux responsabilités, charges et obligations que peuvent entraîner pour les nationaux les risques de la politique⁷⁰». Entre autres illustrations plus récentes, la législation italienne actuelle désigne dans la catégorie des étrangers ne pouvant pas être expulsés du territoire national, bénéficiant à cet égard d'un statut comparable à celui des nationaux italiens: les mineurs à quelques exceptions près, les femmes enceintes, les personnes persécutées, les réfugiés et les demandeurs d'asile, les étrangers vivant avec des parents jusqu'au quatrième rang, les détenteurs de permis de résidence⁷¹. Au regard de ces législations, on put en conclure qu'il y a des États d'où ne peuvent être expulsés, entre autres, «[l]es étrangers appelés à la qualité de citoyen par le bienfait de la loi, c'est-à-dire notamment les étrangers nés dans le pays de parents étrangers, et pour lesquels la loi édicte une naturalisation de faveur⁷²».

43. Le principe de non-expulsion des nationaux doit donc s'entendre d'une manière large comme s'étendant aux ressortissants d'un État ainsi que le Rapporteur

⁶⁵ *Annuaire de législation étrangère*, vol. 27 (1898), p. 514-515.

⁶⁶ Ruppert, *Code pénal et Code d'instruction criminelle suivis des lois spéciales et règlements particuliers en matière répressive en vigueur dans le Grand-Duché du Luxembourg*, p. 467.

⁶⁷ Jitta, «Le droit d'expulsion des étrangers dans la législation des Pays-Bas», p. 69.

⁶⁸ Darras, *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, p. 855. Voir aussi *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée*, vol. 34 (1907), p. 1217.

⁶⁹ Jugements rapportés dans Darras, op. cit., p. 821 et suiv.

⁷⁰ *Annuaire de législation étrangère*, 1904, p. 740.

⁷¹ Voir Bonetti, «Italy», p. 339.

⁷² Martini, op. cit., p. 49.

spécial l'a défini dans son deuxième rapport⁷³, c'est-à-dire aussi bien aux nationaux, entendus comme les personnes ayant la nationalité d'un État, qu'à certains «étrangers» bénéficiant d'un statut similaire à celui des nationaux en vertu de la législation de l'État d'accueil ou des liens qu'ils ont avec ce dernier. La Commission des droits de l'homme s'est exprimée dans ce sens dans une affaire *Stewart c. Canada*⁷⁴. Analysant cette affaire, Gaja écrit:

Le paragraphe 4 de l'article 12 du Pacte international dispose que «[n]ul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays». Dans l'affaire *Stewart c. Canada*, le Comité des droits de l'homme a jugé, au sujet d'un Britannique qui avait été expulsé du Canada, que «si les dispositions du paragraphe 4 de l'article 12 devaient s'appliquer à l'auteur, l'État partie ne serait pas en droit d'expulser ce dernier». Interprétant le paragraphe 4 de l'article 12 en parallèle avec l'article 13, qui fait référence à «un étranger qui se trouve légalement sur le territoire de l'État partie», le Comité a estimé que la notion recouverte par l'expression «son propre pays» s'appliquait «aux personnes qui sont des nationaux et à certaines catégories de personnes qui, tout en n'étant pas des nationaux au sens strict du terme, ne sont pas non plus des «étrangers» au sens de l'article 13». Cela dépendrait «des liens particuliers qu'[une personne] entretient avec un pays donné ou des revendications qu'elle a à cet égard»; le Comité s'est référé aux «nationaux d'un pays auxquels la nationalité aurait été retirée en violation du droit international, et [aux] personnes dont le pays de nationalité aurait été intégré ou assimilé à une autre entité nationale au sein de laquelle elles n'auraient pas été reconnues comme des nationaux». Il a aussi mentionné «d'autres catégories de résidents à long terme, en particulier les apatrides privés arbitrairement du droit d'acquiescer la nationalité de leur pays de résidence». Au contraire les immigrants étaient exclus, à une exception près, qui ne s'appliquait pas en l'espèce: le cas où «le pays d'immigration pos[er]ait des obstacles déraisonnables à l'acquisition de la nationalité par les nouveaux immigrants»⁷⁵.

44. L'auteur estime néanmoins qu'il s'agit d'une question controversée, la difficulté venant de ce que

l'article 12, [paragraphe] 4 suppose qu'une personne ne peut considérer comme le sien propre qu'un seul pays, tandis que l'immigrant auquel le Comité fait référence pourrait fort bien avoir conservé sa nationalité d'origine et être en droit d'exercer le droit d'admission et de non-exclusion à l'égard des deux États: l'État de sa nationalité et celui de sa résidence⁷⁶.

45. Les cas énumérés dans la décision du Comité des droits de l'homme sont cependant assez précis et ne donnent pas à croire que tout migrant étranger pourrait revendiquer avec succès le bénéfice de l'interprétation extensive de la notion de «son propre pays» par le Comité⁷⁷.

46. Quoi qu'il en soit, il est admis aussi bien dans la doctrine que dans la pratique que certaines catégories d'individus qui ne sont pas à proprement parler des nationaux d'un État ne sont pas non plus des étrangers au sens du projet d'article 1 proposé dans le deuxième rapport⁷⁸, et peuvent, pour cette raison, échapper à l'expulsion. Les auteurs de l'*Oppenheim's International Law* écrivent en ce sens: «Un État peut assimiler certains étrangers à des nationaux, ce qui limite son pouvoir de les expulser en vertu de son droit interne⁷⁹ [...]» Ainsi, dans l'affaire relative au terrorisme

⁷³ *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/573.

⁷⁴ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 40 (A/52/40)*, vol. II, annexe VI.G, par. 12.3 à 12.5.

⁷⁵ Gaja, loc. cit., p. 292 et 293.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 293.

⁷⁷ A/52/40 (voir *supra* la note 74), par. 12.3.

⁷⁸ *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/573.

⁷⁹ Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 940, note 1.

italien au Tyrol du Sud, la Cour suprême d'Autriche a jugé que des nationaux italiens nés dans le Tyrol du Sud ne pouvaient pas être expulsés d'Autriche en raison d'une loi de ce pays qui demande qu'ils soient traités comme des nationaux pour les besoins administratifs⁸⁰.

47. Les législations contemporaines d'un certain nombre d'États consacrent ce principe de non-expulsion par un État de ses ressortissants. Il en est de même des dispositions de certaines conventions internationales, en particulier les conventions régionales des droits de l'homme. Ainsi, l'article 22, paragraphe 5, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, «Pacte de San José de Costa Rica», dispose de manière non équivoque: «Nul ne peut être expulsé du territoire de l'État dont il est le ressortissant ni être privé du droit d'y entrer.» Dans une rédaction enrichie mais tout aussi explicite, l'article 3, paragraphe 1, du Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel stipule: «Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'État dont il est le ressortissant.» On peut déduire, *a contrario*, une telle prohibition également de l'article 12, paragraphe 4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁸¹ ainsi que de l'article 12, paragraphe 2, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

48. C'est que le droit pour un national de vivre dans son propre pays est considéré communément comme un élément essentiel de la relation entre un État et ses ressortissants⁸². En outre, sachant que l'expulsion d'un étranger se fait vers l'État dont il est un ressortissant, vers quel État se ferait l'expulsion d'un national⁸³? C'est donc à juste raison qu'on a pu écrire: «Normalement, un État ne peut expulser l'un de ses nationaux, car aucun État ne saurait être tenu de l'accueillir⁸⁴.»

49. En l'occurrence, le droit international affirme ou reconnaît le principe, sans pour autant écarter la possibilité d'y déroger.

ii) Exceptions

50. Telle qu'elle est énoncée à l'article 3, paragraphe 1, précité du Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la règle de non-expulsion de son ressortissant est catégorique et ne semble souffrir d'aucune exception. L'exposé des motifs du

⁸⁰ Voir Autriche, Cour suprême, 8 octobre 1968, *International Law Reports*, vol. 71, p. 235 à 238.

⁸¹ L'article 12, paragraphe 4, en question dispose: «Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays.»

⁸² Voir *supra* la note 61.

⁸³ Comme l'a écrit Gaja (loc. cit., p. 292): «La raison d'être de cette interdiction et de l'obligation correspondante de l'État de nationalité d'admettre ses nationaux est premièrement de donner aux individus un droit fondamental leur évitant d'être exposés au sort du capitaine du "Hollandais volant". De plus, l'interdiction d'expulser les nationaux et l'obligation de les admettre donnent aux États autres que l'État de nationalité la possibilité de procéder à une expulsion.»

⁸⁴ Voir *supra* la note 79; voir aussi Gaja (loc. cit., p. 292), qui écrit: «On peut aller jusqu'à affirmer que le droit international interdit aux États d'expulser leurs propres nationaux.»

projet de protocole montre qu'il s'agit d'un choix voulu par les rédacteurs de ce texte, qui ont estimé qu'il était possible, dans le cadre du Conseil de l'Europe, de donner à la prohibition de l'expulsion par un État des nationaux un caractère absolu qu'il était difficile d'imposer dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies⁸⁵.

51. L'absolutisme qui semble se dégager de la lettre de cette disposition ne correspond cependant pas tout à fait à l'esprit de ses rédacteurs. En effet, il ressort du rapport explicatif du comité d'experts qui a rédigé le Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme que le droit pour un individu d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant ne saurait être interprété comme lui conférant un droit absolu de demeurer sur ce territoire: à titre illustratif, le rapport évoque l'hypothèse du délinquant qui, extradé par l'État dont il est le ressortissant, et s'étant évadé de la prison de l'État requérant, ne pourrait prétendre avoir un droit inconditionnel à trouver refuge dans son pays⁸⁶.

52. Il faut bien voir, au demeurant, que le principe de la non-expulsion par un État de son ressortissant a connu dans le passé, notamment à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, plusieurs exceptions dues pour l'essentiel à certaines situations politiques particulières prévalant dans certains États.

53. Ainsi, en France, aux termes des articles 2 et 3 de la loi du 14 mars 1872 (abrogée subséquemment par la loi du 1^{er} juillet 1901), qui établissaient certaines peines contre les affiliés à l'Association internationale des travailleurs, la faculté d'expulser pouvait être appliquée aux Français, condamnés à titre d'affiliés⁸⁷. Dans le même ordre d'idées, la loi du 22 juin 1886, dite «loi des princes», interdisait le territoire de la République française aux chefs des familles ayant régné en France ainsi qu'à leurs héritiers directs, et autorisait le Gouvernement à l'interdire aux autres membres de ces familles, par décret rendu en Conseil des ministres. Quand bien même cette loi ne visait qu'une catégorie bien déterminée et assez restreinte de Français, il n'en demeure pas moins vrai que les Français entrant dans cette catégorie étaient expulsés de France⁸⁸. Par ailleurs, des Français

⁸⁵ Voir Lochak, «Article 3», p. 1054.

⁸⁶ Ibid. La violation de l'article 3, paragraphe 1, du Protocole a été alléguée dans un certain nombre de requêtes devant la Commission européenne des droits de l'homme, mais aucune n'a abouti: voir notamment la requête dirigée contre la République fédérale d'Allemagne et l'Autriche par un citoyen allemand condamné à quatre ans de prison en Autriche et provisoirement expulsé en République fédérale d'Allemagne dans le cadre d'une procédure pénale, et qui alléguait que son retour en Autriche pour purger sa peine était contraire à l'article 3, paragraphe 1 (requête n° 6189/73, DR 46, p. 214); la requête d'un ressortissant turc et sa femme de nationalité française contre la France, qui alléguaient que l'expulsion après condamnation à l'interdiction définitive du territoire français au mari pour infraction à la législation sur les stupéfiants entraînait directement l'expulsion de son épouse française de son propre pays (requête n° 11939/86, *Kilicarslan c. France*, décision du 13 octobre 1987); la requête d'un individu recherché par la police française dans une affaire d'homicide et qui, possédant la double nationalité française et israélienne, s'était réfugié en Israël, où il estimait que son extradition vers la France était contraire à l'article 3, paragraphe 1 (requête n° 13287/87, *Nakache c. France*, décision du 15 octobre 1987) [ibid.].

⁸⁷ Voir Martini, op. cit., p. 38.

⁸⁸ Ibid., p. 38 et 39.

pouvaient être expulsés «des pays de protectorat et hors chrétienté⁸⁹». De même pouvaient-ils être expulsés des colonies, jusqu'à ce que les ordonnances qui l'autorisaient ne soient plus en vigueur, des décrets en date des 7 et 15 novembre 1879 et 26 février 1880, notamment, ayant enlevé aux gouverneurs des colonies le droit que lesdites ordonnances leur conféraient à ce sujet⁹⁰.

54. Les exemples anciens d'expulsion des nationaux, concernant en général les familles royales déchues et autres cas de bannissement, sont bien trop rares de nos jours⁹¹. Néanmoins, la formulation de l'article 12, paragraphe 2, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, qui semble viser aussi bien les étrangers que les nationaux, donne à penser que dans certains cas ceux-ci pourraient se voir refuser l'entrée ou le retour dans leur pays (non-admission), et par extension en être expulsés le cas échéant. Cet article dispose: «Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays. Ce droit ne peut faire l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques.»

55. Il est certes possible que les rédacteurs de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples aient entendu viser dans ces restrictions uniquement les étrangers. L'inexistence des travaux préparatoires de cette charte, à part quelques fragments, ne permet pas de dégager avec certitude l'intention des rédacteurs. En tout état de cause, l'hypothèse qu'un État puisse, dans certaines circonstances et pour des raisons qui relèvent souvent de la haute politique ou de la sécurité nationale, expulser son national est envisageable, en dehors même des cas assez fréquents où les autorités d'un État contraignent par leur comportement certains ressortissants dudit État à l'exil ou à devenir des réfugiés politiques. L'expulsion négociée, vers le Nigeria, de Charles Taylor, ancien seigneur de guerre devenu chef d'État du Libéria, accusé d'avoir perpétré de nombreuses atrocités

dans son pays, est une indication en ce sens. Certes, le départ de Taylor du Libéria fut négocié entre ce dernier, l'État d'accueil et quelques puissances occidentales particulièrement intéressées par la situation libérienne; ce ne fut donc pas une décision unilatérale des autorités libériennes. Il reste que, dans la situation particulière de ce pays, n'importe quel nouveau gouvernement eût pris volontiers la décision d'expulser l'intéressé pourvu qu'il eût un pays d'accueil. En effet, la seule exigence dirimante pour l'expulsion d'un national est l'existence d'un État d'accueil. Autrement dit, l'expulsion par un État de ses ressortissants ne peut se faire sans le consentement exprès d'un État d'accueil⁹².

56. Il reste bien entendu que l'expulsé dispose du droit de retour dans son propre pays: l'État expulsant a, à cet égard, l'obligation de l'accueillir à tout moment à la demande de l'État qui a bien voulu l'accueillir. L'État expulsant ne peut s'opposer à ce droit de retour sans placer son ressortissant dans la même situation que celle d'un apatride.

57. Au regard des développements qui précèdent, il y a lieu de proposer le projet d'article suivant:

«Projet d'article 4. Non-expulsion par un État de son propre ressortissant

«1. Un État ne peut pas expulser son propre ressortissant.

«2. Toutefois, si, pour des raisons exceptionnelles, il doit y procéder, il ne peut le faire qu'avec le consentement d'un État d'accueil.

«3. Une personne expulsée de son propre pays a le droit d'y retourner à tout moment à la demande de l'État d'accueil.»

b) Le principe de non-expulsion d'un réfugié

58. D'emblée une clarification juridique paraît nécessaire entre la notion de «réfugié» et celle d'«asilé». À l'instar du langage courant, notamment celui de l'administration, certaines législations nationales ou même la Convention d'application de l'Accord de Schengen désignent en réalité sous l'expression «demandeurs d'asile» les candidats au statut de réfugié⁹³. Par exemple, l'article 1 de la Convention définit la demande d'asile comme une demande présentée par un étranger en vue d'obtenir sa reconnaissance en qualité de réfugié conformément à la Convention relative au statut des réfugiés et de bénéficier en cette qualité d'un droit de séjour. En effet, le candidat au refuge ne veut, à travers sa demande, rien d'autre qu'obtenir de l'État territorial qu'il lui offre sa protection en lui permettant de séjourner sur son territoire, ce qui n'est pas différent de l'asile territorial.

59. Les deux notions de refuge et d'asile territorial sont pourtant distinctes et dissociées sur le plan juridique. Sous le titre «Asile», l'article 2 de la Convention

⁸⁹ Ibid., p. 40. L'article 82 de l'édit de juin 1778 disposait: «Dans tous les cas qui intéressent la politique ou la sûreté du commerce de nos sujets [...] pourront nos consuls faire arrêter et renvoyer en France, par le navire de la nation, tout Français qui, par sa mauvaise conduite ou ses intrigues, pourrait être nuisible au bien général.» Ce droit d'expulsion fut confirmé par la loi du 28 mai 1836. Ainsi, les Français pouvaient être expulsés de Turquie, d'Égypte et de Bulgarie en vertu des capitulations, et dans les mêmes conditions de Chine et des États de l'iman de Mascate en vertu d'une loi du 8 juillet 1852, ainsi que de la Corée et du Siam. De même pouvaient-ils être expulsés du Maroc en vertu des traités passés entre le Maroc et les puissances occidentales; *ibid.*, p. 40 à 42.

⁹⁰ Ibid., p. 42.

⁹¹ C'est sans doute en pensant aussi à ces exemples anciens que les rédacteurs de l'article 3, paragraphe 1, du Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme avaient employé le terme «exilé» (au lieu d'«expulsé») dans le projet initial de cette disposition, qui était libellée comme suit: «Nul ne peut être exilé de l'État dont il est ressortissant. Toute personne est libre d'entrer dans l'État dont elle est le ressortissant» (voir Lochak, «Article 3», p. 1053). Au fond, peu importe le terme employé: le Rapporteur spécial a déjà exposé, dans son deuxième rapport, que le mot «expulsion» était entendu largement comme incluant toute mesure ou comportement contraignant un étranger à quitter le territoire de l'État dans lequel il se trouve, et cela indépendamment du caractère régulier ou non de sa situation. C'est dans ce sens que la Commission européenne de sauvegarde des droits de l'homme a également entendu ce terme dans l'affaire *Heming Becker c. Danemark* (requête n° 7011/75, décision du 3 octobre 1975, *Recueil de décisions* 4, p. 215) [voir Lochak, «Article 4», p. 1058].

⁹² Voir A/CN.4/565 et Corr.1 (note 14 *supra*), par. 36 et les passages non équivoques des ouvrages cités à la note n° 58 du même document.

⁹³ Voir Teitgen-Colly, «Le droit d'asile: la fin des illusions», p. 99.

de l'Organisation de l'unité africaine (OUA) régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique laisse apparaître cette distinction. Il énonce l'engagement de tous les États membres de l'OUA «à faire tout ce qui est en leur pouvoir, dans le cadre de leurs législations respectives, pour accueillir les réfugiés, et assurer l'établissement de ceux d'entre eux qui, pour des raisons sérieuses, ne peuvent ou ne veulent pas retourner dans leur pays d'origine ou dans celui dont ils ont la nationalité». Il résulte de cette disposition que: *a)* tous les réfugiés n'ont pas vocation à devenir nécessairement des asilés; *b)* le statut des asilés est déterminé par la législation nationale de chaque État, contrairement à celui des réfugiés, qui est réglé par le droit international. Autrement dit, la qualité de réfugié résulte du droit international, cependant que l'asile territorial relève du seul droit interne⁹⁴. En conséquence de ce qui précède, l'examen des règles applicables à l'expulsion des deux catégories de personnes se fera séparément, ce d'autant plus qu'il ne semble pas exister un principe de non-expulsion des asilés en droit international.

60. S'agissant de la non-expulsion d'un réfugié, on s'efforcera d'abord de camper le principe, avant d'examiner les dérogations qu'autorisent les règles et la pratique internationales.

i) *Le principe*

61. Comme il a été exposé dans le deuxième rapport sur l'expulsion des étrangers⁹⁵, la définition du réfugié donnée par la Convention relative au statut des réfugiés est restrictive et est de nature à exclure diverses catégories de personnes que le droit international régional, la doctrine et la pratique contemporaines considèrent comme des réfugiés. Face à la définition de la Convention, que l'on a qualifiée d'«eurocentrique dans sa genèse»⁹⁶, en ce qu'elle avait pour objectif la protection des réfugiés politiques qui craignaient d'être poursuivis dans leur pays d'origine, et de fondamentalement «individualiste» parce que le statut de réfugié n'était attribué sous son empire qu'à des personnes individuelles, divers auteurs ont proposé des définitions toujours plus extensives de la notion de réfugié⁹⁷. Les textes régionaux ont permis de combler les insuffisances de la Convention et du Protocole relatif

⁹⁴ En France, par exemple, l'asile territorial relève du préambule de la Constitution de 1946 et des lois relatives à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, notamment la loi du 24 août 1993 (voir *Journal officiel de la République française*, 29 août 1993, p. 12196).

⁹⁵ *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/573, par. 57 à 71.

⁹⁶ Casanovas, «La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés», p. 35.

⁹⁷ Il a été soutenu que la définition devait inclure les personnes ayant réalisé des actes de résistance contre des régimes d'oppression n'admettant pas les libertés publiques (voir Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, p. 220 à 225); ou, de façon plus extensive, qu'elle devrait protéger les personnes qui fuiraient des pays qui violeraient systématiquement les droits de l'homme généralement reconnus (voir Aleinikoff, «The meaning of "persecution" in United States asylum law», p. 12 et 13; Hathaway, *The Law of Refugee Status*, p. 106 à 112). Une interprétation beaucoup plus extensive encore estime que, dans les cas où de nombreux réfugiés fuient des situations de conflits internes et de désordre civil, la preuve de la persécution ne devrait pas être nécessaire, et qu'une présomption de persécution devrait suffire pour que la Convention puisse s'appliquer au demandeur du statut de réfugié (voir Steinbock, «The refugee definition as law: issues of interpretation», p. 34 et 35).

au statut des réfugiés et de faire face aux flux massifs de réfugiés qui s'étaient produits dans les années 1960 et 1970 en Afrique et en Amérique centrale en particulier.

62. L'extension ou non du bénéfice du statut de réfugié aux membres de la famille du réfugié dépend des États: certaines législations sont généreuses⁹⁸ alors que d'autres sont plutôt restrictives⁹⁹. Quoi qu'il en soit, une fois qu'une personne a acquis le statut de réfugié, sa famille bénéficie d'une protection juridique dont la principale est qu'elle ne peut être expulsée que pour quelques motifs précis et limités.

63. Le principe de non-expulsion du réfugié est cependant formulé d'une manière négative qui atténue sa portée en lui enlevant tout caractère absolu. Ainsi, l'article 32, alinéa 1, de la Convention de relative au statut des réfugiés dispose:

Les États contractants n'expulseront un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.

64. Comme il ressort de cette disposition, le principe de non-expulsion des réfugiés peut être établi, mais par déduction. En effet, si l'on retourne la structure de cette disposition, il apparaîtra que la formule «ne [...] que» introduit une limite extrême à un principe qui voudrait que le réfugié ne puisse pas être expulsé. Autrement dit, en principe les réfugiés ne peuvent pas faire l'objet de mesures d'expulsion; ils ne peuvent en faire l'objet à la limite – pour ainsi dire – que pour deux raisons non cumulatives: la sécurité nationale et l'ordre public.

65. La Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique introduit quant à elle l'idée de «rapatriement volontaire», qui n'existe pas ni dans la Convention relative au statut des

⁹⁸ Au Cameroun, par exemple, l'article 5 de la loi n° 2005/006 du 27 juillet 2005 portant statut des réfugiés dispose:

«1) Les membres de la famille d'une personne considérée comme réfugiée au sens des articles 2, 3 et 4 ci-dessus qui l'accompagnent ou la rejoignent sont également considérés comme réfugiés, sauf s'ils sont d'une nationalité autre que celle du réfugié et jouissent de la protection du pays dont ils sont ressortissants.

«2) Si, une fois que la qualité de réfugié a été reconnue au chef de famille, la cohésion familiale est rompue par suite d'un divorce, d'une séparation ou d'un décès, les membres de sa famille auxquels le statut de réfugié a été accordé en vertu de l'alinéa 1 ci-dessus continuent à en jouir, sous réserve des dispositions de l'article 4.

«3) Aux fins des dispositions des alinéas 1 et 2 ci-dessus, les membres de la famille d'une personne considérée comme réfugiée s'entendent du ou des conjoints, des enfants mineurs et des autres membres de la famille du réfugié qui sont à sa charge.

«4) Toute décision prise en application des dispositions des articles 3 et 4 de la présente loi ne saurait affecter automatiquement les autres membres de la famille tels que définis à l'alinéa 3 ci-dessus.»

Le dernier alinéa de l'article signifie notamment que la perte par le chef de famille de la qualité de réfugié ou son expulsion n'entraînent pas automatiquement la perte de ladite qualité ou l'expulsion des membres de sa famille.

⁹⁹ Ainsi, en France, alors que la loi du 2 août 1989 étendait le bénéfice de la carte de résident aux membres de la famille du réfugié (conjoint et enfants mineurs du réfugié), la loi du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France et les modifications subséquentes ont marqué un recul à cet égard en ce qu'elles appliquent à la famille du réfugié la condition de séjour régulier exigé de tout étranger (art. 15, al. 1, de la loi du 24 août 1993, voir *supra* la note 94).

réfugiés ni dans le Protocole y relatif. Si l'on en devait s'en tenir à cette idée qui fait l'objet des dispositions de l'article V de la Convention de l'OUA, on pourrait conclure à l'existence d'un principe absolu de non-expulsion des réfugiés – au sens large dans lequel la notion d'expulsion a été définie dans le deuxième rapport¹⁰⁰. L'article V en question dispose en son alinéa 1 :

Le caractère essentiellement volontaire du rapatriement doit être respecté dans tous les cas et aucun réfugié ne peut être rapatrié contre son gré.

Cependant, non seulement la Convention de l'OUA – comme la Déclaration de Carthagène sur les réfugiés adoptée par les États d'Amérique centrale¹⁰¹ – doit être entendue comme complémentaire de la Convention relative au statut des réfugiés, mais il convient également de relever que l'expulsion et le rapatriement sont deux notions différentes obéissant à des procédures distinctes mises en mouvement pour des raisons qui ne sont pas identiques.

66. L'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés paraît poser également un principe de non-expulsion, mais aussitôt atténué par le fait, d'une part, qu'il vise un cas particulier où il y aurait des risques d'atteinte à certains droits fondamentaux du réfugié, et, d'autre part, que l'expulsion peut avoir lieu pour certains motifs précis. En effet, sous l'intitulé quelque peu trompeur de «Défense d'expulsion et de refoulement», cet article dispose :

1. Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

67. Le rapprochement entre l'article 32 et l'article 33, en particulier à partir de leurs intitulés, donne à penser, *prima facie*, que l'article 32 énoncerait une règle permissive alors que l'article 33 édicterait une norme prohibitive. À vrai dire, il n'en est rien. On note que les deux dispositions contiennent à la fois une interdiction et une autorisation. L'article 33, alinéa 2, vient élargir le champ des motifs d'expulsion des réfugiés contenus dans l'article 32, alinéa 1. Ainsi, alors que ce dernier ne prévoit que les motifs «de sécurité nationale ou d'ordre public», l'article 33, alinéa 2, qui emploie plutôt la formule «danger pour la sécurité du pays», y ajoute la «condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave constitu[ant] une menace pour la communauté dudit pays». Comme on peut le constater, ce dernier motif est particulièrement vague dans la mesure où l'on ignore quelles peuvent bien être la nature et la gravité de la «menace» en question. Par ailleurs, en quoi un tel motif est-il différent des «raisons d'ordre public»? En tout état de cause, il renforce d'autant le pouvoir d'appréciation de l'État expulsant en cas

d'expulsion d'un réfugié et, ce faisant, bat en brèche les limites strictes que pose l'article 32, alinéa 1. À l'inverse de l'alinéa 2, l'alinéa 1 de l'article 33 renforce le principe de non-expulsion par un énoncé des circonstances qui entraîne la «défense» – au demeurant non absolue en raison des stipulations de l'alinéa 2 – de l'expulsion ou du refoulement du réfugié.

68. De l'avis du Rapporteur spécial, le principe n'est donc pas l'expulsion, mais bien la non-expulsion, l'expulsion n'étant qu'une exception qui n'est du reste possible que pour certaines raisons très limitées.

69. Une tendance considère aujourd'hui que l'État qui reçoit des réfugiés – non pas au sens strict, mais des personnes qui se voient obligées d'abandonner leur pays parce qu'affectées «par des conflits armés ou par des événements qui perturbent l'ordre public en tout ou en partie de leur pays d'origine, de nationalité ou de résidence habituelle¹⁰²» – doit les admettre sur son territoire et doit scrupuleusement respecter le principe fondamental de non-refoulement aux frontières¹⁰³. Cette idée est sous-tendue par une présomption selon laquelle tout membre d'un groupe de personnes qui ont fui leur pays pour les raisons indiquées ci-dessus est considéré, *prima facie*, comme réfugié à défaut de preuve contraire. Dans cet ordre d'idées, on a pu écrire récemment que les États ont «une obligation de nature coutumière» de non-refoulement à l'égard des victimes des conflits armés ou de situations de violence généralisée¹⁰⁴. On est bien au-delà des normes conventionnelles pertinentes. Si une telle obligation existe, elle emporte corrélativement celle de non-expulsion du type de «réfugiés» en question – c'est-à-dire ceux qui n'ont pas encore acquis le statut de réfugié et qui pourraient donc se trouver irrégulièrement sur le territoire d'accueil –, du moins avant que leur situation soit examinée par les autorités nationales compétentes.

70. Cette tendance doctrinale tire partie de l'article 31 de la Convention relative au statut des réfugiés, intitulé «Réfugiés en situation irrégulière dans le pays d'accueil», qui dispose :

Les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières.

71. Elle trouve également un appui important dans les travaux récents de la Commission mondiale sur les migrations internationales, créée en décembre 2003 à l'initiative du Secrétaire général agissant à la demande de

¹⁰² Voir la déclaration adoptée à Séville en février 1994 dans le cadre d'une journée d'étude sur le thème «Réfugiés: droit et solidarité», cité par Casanovas, loc. cit., p. 82.

¹⁰³ Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, conclusions du Comité exécutif sur la protection internationale des réfugiés, décembre 2009, n° 22 (XXXII), «Protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivée massive» (1981) par. II A.1; et n° 19 (XXXI), «Asile temporaire» (1980), par. b i. *Contra*, Hailbronner, «Non-refoulement and “humanitarian” refugees: customary international law or wishful legal thinking», p. 857.

¹⁰⁴ Eggerli, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, p. 165.

¹⁰⁰ *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/573.

¹⁰¹ Déclaration de Carthagène sur les réfugiés (22 novembre 1984), *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights* (OAS document OEA/Ser.L/V/II.66, doc.10, rev.1).

l'Assemblée générale, qui, dans sa résolution 58/208 du 23 décembre 2003, avait décidé de consacrer à sa soixante et unième session, en 2006, un dialogue de haut niveau à la question des migrations internationales et du développement (voir le rapport du Secrétaire général des Nations Unies sur ce sujet, document A/60/205). La Commission mondiale déclare que, dans leurs efforts pour enrayer l'immigration irrégulière, les États doivent respecter leurs obligations existantes sous l'empire du droit international relativement aux droits de l'homme des migrants, à l'institution de l'asile et aux principes de protection des réfugiés¹⁰⁵. À cet égard, la Commission mondiale s'appuie sur le principe énoncé dans l'«Agenda pour la protection» élaboré par le HCR, selon lequel l'institution de l'asile ne devrait pas être sapée par la lutte contre l'immigration clandestine ou illégale. La Commission mondiale encourage tous les États à mettre en place des procédures rapides, équitables et efficaces pour l'accès au statut de réfugié en sorte que les candidats à un tel statut puissent être informés rapidement de l'issue de leur demande. Plus particulièrement, elle recommande ceci:

Dans les situations d'afflux massif, les États devraient envisager l'octroi aux nouveaux arrivants du statut de réfugié *prima facie*, pratique employée depuis des années avec de bons résultats en Afrique et dans des pays en développement d'autres régions¹⁰⁶.

72. La non-expulsion des personnes concernées pendant la durée d'examen de leur situation s'apparente à la «protection temporaire», laquelle est différente de la «protection subsidiaire». Le rapport élaboré dans le cadre des consultations globales tenues sous les auspices du HCR considère que «la protection temporaire, qui est une réponse spécifique et provisoire de protection aux situations d'afflux massifs, fournissant une protection d'urgence immédiate contre le refoulement, doit être nettement distinguée des autres formes complémentaires de protection octroyées après une détermination de statut et accordant un statut définitif¹⁰⁷». Elle est octroyée à des personnes qui font partie d'un groupe déterminé, en vertu d'une décision politique. En revanche la «protection subsidiaire», que l'on trouve dans les législations des pays de l'Union européenne notamment, est un statut légalement établi qui est accordé dans des cas individuels¹⁰⁸.

73. Certains droits nationaux appliquent cette protection temporaire à des personnes candidates à l'acquisition du statut de réfugié. La pratique française est fort intéressante à cet égard. Ainsi, à la différence de la Convention relative au statut des réfugiés, qui prohibe simplement, pour les parties contractantes, le refoulement ou l'expulsion d'un réfugié «de quelque manière que ce soit [...] sur les frontières des territoires où sa

vie ou sa liberté serait menacée» (art. 33, al. 1), le quatrième alinéa du préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946, auquel renvoie la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur, implique, selon le Conseil constitutionnel français, «d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande¹⁰⁹». Cette solution s'inspire directement de celle consacrée par l'Assemblée du Conseil d'État français, qui, dans deux cas d'espèce, 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 requête¹¹⁰.

74. Ce «principe» – pour reprendre le terme employé par un auteur¹¹¹ – n'a pas le même fondement devant le Conseil d'État et devant le Conseil constitutionnel: pour ce dernier, il trouve son fondement dans le préambule de la Constitution, alors que pour le premier, il est fondé tant sur l'article 31, paragraphe 2, de la Convention relative au statut des réfugiés que sur la loi du 25 juillet 1952 portant création de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides. Quoiqu'il en soit, sa consécration jurisprudentielle est assortie de restrictions. En effet, dans ses arrêts, le Conseil d'État admet que, «[d]ans le cas où cette demande a manifestement pour seul objet de faire échec à une mesure d'éloignement susceptible d'être prise à l'encontre d'un étranger déjà entré sur le territoire national et se trouvant en situation irrégulière», l'administration est dispensée de délivrer les documents permettant aux demandeurs d'asile de séjourner en France jusqu'à la décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ou, en appel, la décision prononcée par la Commission des recours des réfugiés¹¹².

ii) Dérégulations

75. Un réfugié ne peut être expulsé du territoire de l'État d'accueil que pour des raisons tenant à la sécurité et à l'ordre public. Comme on l'a vu, ces dérogations consacrées au niveau international par l'article 31 de la Convention relative au statut des réfugiés sont admises et pratiquées depuis longtemps en droit interne. Il n'est donc point besoin de s'attarder sur la démonstration de leur existence. Il y a lieu en revanche de s'interroger sur le contenu exact ainsi que sur la signification des notions d'atteinte à la sécurité et de menace ou d'atteinte à l'ordre public. La question n'est pas aisée, l'appréciation des situations qui peuvent recevoir l'une ou l'autre qualification pouvant varier selon les États, les époques et les contextes. Il n'est pas douteux que le pouvoir d'appréciation de telles atteintes ou menaces appartient à chaque État et que les textes internationaux comme les droits nationaux l'entendent de cette manière.

¹⁰⁵ Voir *Les migrations dans un monde interconnecté: nouvelles perspectives d'action*, rapport de la Commission mondiale sur les migrations internationales, octobre 2005, chap. III. Le rapport est disponible à l'adresse suivante: www.peacepalacelibrary.nl.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 44, par. 44.

¹⁰⁷ Consultations mondiales sur la protection internationale, «Formes complémentaires de protection» (document EC/GC/01/18 du 4 septembre 2001), par. 11 g.

¹⁰⁸ Voir Casanovas, loc. cit., p. 127. Voir aussi Chetail, «Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: le bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants», p. 208.

¹⁰⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Journal officiel*, 18 août 1993, p. 11722 et suiv.

¹¹⁰ Voir Abraham, «La reconduite à la frontière des demandeurs d'asile», p. 93 et 94.

¹¹¹ Voir Fabre-Alibert, «Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France», p. 1184.

¹¹² *Ibid.*

76. On pourrait inclure dans ces notions de sécurité et d'ordre public, et plus particulièrement dans celle de sécurité, un phénomène qui connaît une ampleur sans précédent de nos jours et constitue une source de préoccupation des États: le terrorisme. Mais sa violence aveugle, qui frappe indistinctement, et ses effets dévastateurs lui confèrent un caractère singulier justifiant un traitement spécifique. C'est du reste l'approche suivie par la communauté internationale pour traiter les actes constitutifs de ce phénomène qui n'est pas un crime ordinaire.

77. L'analyse de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité permet d'en inférer l'idée qu'un réfugié peut être expulsé en raison d'activités terroristes ou en rapport avec le terrorisme. Au paragraphe 2 de cette résolution, le Conseil «[d]écide» que tous les États doivent

[...]

d) empêcher que ceux qui financent, organisent, facilitent ou commettent des actes de terrorisme n'utilisent leurs territoires respectifs pour commettre de tels actes contre d'autres États ou contre les citoyens de ces États.

Aux paragraphes 3 f et 3 g, il «[d]emande» à tous les États

f) de prendre les mesures appropriées, conformément aux dispositions pertinentes de leur législation nationale et du droit international, y compris les normes internationales relatives aux droits de l'homme, afin de s'assurer, avant d'octroyer le statut de réfugié, que les demandeurs d'asile n'ont pas organisé ou facilité la perpétration d'actes de terrorisme et n'y ont pas participé;

g) de veiller, conformément au droit international, à ce que les auteurs ou les organisateurs d'actes de terrorisme ou ceux qui facilitent de tels actes ne détournent pas à leur profit le statut de réfugié.

78. À la lumière de ces dispositions, l'étranger réfugié de fait, c'est-à-dire celui qui, craignant pour sa vie, fuit son État d'origine mais n'a pas encore acquis juridiquement le statut de réfugié, pourrait être expulsé pour cause d'activité terroriste ou visant à faciliter une entreprise terroriste. L'obligation de refuser le refuge ou l'asile qui s'en dégage induit un droit d'expulser lorsque l'État d'accueil se trouve en face des situations décrites dans les paragraphes précités de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité.

79. Sur le plan de la pratique législative des États, l'article 22 de la loi tanzanienne de 2002 relative à la prévention du terrorisme offre un exemple de texte visant à empêcher que le territoire du pays soit utilisé comme refuge à partir duquel des attaques puissent être lancées contre d'autres États¹¹³; elle pourrait, le cas échéant, servir de base juridique pour l'expulsion des étrangers, y compris des réfugiés.

80. La singularisation du terrorisme et sa prise en compte comme un des critères de dérogation au principe

de non-expulsion des réfugiés relève sans doute davantage du développement progressif que de la codification d'une règle coutumière bien établie. Il reste que l'adoption d'un tel critère ne serait pas dépourvue de soutien, tant dans l'arsenal juridique international que dans la pratique législative des États. Le fait qu'un tel critère puisse s'appuyer sur une résolution du Conseil de sécurité n'est pas sans intérêt, sachant le principe de légalité qui sous-tend les décisions du Conseil.

81. L'analyse qui précède permet de proposer le projet d'article suivant:

«*Projet d'article 5. Non-expulsion des réfugiés*

«1. Un État ne peut expulser un réfugié se trouvant régulièrement sur son territoire, sauf pour des raisons de sécurité nationale, d'ordre public [ou de terrorisme], ou si l'intéressé, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté de cet État.

«2. Les dispositions de l'alinéa 1 du présent article s'appliquent également à toute personne qui, se trouvant irrégulièrement sur le territoire de l'État d'accueil, a demandé le statut de réfugié, à moins que cette demande ait manifestement pour seul objet de faire échec à une mesure d'expulsion susceptible d'être prise à son encontre [à l'encontre de ladite personne].»

c) *Le principe de non-expulsion des apatrides*

82. Bien que l'apatride et le réfugié aient des statuts juridiques différents, les deux situations ont souvent la même cause: la fuite des personnes concernées devant un conflit armé ou des persécutions pour des raisons raciales ou politiques. Dans sa résolution adoptée à la session de Bruxelles en 1936 sur le «statut juridique des apatrides et des réfugiés», l'Institut de droit international énonçait que le terme «apatride» «désigne tout individu qui n'est considéré par aucun État comme possédant sa nationalité¹¹⁴». L'élément de nationalité était ainsi, dans le sillage de la pensée du XIX^e siècle, qui fut le siècle des nationalités, l'élément essentiel, le critère de référence par rapport auquel une personne était considérée comme un apatride ou pas. Dans une approche plus moderne et plus ouverte, en phase avec celle proposée par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport¹¹⁵, la Convention relative au statut des apatrides a substitué au critère de la nationalité le terme «ressortissant», qui est, comme on l'a vu, bien plus englobant. L'article 1, paragraphe 1, de ladite Convention dispose très précisément:

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

83. Le principe de non-expulsion des apatrides était déjà sous-jacent dans un des articles contenus dans les Règles internationales sur l'admission et l'expulsion de l'étranger dont la teneur est la suivante:

¹¹³ L'article 22 de cette loi réprime le recrutement ou l'association avec un groupe terroriste et l'entraînement en République Unie de Tanzanie en vue de la commission d'actes interdits par l'alinéa a dudit article. L'interdiction énoncée à l'alinéa a s'applique à tous les actes réalisés en ce pays dans le but de promouvoir ou de faciliter la commission d'actes de violence à l'étranger, que lesdits actes se matérialisent ou non (Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *La prévention des actes terroristes: une stratégie de justice pénale intégrant des normes de l'État de droit à la mise en œuvre des instruments des Nations Unies contre le terrorisme*, p. 30).

¹¹⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 39-II (session de Bruxelles, 1936), p. 294.

¹¹⁵ *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/573.

En principe, un État ne doit pas interdire l'accès ou le séjour sur son territoire soit à ses sujets, soit à ceux qui, après avoir perdu leur nationalité dans ledit État, n'en ont point acquise une autre¹¹⁶.

84. La formulation explicite de la règle et sa codification n'interviendront que bien plus tard. Reprenant le schéma de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, la Convention de 1954 relative au statut des apatrides confirme le rapprochement entre la situation des apatrides et celle des réfugiés. S'agissant plus particulièrement de l'expulsion, les deux conventions laissent apparaître une identité des règles régissant la matière dans les deux cas. Reprenant à la lettre les trois paragraphes de l'article 32 de la Convention de 1951, l'article 31 de la Convention de 1954 stipule:

1. Les États contractants n'expulseront un apatride se trouvant régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.

2. L'expulsion de cet apatride n'aura lieu qu'en exécution d'une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi. L'apatride devra, sauf si des raisons impérieuses de sécurité nationale s'y opposent, être admis à fournir des preuves tendant à le disculper, à présenter un recours et à se faire représenter à cet effet devant une autorité compétente ou devant une ou plusieurs personnes spécialement désignées par l'autorité compétente.

3. Les États contractants accorderont à un tel apatride un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays. Les États contractants peuvent appliquer, pendant ce délai, telle mesure d'ordre interne qu'ils jugeront opportune.

85. Les observations faites à propos de l'article 32, paragraphe 1, de la Convention relative au statut des réfugiés (voir par. 64 ci-dessus) s'appliquent à l'article 31, paragraphe 1, précité¹¹⁷.

86. On relèvera que, comme pour les réfugiés, seuls sont visés les apatrides en situation régulière. Certes, la question des apatrides se trouvant irrégulièrement sur le territoire de l'État d'accueil est délicate, certains migrants irréguliers pouvant revendiquer frauduleusement une situation d'apatride. Mais qu'en sera-t-il des vrais apatrides se trouvant néanmoins irrégulièrement sur le territoire d'un État? Celui-ci pourra-t-il les exclure? Vers quel pays? Celui du dernier séjour? Dans quelles conditions? Celles prévues à l'article 31, au paragraphe 3, pour les apatrides se trouvant régulièrement sur le territoire de l'État? Au regard de ces questions, on peut douter de la pertinence de la distinction entre apatrides en situation régulière et ceux en situation irrégulière inspirée par l'article 31, paragraphe 1. Ce d'autant plus qu'en dehors des personnes qui deviennent apatrides alors qu'elles sont déjà sur le territoire de l'État d'accueil, la plupart des autres ne peuvent y pénétrer que de façon irrégulière puisqu'elles ne possèdent généralement pas les documents officiels d'un État pour demander l'admission dans un autre pays.

¹¹⁶ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 12 (session de Genève, 1892-1894), p. 219.

¹¹⁷ On notera qu'au regard de l'article 9 de la Convention relative au statut des apatrides l'expulsion d'une personne déterminée pourrait se faire, au titre des «mesures provisoires», en temps de guerre ou dans des circonstances graves et exceptionnelles en attendant qu'il soit établi par l'État contractant que cette personne est effectivement apatride et que le maintien desdites mesures est nécessaire à son égard dans l'intérêt de la sécurité nationale.

87. L'article 31, paragraphe 2, précité traite de la condition et des procédures d'expulsion; on y reviendra au moment d'examiner cette question.

88. Quant au paragraphe 3, sa première phrase suscite des interrogations. Concrètement, comment l'apatride en cours d'expulsion procédera-t-il à la recherche d'un nouveau pays d'accueil? Ses démarches se limiteront-elles aux pays représentés par des missions diplomatiques dans l'État expulsant? Ses chances de voir ses démarches aboutir ne seraient-elles pas limitées si cet État n'accueille que peu de représentations diplomatiques étrangères? Par ailleurs, en supposant même que l'État expulsant soit particulièrement généreux dans l'interprétation de la notion de «délai raisonnable» et lui accorde un laps de temps suffisamment long, qu'advient-il si, au terme de ce délai, les démarches de l'apatride sont restées infructueuses? L'État pourra-t-il l'expulser quand même? Mais vers quel pays?

89. Ces questions, en particulier la dernière, ne traduisent pas des préoccupations purement théoriques. L'affaire *John K. Modise c. Botswana* devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples¹¹⁸ montre qu'elles peuvent se poser en pratique. Le plaignant a argué qu'il a été injustement privé de sa citoyenneté du Botswana. Il revendiquait cette citoyenneté dans les circonstances suivantes: son père, Samuel Remaphoi Modise, citoyen botswanais en tant qu'ancien «sujet britannique» du Bechuanaland (actuel Botswana), a immigré en Afrique du Sud pour travailler. Pendant son séjour, il s'est marié à Elisabeth Ikaneng Modise, et John Modise est né de ce mariage. Sa mère est morte quand il avait 3 mois, et son père l'a emmené au Protectorat du Bechuanaland pour s'assurer que ses parents prennent soin de lui. Le plaignant a, par la suite, grandi dans le Protectorat et y revenait régulièrement après ses voyages.

90. En 1978, John Modise était l'un des fondateurs et responsables du parti d'opposition Botswana National Front. Il estime que c'est à cause de ses activités politiques qu'il a été déclaré «immigré indésirable» par le Gouvernement du Botswana. Le 17 octobre 1978, il a été arrêté et expulsé en Afrique du Sud, où il a été remis à la police, sans avoir comparu devant un tribunal. Revenu au Botswana, il a été à nouveau arrêté et expulsé sans jugement vers le même pays. Après sa troisième tentative de retour, il a été inculpé, condamné pour entrée illégale et déclaré immigré indésirable. Il purgeait une peine d'emprisonnement de dix mois et avait interjeté appel lorsqu'il a été déporté pour la quatrième fois vers l'Afrique du Sud, avant que la procédure n'aboutisse. La Commission relève que, «[l]e requérant n'ayant pas la nationalité sud-africaine, a été obligé de s'établir dans le homeland du Bophuthatswana». Il y vivra pendant sept ans jusqu'à ce que le gouvernement de ce bantoustan émette à son encontre un ordre d'expulsion et qu'il se retrouve dans un no man's land entre le Bophuthatswana et le Botswana, où il est resté pendant cinq semaines avant d'être admis au Botswana sur une base humanitaire: il a obtenu un

¹¹⁸ Voir communication 97/93, *John K. Modise c. Botswana*, communication présentée à la vingt-huitième session ordinaire de la Commission, en novembre 2000, à Cotonou (Bénin), décision du 6 novembre 2000 (consultable à l'adresse suivante: www.achpr.org/communications/decision/97.93_14ar/).

permis de séjour d'une durée de trois mois renouvelable à l'entière discrétion du ministère compétent jusqu'au mois de juin 1995¹¹⁹.

91. On ne s'engagera pas ici dans les discussions portant sur le principal point de controverse soulevé par l'État défendeur, celui de savoir si John Modise ne pouvait pas devenir et n'était pas devenu citoyen du Botswana par la naissance en vertu de l'ancienne Constitution de ce pays, sachant qu'il n'était ni un sujet britannique ni un citoyen du Royaume-Uni et de ses colonies à l'accession du Botswana à l'indépendance en 1966. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a tranché la question: John Modise a bien la citoyenneté du Botswana par la naissance, en tant qu'il est le fils de son père, lui-même botswanais, et le Gouvernement du Botswana doit prendre les mesures appropriées pour lui reconnaître cette nationalité et lui donner les compensations appropriées pour tous les dommages qu'il a subis du fait de la violation de ses droits.

92. Le principal intérêt de cette affaire par rapport à la question de l'expulsion des apatrides vient de ce que le Botswana avait continué à expulser John Modise alors même qu'il était avéré qu'il n'avait ni la nationalité sud-africaine, ni celle de Bophuthatswana, et que n'ayant pas non plus celle du Botswana qui lui était alors déniée par les autorités de ce pays, il se trouvait de fait dans une situation d'apatridie. On relève que dans cette affaire aucune des causes d'expulsion d'un apatride prévues par l'article 31 de la Convention relative au statut des apatrides n'était invoquée par l'État expulsant: ni la sécurité nationale, ni l'ordre public; le pays d'accueil n'était pas trouvé par l'expulsé et demande ne lui en a jamais été faite par l'État expulsant. Bref, le Botswana n'inscrivait pas son action dans le cadre de l'expulsion d'un apatride alors pourtant que l'on était bien dans ce cas de figure.

93. Il semble qu'on ait un peu trop facilement calqué le régime de l'expulsion des apatrides sur les dispositions relatives à l'expulsion des réfugiés. Or le refuge et l'apatridie sont, comme on l'a déjà dit, des situations fort différentes. Le réfugié possède une nationalité connue. Il est en général dans une situation de détresse causée par une violence irrésistible dont il n'est généralement pas l'auteur. Pour cette raison, sa situation de victime inspire une certaine compassion ou simplement de la compréhension pouvant lui ouvrir l'entrée d'un État d'accueil. Il en va différemment de l'apatride. Dépourvu de nationalité, celui-ci ne peut voyager à l'étranger, sauf si l'État d'accueil le considère comme ayant les droits et obligations liés à la possession de la nationalité dudit État et lui délivre en conséquence un passeport. Dans le cas contraire, tout État d'accueil partie à la Convention relative au statut des apatrides est seulement tenu d'accorder à ces derniers «le régime qu'il accorde aux étrangers en général¹²⁰». On peut aisément concevoir qu'une personne dépourvue de toute nationalité, ne jouissant, en principe, dans le pays de résidence, que des droits reconnus aux étrangers, puisse avoir de sérieuses difficultés à trouver un État d'accueil; ce d'autant plus que si elle est expulsée, ce sera soit parce qu'elle a attenté à la sécurité nationale de l'État expulsant

ou qu'elle constitue une menace pour cette sécurité, soit parce qu'elle aura porté atteinte à l'ordre public ou qu'elle constitue une menace sérieuse à celui-ci.

94. Sauf s'il a été en intelligence avec une puissance étrangère qui serait alors disposée, en principe, à l'accueillir, il serait malaisé pour une telle personne de «se faire admettre régulièrement dans un autre État¹²¹». Selon le Rapporteur spécial, l'intervention de l'État expulsant dans la recherche d'un État d'accueil pour l'apatride expulsé peut paraître nécessaire. Une telle intervention pourrait être envisagée après des démarches avérées de l'apatride demeurées infructueuses, aux fins de se faire admettre régulièrement dans un autre État d'accueil. La protection des droits de l'expulsé exige cependant qu'il marque son accord pour le pays vers lequel il sera alors expulsé.

95. Toutefois, la pratique des États en matière d'expulsion des apatrides faisant cruellement défaut, une telle idée se dégage uniquement d'une analyse des dispositions de l'article 31, paragraphe 3, précité (paragraphe 84). Au mieux, elle pourrait être suggérée au titre du développement progressif du droit international.

96. Au bénéfice des considérations qui précèdent, il y a lieu de proposer le projet d'article ci-après, dont le paragraphe 1 reprend l'essentiel de l'article 31, paragraphe 1, de la Convention relative au statut des apatrides, moyennant quelques modifications de forme, alors que le paragraphe 2 est une nouvelle rédaction de la première phrase du paragraphe 3 enrichie des suggestions précédentes:

«Projet d'article 6. Non-expulsion des apatrides

«1. Un État ne peut expulser un apatride se trouvant [régulièrement] sur son territoire, sauf pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public, [ou de terrorisme], ou si l'intéressé, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté de cet État.

«2. L'État qui expulse un apatride dans les conditions prévues par les présents projets d'article lui accorde un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays. [Toutefois, si après ce délai il s'avère que l'apatride n'a pu se faire admettre dans un pays d'accueil, l'État peut[, en accord avec lui,] l'expulser vers tout État qui accepte de l'accueillir].»

d) Le principe de non-expulsion collective

97. La pratique des expulsions collectives n'est pas un phénomène récent. Dans le passé, elle était étroitement liée aux situations de conflits armés ou de crise grave entre deux États, mais pas toujours: elle s'est pratiquée en temps de paix comme en temps de guerre.

i) En temps de paix

98. En effet, «[e]n dehors du cas de guerre, l'expulsion collective a été pratiquée par le Gouvernement des

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Voir l'article 7, paragraphe 1, de la Convention.

¹²¹ Ibid., article 31, paragraphe 3.

États-Unis au XIX^e siècle¹²²». Après avoir accordé, en 1863, par traité, aux sujets du Céleste Empire, un traitement analogue à celui dont jouissaient les Américains, le Gouvernement américain, devant le flot sans cesse grossissant de ce que l'on appela péjorativement l'«immigration jaune» ou le «péril jaune», cessa d'exécuter les clauses du traité puis négocia avec la Chine une nouvelle convention, le traité du 17 novembre 1880, lui conférant le droit de suspendre ou de limiter l'immigration des travailleurs «lorsqu'il le jugera nécessaire pour la sauvegarde de ses intérêts¹²³». Deux ans plus tard, une loi américaine suspendit l'immigration pour une durée de dix ans. Mais avant l'expiration de ce délai, le Gouvernement des États-Unis obtint du «Ministre de Chine à Washington» la signature d'un traité, le 12 mars 1888, interdisant l'entrée de son territoire «à tous les ouvriers de race jaune» pour une durée de vingt ans. Le Gouvernement chinois se refusa à ratifier une convention qu'il jugeait non seulement désavantageuse pour les intérêts de ses nationaux mais, encore, vexatoire et trop restrictive dans ses dispositions. En présence de ce refus, les États-Unis votèrent une loi, le 1^{er} octobre 1888, qui défendait en fait l'accès au territoire américain aux travailleurs chinois, puis une seconde loi dénommée *Chinese Exclusion Act*, qui imposait aux travailleurs chinois des conditions de séjour fort dures¹²⁴, conduisant ainsi à une expulsion collective par le comportement de l'État.

99. En Europe, on relève des cas d'expulsion collective déjà au XVIII^e siècle. Ainsi, en Espagne, «[e]n violation formelle des principes du droit des gens» de l'époque, une loi de 1703 restée longtemps en vigueur ordonnait l'expulsion en masse de tous les sujets anglais et hollandais qui n'étaient pas catholiques; en Russie, on peut rappeler une loi par laquelle l'empereur Paul I^{er} ordonnait, en 1793, aux Français résidant en Russie, sous peine d'être expulsés, de renoncer aux doctrines athées et séditieuses de leur pays d'origine¹²⁵.

100. Plus tard, au XX^e siècle, à la suite de nombreuses, graves et persistantes difficultés entre l'Allemagne et la Pologne consécutivement à la délimitation des frontières entre ces deux pays conformément au traité de Versailles, l'Allemagne expulsa «en masse¹²⁶», comme on disait à l'époque, les ouvriers polonais établis sur son territoire: elle en expulsa 25 000 à la fin de 1922. À titre de rétorsion, la Pologne expulsa à son tour un certain nombre de ressortissants allemands en avril 1923, puis procéda à de nouvelles mesures de rétorsion en janvier 1924 en expulsant 14 familles allemandes, le gouvernement de Bavière ayant expulsé 14 familles juives de nationalité polonaise. Par ailleurs, d'autres expulsions en masse de citoyens polonais ayant eu lieu dans le Mecklembourg-Schwerin, en Allemagne, en dépit des protestations du ministre polonais à Berlin, la Pologne a, par mesure de rétorsion, expulsé 150 Allemands établis dans les voïvodies de Poznan et de Poméranie¹²⁷.

101. En dehors des protestations politiques des gouvernements dont les ressortissants étaient victimes de ces expulsions «en masse», celles-ci ne suscitèrent pas de contestation fondée sur le droit international. La doctrine de l'époque n'y voyait rien d'autre que l'exercice par les États expulsants de la «faculté d'expulser les étrangers» que leur reconnaît le droit international¹²⁸. Cela ressort nettement de l'opinion de certains auteurs de l'époque. Ainsi, à la suite des annexions et des désannexions consacrées par les traités de paix qui ont mis fin à la Première Guerre mondiale et qui ont donné lieu à des applications fréquentes du droit d'expulsion, la France se trouva confrontée, après la réintégration de l'Alsace et de la partie de la Lorraine annexée à l'Allemagne par le Traité de Francfort, à la question de savoir s'il fallait limiter le changement de nationalité aux anciens Français. Environ 500 000 Allemands représentant 28 % de la population vivaient dans ces départements récupérés. Les y conserver aurait représenté «un danger pour la France», estimait-on en ces termes obscurs. Alors, les expulser en masse, ou les absorber? Deux auteurs français de premier plan à l'époque, Pillet et Niboyet, répondirent:

L'expulsion en masse eût été de beaucoup la solution préférable, si nous avions pu assurer à l'Alsace et à la Lorraine une population équivalente. Or notre population est trop déficitaire pour que ce but pût être envisagé¹²⁹.

102. Autrement dit, l'expulsion collective des étrangers, même en temps de paix, n'était pas interdite alors; elle ne fut écartée en l'espèce que pour des raisons d'opportunité.

103. L'interdiction de telles expulsions est intervenue beaucoup plus tard, au demeurant sous forme de rattrapage à un instrument régional de protection des droits de l'homme qui était silencieux sur la question: le Protocole n° 4, en vigueur depuis 1968, à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel. L'article 4 du Protocole n° 4 en question dispose, de manière laconique, que «[l]es expulsions collectives d'étrangers sont interdites». On trouve une disposition similaire – la seule nuance de forme portant sur l'emploi du singulier – dans la Convention américaine relative aux droits de l'homme («Pacte de San José de Costa Rica»), dont l'article 22, paragraphe 9, stipule que «[l]'expulsion collective d'étrangers est interdite». La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples reprend à l'identique cette dernière disposition dans son article 12, paragraphe 5: «L'expulsion collective d'étrangers est interdite.»

104. Selon le comité d'experts chargé de rédiger le projet de Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme, il convenait d'insérer cette disposition qui ne figurait pas dans le projet initial, dans le souci d'éviter la répétition des expulsions massives «du genre de celles qui se sont produites dans un passé récent», ainsi que l'indiqua une note de la Direction des droits de l'homme du Conseil de l'Europe¹³⁰.

¹²² Darut, op. cit., p. 46.

¹²³ Ibid., p. 47.

¹²⁴ Ibid., p. 47 et 48.

¹²⁵ Ibid., p. 37, note 1.

¹²⁶ Voir Fauchille, *Traité de droit international public*, p. 688.

¹²⁷ Ibid., p. 688 et 689.

¹²⁸ Voir Boeck, «L'expulsion...», p. 471.

¹²⁹ Pillet et Niboyet, *Manuel de droit international privé*, p. 213.

¹³⁰ Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires du Protocole n° 4*, document DH/Exp. (61) 35 définitif du 17 octobre 1961, Strasbourg, 1976, p. 446, par. 53 (consultable à l'adresse suivante: www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P4-BIL2907919.pdf).

105. Plusieurs requêtes introduites devant la Commission européenne des droits de l'homme aux fins de la condamnation d'États parties au Protocole n° 4 pour violation de l'article 4 dudit Protocole n'ont pas abouti, pour diverses raisons exposées par la Commission européenne dans ses décisions y relatives¹³¹. La Cour européenne des droits de l'homme a eu à déclarer la violation de l'article 4 en question dans une affaire *Čonka c. Belgique*. Les requérants étaient Ján Čonka et son épouse ainsi que leurs deux enfants. Slovaques résidant en Belgique, où ils avaient demandé asile, ils étaient sous le coup d'une décision d'expulsion du Ministre de l'intérieur en date du 18 juin 1999 rejetant leur demande d'asile et leur enjoignant de quitter le territoire dans les cinq jours. La Cour a noté que la décision d'expulsion avait été prise

sans autre référence à la situation personnelle des intéressés que le fait que leur séjour en Belgique excédait trois mois. En particulier, le document ne faisait aucune référence à la demande d'asile des requérants ni aux décisions des 3 mars et 18 juin 1999 intervenues en la matière. [...] Dans ces conditions, et au vu du grand nombre de personnes de même origine ayant connu le même sort que les requérants, la Cour estime que le procédé suivi n'est pas de nature à exclure tout doute sur le caractère collectif de l'expulsion critiquée¹³².

106. Le doute exprimé par la Cour était renforcé par une série de facteurs: premièrement, préalablement à l'expulsion des personnes concernées, les autorités politiques belges avaient annoncé qu'il y aurait des opérations d'interpellation des étrangers et avaient instruit les autorités compétentes pour la mise en œuvre effective de ces opérations; deuxièmement, il avait été demandé à tous les étrangers concernés de se rendre au bureau de police en même temps; troisièmement, les ordonnances par lesquelles il leur avait été enjoint de quitter le territoire étaient rédigées en des termes identiques; quatrièmement, les personnes concernées ont eu des difficultés à contacter leurs avocats; enfin, la procédure de demande d'asile n'était pas achevée. Bref, à aucune étape de la procédure, entre la notification aux intéressés de se rendre au bureau de police et leur expulsion, les personnes en cause n'ont bénéficié de garanties suffisantes

attestant d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées. En conclusion, il y a eu violation de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention¹³³.

¹³¹ Lochak («Article 4», p. 1058) relève que ces précisions ont amené la Commission européenne à rejeter diverses requêtes, notamment: requête de personnes originaires du Suriname, réfugiées aux Pays-Bas après le coup d'État de 1982 et dont le Gouvernement néerlandais avait toléré la présence, sans toutefois leur délivrer de permis de séjour, jusqu'en 1988, date à laquelle, considérant que le Suriname était sur la voie de la démocratie, il leur notifia des décisions individuelles leur enjoignant de quitter les Pays-Bas, d'où elles furent finalement expulsées (requête n° 14209/88, *Alibaks et autres c. Pays-Bas*, décision du 16 décembre 1988; requête n° 14457/88, *B. et autres c. Pays-Bas*, décision du 16 décembre 1988); requête de sept membres de l'Église de scientologie, de nationalité suisse, résidant à Copenhague et qui avaient fait l'objet d'une expulsion à la suite du refus de prolongation de leur permis de séjour. La Commission n'a pas eu à se prononcer au fond, motif pris de ce que les requérants n'avaient pas épuisé les recours internes et que leur requête était irrecevable (requête n° 12097/86, *Künzi-Brenzikofer et autres c. Danemark*, décision du 13 juillet 1987). Il n'est cependant pas douteux qu'une telle requête n'aurait pas pu prospérer au fond dans la mesure où le titre de séjour est individuel et que son expiration affecte son titulaire individuellement, en sorte que l'expulsion en même temps de plusieurs personnes se trouvant dans cette situation ne saurait être considérée comme une expulsion collective.

¹³² *Čonka c. Belgique*, arrêt, 5 février 2002, n° 51564/99, par. 61, CEDH 2002-I.

¹³³ *Ibid.*, par. 63.

107. L'expulsion collective est fondée sur le seul fait que les personnes expulsées sont des étrangers¹³⁴, et c'est en cela qu'elle est intellectuellement et moralement difficile à admettre. La Commission européenne des droits de l'homme en a donné une définition intéressante à l'occasion de l'examen d'une requête dirigée contre un projet du Gouvernement danois de rapatrier 199 enfants vietnamiens recueillis au Danemark. Selon la Commission,

il faut entendre par «expulsion collective» toute mesure de l'autorité compétente contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans le cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe¹³⁵.

108. La seconde phrase de l'article 12, paragraphe 5, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples apporte une précision en indiquant les groupes concernés:

L'expulsion collective est celle qui vise globalement des groupes nationaux, raciaux, ethniques ou religieux.

Cette précision a cependant une portée restrictive de la notion de groupe. Or une expulsion collective peut concerner un groupe de personnes n'entrant dans aucun des groupes énumérés. Par exemple, il est courant de parler des «Africains» – pour désigner des ressortissants de divers pays du continent africain – et par conséquent des «immigrés illégaux africains», comme si l'Afrique constituait un seul et même État, une seule et même nation. Il est parfaitement concevable qu'un groupe d'Africains fasse l'objet d'une expulsion collective, sans pour autant constituer un groupe national et encore moins ethnique, et sans que ce soit pour des motifs religieux. Mieux vaut donc garder l'approche ouverte de la notion de groupe contenue dans la définition de la Commission européenne des droits de l'homme.

109. L'idée de l'examen du cas individuel de chaque membre d'un groupe de personnes sous le coup de l'expulsion était déjà mise en œuvre dans certaines expulsions en masse du début du XX^e siècle. Par exemple, lorsque la France décida d'user de son droit d'expulsion contre des ressortissants allemands après la Première Guerre mondiale, «[l]e 12 août 1922, 500 Allemands désignés par arrêtés nominatifs ont été expulsés d'Alsace et de Lorraine¹³⁶». Pour autant, peut-on vraiment dire, à la lumière des considérations de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Čonka c. Belgique* précitée, qu'il ne s'agissait pas d'un cas d'expulsion collective? On peut en douter, car il est peu probable que les autorités françaises avaient examiné de manière approfondie, et avec l'objectivité nécessaire, la situation individuelle de chacune des 500 personnes expulsées.

110. Il convient d'indiquer cependant que l'exigence de l'examen séparé des différents cas et de prise de mesures individuelles pour chacun d'eux n'implique pas nécessairement que les autorités compétentes doivent aboutir à des décisions de teneur différente. En effet, le fait que les décisions d'expulsion soient prises dans des termes identiques ne suffit pas en lui-même à les faire considérer

¹³⁴ Voir Lochak, «Article 4», p. 1057.

¹³⁵ Cité par Lochak, *ibid.*, p. 1058.

¹³⁶ Boeck, «L'expulsion...», p. 469.

comme une expulsion collective au sens des instruments juridiques internationaux pertinents, dès lors que chacune d'elles a été précédée d'un examen particulier de la situation de chaque membre du groupe de personnes concernées¹³⁷.

111. Cette règle de l'examen séparé de la situation de chaque personne à expulser, qui n'était pas contenue dans l'article 4 du Protocole n° 4 précité mais qui a été énoncée clairement par la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme, comme on vient de le voir, a reçu une consécration formelle dans le cadre de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille¹³⁸. L'article 22, paragraphe 1, de ladite Convention dispose:

Les travailleurs migrants et les membres de leur famille ne peuvent faire l'objet de mesures d'expulsion collective. Chaque cas d'expulsion doit être examiné et tranché sur une base individuelle.

112. Comme on peut le constater, le principe de non-expulsion collective des étrangers est consacré par les droits positifs régionaux européen, interaméricain et africain; il paraît limité au niveau universel aux seuls travailleurs migrants et leur famille.

113. Est-ce à dire qu'il ne s'agit pas (encore) d'une règle de caractère universel, qu'elle soit de source conventionnelle ou d'origine coutumière? La question mérite d'autant plus d'être posée que la pratique des États apparaît plutôt contrastée en la matière. La réponse de certains États membres de l'Organisation des États américains au questionnaire établi par le Bureau du Rapporteur spécial sur les travailleurs migrants et leur famille dans l'hémisphère nord-américain est révélatrice à cet égard. À la première question, demandant aux États en question: «Un groupe donné de travailleurs immigrés et les membres de leur famille peuvent-ils être expulsés collectivement de votre pays?», certains ont répondu nettement par la négative¹³⁹, d'autres par l'affirmative¹⁴⁰ ou implicitement¹⁴¹.

114. Au demeurant, on note que nombre d'États pratiquent encore de nos jours les expulsions collectives, y compris dans des régions du monde où ils sont liés par un instrument juridique interdisant de telles expulsions:

¹³⁷ Voir Lochak, «Article 4», p. 1058.

¹³⁸ Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990. La Convention est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003.

¹³⁹ Ont dit franchement «non»: le Canada, la Grenade, le Mexique, la République dominicaine (OEA/Ser.L/V/II.106, sect. IV b 5, voir *supra* la note 52).

¹⁴⁰ Ont dit franchement «oui»: la Colombie, l'Équateur, le Guatemala, le Honduras (*ibid.*).

¹⁴¹ Le Brésil a donné une réponse un peu longue pour noyer le fait qu'il est possible, sous sa législation, de pratiquer l'expulsion collective: «Peut être expulsé l'étranger qui est dans le pays légalement ou illégalement. Cette procédure s'applique à l'étranger qui représente une menace quelconque pour la sécurité nationale, l'ordre politique ou social, les bonnes mœurs ou l'économie nationale, ou l'étranger dont les actes sont contraires à l'intérêt national. Elle est aussi appliquée à ceux qui entrent ou restent frauduleusement au Brésil, ou qui pénètrent sur le territoire national en violation de la loi, s'ils n'ont pas quitté ce territoire dans le délai prescrit et si leur éloignement est souhaitable; et à ceux qui se livrent au vagabondage ou à la mendicité ou enfreignent une interdiction expressément énoncée dans la loi régissant les étrangers (art. 66 de la loi n° 6815/80, tel qu'amendée par la loi n° 6965 de décembre 1981)» (*ibid.*).

ainsi en Afrique¹⁴², mais aussi en Amérique du Sud¹⁴³; et l'on peut se demander si l'Europe elle-même est à l'abri de telles pratiques¹⁴⁴.

115. Hormis le rapatriement organisé des réfugiés (*de facto*), généralement regroupés dans des «camps de réfugiés» sous la responsabilité du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, il n'est pas douteux que ces expulsions collectives soient contraires aux trois conventions régionales de protection des droits de l'homme précitées. Bien plus encore, il semble qu'il soit possible de suggérer l'existence en la matière d'un principe général de droit international «reconnu par les nations civilisées» interdisant les expulsions collectives. En premier lieu, elle résulterait de ce que l'admission d'un étranger étant un droit individuel, la déchéance ou le refus de ce droit ne peut être qu'un acte individuel. En second lieu, cette règle de non-expulsion collective est consacrée par trois conventions régionales des droits de l'homme auxquelles sont parties une très grande majorité des États membres de la communauté internationale. Après tout, l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'exige pas que le principe général soit reconnu par *toutes* les «nations civilisées».

ii) *En temps de guerre*

116. La question est de savoir si un tel principe peut s'appliquer dans un contexte de conflit armé. Aux siècles passés, la pratique des expulsions collectives des étrangers en temps de guerre n'était pas rare. Au XVIII^e siècle, les traités d'Utrecht de 1713 et un traité anglo-russe de 1760 ordonnaient aux sujets ennemis résidant sur le territoire des puissances en guerre de s'éloigner, en leur accordant un certain délai pour se retirer. De même, en 1798, le Président des États-Unis fut autorisé par le Congrès à chasser les ressortissants d'États ennemis dans les mêmes conditions¹⁴⁵.

117. En France, la Convention nationale installée au pouvoir peu après la révolution de 1789, aux prises avec toutes les nations d'Europe – à l'exception, toutefois, de la Suisse, de la Suède et du Danemark –, chercha à garantir la sécurité intérieure face à l'agitation de ce qu'on

¹⁴² Voir les exemples fournis dans le rapport préliminaire du Rapporteur spécial sur l'expulsion des étrangers, dans *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/554, par. 4, note 6, et par. 24, note 34.

¹⁴³ On signalera, à titre illustratif, l'expulsion, entre juin et septembre 1991, de 60 000 Haïtiens de la République dominicaine (OEA/Ser.L/V/II.106, voir *supra* la note 52).

¹⁴⁴ Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial a indiqué que le Ministre de l'intérieur français avait fixé l'objectif d'un minimum de 23 000 expulsions d'étrangers à ses services en 2005 et relevait que 12 849 expulsions avaient pu être faites en huit mois [*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/573, par. 20]; que le Parlement néerlandais avait approuvé, le 17 février 2005 à une large majorité, la décision du Gouvernement d'expulser 26 000 étrangers en situation irrégulière; et que la Belgique avait expulsé 14 110 personnes en 2003 (*ibid.*, par. 22). Au regard de ces chiffres, il y a lieu de se demander si ces expulsions massives étaient conformes à l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ainsi qu'à la jurisprudence précédemment rappelée de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme. À supposer même que chacune des personnes concernées fasse l'objet d'un acte individuel d'expulsion, n'est-on pas en face d'expulsions collectives dissimulées? Car on peut douter que chaque cas fasse ou ait fait l'objet d'un examen raisonnable et objectif comme l'exige la jurisprudence susvisée.

¹⁴⁵ Voir Darut, *op. cit.*, p. 37, note 1.

appela «la faction de l'étranger» s'agitant de concert avec «les ennemis du dehors¹⁴⁶». Aussi, dès le début des hostilités, elle décida, par décret du 1^{er} août 1793, d'arrêter tous les étrangers ressortissants de pays avec lesquels la République était en guerre, domiciliés en France avant le 14 juillet 1789. La loi du 11 juillet 1795 (23 messidor an III) prononça l'expulsion de tous les étrangers ressortissants de puissances ennemies de la France et ordonna d'arrêter ceux d'entre eux qui n'obéiraient pas à l'ordre d'expulsion ou qui s'écarteraient de l'itinéraire tracé sur les passeports à eux délivrés (art. 4). Une autre loi du 2 août 1795 (15 thermidor) estima que le sort ainsi fait aux étrangers n'était pas assez sévère, et décida que «tout étranger qui ne se sera[it] pas conformé aux articles de ladite loi, sera[it] poursuivi comme espion et puni comme tel», c'est-à-dire, à cette époque, de la peine de mort. On a pu qualifier ces textes de «lois de colère» attribuées à l'«état de surexcitation d'un gouvernement qui avait banni la modération de son programme¹⁴⁷», car elles étaient en contradiction avec les principes d'humanité dont la Convention voulait assurer le triomphe.

118. La tendance à l'expulsion collective des ressortissants des États ennemis en cas de conflit armé s'est cependant atténuée au siècle suivant. Comme l'écrit Darut:

Au XIX^e siècle, la plupart des États qui ont éprouvé les misères de la guerre, sans oublier les nécessités de la sécurité intérieure du pays, ont cependant tempéré, dans la mesure du possible, la rigueur du procédé qui consiste à chasser hors de leurs frontières tous les individus ressortissant à l'État ennemi¹⁴⁸.

119. Ainsi, au moment de la guerre de Crimée, un avis publié en Russie, en 1854, permettait aux ressortissants anglais et français présents sur le territoire russe de continuer à y résider comme avant la guerre et leur assurait la même sécurité dont ils jouissaient auparavant, tant pour leurs personnes qu'à l'égard de leurs biens, à condition de continuer à observer les lois et à s'occuper paisiblement de leurs affaires¹⁴⁹. Dans le même esprit, pendant la guerre d'Italie, le 4 mai 1859, le Gouvernement français autorisait les Autrichiens résidant en France à y demeurer tant que leur conduite «ne fournirait aucun sujet de plainte¹⁵⁰». Le 21 mai 1870, une déclaration du même genre, relative aux Allemands, fut publiée au *Moniteur officiel* français¹⁵¹. De même, en 1894, au cours de la guerre sino-japonaise, le Gouvernement japonais permit aux ressortissants chinois résidant au Japon d'y demeurer pendant la période des hostilités tout comme par le passé; la Chine suivit l'exemple de son adversaire¹⁵². Pareillement, en 1897, au moment de la guerre de la Grèce contre l'Empire ottoman pour l'indépendance de la Crète, le Gouvernement grec ne décréta aucune mesure d'expulsion à l'encontre des Turcs installés en Grèce, leur reconnaissant le droit de continuer à séjourner en Grèce, tant que leur conduite ne fournirait aucun sujet de plainte; mais la Turquie n'eut pas la même attitude: en

même temps que la déclaration de guerre, elle notifia, le 18 avril 1897, au Gouvernement hellénique, un *iradé* du sultan décrétant l'expulsion dans un délai de quinze jours de tous les Grecs en résidence sur l'étendue du territoire ottoman¹⁵³. On signalera aussi que pendant la guerre des Boers, entre 1899 et 1902, le Transvaal décréta l'expulsion dans les quarante-huit heures des Anglais résidant au Transvaal et dans l'État libre d'Orange¹⁵⁴.

120. Peut-on cependant inférer de ces cas, en particulier l'attitude du Gouvernement turc, une remise en cause de la tendance générale observée dans la pratique des États à cette époque-là? Martini écrit que

c'est pour ne pas s'être conformée aux règles du droit des gens, que la Turquie, en 1897, a soulevé contre elle les protestations des ambassades de grandes puissances¹⁵⁵.

121. On ignore si la règle en cause en l'espèce était l'interdiction des expulsions collectives ou la réciprocité dans la non-expulsion collective des ressortissants d'un État en guerre contre l'État d'accueil, car, en l'occurrence, il serait apparu que la Grèce avait respecté cette dernière et pas la Turquie. Quoi qu'il en soit, on relèvera qu'au moment même où la thèse favorable à l'expulsion collective des étrangers en cas de guerre avec leur pays paraissait dominante, notamment en France, des voix s'élevèrent pour blâmer une mesure qui revêtait, selon elles, «le caractère d'une vengeance contre les personnes innocentes auxquelles on n'avait rien à reprocher que le vague soupçon d'espionnage¹⁵⁶».

122. Il faut bien voir, du reste, que pendant la guerre russo-japonaise, de 1904 à 1905, donc postérieure à tous les cas précités, le Japon agit de la même façon qu'il se comporta vis-à-vis des Chinois pendant la guerre de 1894: le 10 février 1904, le Ministre de l'intérieur du Japon envoya des instructions aux autorités responsables du commandement des unités administratives territoriales, leur prescrivant de ne pas se montrer hostiles aux Russes; ces derniers étaient autorisés à continuer à résider sur le territoire de l'Empire, à y entrer et en sortir à leur guise. La Russie quant à elle, par ordonnance des 14 et 27 février 1904, accorda également aux Japonais de poursuivre paisiblement, sous la protection des lois, leur séjour et l'exercice de leurs activités sur le territoire russe, «à l'exception toutefois des territoires faisant partie de la Lieutenance d'Extrême-Orient¹⁵⁷».

123. Mais il convient de relever qu'alors même que cette pratique des États avait cours la doctrine quasi unanime

¹⁵³ Voir Darut, op. cit., p. 44 et 45; et Martini, op. cit., p. 93. Les Grecs désireux de ne pas être expulsés pouvaient demeurer en Turquie, à la condition de renoncer sans retour à leur nationalité grecque pour embrasser la nationalité turque.

¹⁵⁴ Voir Martini, op. cit., p. 94. L'auteur estime, à propos de ce cas, qu'«on serait mal venu à faire le procès de ce petit État, aujourd'hui disparu, qui a lutté avec tant d'héroïsme et forcé l'admiration de ses adversaires». Une défense de la conduite des Boers dans cette guerre a été présentée par Despagnet dans *Revue générale de droit international public*, 1900, p. 698 (ibid., note 1).

¹⁵⁵ Martini, op. cit., p. 93.

¹⁵⁶ Ibid., p. 90, note 1, citant Fiore, *Nouveau droit international public*, t. 3, n° 12.

¹⁵⁷ Martini, op. cit., p. 92. Sur cette guerre russo-japonaise, voir notamment Rey, *La guerre russo-japonaise au point de vue du droit international*, p. 230 à 232; Bonfils et Fauchille, *Manuel de droit international public*, par. 1055.

¹⁴⁶ Ibid., p. 38.

¹⁴⁷ Ibid., p. 40; et Martini, op. cit., p. 88 et 89.

¹⁴⁸ Voir Darut, op. cit., p. 43.

¹⁴⁹ Ibid.; et Martini, op. cit., p. 89.

¹⁵⁰ Voir Martini, op. cit., p. 89.

¹⁵¹ Darut, op. cit., p. 43; et Martini, op. cit., p. 89.

¹⁵² Martini, op. cit., p. 92. Sur ce cas relatif au conflit sino-japonais du XIX^e siècle, voir les éléments fournis par Politis dans la «Chronique des faits internationaux», *Revue générale de droit international public*, 1897, p. 525.

de l'époque considérait comme fondée et conforme au droit des gens l'expulsion collective des étrangers ressortissants d'un État ennemi. Martini écrivait: «La grande majorité des auteurs de droit international public admet sans difficulté que l'expulsion en masse des étrangers appartenant à la nation ennemie est un effet naturel de la déclaration de guerre¹⁵⁸.» C'est en effet l'époque où, dans la même veine que Pillet et Niboyet, certes plutôt spécialistes du droit international privé, deux éminents internationalistes, Bonfils et Fauchille, enseignaient:

«L'expulsion en masse, en cas de guerre, est un acte de défense, une mesure parfaitement licite, d'une régularité incontestable. Éviter les inconvénients du séjour des étrangers, écarter les provocations, rendre impossible un espionnage dangereux et facile, constituent évidemment des mesures de sécurité qu'un État doit pouvoir prendre... Chaque État peut procéder à l'expulsion en masse des sujets de l'adversaire, bien qu'ils se soient établis sur le territoire *bona fide*...¹⁵⁹»

Abondant dans le même sens, Pillet déclara, au cours d'une série de conférences sur le droit de la guerre faites à des officiers à Grenoble, en 1891-1892, qu'un État qui donne l'hospitalité «à un nombre considérable d'étrangers¹⁶⁰» «cédera même à une véritable nécessité en expulsant ces étrangers en cas de guerre contre leur patrie. Leur seule présence constitue un grand danger par elle seule¹⁶¹».

124. La doctrine britannique avait une position similaire et l'exprimait en des termes tranchés, comme le Rapporteur spécial l'a rappelé dans son deuxième rapport¹⁶².

125. On a pu relever récemment, dans la guerre entre l'Érythrée et l'Éthiopie, en 1998, la pratique des expulsions collectives des ressortissants de l'État ennemi. Comme il a été également rappelé dans le deuxième rapport¹⁶³, la Commission des réclamations entre les deux pays, s'appuyant sur la doctrine des auteurs de l'*Oppenheim's International Law*, a relevé 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 a tranché en une formule sans appel:

L'Éthiopie pouvait donc légalement expulser ces personnes en qualité de nationaux d'un État belligérant ennemi, tout en étant tenue de leur garantir les protections prévues par la quatrième Convention de Genève et autres textes applicables du droit international humanitaire¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Martini, op. cit., p. 87.

¹⁵⁹ Ibid., p. 87 et 88, citant Bonfils et Fauchille, op. cit.; voir dans le même sens, Bry, *Précis élémentaire de droit international public mis au courant des progrès de la science et du droit positif contemporain à l'usage des étudiants des facultés de droit et des aspirants aux fonctions diplomatiques et consulaires*, p. 515; Piédelièvre, *Précis de droit international public ou droit des gens*; Moore, *A Digest of International Law*, vol. IV, p. 68; et Mérygnac, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre, d'après le droit international national moderne et la codification de la Conférence de La Haye de 1899*, par. 25.

¹⁶⁰ Pillet, *Le droit de la guerre*, p. 99. Ici l'auteur nuance. D'après lui, il en irait autrement s'il s'agissait d'un tout petit nombre d'étrangers: «Qu'un État, qui ne compte dans son sein qu'un nombre insignifiant d'étrangers s'abstienne de les molester par une expulsion que rien ne justifierait, il ferait bien, et en ne courant aucun risque, ne devra même pas trop exalter sa générosité...»

¹⁶¹ Ibid., p. 99 et 100.

¹⁶² *Annuaire...* 2006, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/573, par. 112.

¹⁶³ Ibid., par. 114.

¹⁶⁴ Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie, *Sentence partielle. Mauvais traitements des populations civiles*:

126. Il convient de souligner que cette «règle» ne trouve pas clairement appui dans le droit international coutumier. Contrairement à l'opinion qui parle avec une assurance non fondée du «droit coutumier qu'ont les États d'expulser tous les ressortissants ennemis dès le début d'un conflit¹⁶⁵», il faut bien voir que la pratique en la matière est plutôt contrastée. Elle ne peut non plus trouver, contrairement à ce qu'on a pu faire croire, de fondement en droit international humanitaire. Bien au contraire, les dispositions pertinentes de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre ne vont pas en ce sens.

127. En premier lieu, l'article 27, ouvrant la section I (titre III) intitulée «Dispositions communes aux territoires des parties au conflit et aux territoires occupés», dispose en son premier paragraphe:

Les personnes protégées ont droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs droits familiaux, de leurs convictions et pratiques religieuses, de leurs habitudes et de leurs coutumes. Elles seront traitées, en tout temps, avec humanité et protégées notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique.

Et les civils étrangers font partie des personnes protégées au sens de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

128. En second lieu, sous la section II intitulée «Étrangers sur le territoire d'une partie au conflit», l'article 38 prescrit que «la situation des personnes protégées restera, en principe, régie par les dispositions relatives au traitement des étrangers en temps de paix». L'article 40 précise que, au cas où les personnes protégées «sont de nationalité ennemie, elles ne pourront être astreintes» qu'à certains travaux – énumérés dans l'article – n'ayant pas une relation directe avec la conduite des opérations militaires. Ne pouvant être astreints au travail «que dans la même mesure» que les ressortissants de la partie au conflit sur le territoire de laquelle ils se trouvent, comme toutes les autres personnes protégées, ils «bénéficieront des mêmes conditions de travail et des mêmes mesures de protection que les travailleurs nationaux».

129. On peut déduire de ces dispositions que le régime juridique des «personnes civiles protégées en temps de guerre» est d'application générale et indiscriminée, protégeant de la même manière les civils nationaux et les civils étrangers, que ces derniers soient ressortissants d'un État ennemi ou d'un État tiers au conflit armé. C'est en ce sens que, analysant les dispositions de l'article 41 relatives à la mise en résidence et à l'internement, on a pu écrire que «la seule qualité de ressortissant ennemi n'est pas un critère valable pour justifier l'internement¹⁶⁶».

130. Il n'est pas moins significatif que le monumental travail de recherche sur le droit international humanitaire

réclamations de l'Érythrée nos 15, 16, 23, et 27 à 32, sentence du 17 décembre 2004, par. 82.

¹⁶⁵ Whiteman, vol. 10, p. 274, citant Draper, *The Red Cross Conventions*, p. 36 et 37, cité par la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie, par. 81, note 27, de la sentence du 17 décembre 2004 (voir *supra* la note 164).

¹⁶⁶ Voir Umzurike, «Protection des victimes des conflits armés», p. 224.

coutumier¹⁶⁷, sous l'égide du CICR, ne contienne, parmi les 161 règles recensées, aucune règle sur l'expulsion collective des étrangers ressortissants d'un État ennemi en cas de conflit armé. Tout au plus y trouve-t-on une règle 103 qui énonce: «Les peines collectives sont interdites¹⁶⁸.» En assimilant, *quod non*, l'expulsion à une «peine», ou plus précisément à une sanction, on devrait inférer de cette disposition plutôt une règle de non-expulsion collective des étrangers ici considérés.

131. Certes, la distinction entre l'expulsion en temps de paix et l'expulsion en temps de guerre paraît fondée et, en tout état de cause, elle est établie aussi bien en théorie que dans la pratique, comme l'affirment les auteurs de l'*Oppenheim's International Law*. Mais ces auteurs se réfèrent plus précisément au droit de l'État d'«expulser tout national hostile résidant ou séjournant temporairement sur son territoire¹⁶⁹». Il est difficile de dire si la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie s'est laissée guider par cette considération. Pourtant, cette idée correspond bien à la condition attachée, dans la pratique ancienne des États précédemment rappelée en matière d'expulsion collective des étrangers ressortissants d'un État ennemi, à la mesure ou à la déclaration de non-expulsion: les ressortissants étrangers concernés pouvaient continuer à résider dans l'État en guerre contre leur pays et jouir de la protection nécessaire, à condition d'y vivre en paix et de ne fournir aucun sujet de plainte.

132. Entre positions tranchées et formulations nuancées, l'enseignement que l'on peut tirer de cette question débattue depuis au moins le XVIII^e siècle est qu'il faut l'aborder avec prudence, à la lumière de l'évolution du droit international et de ses principaux principes contemporains. Se posent alors un certain nombre de questions: lequel de l'intérêt de l'État et de celui des individus, même ressortissants d'un État ennemi, doit prévaloir? l'intérêt sécuritaire collectif de l'État belligérant ou celui, individuel mais néanmoins fondamental, de l'étranger présumé «ennemi» dudit État? est-il possible de concilier ces deux exigences apparemment opposées?

133. C'est bien à ces questions qu'il faut répondre de nos jours, tant il est vrai, de l'avis du Rapporteur spécial, que le droit d'expulsion des ressortissants d'un État ennemi ne peut être examiné aujourd'hui que sous l'éclairage de l'évolution du droit international et des principes fondamentaux des droits de l'homme. Or, la philosophie des droits de l'homme et le droit international contemporain ne permettent pas de faire subir collectivement à des étrangers en tant que groupe – quelle que soit la nature de celui-ci –, ressortissants d'un État ennemi, les conséquences fâcheuses d'une situation à laquelle ils sont étrangers, seulement au seul motif qu'ils sont des ressortissants dudit État. On ne peut utiliser l'expulsion comme une arme préventive contre un État ennemi ou comme un moyen de rétorsion aux dépens d'étrangers paisibles

¹⁶⁷ Voir Henckaerts et Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I: Règles générales.

¹⁶⁸ Ibid., p. 374.

¹⁶⁹ Jennings et Watts, op. cit., p. 941, par. 413.

et éloignés des enjeux de guerres pour lesquelles ils n'éprouvent parfois aucune sympathie.

134. Au total, il apparaît que: a) aucune règle de droit international n'exige d'un État belligérant de permettre aux ressortissants d'un État ennemi de rester sur son territoire¹⁷⁰, mais aucune règle ne fait non plus obligation audit État de les expulser; b) l'expulsion collective des étrangers ressortissants d'un État ennemi fait l'objet d'une pratique, certes variable, des États, et trouve appui dans une grande partie de la doctrine tant ancienne qu'actuelle; c) cette pratique des États autant que la doctrine semblent considérer qu'une telle expulsion ne doit avoir lieu qu'à l'encontre des étrangers hostiles à l'État d'accueil en guerre contre leur pays. Il s'ensuit, *a contrario*, que les étrangers ressortissants d'un État ennemi, qui vivent paisiblement dans l'État d'accueil et ne fournissent à celui-ci aucune raison de se plaindre d'eux, ne peuvent pas faire l'objet d'expulsion collective; leur expulsion doit obéir au droit commun de l'expulsion en temps de paix, car le défaut d'hostilité de leur part les soustrait à la situation exceptionnelle créée par la guerre avec l'État dont ils sont des ressortissants. On peut difficilement partager en totalité, dans ce cas, l'opinion selon laquelle «un État peut néanmoins avoir le droit d'expulser un groupe sans égard au comportement de ses membres, si, à défaut, la sécurité et l'existence de l'État expulsant seraient gravement mises en danger, par exemple [...] pendant l'état de guerre¹⁷¹». Une telle position ne paraît acceptable, au regard des exigences du respect, en toute circonstance, des droits individuels de la personne humaine, que si les étrangers en question, globalement en tant que groupe, ont des activités ou un comportement hostiles ou dangereux pour l'État d'accueil.

135. À la lumière des analyses qui précèdent, il y a lieu de proposer le projet d'article suivant:

«Projet d'article 7. Non-expulsion collective

«1. L'expulsion collective des étrangers, y compris des travailleurs migrants et des membres de leur famille, est interdite. Cependant, un État peut expulser concomitamment les membres d'un groupe d'étrangers, à condition que la mesure d'expulsion soit prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe.

«2. L'expulsion collective s'entend d'un acte ou d'un comportement par lequel un État contraint un groupe d'étrangers à quitter son territoire.

«3. Les étrangers ressortissants d'un État engagé dans un conflit armé ne peuvent faire l'objet de mesures d'expulsion collective, sauf si, globalement comme groupe, ils font preuve d'hostilité à l'encontre de l'État d'accueil.»

¹⁷⁰ Voir McNair et Watts, *The Legal Effects of War*, p. 76.

¹⁷¹ Doehring, loc. cit., p. 16.