

Document:-
A/CN.4/SR.3065

Compte rendu analytique de la 3065e séance

sujet:
<plusieurs des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2010, vol. I

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://legal.un.org/ilc/>)*

81. M. MOHAMAD, répondant à M. Perera, dit qu'il a pris note de ses deux observations et qu'il a l'intention d'étudier avec les États membres de l'AALCO la possibilité d'organiser des réunions intersessions. Le moment où se tient la session annuelle pose effectivement problème à de nombreux membres.

82. S'agissant de la question de M. Nolte, c'est aux États membres de se prononcer, et non au secrétariat. Il informe par ailleurs Sir Michael Wood que la documentation de l'AALCO peut être téléchargée sur le site Web de l'organisation.

83. M. VASCIANNIE, évoquant la création de la Commission africaine du droit international, demande au Secrétaire général de l'AALCO si cette dernière pense qu'il peut s'agir d'un modèle pouvant inciter les pays d'Asie à créer un organisme similaire ou si elle estime que la création d'une telle commission régionale risque de porter atteinte à l'unité du droit international.

84. M. MOHAMAD dit qu'il appartient aux États d'Asie de décider de créer ou non une commission similaire.

85. M. HMOUD demande s'il y a des questions spécifiques dont l'AALCO aimerait voir la Commission se saisir, et ce que l'AALCO souhaiterait que fassent les États membres pour l'aider.

86. M. MOHAMAD répond qu'il a l'intention de demander aux États membres de l'AALCO d'établir des priorités en ce qui concerne les sujets et les questions qu'ils souhaiteraient que la Commission étudie.

La séance est levée à 12 h 50.

3065^e SÉANCE

Jeudi 15 juillet 2010, à 10 heures

Président: M. Nugroho WISNUMURTI

Présents: M. Caffisch, M. Candiotti, M. Comissário Afonso, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kemicha, M. McRae, M. Melescanu, M. Murase, M. Niehaus, M. Nolte, M. Pellet, M. Perera, M. Saboia, M. Valencia-Ospina, M. Vargas Carreño, M. Vasciannie, M. Vázquez-Bermúdez, Sir Michael Wood.

Expulsion des étrangers (suite) [A/CN.4/620 et Add.1, sect. C, A/CN.4/625 et Add.1 et 2, et A/CN.4/628 et Add.1]

[Point 6 de l'ordre du jour]

SIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen du sixième rapport sur l'expulsion des étrangers, et en particulier de la partie concernant les procédures d'expulsion (A/CN.4/625 et Add.1 et 2).

2. Sir Michael WOOD dit qu'il est favorable au renvoi au Comité de rédaction des trois projets d'articles A1, B1 et C1 figurant dans la deuxième partie du sixième rapport sur l'expulsion des étrangers. Cette partie repose sur des sources très diverses et propose un développement progressif du droit international, une importante fonction du mandat de la Commission.

3. L'expulsion des étrangers est un aspect déprimant du monde contemporain. Certaines des pires violations des droits de l'homme se produisent durant l'expulsion. Souvent, les personnes présentes illégalement sur le territoire d'un État ont vécu dans des conditions insupportables dans leur pays d'origine et elles sont souvent exploitées, exclues de la société et marginalisées. Certaines d'entre elles ne respectent pas leurs conditions de séjour et il faut se pencher sur cette situation, mais toute mesure prise à cet égard doit être pleinement conforme au droit international ainsi qu'aux droits de l'homme. Toutes les personnes relevant de la juridiction d'un État, que leur présence soit légale ou illégale, ont droit au plein respect de leurs droits fondamentaux. Tout ce que pourra faire la Commission pour appeler l'attention sur les abus commis dans le contexte de l'expulsion des étrangers sera positif, en particulier si la Commission peut faire des propositions raisonnables aboutissant à un développement progressif du droit international dans ce domaine. Même si ces propositions ne sont pas immédiatement acceptées par les États, elles pourront ouvrir une voie pour l'avenir. C'est l'esprit dans lequel le Rapporteur spécial travaille et la Commission devrait faire de même.

4. Le rapport fait une importante distinction entre les étrangers qui se trouvent régulièrement sur le territoire d'un État et ceux dont la présence est irrégulière. De nombreux instruments internationaux reposent sur cette distinction et ne sont donc applicables qu'à l'expulsion des personnes dont la présence est régulière. Peut-être n'est-il pas tout à fait exact de dire, comme le fait le Rapporteur spécial au paragraphe 279 [par. 3] de la deuxième partie de son rapport, que la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 est le seul instrument international à faire expressément une telle distinction. Il est important de différencier entre les deux catégories d'étrangers dans le projet d'articles, car certaines formes de protection ne peuvent être accordées qu'aux personnes dont la présence sur le territoire de l'État est régulière. Toutefois, comme l'a suggéré M. Gaja, la Commission devra peut-être examiner dans quelle mesure les personnes ayant résidé dans un pays pendant un certain temps, même irrégulièrement, méritent un traitement particulier. L'intervenant appuie aussi la proposition de M. Hmoud concernant le changement de statut.

5. La terminologie est importante, et la Commission devrait essayer d'éviter des expressions telles que «étrangers illégaux», qui est peut-être commode mais qui est malheureuse, voire émotive. Ce n'est pas la personne qui est illégale – il ne s'agit pas d'une espèce de hors-la-loi. C'est sa présence sur le territoire d'un État qui est d'une manière ou d'une autre irrégulière.

6. Le Rapporteur spécial a essayé de décrire les dispositions juridiques en vigueur dans certains pays. Cela est bien entendu difficile, puisque les systèmes juridiques

sont très différents et évoluent rapidement compte tenu des changements de circonstances. À moins d'être à jour et communiquées par un gouvernement ou un spécialiste de l'immigration, les informations risquent d'être quelque peu inexactes. Cela est vrai, par exemple, de la description de la position du Royaume-Uni figurant aux paragraphes 303 à 305 [par. 27 à 29] de la deuxième partie du rapport. La Commission n'en devrait pas moins tenir pleinement compte des abondantes observations et informations émanant des gouvernements présentées dans le document A/CN.4/628 et Add.1.

7. S'agissant des trois projets d'articles A1, B1 et C1, le paragraphe 1 du projet d'article A1 constitue une introduction satisfaisante pour la première partie. L'important est de recenser les garanties procédurales dont bénéficieront les personnes régulièrement présentes sur le territoire de l'État expulsant. Comme M. Gaja, l'intervenant doute que le paragraphe 2 soit utile, même s'il introduit la notion de personne séjournant dans le pays depuis un certain temps.

8. Le projet d'article B1 énonce une garantie procédurale fondamentale, à savoir qu'un étranger ne peut être expulsé qu'«en exécution d'une décision prise conformément à la loi», et celle-ci devrait s'appliquer que la personne soit présente sur le territoire régulièrement ou irrégulièrement. Si le droit applicable peut varier, le principe selon lequel l'expulsion ne peut avoir lieu que conformément à la loi vaut assurément pour chacun. Pour cette raison, cette disposition ne devrait pas venir après le projet d'article A1.

9. Comme le reconnaît le Rapporteur spécial, le projet d'article C1 représente dans une certaine mesure un développement progressif du droit. La Commission doit se demander à quel point cette disposition doit être détaillée, car les procédures et les garanties qui les accompagnent varient considérablement selon les systèmes juridiques et évoluent constamment avec ceux-ci. Bien que la Commission ne doive pas être abusivement prescriptive, elle devrait énoncer les garanties fondamentales qui doivent être accordées, étant entendu que rien n'empêche tel ou tel système juridique d'accorder une plus large protection.

10. Il pourrait être utile que la Commission commence par énoncer les objectifs fondamentaux des procédures d'expulsion. Ces objectifs peuvent être d'assurer que les décisions d'expulsion soient prises conformément à la loi, qu'elles soient efficaces et qu'elles soient équitables pour la personne expulsée. Si la Commission énonce les buts des procédures en termes généraux, la liste des droits procéduraux peut être indicative et non exhaustive. L'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est un bon point de départ mais, aux fins de l'entreprise que mène la Commission, il ne doit pas limiter l'ambition de celle-ci. Sir Michael souscrit à l'opinion des membres pour lesquels la référence à la sécurité nationale figurant dans cet article doit aussi figurer dans le projet d'article de la Commission.

11. Limiter l'application du projet d'article C1 aux personnes régulièrement sur le territoire d'un État risque d'affaiblir les droits dont d'autres personnes peuvent jouir au regard de la législation de certains États ou en vertu

de traités relatifs aux droits de l'homme, par exemple en vertu de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou en vertu d'autres textes concernant la détention, laquelle fait souvent partie du processus d'expulsion. Peut-être faudrait-il préciser dans le commentaire que la Commission n'entend pas, dans le projet d'article C1, donner à penser que d'autres personnes ne jouissent pas de droits similaires.

12. On se rend compte, à la lecture du sixième rapport et des rapports précédents, de la mesure dans laquelle la pratique des États dans le domaine de l'expulsion intervient dans le cadre de «régimes spéciaux», pour emprunter la terminologie utilisée par la Commission dans l'étude sur la fragmentation du droit international²⁹¹. On peut citer, parmi ces régimes spéciaux, la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et le Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés, auxquels, malheureusement, tous les États ne sont pas parties, l'ordre juridique de l'Union européenne et le système du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme. Le premier de ces régimes est limité aux réfugiés, le deuxième aux citoyens de l'Union européenne, qui jouissent donc de la liberté de circulation au sein de l'Union, et le troisième est un système régional de protection des droits de l'homme dans les 47 États membres du Conseil de l'Europe. Cet état de chose appelle deux réflexions. La première est que la Commission devrait être prudente s'agissant de faire fond sur la pratique et la jurisprudence nées dans le cadre de ces régimes spéciaux. La seconde est qu'il pourrait être souhaitable de faire figurer quelque part dans le projet d'articles une clause de sauvegarde selon laquelle rien dans le projet d'articles ne vise à réduire la protection conférée par les régimes spéciaux comme la Convention de 1951 et le Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés.

13. M^{me} JACOBSSON félicite le Rapporteur spécial de s'être penché dans la deuxième partie de son sixième rapport sur certaines questions sémantiques délicates. Des distinctions subtiles sont nécessaires pour clarifier les notions d'«étrangers résidents» ou d'étrangers se trouvant régulièrement sur le territoire d'un État, d'une part, et celle d'«étrangers se trouvant irrégulièrement sur le territoire d'un État» de l'autre. Les personnes entrant dans cette dernière catégorie sont dans la pratique appelées «migrants irréguliers», «migrants illégaux», «migrants sans papiers», «migrants clandestins» ou «migrants hors-la-loi». L'Organisation internationale pour les migrations dit que toutes ces expressions sont utilisées mais qu'on n'a pu se mettre d'accord sur un terme unique. Le Rapporteur spécial a contourné ces difficultés sémantiques en parlant d'«étrangers se trouvant légalement [régulièrement] sur le territoire de l'État expulsant» et d'«étrangers se trouvant irrégulièrement sur le territoire de l'État expulsant». Si cette solution semble sage, peut-être ne permettra-t-elle pas de répondre à toutes les questions qui se poseront à la Commission lorsqu'elle élaborera des règles procédurales.

²⁹¹ «Fragmentation du droit international. Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international», rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskeniemi (A/CN.4/L.682 et Add.1 et Corr.1), disponible sur le site Web de la Commission, documents de la cinquante-huitième session (à paraître comme additif à l'Annuaire... 2006).

14. Au paragraphe 316 [par. 40] de cette deuxième partie, le Rapporteur spécial propose un projet d'article (A1) consacré spécifiquement à la portée des règles de procédure uniquement applicables en cas d'expulsion d'un étranger se trouvant régulièrement sur le territoire de l'État expulsant, mais il ne traite pas de la question des étrangers qui sont entrés «illégalement» sur ce territoire. Même s'il s'agit d'un point de départ logique, deux questions se posent. La première est de savoir s'il est toujours possible de déterminer quand une personne est entrée ou demeure sur le territoire de l'État expulsant illégalement. La seconde est de savoir s'il est satisfaisant de permettre à un État d'appliquer les garanties procédurales de son choix dans de telles situations, comme l'impliquent les mots «un État peut» qui figurent au paragraphe 2 du projet d'article A1. L'intervenante se demande si le droit international n'exige pas, ou ne devrait exiger, le respect de certaines normes minimales.

15. Si la réponse à la première question semble être affirmative, car il suffit de se référer au droit de l'État expulsant, dans certains cas la loi peut être vague, et dans d'autres un État peut avoir agi d'une manière ayant amené les étrangers en cause à croire que leur présence était tolérée en fait, en n'appliquant pas sa législation ou même en encourageant la présence d'étrangers sur son territoire. Pour ce qui est de la seconde question, l'intervenante pense avec M. Gaja et Sir Michael Wood que la Commission devrait recenser les garanties procédurales fondamentales applicables à toutes les personnes confrontées à une expulsion, y compris celles qui sont entrées illégalement sur le territoire de l'État expulsant. Elle souscrit aux exemples de garanties données par Sir Michael.

16. Les fondements juridiques de telles garanties sont liés à la notion fondamentale d'état de droit aux niveaux international et national. Cela ne signifie pas que les personnes qui sont entrées illégalement sur le territoire de l'État expulsant ont le droit d'y demeurer, mais il faut traiter cette question simplement pour reconnaître le principe qui veut que la notion fondamentale d'état de droit s'applique, avec toutes ses implications en ce qui concerne les droits de l'homme de l'individu. Il est légitime d'espérer, en 2010, que les États souverains sont disposés à exercer leur souveraineté dans le plein respect de l'état de droit en termes de garanties d'une procédure régulière et de sécurité juridique. S'il est exact de dire qu'un État souverain a un droit d'expulsion, comme l'a souligné M. Hmoud à la séance précédente, il ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire absolu en matière procédurale. La Commission a déjà énoncé la norme dans le projet d'article 3 relatif au droit d'expulsion. Reste à savoir si cette condition doit être réitérée dans le projet d'article B1.

17. Un autre aspect curieux du projet d'article A1 tient au libellé du paragraphe 2, aux termes duquel un État «peut [...] appliquer également [les projets d'article] à l'expulsion d'un étranger entré illégalement sur son territoire», car il est clair qu'un État a un tel droit, et le projet d'article ne fait qu'énoncer l'évidence. L'intervenante ne comprend pas non plus l'intérêt de préciser que les règles en question peuvent être appliquées «en particulier» aux situations visées à la fin dudit projet d'article.

18. Le dilemme du Rapporteur spécial consiste à concilier le droit de l'État souverain d'expulser les étrangers, d'une part, et les droits de l'homme, de l'autre. Toutefois, ce qui est réellement en jeu est l'état de droit, en particulier le droit à une procédure équitable. La Commission doit indiquer plus vigoureusement que les garanties procédurales inhérentes à l'état de droit doivent aussi être respectées dans le contexte de l'expulsion des étrangers qui ne sont pas régulièrement présents sur le territoire de l'État expulsant. C'est pourquoi le projet d'article B1 devrait être applicable à tous les étrangers, qu'ils soient présents sur le territoire légalement ou illégalement.

19. Bien que les garanties procédurales soient généralement moins étendues en matière d'expulsion qu'en matière pénale, une tendance à accepter des normes plus élevées dans les procédures administratives semble se faire jour. Cela est bien naturel, car la notion d'état de droit et de sécurité juridique s'est considérablement développée depuis 1955, année où le Secrétariat a publié sa première étude sur l'expulsion des immigrants²⁹². Dans le même temps, il faut reconnaître que les situations dans lesquelles les garanties procédurales doivent être appliquées sont le plus souvent fondamentalement différentes lors d'un procès pénal et lors d'une procédure d'expulsion.

20. Les projets d'articles B1 et C1 doivent être lus ensemble, même s'il est bon d'avoir élaboré deux articles distincts: l'un énonce la règle générale et l'autre énumère les garanties procédurales. L'intervenante dit qu'elle pense avec Sir Michael que la meilleure manière de procéder est d'énoncer une règle fondamentale exposant l'objectif de la Commission. Le projet d'article C1 constitue un bon résumé des droits procéduraux communément acceptés et comporte quelques éléments de développement progressif, ce dont il faut se féliciter. Puisque les projets d'article ne précisent pas qui doit payer le conseil juridique ou l'interprète, ni si l'étranger en cause a le droit d'être présent à l'audience, ces aspects de la question doivent être éclaircis dans le commentaire. Le projet d'article C1 devrait aussi indiquer expressément que l'expulsion ne doit pas avoir lieu tant que la décision n'est pas devenue définitive et viser clairement la sécurité nationale.

21. Une autre question est celle de savoir si tous les étrangers ont droit aux mêmes garanties procédurales, ou si les demandeurs d'asile doivent jouir de garanties plus étendues. Le Rapporteur spécial semble considérer que, à la lumière de l'observation générale n° 15 du Comité des droits de l'homme²⁹³, il ne doit pas y avoir de discrimination en la matière. Si tel est le cas, la Commission devrait veiller à ce que tous les étrangers puissent se prévaloir d'au moins les mêmes garanties procédurales que les demandeurs d'asile.

22. L'intervenante dit que les projets d'articles A1, B1 et C1 devraient être renvoyés au Comité de rédaction, même si elle est prête à envisager un examen plus approfondi du projet d'article C1, soit en plénière, soit dans le cadre d'un groupe de travail comme l'a proposé M. Nolte.

²⁹² *Étude sur l'expulsion des immigrants* (ST/SOA/22 et Corr.2) [publication des Nations Unies, numéro de vente: 1955.IV.6], New York, 1955.

²⁹³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 40 (A/41/40)*, vol. I, annexe VI, par. 10.

23. M. NOLTE dit que la disposition qu'il avait évoquée était le paragraphe 2 du projet d'article A1, relatif aux étrangers présents illégalement sur le territoire de l'État expulsant et à leurs droits procéduraux. Il considère que la Commission ne dispose pas encore d'une base suffisante pour identifier ces droits. S'agissant des questions sémantiques, il indique que c'est par souci de brièveté qu'il a utilisé l'expression «étrangers illégaux» et qu'il estime lui aussi qu'une terminologie plus précise est nécessaire.

24. M. MELESCANU félicite le Rapporteur spécial d'avoir réussi dans l'additif de son sixième rapport à mettre en balance les considérations juridiques et politiques d'une part et, de l'autre, ce qui constitue le principal objet du rapport, la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales des personnes relevant des projets d'article qu'il propose.

25. Le Rapporteur spécial commence par une analyse très intéressante de la distinction qu'il convient de faire entre «étrangers légaux» et «étrangers illégaux». À cette fin, il invoque la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés qui, selon lui, est le seul instrument juridique établissant explicitement une telle distinction. L'intervenant pense néanmoins avec le Rapporteur spécial qu'il ne faut pas faire de distinction s'agissant du respect des droits de l'homme, parce que les personnes en question, quelle que soit la manière dont elles sont entrées sur le territoire de l'État expulsant, sont des êtres humains qui ont droit en tant que tels à ce que tous leurs droits fondamentaux soient protégés. Si ces droits sont sauvegardés, on aura dans une certaine mesure répondu aux préoccupations exprimées par Sir Michael. La Commission devrait peut-être expliquer dans les commentaires ou les projets d'article eux-mêmes que le droit doit être respecté et appliqué même s'agissant des personnes entrées illégalement dans un pays.

26. La seconde question de principe soulevée par le Rapporteur spécial est celle de savoir s'il faut distinguer parmi les étrangers entrés illégalement sur le territoire de l'État expulsant ceux qui sont entrés récemment et ceux qui y séjournent depuis longtemps. La décision relève du pouvoir discrétionnaire de l'État concerné. Du point de vue juridique, si des étrangers sont présents irrégulièrement sur le territoire d'un État, la durée de leur séjour est dénuée de pertinence car elle n'affecte en rien l'irrégularité de leur présence. Même si certains pays, comme l'Allemagne ou le Danemark, appliquent des règles plus favorables dans de tels cas, une telle différence de traitement relève du libre exercice de sa souveraineté par l'État territorial et ne saurait faire l'objet de règles internationales uniformes, la question ne pouvant être réglée qu'au niveau national. Pour ces raisons, le projet d'article A1 est ce que l'on peut envisager de plus à cet égard. Il peut être renvoyé au Comité de rédaction, car poursuivre le débat sur la question en plénière ne servirait à rien.

27. S'agissant des règles de procédure applicables aux étrangers se trouvant légalement sur le territoire d'un État, si l'intervenant pense avec le Rapporteur spécial que l'expulsion n'est pas en théorie une peine mais bien un acte administratif, un étranger qui fait l'objet d'une procédure d'expulsion doit bénéficier de garanties procédurales contre un exercice arbitraire de pouvoir ou un abus

d'autorité. Les garanties procédurales proposées par le Rapporteur spécial semblent être judicieuses et reposer sur des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, des instruments régionaux, les législations nationales et la pratique internationale.

28. L'intervenant appuie le renvoi du projet d'article B1 (Obligation de conformité avec la loi) au Comité de rédaction. À cet égard, il appuie la proposition de Sir Michael tendant à ce que l'on indique dans le commentaire du projet d'article ou dans le corps de celui-ci que l'obligation s'applique à tous les étrangers qu'ils soient présents légalement ou illégalement sur le territoire de l'État expulsant. L'intervenant est également favorable au renvoi du projet d'article C1 (Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion) au Comité de rédaction. Dans le même temps, il pense avec le Rapporteur spécial qu'il conviendrait, pour souligner que la liste des droits procéduraux figurant aux alinéas *a* et *h* a un caractère indicatif, d'insérer une expression comme «en particulier» ou «entre autres» à la première ligne du projet d'article. Comme M. Gaja, il estime que l'exécution d'une décision d'expulsion doit être ajournée ou suspendue jusqu'à ce qu'il soit statué sur tout recours introduit contre elle. Les arguments avancés à cet égard par M. Gaja sont tout à fait convaincants en ce qu'ils reposent sur l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui semble étayer cette idée, «à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent».

29. M. SABOIA relève que le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur le fait que peu d'instruments internationaux, mis à part la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, distinguent entre les étrangers qui sont présents régulièrement sur le territoire d'un État et ceux dont la présence y est irrégulière. Le Rapporteur spécial a toutefois également invoqué l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention internationale au statut des apatrides et la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et a à juste titre souligné que, quelles que soient les conditions dans lesquelles des étrangers sont entrés sur le territoire de l'État expulsant, leurs droits fondamentaux doivent être protégés.

30. Après avoir examiné la signification des expressions «étranger résident» ou étranger présent «régulièrement» ou «irrégulièrement» sur le territoire d'un État, le Rapporteur spécial parvient, au paragraphe 291 [par. 15], à certaines conclusions concernant la distinction entre les deux catégories d'étrangers, une distinction dont l'intervenant indique qu'elle ne lui pose aucune difficulté particulière.

31. Le principe de non-refoulement, pierre angulaire de la protection des réfugiés, a aussi son importance dans le cadre du sujet à l'examen. Il est évident que les personnes qui demandent l'asile dans un autre pays parce qu'elles craignent d'être persécutées pour diverses raisons dans leur pays d'origine ne peuvent remplir les conditions d'entrée régulière dans le pays où elles cherchent refuge. L'intervenant demande donc au Rapporteur spécial d'insérer une disposition protégeant le droit d'un demandeur d'asile de ne pas être expulsé jusqu'à ce que sa demande d'asile ait été examinée.

32. Le Rapporteur spécial a conclu, à partir de son analyse du droit et de la pratique de plusieurs pays, que les procédures d'expulsion des étrangers en situation irrégulière étaient très diverses, qu'elles étaient habituellement tout à fait sommaires et qu'elles étaient mises en œuvre par des autorités administratives, généralement sans possibilité de recours devant un juge. Divers facteurs peuvent influencer la décision des autorités, par exemple le degré d'insertion sociale de l'intéressé, la durée de son séjour et sa situation de famille. Il est regrettable que ces personnes n'aient guère de recours, et il est notoire que la société et l'État peuvent s'inquiéter comme ne pas se préoccuper de leur présence en fonction des conditions économiques, politiques et sociales qui prévalent dans le pays.

33. L'expulsion des immigrés de seconde génération ou de longue durée en situation irrégulière est une aberration. Heureusement, on constate une tendance positive, au sein de certaines institutions du Conseil de l'Europe, à considérer de telles expulsions comme discriminatoires. Le Rapporteur spécial indique au paragraphe 315 [par. 39] de son rapport que la pratique des États est si variée et à ce point déterminée par les conditions nationales propres à chaque État qu'il semble quasiment impossible de dégager des règles de procédure uniformes en matière d'expulsion des étrangers. Cela est exact, mais assurément la Commission peut faire plus que se contenter de constater la situation sans reconnaître le vide juridique susceptible d'aboutir à un traitement arbitraire. L'intervenant pense avec d'autres membres de la Commission qu'il faut faire figurer dans le projet d'articles certaines normes minimales concernant le traitement des étrangers en situation irrégulière, notamment des garanties propres à assurer que l'expulsion s'effectue conformément à la loi, que la personne expulsée soit informée des raisons de son expulsion et qu'elle ait droit à la protection consulaire.

34. L'intervenant approuve le libellé du paragraphe 1 de l'article A1. Il se demande par contre, en ce qui concerne le paragraphe 2 qui devra être revu si la Commission décide de prévoir des garanties de normes minimales pour le traitement des étrangers, ce que signifie l'expression «lorsque ledit étranger y jouit d'un statut particulier prévu par la loi». La situation des enfants ou adultes adoptés frappés d'une mesure d'expulsion mérite une attention particulière. La Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, qui a été ratifiée par de nombreux pays dans le monde entier, dispose que le pays d'accueil de l'enfant doit veiller à ce que celui-ci jouisse sur son territoire du statut de résident permanent. Cela n'exclut pas totalement la possibilité d'une expulsion, mais facilite l'acquisition de la nationalité par les personnes adoptées. Néanmoins, il continue d'arriver que des personnes qui, parce qu'elles ont été adoptées, ont totalement perdu contact avec leur pays d'origine et leur famille biologique soient confrontées, en cas d'expulsion, à des obstacles quasi insurmontables s'agissant de s'adapter à leur nouvel environnement, même avec l'aide du pays d'origine et d'organisations caritatives. Dans le cas des délinquants, la réinsertion est quasiment impossible. C'est ce qui s'est produit au Brésil pour une personne qui avait été adoptée avant que les États-Unis d'Amérique ne ratifient la Convention de La Haye. Les difficultés causées par cette affaire ont amené les autorités brésiliennes à interdire les

adoptions par des citoyens américains tant que les États-Unis n'ont pas commencé à donner effet aux dispositions de la Convention.

35. Sous réserve des observations faites au sujet de la possibilité de prévoir des garanties procédurales au profit des étrangers en situation irrégulière, l'intervenant appuie les règles procédurales proposées dans les projets d'articles B1 et C1. Il appuie aussi la proposition figurant au paragraphe 389 [par. 113] et tendant à ce que, au titre du développement progressif du droit international, en s'inspirant du droit communautaire européen et suivant une tendance de la pratique des États, une personne expulsée bénéficie du droit à l'aide juridictionnelle durant la procédure d'expulsion. Le Rapporteur spécial devrait envisager la possibilité d'indiquer que l'État expulsant a l'obligation d'informer la personne expulsée de son droit à la protection consulaire – un droit dont beaucoup d'étrangers n'ont peut-être pas connaissance.

36. En conclusion, il recommande le renvoi des projets d'article au Comité de rédaction.

37. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit que, si la Commission souhaite élaborer une ou plusieurs dispositions accordant certaines garanties procédurales aux étrangers en situation irrégulière, le Comité de rédaction et lui-même ont besoin d'éclaircissements sur un point. La question des étrangers entrés récemment et illégalement sur le territoire d'un État est étroitement liée à celle du droit de l'État souverain d'autoriser ou de refuser l'entrée sur son territoire. Il s'agit de savoir quand et dans quelles conditions l'État sur le territoire duquel l'étranger est entré irrégulièrement peut exercer ce droit. Il rappelle que dans son deuxième rapport²⁹⁴ il est allé jusqu'à proposer que la question de la définition des frontières entre les pays soit envisagée. Il est légitime de se demander si un étranger qui vient d'entrer illégalement sur le territoire d'un État et ne se trouve peut-être qu'à un kilomètre de la frontière doit bénéficier des mêmes garanties procédurales qu'un étranger qui réside dans le pays depuis des mois ou des années, est intégré dans la société et a trouvé un emploi, ou qu'un étranger qui est entré légalement dans le pays mais qui, parce que son permis de résidence est venu à expiration et n'a pas été renouvelé, est maintenant en situation irrégulière. Le problème juridique auquel la Commission doit s'attaquer est celui de savoir s'il convient de stipuler que tous les étrangers qui sont entrés illégalement sur le territoire d'un État jouissent de garanties procédurales, ou s'il faut faire une exception afin de permettre à l'État, dans certains cas, d'exercer son droit d'autoriser ou de refuser l'entrée sur son territoire.

38. M. McRAE dit que la deuxième partie du sixième rapport contient une description et une évaluation approfondies et détaillées de la pratique, qui montrent les cas où celle-ci est incohérente mais aussi ceux dans lesquels on peut en tirer des conclusions. Dans l'ensemble, les projets d'article proposés traitent adéquatement des aspects procéduraux de la protection des droits des étrangers faisant l'objet d'une expulsion, mais, comme l'ont dit d'autres membres, la Commission devra peut-être aller au-delà de

²⁹⁴ *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/573, par. 183 à 186.

la pratique existante et proposer un développement progressif du droit international dans ce domaine.

39. Comme vient de le faire observer le Rapporteur spécial, il n'est pas simple de distinguer entre les étrangers qui sont légalement présents sur le territoire de l'État expulsant et ceux qui ne le sont pas, mais si on veut opérer cette distinction des définitions sont nécessaires. Les étrangers en situation régulière peuvent être définis, comme proposé à l'alinéa *c* du paragraphe 291 [par. 15], comme ceux qui sont entrés dans le pays conformément à la législation de l'État sur le territoire duquel ils se trouvent. Quant aux étrangers en situation irrégulière, il faudra probablement, comme l'a indiqué le Rapporteur spécial, distinguer entre ceux qui viennent d'arriver et ceux qui sont dans le pays depuis un certain temps. En dépit des difficultés, l'intervenant estime comme d'autres membres que les différentes catégories d'étrangers en situation irrégulière doivent bénéficier d'une protection procédurale.

40. À cet égard, le paragraphe 2 du projet d'article A1 donne à l'État la possibilité, s'il le souhaite, de faire bénéficier les étrangers en situation irrégulière des garanties procédurales dont bénéficient les étrangers en situation régulière. Cette disposition optionnelle ne fait que reconnaître le pouvoir discrétionnaire de l'État expulsant, et elle n'est pas suffisante. Peut-être devrait-on adopter une approche dérogatoire, en disant que les étrangers en situation irrégulière jouissent des mêmes garanties procédurales sauf si l'État, pour des motifs valables, par exemple sa sécurité nationale, en décide autrement. C'est peut-être aller un peu trop loin, mais cela indique la manière de faire face au problème. On pourrait également, s'agissant des étrangers en situation irrégulière, établir une liste plus courte de garanties procédurales que celle figurant à l'article C1, en distinguant entre les étrangers qui sont dans le pays depuis un temps considérable et ceux qui ne le sont pas. Il faut donc encourager le Rapporteur spécial, à la lumière du débat, à établir un nouveau projet d'article, peut-être dans le sens suggéré par M. Nolte, concernant les étrangers en situation irrégulière et procédant entre ceux-ci à des distinctions légitimes.

41. En ce qui concerne l'obligation de n'expulser que conformément à la loi énoncée au projet d'article B1, les mots «légalement [régulièrement]» devraient être supprimés afin que la disposition s'applique à tous les étrangers. Tous ceux-ci ont en effet le droit à ce que la loi soit respectée lorsqu'ils sont expulsés, même si celle-ci ne prévoit que des garanties minimales ou si la seule loi applicable est le droit international qui stipule que leurs droits de l'homme doivent être respectés.

42. Chacune des garanties procédurales énumérées au projet d'article C1 est étayée par une abondante pratique des États, si bien que la liste, bien qu'elle ne soit qu'indicative, constitue un bon point de départ. Toutefois, l'intervenant se demande comme M. Hmoud ce qu'elle implique, s'agissant du droit d'accès à des recours efficaces prévus à l'alinéa *d* du paragraphe 1, l'expression «sans discrimination». Comme l'a fait observer M. Hmoud, il ne peut s'agir d'accorder aux étrangers le traitement national, puisqu'ils n'ont pas droit à exactement les mêmes recours que les nationaux. Quoi qu'il en soit, la notion de non-discrimination sous-tend toutes les dispositions du projet, même si ce n'est pas

dans ce sens. Ce point devrait être explicité, et l'expression «sans discrimination», supprimée.

43. L'intervenant s'interroge également en ce qui concerne l'aide juridictionnelle: tous les États ne sont pas en mesure de fournir une telle aide à leurs nationaux, sans parler des étrangers qu'ils expulsent. Imposer aux États l'obligation inconditionnelle de fournir une aide juridictionnelle aux personnes qu'ils expulsent risque de constituer un trop lourd fardeau pour les États et donc une prescription qui sera probablement ignorée. La question est en l'occurrence celle du traitement national: dans la mesure où il existe un système étatique d'aide juridictionnelle, un étranger qui est expulsé doit avoir le droit d'y accéder sans discrimination. L'alinéa *g* du paragraphe 1 devrait donc viser le droit d'accès à l'aide juridictionnelle et non pas énoncer une sorte de garantie d'aide juridictionnelle qui risque de ne pas toujours pouvoir être honorée en pratique. La portée du droit en question pourrait être expliquée dans le commentaire.

44. L'intervenant pense comme M. Gaja que l'on pourrait ajouter une disposition prévoyant la suspension de l'expulsion jusqu'à ce qu'une décision définitive soit intervenue sur le recours. Les garanties procédurales sont vidées de leur sens si l'étranger peut être expulsé avant que son cas ait fait l'objet d'un examen définitif.

45. Sous réserve de ces observations, y compris la proposition concernant l'élaboration de dispositions supplémentaires, l'intervenant appuie le renvoi des projets d'article au Comité de rédaction.

46. M. NIEHAUS dit que distinguer clairement entre les étrangers dont la présence est régulière et ceux dont la présence est irrégulière est important mais difficile. La légalité ou l'illégalité de la présence d'un étranger sur le territoire d'un État est liée au concept de résidence, même si elle ne coïncide pas avec lui, et il faut donc indiquer ce que l'on entend par résidence. À cet égard, le paragraphe 287 [par. 11] de la deuxième partie reproduit une explication donnée par le Comité directeur pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe selon laquelle le terme «résident» ne désigne pas l'étranger qui est entré dans un État mais n'est pas encore passé par le contrôle de l'immigration ni une personne en transit pour une période limitée. Cela contredit la conclusion tirée à l'alinéa *a* du paragraphe 291 [par. 15] du rapport, selon laquelle un étranger est considéré comme «résident» dans l'État étranger lorsqu'il est passé par le contrôle de l'immigration et a franchi les points d'entrée sur le territoire de l'État en question. Par souci de clarté, le texte devrait indiquer que l'étranger doit avoir accompli les formalités prescrites en matière de résidence et reçu l'autorisation correspondante de résidence prolongée, au sens juridique du terme, conformément à la législation de l'État et aux pratiques du droit international coutumier. L'alinéa *c* du paragraphe 291 [par. 15] peut être interprété comme disant précisément cela, puisqu'il vise la satisfaction des conditions d'entrée ou de séjour telles qu'elles sont fixées par la loi, mais les mêmes expressions pourraient aussi s'appliquer aux touristes et elles créent donc une confusion.

47. Comme indiqué au paragraphe 287 [par. 11] de la deuxième partie, l'article 1 du Protocole n° 7 à la

Convention européenne des droits de l'homme s'applique non seulement à l'étranger qui est entré régulièrement sur le territoire, mais aussi à celui qui y est entré irrégulièrement et dont la situation a été régularisée par la suite. À l'inverse, la personne qui ne remplit plus les conditions d'entrée ou de séjour telles qu'elles sont déterminées par la législation de l'État partie concerné ne peut pas être considérée comme se trouvant régulièrement sur le territoire de cet État.

48. Eu égard à la souveraineté de l'État, il est tout à fait logique et légitime que ce soit les autorités administratives qui soient compétentes pour prendre des décisions relatives à l'expulsion des étrangers qui sont entrés illégalement sur le territoire de l'État. La même chose est vraie s'agissant de l'admission des étrangers sur le territoire. Le refus d'admission est à de nombreux égards comparable, mais non identique, à l'expulsion. Il n'est pas douteux que l'État a le droit souverain de décider d'admettre ou non des étrangers sur son territoire, mais des problèmes et des injustices peuvent résulter des mesures qu'il prend à cet égard. L'application du système de Schengen en Europe, par exemple, crée de graves problèmes de droits de l'homme. La grande majorité des Latino-Américains qui se rendent dans l'Union européenne y entrent par l'Espagne; la présence d'un grand nombre d'immigrants latino-américains dans ce pays est un problème notoire. Souvent, pour des raisons purement subjectives, économiques, sociales, ethniques ou même par xénophobie, un fonctionnaire peut décider de refuser l'entrée en Espagne à des personnes qui sont le plus souvent des touristes ou qui sont en transit vers un autre pays de l'Union européenne. L'ensemble du problème est délicat car il touche à la souveraineté de l'État, et il ne s'agit pas de proposer des dispositions qui contesteraient cette souveraineté. Toutefois, pour éviter que les étrangers ne fassent l'objet d'un traitement arbitraire, l'on pourrait envisager de prévoir un recours hiérarchique contre les décisions de cette nature.

49. Il est intéressant de voir que la législation de certains pays distingue entre les étrangers qui sont récemment entrés illégalement sur le territoire de l'État expulsant et les étrangers en situation irrégulière qui résident sur ce territoire depuis longtemps. Les différences qui en résultent dans les procédures d'expulsion, lesquelles garantissent aux étrangers entrant dans la seconde catégorie une certaine protection de leurs droits, en particulier la possibilité de plaider leur cause devant une autorité compétente, sont raisonnables et acceptables.

50. L'intervenant approuve le projet d'article A1, relatif à la portée des règles de procédure, même s'il juge l'expression «depuis un certain temps» figurant à la fin du paragraphe 2 trop vague; le Comité de rédaction voudra peut-être se pencher sur ce problème. Le projet d'article B1, sur l'obligation de conformité avec la loi, est très clair et précis. Quant au projet d'article C1, sur les droits procéduraux de l'étranger objet d'expulsion, il énonce huit droits essentiels pour la défense des intérêts de l'individu. Ces trois projets d'article devraient être renvoyés au Comité de rédaction.

51. M. FOMBA dit qu'il est légitime de distinguer entre étranger en situation régulière et étranger en situation irrégulière lorsque l'on définit le régime juridique de

l'expulsion, et il se félicite que le Rapporteur spécial l'ait fait. Le droit interne joue un rôle de premier plan eu égard à la nature du sujet, mais cela ne doit pas empêcher la Commission de s'efforcer d'assurer au droit international une place plus sûre et plus dynamique. S'agissant d'identifier les implications juridiques de cette distinction, les étrangers «illégaux» ne doivent pas être laissés sans protection. Il faut indiquer clairement que cette distinction ne vaut pas en ce qui concerne l'obligation de respecter les droits de l'homme de toutes les personnes expulsées, quelle que soit la catégorie à laquelle elles appartiennent. Les éclaircissements terminologiques figurant au paragraphe 15 sont utiles et, comme l'indique le Rapporteur spécial, pourraient contribuer à améliorer le projet d'article 2, qui a déjà été renvoyé au Comité de rédaction.

52. Il est logique que la distinction faite entre les étrangers «illégaux» selon la durée de leur séjour puisse donner lieu à des différences dans les procédures d'expulsion, en particulier en matière de garanties. Quoi qu'il en soit, les conséquences juridiques relèvent de la souveraineté de l'État. La question est de savoir si et dans quelle mesure le droit international peut ou doit énoncer des règles minimales. Il semble approprié de codifier les règles qui sont incontestablement établies en droit international ou qui découlent d'une tendance clairement dominante de la pratique des États en tant que, d'une part, droit commun régissant la procédure d'expulsion applicable aux étrangers en situation régulière et, d'autre part, le «droit mou» (*soft law*) applicable aux étrangers en situation irrégulière. La question demeure toutefois de savoir si et dans quelle mesure il sera possible d'élever le seuil de protection juridique pour certaines catégories particulières d'étrangers en situation irrégulière.

53. L'intervenant souscrit aux arguments avancés par le Rapporteur spécial à l'appui du projet d'article A1. Quant au libellé, il conviendrait de retirer les crochets qui encadrent le mot «présentes». Au paragraphe 1, on peut conserver le mot «légalement» et supprimer le mot «régulièrement» même si ces deux termes sont pour l'essentiel interchangeable. Il souscrit à l'objectif du paragraphe 2, à savoir assurer un minimum de protection juridique aux étrangers «illégaux», tout en laissant la question au pouvoir discrétionnaire de l'État. Le libellé est satisfaisant, mais peut-être faudrait-il, au titre du développement progressif, envisager si et dans quelle mesure il est possible d'énoncer une obligation de protection au bénéfice des étrangers «illégaux» qui ont un statut particulier ou qui résident dans le pays depuis un certain temps.

54. Pour ce qui est des règles procédurales applicables aux étrangers se trouvant régulièrement dans le pays, le paragraphe 323 [par. 47] de la deuxième partie indique à juste titre qu'on ne peut dire qu'il existe des règles de droit coutumier sur le sujet. Reste à savoir ce que cela signifie quant à l'approche à adopter. Il faudrait s'efforcer, malgré les différences inhérentes, d'appliquer par analogie certaines règles procédurales régissant le procès pénal. L'intervenant fait sienne l'affirmation figurant au paragraphe 339 [par. 63] selon laquelle l'obligation de conformité avec la loi repose sur une exigence de conformité avec les normes et principes internationaux, de même que la conception qu'a le Rapporteur spécial de la possibilité de déroger à ces règles de procédure.

55. S'agissant du projet d'article B1, il est clair que ses dispositions sont bien établies en droit international conventionnel et dans la législation de nombreux États. Le seul changement à y apporter consistera à supprimer le mot «régulièrement» qui figure entre crochets.

56. L'intervenant souscrit à l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 343 [par. 67] de la deuxième partie du rapport, à savoir que les garanties envisagées dans le cadre de la citoyenneté européenne en gestation peuvent inspirer des règles de portée plus universelle.

57. En ce qui concerne le droit de l'étranger d'être informé de la décision d'expulsion ainsi que des raisons de celle-ci, la question se pose de la relation entre ces deux droits. On pourrait considérer que l'obligation de motiver la décision d'expulsion emporte *ipso jure* ou *ipso facto* l'obligation de notifier cette décision. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial déclare au paragraphe 356 [par. 80] que l'obligation d'informer l'étranger objet de la décision d'expulsion de la mesure d'expulsion est la condition même de l'invocation par celui-ci des autres garanties de procédure.

58. Quant au droit d'être présent, le Rapporteur spécial conclut à juste titre que la pratique des États est trop limitée pour qu'il soit possible d'en déduire une règle. Cela étant, un droit concret n'en demeure pas moins, dont l'exercice peut, dans certains cas, être nécessaire. Comme indiqué au paragraphe 368 [par. 92], le droit à un recours effectif constitue une règle importante bien établie en droit international. Quant au droit à la protection consulaire, l'intervenant souscrit à la manière dont est interprété le champ d'application des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur les relations consulaires et de la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 40/144 du 13 décembre 1985. Pour ce qui est du droit à l'aide juridictionnelle, il fait sienne la conclusion selon laquelle, bien que ce droit n'ait pas de fondement explicite en droit conventionnel, la Commission pourrait l'énoncer dans le cadre du développement progressif du droit international.

59. S'agissant du projet d'article C1, l'intervenant fait sienne la conclusion énoncée au paragraphe 402 [par. 126] de la deuxième partie du rapport. Le paragraphe 1 énumère un certain nombre de droits procéduraux importants qui doivent être présentés de manière aussi logique et cohérente que possible, et ils le sont effectivement. La clause «sans préjudice» qui figure au paragraphe 2 est utile en ce qu'elle définit les paramètres du débat sur la question de savoir quels droits spécifiques figureront finalement dans la liste. Eu égard à l'explication convaincante du Rapporteur spécial, l'intervenant estime que, s'il juge nécessaire d'élargir le champ d'application du projet d'article C1, il serait sage de faire preuve de prudence en ne conservant que les droits qui sont réellement applicables.

60. En conclusion, l'intervenant appuie le renvoi des trois projets d'article au Comité de rédaction.

61. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ dit qu'il pense comme le Rapporteur spécial qu'il faut distinguer entre les

étrangers résidant dans un État conformément à la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers et ceux qui sont présents dans un État en violation de cette législation. Néanmoins, s'agissant de la terminologie, il importe que, dans le cadre de ses travaux sur le sujet, la Commission s'abstienne d'utiliser les expressions «étranger illégal» ou «immigrant illégal». Elle ne doit pas utiliser, et encore moins consacrer dans un instrument, des termes qui ont une connotation péjorative et sont juridiquement incorrects. Comme l'a fait observer à juste titre Sir Michael, c'est la présence d'une personne sur le territoire d'un État, et non la personne elle-même, qui peut être considérée comme légale ou illégale. À cet égard, il était intéressant de noter que l'article 40 de la nouvelle Constitution de l'Équateur, adoptée par référendum populaire en 2008, prévoit que nul ne peut être désigné ni considéré comme illégal sur la base de son statut en matière de migration. Au projet d'article A1, paragraphe 1, le Rapporteur spécial propose un choix entre deux expressions, à savoir «un étranger se trouvant légalement sur le territoire de l'État expulsant» et «un étranger se trouvant régulièrement sur le territoire de l'État expulsant». C'est cette dernière option qui a la préférence de l'intervenant.

62. Au-delà des questions de terminologie, il importe de souligner que le droit ou le pouvoir de l'État de réglementer l'entrée, le séjour et la résidence des étrangers sur son territoire, et ainsi d'exercer le droit d'expulsion, ne peut être totalement discrétionnaire et doit être compatible avec les règles et principes applicables du droit international, en particulier en matière de droits de l'homme, qu'ils soient procéduraux ou de fond. En conséquence, dans le cas des étrangers en cours d'expulsion, les garanties procédurales accordées au niveau international, de même que celles prévues par le droit interne de l'État concerné, doivent être respectées.

63. Au projet d'article A1, le Rapporteur spécial distingue entre deux situations dans lesquelles les étrangers peuvent se trouver, proposant que les projets d'article, et par extension les garanties procédurales qu'ils énoncent, contenus dans cette section du projet ne s'appliquent qu'aux cas d'expulsion d'un étranger dont la présence sur le territoire de l'État expulsant est régulière et laissant entièrement à l'État le pouvoir discrétionnaire de les appliquer également aux expulsions d'étrangers dont la présence sur son territoire est irrégulière.

64. Or, comme, par exemple, M. Hmoud l'a fait observer, certaines garanties procédurales s'appliquent également aux étrangers en situation irrégulière. L'intervenant pense comme M. Gaja que laisser ces étrangers sans aucune protection dans le cadre d'une procédure d'expulsion revient à méconnaître un certain nombre de garanties qui s'appliquent également aux étrangers en situation irrégulière. Cela est d'autant plus vrai lorsque ces étrangers résident déjà dans l'État de réception depuis un certain temps, puisque de ce fait ils se sont dans une certaine mesure intégrés à la société et ont des liens importants avec l'État en question, qui peut tolérer leur présence sans officiellement reconnaître leur situation comme régulière.

65. En conséquence, s'il est généralement admis dans les instruments internationaux et la pratique des États que les étrangers en situation régulière ont droit à des garanties

procédurales additionnelles, la Commission devrait recenser toutes les garanties de procédure applicables lorsque les États exercent leur droit d'expulsion, que les étrangers en question soient régulièrement ou irrégulièrement présents sur leur territoire (de manière à prévenir les décisions arbitraires dans un cas comme dans l'autre). Elle devrait aussi définir les garanties procédurales additionnelles auxquelles les étrangers en situation régulière ont droit. Ces deux ensembles de garanties devraient être considérés comme des normes indicatives minimales que les États doivent appliquer. Les trois projets d'articles A1, B1 et C1 devraient être reformulés dans ce sens.

66. Le projet d'article B1 dispose qu'un étranger régulièrement présent sur le territoire d'un État ne peut être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi. Cela est exact, mais il est incontestable que ce principe vaut également pour un étranger dont la présence sur le territoire est irrégulière. Le principe de légalité est un principe fondamental de l'état de droit, qui exige le respect intégral des lois de l'État en question, y compris le droit international applicable. Il s'applique également aux étrangers qui viennent d'entrer sur le territoire d'un État.

67. En outre, comme le déclarait le Rapporteur spécial dans son rapport préliminaire,

c'est une règle logique que si tout État a le droit de réglementer les conditions d'immigration sur son territoire sans toutefois porter atteinte à aucune règle de droit international il a aussi l'obligation de se conformer aux règles qu'il a édictées ou auxquelles il a souscrit²⁹⁵ en matière d'expulsion de ceux qu'il estime ne pouvoir accueillir ou garder sur son territoire²⁹⁵.

68. À cet égard, il importe de souligner, comme l'explique le Rapporteur spécial au paragraphe 339 [par. 63] de la deuxième partie de son sixième rapport, que, dans le contexte de l'expulsion de l'étranger, l'obligation de conformité à la loi repose sur l'exigence implicite de la conformité des règles de procédure interne en matière d'expulsion avec les normes et principes internationaux en la matière et qu'un État ne peut donc instituer des règles procédurales incompatibles avec ces derniers. Il est clair que, dans le domaine des droits de l'homme, les États ne peuvent s'écarter des normes internationales qui les lient que pour protéger davantage les droits des étrangers en matière d'expulsion.

69. Pour ce qui est du projet d'article C1, plusieurs des droits figurant dans la liste des garanties procédurales s'appliquent même aux étrangers en situation irrégulière. Il s'agit notamment du droit à être informé de la décision d'expulsion, y compris les motifs de cette décision, du droit à la protection consulaire et du droit de l'étranger à des services d'interprétation et de traduction dans une langue qu'il comprend. L'intervenant souscrit aux divers arguments présentés par M. Hmoud à cet égard. Comme le souligne le rapport, l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne prescrit de garanties procédurales que dans le cas des étrangers régulièrement présents sur le territoire de l'État partie. Toutefois, dans son observation générale n° 15²⁹⁶, le Comité des droits de

l'homme a jugé que les garanties procédurales énoncées à l'article 13 devaient également s'appliquer si la légalité de l'entrée ou du séjour de l'étranger était contestée.

70. Par ailleurs, l'intervenant appuie la proposition de M. Gaja de faire figurer dans le projet une garantie procédurale additionnelle à savoir une suspension de l'exécution de la décision d'expulsion dans les cas où un recours formé contre cette décision est pendant. L'objet de cette garantie serait d'assurer que l'exercice du droit de contester l'expulsion puisse produire ses effets au cas où l'autorité compétente statuerait en faveur du requérant.

71. Comme le Secrétariat l'a rappelé dans son mémorandum sur le sujet²⁹⁷, le principe de non-discrimination est pertinent non seulement en ce qui concerne l'adoption d'une décision d'expulser ou de ne pas expulser un étranger mais aussi pour ce qui est des garanties procédurales qui doivent être respectées, comme l'ont reconnu les organes des droits de l'homme.

72. L'intervenant appuie le renvoi des trois projets d'articles A1, B1 et C1 au Comité de rédaction, à condition qu'ils soient reformulés de manière à énoncer une série de garanties procédurales communes aux deux catégories d'étrangers, ceux dont la présence est régulière et ceux dont la présence ne l'est pas.

73. M. VASCIANNIE dit que, pour présenter trois projets d'article sur les règles de procédure devant être applicables en cas d'expulsion, le Rapporteur spécial a passé en revue les diverses sources de droit, notamment le droit interne de plusieurs pays. Deux questions générales au moins sont implicites dans cette approche, dont la première est un problème de perspective. Bien que le droit interne de pratiquement tous les États prévoient la possibilité d'expulsion, dans de nombreux cas, les garanties dont jouissent les personnes frappées par une mesure d'expulsion ne sont pas énoncées dans le même texte que les dispositions affirmant le droit souverain de l'État d'expulser les étrangers de son territoire. De plus, si les règles relatives à l'expulsion sont en général commodément réunies dans un même corpus, à savoir la législation de l'État en matière d'immigration, les règles concernant les garanties procédurales et autres dont jouissent les individus sont largement dispersées parmi les dispositions relatives aux droits de l'homme, les grands principes du droit constitutionnel et du droit interne en général et les instruments internationaux. C'est pourquoi, lorsque l'on passe ces textes en revue, on risque d'accorder davantage d'attention aux règles faciles d'accès qui autorisent l'expulsion simplement parce que ces règles sont faciles à trouver. Le Rapporteur spécial, et il faut lui rendre hommage, n'est pas tombé dans ce piège mais a réalisé l'équilibre nécessaire aux fins du projet entre les droits de l'individu et les prérogatives de l'État.

74. Un second problème en ce qui concerne les sources de droit est qu'il y a, en général, davantage d'informations relatives aux pays occidentaux qu'au reste du monde. Ainsi, si la Commission n'y prend garde, elle risque d'accorder une plus large place aux approches de l'expulsion adoptées par un groupe de pays relativement réduit. Dans

²⁹⁵ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/554, p. 206, par. 23.

²⁹⁶ Voir *supra* la note 293.

²⁹⁷ A/CN.4/565 et Corr.1 (voir *supra* la note 42).

une certaine mesure, le Rapporteur spécial a évité ce problème en exposant la position d'États très divers, et il faut l'encourager vigoureusement à maintenir cette approche. En effet, l'approche de l'expulsion adoptée par un petit pays en développement où le taux de chômage est élevé peut être très différente de celle adoptée par un pays développé. De la même manière, l'approche d'une ancienne colonie peut être différente de celle d'une ancienne puissance coloniale.

75. De fait, si la Commission est à la recherche d'une *opinio juris* ou au moins de certaines positions prises par les États en matière d'expulsion, elle doit être prête à regarder plus loin que la législation interne sur l'expulsion d'un petit groupe de pays. Il faut donc davantage tenir compte des positions des États d'Amérique latine, des Caraïbes, d'Afrique, d'Asie et du Pacifique en ce qui concerne les garanties procédurales, ainsi que de celles des États-Unis d'Amérique et du Canada. Une telle étude n'implique pas nécessairement un examen détaillé des législations nationales; elle pourrait également porter sur les déclarations faites dans des instances multilatérales, les positions adoptées dans le cadre de traités concernant l'expulsion des personnes condamnées et les travaux préparatoires de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, ainsi que la pratique des États en matière d'expulsion de travailleurs migrants. Ces informations contribueraient à donner une idée plus générale et fourniraient à la Commission des orientations plus fiables s'agissant d'identifier les dispositions représentant la *lex lata* et celles susceptibles d'être adoptées *de lege ferenda*.

76. S'agissant des projets d'articles A1, B1 et C1, le projet d'article A1 maintient la distinction entre étrangers présents régulièrement sur le territoire de l'État expulsant et d'étrangers entrés irrégulièrement sur ce territoire. Cette distinction est plausible, mais elle semble donner à penser que les étrangers entrés illégalement sur le territoire d'un État ne bénéficient de pratiquement aucune garantie (en particulier s'ils ne résident pas dans le pays depuis longtemps). L'intervenant indique qu'il partage l'opinion qui recommande de reconsidérer cette approche. La Commission pourra vouloir envisager, au minimum, un régime tripartite applicable aux personnes dont la présence sur le territoire est régulière, aux personnes dont la présence sur le territoire ne l'est pas mais qui y résident depuis un certain temps et aux personnes qui viennent d'arriver et dont l'entrée est irrégulière. Dans le cadre d'un tel régime, certaines garanties bénéficieraient aux trois catégories, mais un niveau de protection plus élevé serait accordé aux personnes régulièrement présentes sur le territoire et peut-être à celles qui y sont présentes irrégulièrement mais depuis un certain temps. Dans la mesure où un tel régime semble être implicite dans l'approche du Rapporteur spécial, il conviendrait d'explicitier les implications du projet d'article A1.

77. En ce qui concerne le projet d'article B1, le mot «régulièrement» qui figure entre crochets devrait être supprimé, afin que tous les étrangers – qu'ils soient légalement ou illégalement présents sur le territoire – bénéficient de la garantie prévue par cette disposition. À défaut, peut-être par excès de prudence, la disposition pourrait commencer comme suit: «Un étranger, qu'il se trouve légalement ou non sur le territoire d'un État, ne peut être

expulsé[...]» On éviterait ainsi les arguments *a contrario* qui ne manqueraient pas d'être avancés si le libellé actuel était maintenu en supprimant les crochets.

78. Enfin, s'agissant du projet d'article C1, l'intervenant souscrit aux garanties énumérées par le Rapporteur spécial, peut-être à une exception près. Il approuve en particulier les droits énoncés aux alinéas *a* à *f* et à l'alinéa *h* du paragraphe 1, mais il hésite pour ce qui est du droit à l'aide juridictionnelle prévue à l'alinéa *g* du même paragraphe car ce droit, comme d'autres membres l'ont noté, risque de poser une difficulté à certains États manquant de ressources, comme de nombreux États des Caraïbes. D'autre part, il est souhaitable que les personnes en instance d'expulsion aient accès à une aide juridictionnelle. Il propose donc que le projet d'article C1 contienne une disposition stipulant que l'aide juridictionnelle doit être fournie dans toute la mesure possible compte tenu des ressources de l'État expulsant.

79. Bien que l'article C1 n'entende pas distinguer entre les étrangers légalement présents sur le territoire d'un État et les autres, cette distinction serait apparemment faite au projet d'article A1. Si le Rapporteur spécial décide de prévoir un niveau différent de protection pour les étrangers légalement présents et les étrangers illégalement présents, cette distinction peut être faite au projet d'article C1. Par exemple, on pourrait stipuler qu'une personne résidant légalement sur le territoire d'un État a droit à toutes les garanties procédurales énoncées aux alinéas *a* à *f* et *h* du paragraphe 1, et qu'une personne qui n'est pas légalement présente mais qui réside sur le territoire depuis un certain temps, seulement à certaines d'entre elles. Il serait néanmoins préférable, en dernière analyse, que tous les étrangers, quelle que soit leur situation, jouissent des droits énumérés aux alinéas *a* à *f* et *h* du paragraphe 1 de l'article C1.

80. M. NOLTE dit qu'il est parmi les membres de la Commission qui proposent que le projet d'articles reconnaisse certains droits procéduraux aux étrangers illégalement présents sur le territoire d'un État. Il a proposé de ne pas renvoyer le projet d'article relatif à cette situation au Comité de rédaction au motif que la disposition doit être affinée. Il appuie la proposition de M. McRae tendant à ce que le Rapporteur spécial propose un nouveau projet d'article relatif aux étrangers illégalement présents sur le territoire de l'État et à ce qu'il le fasse lorsqu'il résumera le débat, afin que les membres de la Commission puissent réagir immédiatement et renvoyer sans plus de retard ledit projet d'article au Comité de rédaction. Si la question ne nécessite peut-être pas un nouveau débat complet, elle soulève néanmoins un problème qui ne doit pas être examiné exclusivement dans le cadre du Comité de rédaction.

Les réserves aux traités (suite) [A/CN.4/620 et Add.1, sect. B, A/CN.4/624 et Add.1 et 2, A/CN.4/626 et Add.1, et A/CN.4/L.760 et Add.1 à 3]

[Point 3 de l'ordre du jour]

QUINZIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

81. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre leur examen du quinzième rapport sur les réserves aux traités, et en particulier des additifs à celui-ci (A/CN.4/624/Add.1 et 2).

82. M. GAJA dit que la pensée du Rapporteur spécial a évolué au cours des quinze années durant lesquelles il a travaillé sur le sujet des réserves aux traités. Cela a conduit à des résultats qui sont tout à fait en accord avec la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, malgré le silence regrettable de cette dernière sur la question des conséquences des réserves non valides. La Commission se penche à présent sur le point qui est au cœur du problème des réserves aux traités.

83. L'une des conclusions du Rapporteur spécial sur cette question est que les articles 20 et 21 de la Convention de Vienne de 1969, relatifs, respectivement, aux acceptations des réserves et aux objections aux réserves, et aux effets juridiques des réserves et des objections aux réserves, ne s'appliquent pas aux réserves non valides. Cette conclusion est confirmée par le chapeau de l'article 21, qui vise exclusivement «une réserve établie à l'égard d'une autre partie conformément aux articles 19, 20 et 23». Une réserve non valide ne peut certainement pas être considérée comme une réserve établie conformément à l'article 19, ou conformément aux règles de procédure de l'article 23.

84. À première vue, cette position ne semble pas confirmée par la pratique des États, qui tend à considérer les réserves jugées incompatibles avec l'objet et le but du traité comme si elles constituaient des réserves valides. Cependant, une analyse plus approfondie de la pratique permet de mettre en évidence des éléments confirmant la non-applicabilité des articles 20 et 21 aux objections aux réserves non valides et à l'acceptation de ces réserves. Par exemple, on peut renvoyer aux nombreux cas dans lesquels une objection portant sur l'invalidité d'une réserve est formulée après l'expiration du délai de douze mois suivant la notification, fixé par le paragraphe 5 de l'article 20 de la Convention de Vienne. Les États qui formulent de telles objections n'estiment pas, à l'évidence, que le paragraphe 5 s'applique également aux objections aux réserves non valides. Ils opèrent donc une distinction entre réserves valides et non valides et ne considèrent pas que le paragraphe 5 énonce un principe général. L'exemple de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est particulièrement instructif à cet égard, puisque 19 États ont formulé une objection à la validité de certaines réserves après l'expiration du délai fixé par le paragraphe 5 de l'article 20. Les États dont il s'agit représentent presque tous ceux qui ont adopté la pratique des objections. Ainsi, même si les États ayant formulé des objections sont peu nombreux, ceux qui l'ont fait ont estimé à l'évidence qu'une règle différente s'appliquait aux réserves non valides. Les observations ci-dessus viennent étayer la conclusion du Rapporteur spécial.

85. Il est nécessaire d'exprimer plus clairement dans les projets de directives 2.6.13 (Délai de formulation d'une objection) et 2.8.0 (Formes d'acceptation des réserves) que lesdites directives s'appliquent seulement aux réserves considérées comme valides. Dans leur libellé actuel, ils semblent être de portée plus générale et s'appliquer à tout type de réserve. La Commission devrait éviter de donner l'impression que l'expiration du délai de douze mois suivant la notification d'une réserve puisse impliquer l'acceptation d'une réserve non valide.

86. Une autre conclusion importante à laquelle parvient le Rapporteur spécial est que l'invalidité d'une réserve, quelle qu'en soit la raison, y compris son incompatibilité avec l'objet et le but du traité, produit toujours les mêmes effets juridiques. Dans le projet de directive 4.5.1, le Rapporteur spécial affirme que de telles réserves sont nulles de plein droit, précisant dans le projet de directive 4.5.2 que la réserve est «dépourvue de tout effet juridique». Cette conclusion se justifierait si la question de la validité de la réserve était soumise à un tribunal international compétent pour rendre une décision obligatoire, mais, dans la plupart des cas, la validité de telles réserves est appréciée par les États contractants. Et, même s'ils appliquent des critères objectifs, il se peut très bien qu'ils parviennent à des conclusions différentes. On pourrait alors considérer que la réserve est nulle de plein droit, mais seulement pour les États qui l'estiment non valide. À l'égard des autres États, la réserve n'est pas invalide et produit des effets juridiques.

87. Du point de vue des États qui jugent une réserve donnée non valide, cette réserve ne produit aucun effet, au sens où elle n'atteint pas son objectif, à savoir permettre à l'État réservataire de devenir partie au traité avec le bénéfice de la réserve. La question demeure cependant de savoir si la réserve devrait en conséquence être réputée non écrite ou si elle empêche l'État réservataire de devenir partie au traité – les deux solutions présentées aux paragraphes 145 [par. 435] et suivants du rapport. La première solution [séparabilité (*severability*) de la réserve] a été admise par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt rendu dans l'affaire *Belilos c. Suisse*, au motif que l'intention de l'État d'être partie au traité prévaut sur son désir de maintenir une réserve qui l'en empêcherait. Dans d'autres décisions de la même Cour (*Weber c. Suisse*) ainsi que dans celles d'autres organes, tels que la Cour interaméricaine des droits de l'homme (*Hilaire c. Trinité-et-Tobago*) ou le Comité des droits de l'homme (*Kennedy c. Trinité-et-Tobago*), la tendance est d'ignorer l'intention de l'État réservataire et de dénier tout effet à une réserve jugée non valide comme si elle n'avait jamais existé. L'intervenant convient avec le Rapporteur spécial que seule l'existence de l'intention d'être partie à un traité sans le bénéfice de la réserve considérée comme non valide est conciliable avec le principe du consentement à être lié, qui fonde toute obligation découlant d'un traité.

88. Ainsi qu'il est mentionné au paragraphe 173 [par. 463] du rapport, les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme en sont venus à reconnaître le besoin de définir la véritable intention de l'État réservataire; cependant, comme il est souligné au paragraphe 174 [par. 464], ces organes estiment qu'il existe une forte présomption selon laquelle l'auteur d'une réserve préférerait rester ou devenir État partie au traité même sans le bénéfice de la réserve. Au paragraphe 191 [par. 481], le Rapporteur spécial pose une présomption analogue mais plus nuancée, contrairement à la présomption établie par les organes des droits de l'homme qui pourrait difficilement être réfutée.

89. On peut comprendre aisément la position des organes des droits de l'homme, dont l'objectif est de protéger le plus largement possible les droits consacrés dans

le traité. Cependant, la présomption en faveur de laquelle ils se prononcent a pour conséquence de n'attribuer aucun effet à une déclaration particulière formulée par l'État réservataire au moment de la ratification et visant à en limiter la portée. En outre, pour ce qui concerne les États parties qui la considèrent comme valide, la réserve produit ses effets; ainsi, l'État réservataire peut être partie au traité avec le bénéfice de sa réserve. L'intervenant se demande pourquoi il devrait être présumé que l'État concerné accepte les obligations découlant du traité d'une manière plus large dans ses relations avec les États qui ont objecté à la validité de sa réserve. Il semble qu'il y ait de bonnes raisons d'inverser la présomption. Il suffirait de préciser qu'une réserve doit être considérée comme n'ayant pas été formulée, ou en d'autres termes qu'elle peut être ignorée, si telle est l'intention de l'État partie, sans poser aucune présomption.

90. Pour conclure, la section concernant les réserves non valides soulève des questions d'importance cruciale qui méritent d'être examinées de manière plus approfondie par la Commission, pour parvenir à des solutions généralement acceptées. Considérant qu'il a fallu plus de quinze ans à la Commission pour parvenir au stade actuel de ses travaux sur le sujet, il ne paraît pas exagéré de demander que plus de temps lui soit accordé pour les mener à bien. Le point de désaccord principal de l'intervenant avec le Rapporteur spécial réside dans l'idée qu'une réserve peut être considérée comme nulle de plein droit dès lors qu'elle a été jugée non valide par un ou plusieurs États ou par des organes qui ne sont pas compétents pour rendre une décision liant tous les États parties au traité.

91. Sir Michael WOOD dit que la section à l'examen aborde la question sans doute la plus ardue du projet tout entier – les effets d'une réserve non valide. La Commission doit s'efforcer de résoudre cette question, sans quoi un élément central du Guide de la pratique ferait défaut, et décider si la proposition du Rapporteur spécial est la bonne, ou plutôt la moins mauvaise, ou si elle doit adopter une approche différente.

92. Dans cette section, le Rapporteur spécial décrit en détail tant les aspects théoriques que la pratique concernant les effets des réserves non valides, brossant un tableau magistral qui représente en lui-même une contribution majeure à la réflexion sur ce sujet ardu. Il propose ensuite une solution pragmatique s'efforçant de concilier la théorie avec une pratique des États souvent caractérisée par son manque de clarté et de cohérence. Restant à l'écart des points de vue extrêmes défendus par certains États, il propose une présomption réfragable, à savoir que l'État réservataire a l'intention de devenir partie au traité et que si sa réserve est non valide, parce qu'elle est interdite ou pour toute autre raison, et donc nulle de plein droit, on peut présumer qu'il avait l'intention de devenir partie sans cette réserve.

93. L'application pratique de la proposition du Rapporteur principal pose néanmoins problème. Ainsi que M. Gaja l'a fait observer, en l'absence de procédures obligatoires permettant à un tiers de trancher, il est difficile d'établir si une réserve est non valide. L'État qui formule une objection peut très bien affirmer que la réserve est invalide, sans que cela signifie nécessairement qu'elle l'est.

94. Si, comme lui-même, les membres de la Commission souscrivent à l'analyse du Rapporteur spécial, il y a trois possibilités. La première réside dans la proposition du Rapporteur spécial (présomption positive), la deuxième consiste dans la présomption inverse (présomption négative) et la troisième consiste à ne pas poser de présomption du tout. Cependant, si l'on ne peut douter qu'une réserve non valide soit nulle de plein droit, cela n'implique pas nécessairement que, parce qu'une réserve est nulle de plein droit, elle est séparable, et que l'État réservataire peut être lié par le traité sans le bénéfice de sa réserve. Des objections majeures, tant théoriques que pratiques, peuvent être soulevées à l'encontre de cette proposition.

95. S'agissant de la théorie, la proposition semble aller à l'encontre du principe cardinal du droit des traités, auquel la Commission a toujours attaché une grande importance – l'exigence du consentement. Cela pourrait également avoir des implications sur le plan du droit constitutionnel. Par exemple, un État qui a soumis le texte de la réserve qu'il entend formuler à son parlement dans le cadre de la procédure interne de ratification voudra avoir l'assurance qu'il ne deviendra pas partie au traité en question sans la réserve et sans son consentement. L'intervenant se félicite que le Rapporteur spécial se soit efforcé d'écarter cette objection en développant une règle fondée sur une présomption reposant sur l'intention de l'État réservataire. Il se félicite également qu'il incombe à l'État réservataire d'exprimer sa position sans ambiguïté.

96. La question est cependant de savoir si la présomption établie par le Rapporteur spécial est la bonne, car elle semble en contradiction avec l'orientation générale de l'argumentation qu'il développe dans les paragraphes 177 à 182 [par. 467 à 472] en faveur d'une présomption positive. Il n'est pas certain, par exemple, que la présomption positive facilite le «dialogue réservataire». On peut également s'interroger sur la pertinence de l'affirmation, au paragraphe 179 [par. 469], selon laquelle l'importance d'une réserve ne doit pas être surestimée – pour certains États la réserve peut être essentielle. En outre, bien qu'il souscrive à l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 181 [par. 471], à savoir que la présomption de l'entrée en vigueur constitue un gage donné à la sécurité juridique en contribuant à combler le vide juridique qui existe entre le moment où la réserve est formulée et celui où sa nullité est avérée, il convient de noter que la nullité peut n'être jamais avérée, laissant ainsi perdurer indéfiniment le vide juridique. Pour résumer, les arguments avancés par le Rapporteur spécial dans ces paragraphes peuvent conduire à conclure en faveur de la présomption positive comme de la présomption négative.

97. Sur le plan pratique, à moins que la question de la validité puisse être appréciée par un juge, il semblerait que la présomption positive ait pour effet de privilégier la prise de position unilatérale de certains États contractants et de l'imposer aux États réservataires. Il risque d'être très difficile en pratique d'imposer à un État une obligation conventionnelle en l'absence de mécanismes faisant intervenir une tierce partie. L'État qui a formulé la réserve pourrait ne pas accepter sa disparition; l'affaire *Belilos* représente une exception.

98. Pour toutes ces raisons, l'intervenant suggère que la Commission examine si la «bonne» présomption – encore une fois, une présomption réfragable – ne devrait pas être que l'État réservataire n'avait pas l'intention de devenir partie au traité sans bénéficier de la réserve, en d'autres termes, la présomption négative. Il se peut que, dans la plupart des cas, le résultat concret ne soit pas différent, mais le principe du consentement serait respecté, ce qui est important non seulement dans le cadre du sujet à l'examen mais également dans celui plus large du droit des traités et du droit international.

99. Il est plus facile de présenter des options que de choisir entre elles. Le Rapporteur spécial a formulé sa recommandation, qui, en dépit de certaines difficultés, comporte beaucoup d'éléments convaincants. Il a indiqué clairement que cette proposition ne reflétait pas le droit conventionnel existant et que, si la Commission l'adoptait, la question de son application rétroactive se poserait. Au stade actuel, cependant, il est important que la Commission adopte une proposition claire et applicable et attende les réactions des États Membres. Sir Michael souhaiterait également connaître le point de vue des autres membres de la Commission sur la question. Sa préférence va à la présomption négative. Cela dit, il serait prêt à se rallier à un consensus portant sur une proposition fondée sur une présomption positive, à condition que la Commission examine ce qu'elle peut faire, outre ce que le Rapporteur spécial a tenté de faire dans le projet de directive 4.5.4 (Réaction à une réserve non valide), pour que cette proposition soit applicable en pratique.

100. La section suivante du quinzième rapport concernant les effets des déclarations interprétatives, des approbations, des oppositions, du silence et des requalifications rend très bien compte de la nature et des effets des déclarations interprétatives. L'intervenant n'a pas d'observation à faire sur le projet de directive 4.7.4. Les projets de directives 4.7 (Effets d'une déclaration interprétative), 4.7.1 (Clarification des termes du traité par une déclaration interprétative) et 4.7.3 (Effets d'une déclaration interprétative approuvée par tous les États contractants et organisations contractantes), qui traitent de l'interprétation des traités, rencontrent son agrément. Le projet de directive 4.7 suffirait peut-être à lui seul, mais, si la Commission estime que les trois projets de directive sont utiles, il n'y voit pas d'objection. Il estime par contre que le projet de directive 4.7.2 (Valeur d'une déclaration interprétative à l'égard de son auteur) ne devrait pas figurer dans le Guide de la pratique. L'analyse accompagnant la proposition est trop brève et peu convaincante. L'adoption de ce projet de directive impliquerait que l'État auteur d'une déclaration interprétative ne pourrait pas se prévaloir d'une interprétation qui est en contradiction avec celle posée dans sa déclaration. Il lui serait donc impossible de formuler une autre interprétation que celle figurant dans sa déclaration interprétative même si cette autre interprétation était correcte. Il peut y avoir des cas dans lesquels une déclaration interprétative crée un phénomène d'estoppel ou une autre forme d'empêchement, mais ils ne sont probablement pas très fréquents.

101. Pour conclure, l'intervenant se déclare favorable au renvoi au Comité de rédaction du texte de tous les projets de directive figurant dans les deux dernières

sections du quinzième rapport, à l'exception du projet de directive 4.7.2. Le Comité de rédaction devra peut-être examiner de plus près les projets de directives 4.5.3 ([Application du traité en cas de réserve non valide] [Effets de la nullité d'une réserve sur l'engagement à être lié par le traité]) et 4.5.4, soit pour inverser la présomption positive, soit pour s'efforcer de préciser comment la proposition du Rapporteur spécial fonctionnerait en pratique.

102. M. McRAE dit que, d'une manière générale, il n'a pas de désaccord de fond avec l'analyse des réserves non valides faite par le Rapporteur spécial. M. Gaja a soulevé la question délicate de savoir à quel moment une réserve peut être considérée comme nulle de plein droit. Il se peut que les parties parviennent à leurs propres conclusions bien avant que la question soit tranchée par un tribunal indépendant. L'intervenant n'est pas convaincu que le fait de prolonger la réflexion permettrait forcément de parvenir à une solution simple. Peut-être le mieux que l'on puisse espérer est que le Guide de la pratique offre des indications aux États quant à la manière d'apprécier l'éventuelle nullité de plein droit d'une réserve; en cas d'objections, la question pourrait être portée devant un organe indépendant pour qu'il tranche.

103. L'intervenant doute de l'utilité des projets de directives 4.5.1 (Nullité d'une réserve non valide) et 4.5.2 (Absence d'effet juridique d'une réserve non valide), car il lui semble que dire qu'une réserve est nulle de plein droit revient à dire qu'elle est dépourvue d'effets juridiques. Le Comité de rédaction devrait se pencher sur cette question.

104. En ce qui concerne le projet de directive 4.5.3, qui relève plus étroitement du fond de la question, la proposition du Rapporteur spécial d'établir une présomption positive, et consistant à séparer une réserve non valide sauf si le réservataire a exprimé une intention contraire, est en principe meilleure que les autres solutions. Sir Michael a attiré l'attention sur les problèmes pratiques que pose cette proposition et exprimé sa préférence pour une présomption négative. Or il est à craindre qu'elle ne donne lieu exactement aux mêmes difficultés que la présomption positive et que de nouveaux débats sur la question n'aboutissent qu'à mettre en lumière les avantages et les inconvénients de cette solution pour finalement parvenir au même résultat. L'avantage de la présomption positive est qu'elle est axée sur l'intention de l'État réservataire. La présomption selon laquelle ce dernier a l'intention d'être partie au traité paraît constituer un meilleur point de départ que celle selon laquelle il ne souhaite pas être partie puisqu'elle favorise la participation aux traités.

105. En ce qui concerne la section concernant les effets des déclarations interprétatives, des approbations, des oppositions, du silence et des requalifications, l'intervenant se félicite de ce que le Rapporteur spécial considère les déclarations interprétatives conditionnelles comme ayant le même effet que les réserves, même si tous les membres de la Commission n'étaient pas de cet avis par le passé. Il appuie tous les projets de directive présentés par le Rapporteur spécial, à l'exception du projet de directive 4.7.2, à propos duquel il partage les préoccupations exprimées par Sir Michael. Ce projet de directive est censé empêcher l'auteur d'une déclaration interprétative de formuler une interprétation en contradiction avec

celle figurant dans sa déclaration. Bien que la directive ne l'indique pas expressément, il ressort implicitement du rapport que l'auteur peut retirer ou modifier sa déclaration interprétative à tout moment. L'intervenant ne saisit pas pourquoi l'auteur ne peut revenir sur sa déclaration sans la retirer formellement ou la modifier, et il ne suit pas le raisonnement du Rapporteur spécial sur ce point.

106. Au paragraphe 255 [par. 545], le Rapporteur spécial justifie son approche en déclarant qu'«il s'agit [...] d'un corollaire du principe de la bonne foi» et en indiquant qu'elle n'est pas nécessairement fondée sur l'estoppel; pourtant, au paragraphe 257 [par. 547], il affirme que l'auteur de la déclaration interprétative a créé une attente chez ses cocontractants, qui, agissant de bonne foi, peuvent en tenir compte et tabler sur elle, ce qui semble bien constituer l'estoppel. Ce projet de directive a une portée trop large. Il peut très bien y avoir des circonstances dans lesquelles les parties à un traité ont tablé sur la déclaration interprétative d'un État et, sans l'accepter expressément, ont adapté leur comportement en conséquence. Dans une telle situation, l'auteur ne devrait pas pouvoir exprimer une opinion en contradiction avec sa déclaration et pourrait de fait être lié par elle, probablement cependant au titre de la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité et non du fait du caractère obligatoire de la déclaration elle-même. L'auteur de la déclaration interprétative peut toujours la retirer mais il pourrait demeurer lié par elle du fait du comportement qu'il a suscité chez ses cocontractants.

107. Toutefois, lorsqu'un État formule une déclaration interprétative sur laquelle il n'est pas établi que quiconque ait fait fond et lorsque, de fait, des événements ultérieurs, par exemple une décision judiciaire, rendent l'interprétation proposée dans cette déclaration moins plausible, on peut se demander pourquoi l'État concerné, qui, après de nombreuses années, a peut-être oublié sa déclaration interprétative, devrait être empêché d'adopter une position contraire. L'approche adoptée dans le projet de directive 4.7.2 a un résultat quelque peu pervers au sens où un acte qui n'avait pas d'effet juridique pour les autres États a un effet juridique «boomerang» pour son auteur. Même si, au paragraphe 256 [par. 546], le Rapporteur spécial nie que l'auteur d'une déclaration interprétative soit lié par l'interprétation qu'il défend dans celle-ci, c'est implicitement ce qui se passe.

108. Nonobstant le titre du projet de directive, au paragraphe 258 [par. 548] le Rapporteur spécial explique que cet empêchement s'applique non seulement à l'auteur de la déclaration mais aussi à tout État ou toute organisation qui a approuvé l'interprétation qui y figurait et qui est aussi empêché d'invoquer une interprétation différente. Cette disposition va trop loin en l'absence d'estoppel et, même s'il y avait estoppel, il ne serait peut-être applicable qu'entre l'auteur et l'État qui a approuvé l'interprétation, et non aux États tiers. L'intervenant dit qu'il n'est pas d'accord avec Sir Michael pour supprimer ce projet de directive, mais il propose d'en limiter la portée en ajoutant ce qui suit à la fin de la disposition: «lorsque d'autres parties contractantes ont fait fond sur cette interprétation et ont agi en conséquence».

109. M. PELLET (Rapporteur spécial), soucieux d'éviter que le débat sur le projet de directive 4.7.2 ne

se poursuive, se déclare convaincu que le libellé actuel de cette disposition est de portée trop large et doit être modifié. Il n'est toutefois pas favorable à la suppression du projet de directive.

La séance est levée à 13 heures.

3066^e SÉANCE

Vendredi 16 juillet 2010, à 10 heures

Président: M. Nugroho WISNUMURTI

Présents: M. Cafisch, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Hassouna, M. Hmoud, M^{me} Jacobsson, M. Kamto, M. Kemicha, M. McRae, M. Melescanu, M. Murase, M. Niehaus, M. Nolte, M. Pellet, M. Perera, M. Saboia, M. Valencia-Ospina, M. Vargas Carreño, M. Vasciannie, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, Sir Michael Wood.

Expulsion des étrangers (suite) [A/CN.4/620 et Add.1, sect. C, A/CN.4/625 et Add.1 et 2, et A/CN.4/628 et Add.1]

[Point 6 de l'ordre du jour]

SIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à résumer le débat consacré à son sixième rapport sur l'expulsion des étrangers (A/CN.4/625 et Add.1 et 2).
2. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit qu'avant d'aborder le résumé du débat proprement dit il reviendra d'abord sur quelques observations d'ordre général faites par des membres de la Commission, puis sur des questions de méthode et de fond soulevées par certains États et reprises lors des débats en séance plénière par quelques membres et enfin sur la proposition de restructuration des projets d'article.
3. Deux membres de la Commission ont réitéré leur opinion déjà connue, à savoir que la Commission ne devait pas se saisir du sujet de l'expulsion des étrangers: l'un au motif qu'il n'existait pas de règles générales de droit international en la matière et que, par conséquent, le sujet relevait du droit interne des États et non pas du droit international, l'autre au motif que le sujet relevait des négociations diplomatiques et échappait donc au travail technique attendu de la Commission. Ces membres rejoignent en cela la position exprimée par deux ou trois délégations à la Sixième Commission.
4. Face à la persistance de cette opinion, M. Kamto rappelle, en premier lieu, que tous les sujets examinés par la Commission sont, sans exception, des sujets de négociation. Il n'a pas connaissance d'un seul cas où des projets d'article élaborés par la Commission, aussi admirables qu'ils aient pu être, soient devenus directement des