



Assemblée générale

Distr. générale
19 mars 2010
Original : français

Commission du droit international

Soixante-deuxième session

Genève, 3 mai-4 juin et 5 juillet-6 août 2010

Sixième rapport sur l'expulsion des étrangers*

Par Maurice Kamto, Rapporteur spécial

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction	3
I. Compléments à la première partie relative aux règles générales	5
Chapitre 3 : Pratiques d'expulsion interdites (suite)	6
A. Expulsion collective	6
B. Expulsion déguisée	9
Projet d'article A : Interdiction de l'expulsion déguisée	14
C. Extradition déguisée en expulsion	14
Projet d'article 8 : Interdiction de l'extradition déguisée en expulsion	27
D. Motifs d'expulsion	27
1. Ordre public et sécurité publique	28
a) Ordre public	29
b) Sécurité publique	32
2. Critères d'appréciation des motifs d'ordre public et de sécurité publique	36
3. Autres motifs d'expulsion	44

* Le Rapporteur spécial exprime ses vifs remerciements à M^{me} Brusil Miranda METOU, chargée de cours à la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Yaoundé II, pour son assistance dans la collecte de la documentation nécessaire à la rédaction du présent rapport, ainsi qu'au Secrétariat de la Commission, auteur du *Mémoire* publié comme document A/CN.4/565, dont il a tiré avantage, s'agissant en particulier de l'étude des législations nationales. Le Rapporteur spécial est cependant seul responsable du contenu du présent rapport.



a)	Intérêt supérieur de l'État	44
b)	Infraction à la loi	45
c)	Condamnation à une peine d'emprisonnement	52
d)	Non-respect des formalités administratives	57
e)	Santé publique	60
f)	Bonnes mœurs	64
i)	Mendicité – vagabondage	68
ii)	Débauche – Vie déréglée	68
g)	Motif idéologique et activité politique	70
i)	Motif idéologique	70
ii)	Activité politique	70
h)	Motif « culturel »	72
i)	Entrée illégale	73
j)	Non-respect des conditions d'admission	77
k)	Situation économique	81
l)	Mesures de prévention et de dissuasion	83
m)	Représailles	84
n)	Motifs divers	84
	Projet d'article 9 : Motifs d'expulsion	87
E.	Conditions de détention de la personne en cours d'expulsion	87
1.	Illustrations des conditions de détention attentatoires aux droits des étrangers en cours d'expulsion	88
2.	Conditions d'exécution de l'expulsion	98
3.	Conditions de détention de l'étranger en cours d'expulsion	103
4.	Durée de la détention	118
	Projet d'article B : Obligation de respecter les droits de l'homme de l'étranger au cours de l'expulsion ou pendant la détention en vue de l'expulsion	123

Introduction

1. Dans son cinquième rapport (A/CN.4/611), le Rapporteur spécial sur l'expulsion des étrangers a poursuivi l'examen des questions liées à la protection des droits de l'homme de la personne expulsée ou en cours d'expulsion en tant que limites au droit d'expulsion de l'État. Le malentendu suscité au sein de la Commission par l'approche suivie par le Rapporteur spécial à ce sujet a été dissipé dans le document (A/CN.4/617) qui s'efforce d'intégrer diverses préoccupations exprimées par les membres de la Commission lors des débats en plénière et restructure l'articulation des projets d'articles 8 à 15 auxquels a été ajouté un projet d'article nouveau étendant l'application desdits projets d'articles à l'État de transit. Les projets d'articles en question ainsi amendés devaient, selon la compréhension du Rapporteur spécial, être envoyés au Comité de rédaction conformément à la décision de la majorité des membres de la Commission.

2. Lors de l'examen, à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante et unième session¹, certaines délégations ont reconnu la complexité du sujet de l'expulsion des étrangers et ont émis des réserves quant à la pertinence de sa codification. L'attention a également été portée sur les difficultés qu'il y a à établir des règles générales sur le sujet. Tandis que certaines délégations insistaient sur le besoin pour la Commission de baser son travail sur les pratiques en cours dans les États, d'autres ont estimé que certains projets d'articles proposés étaient très généraux ou pas justifiés par des pratiques suffisantes en termes de droit coutumier.

3. Alors que le souhait émis était de voir la Commission enregistrer des progrès supplémentaires sur ce sujet au cours de sa soixante-deuxième session, l'on a aussi suggéré que des discussions sur l'attitude à adopter quant au sujet à examiner se déroulent au sein de la Commission, y compris la structure des projets d'articles qui étaient en cours d'élaboration, de même que le résultat possible du travail de la Commission.

4. Certaines délégations ont cherché une délimitation claire du sujet, compte tenu particulièrement des diverses situations et mesures à couvrir. L'opinion selon laquelle des sujets tels que le refus d'admission, l'extradition, autres transferts pour les besoins du maintien de l'ordre et les expulsions en situation de conflit armé doivent être exclus de la sphère des projets d'articles a été émise. L'attention a également été portée sur la distinction entre le droit d'un État à expulser des étrangers et l'application d'une décision d'expulser par déportation. Le besoin de distinguer entre la situation des étrangers réguliers et irréguliers a aussi été souligné.

5. A propos de la non-expulsion des nationaux, l'opinion selon laquelle on doit interdire l'expulsion des nationaux a été exprimée. On a également observé que cette interdiction concernait également les individus ayant acquis une ou plusieurs autres nationalités.

6. S'agissant de la protection des droits des personnes expulsées, les délégations ont bien accueilli l'accent que la Commission a mis sur la protection des droits humains au cours de l'examen du sujet. Certaines délégations ont souligné le besoin

¹ Voir résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-quatrième session, A/CN.4/620, 26 janvier 2010, par. 27 à 39.

de concilier le droit des États à expulser les étrangers et les droits des personnes expulsées, en prenant aussi en compte la situation qui prévaut dans l'État de destination. Tandis que la préférence était donnée à l'approche détaillée qui ne se limiterait pas uniquement à une liste de droits spécifiques, selon une autre opinion, l'analyse de la Commission devrait se limiter à ceux des droits spécifiquement appropriés en cas d'expulsion, y compris le rôle des assurances données par l'État de destination concernant le respect de ces droits.

7. Quelques autres délégations ont exprimé leurs préoccupations au sujet de l'élaboration d'une liste des droits de l'homme à respecter en cas d'expulsion, particulièrement à la lumière du fait que tous les droits de l'homme doivent être respectés et qu'il n'est pas possible de les énumérer tous dans les projets d'articles. L'introduction d'une disposition indiquant l'obligation générale de l'État expulsant de respecter les droits humains des personnes expulsées était alors encouragée par de nombreuses délégations. Qui plus est, un certain nombre de délégations était contre la différenciation, en ce qui concerne l'expulsion, entre les différentes catégories des droits de l'homme, particulièrement en qualifiant certains d'entre eux de « fondamentaux » ou d'« inviolables ».

8. Il a été ensuite suggéré que la Commission se base sur des principes établis reflétés dans les instruments largement ratifiés, contrairement aux concepts ou solutions issus des jurisprudences régionales.

9. Quelques délégations ont mentionné un certain nombre de droits de l'homme spécifiquement garantis qui doivent être assurés aux personnes expulsées, tels que le droit à la vie, l'interdiction d'expulser un individu vers un État dans lequel cet individu risque d'être soumis à la torture ou à toute autre forme de traitement cruel, inhumain ou dégradant, et le droit à une vie de famille. L'attention a aussi été portée sur les droits de propriété des étrangers expulsés, particulièrement en ce qui concerne la confiscation de leurs biens, ainsi que le droit à la compensation pour expulsion irrégulière. De plus, certaines délégations ont fait référence au besoin d'examiner les droits procéduraux des personnes affectées par l'expulsion, comme le droit de contester la légalité d'une expulsion, ou le droit à l'assistance d'un avocat.

10. Des points de vue ont été exprimés quant au respect du droit à la vie qui implique l'obligation pour l'État, avant l'expulsion d'un individu, d'obtenir des garanties suffisantes quant à la non-imposition de la peine de mort contre cet individu dans l'État de destination. D'autres ont aussi émis l'idée selon laquelle les États ne devraient pas être placés dans une situation où ils soient responsables de l'anticipation du comportement d'une tierce partie qu'ils ne peuvent ni prévoir, ni contrôler.

11. Tandis que l'opinion a été émise selon laquelle la dignité humaine est la base des droits de l'homme en général, et alors que l'élaboration de ce concept a été suggérée, certaines délégations estimaient que la signification et les implications légales des droits à la dignité n'étaient pas claires.

12. Certains ont exprimé l'opinion selon laquelle l'inclusion d'une disposition sur la protection des personnes vulnérables, telles que les enfants, les vieillards, les personnes handicapées et les femmes enceintes étaient nécessaires. L'on a ensuite suggéré que le principe du meilleur intérêt de l'enfant soit réaffirmé dans le contexte de l'expulsion.

13. Il a été dit que le traitement à réserver au principe de non-discrimination dans le contexte de l'expulsion n'était pas clair. L'on a dit que le principe de non-discrimination appliqué uniquement par rapport à la procédure d'expulsion était sans préjudice de la discrétion des États dans le contrôle de l'admission dans leurs territoires et dans l'établissement des motifs de l'expulsion des étrangers selon la loi sur l'immigration. Certaines délégations ont aussi exprimé quelques doutes quant à l'existence, dans le contexte de l'expulsion, d'une interdiction absolue de la discrimination basée sur la nationalité.

14. En ce qui concerne les motifs d'expulsion, certains ont exprimé l'opinion selon laquelle tout État souverain a le droit d'expulser les étrangers si ces derniers ont commis des crimes ou des délits, si leurs actions ont violé ses lois sur l'immigration ou s'ils constituent une menace pour leur sécurité nationale ou pour l'ordre public; ou si l'expulsion est nécessaire pour la protection de la vie, la santé, les droits ou les intérêts légitimes de ses nationaux. L'on a aussi dit que l'expulsion doit également servir une cause légitime et satisfaire le critère de proportionnalité entre les intérêts de l'État expulsant et ceux des individus expulsés.

15. On observera que la complexité d'un sujet ne saurait être un motif suffisant pour renoncer à sa codification; bien au contraire, il semble bien au Rapporteur spécial que l'une des raisons d'être de la Commission est de s'efforcer d'introduire de la clarté dans des sujets qui paraissent touffus et ne font pas encore l'objet d'un corpus de règles structurées et établies de manière conventionnelle dans l'ordre juridique international.

16. Quant aux autres remarques et préoccupations formulées par les membres de la Sixième Commission, certaines d'entre elles trouvent des réponses dans le document A/CN.4/617 précité, et d'autres les trouveront dans le présent Rapport. En effet, dans un nouveau projet de plan de travail (A/CN.4/618) où apparaît notamment une restructuration des projets d'articles, le Rapporteur spécial a présenté à la Commission une vision d'ensemble du traitement du sujet sur l'expulsion des étrangers en faisant ressortir le travail qui, d'après lui, restait à faire. Le présent rapport suit ledit plan, en le développant sur les points qui manquaient de détails. Ainsi, il complète la première partie du plan dédiée aux « Règles générales » en consacrant des développements aux aspects de la protection des droits de la personne expulsée ou en cours d'expulsion qu'il n'avait pas pu aborder dans les précédents rapports. Le présent rapport fournit ainsi un complément aux « Règles générales », avant d'entreprendre l'examen de la deuxième partie relative aux « Procédures d'expulsion », pour s'achever ensuite avec la troisième partie consacrée aux « Conséquences juridiques de l'expulsion ».

I. Compléments à la première partie relative aux règles générales

17. Ces éléments complémentaires portent sur les pratiques d'expulsion interdites d'une part, et sur la protection des droits de la personne expulsée ou en cours d'expulsion d'autre part.

Chapitre 3

Pratiques d'expulsion interdites (suite)

18. Dans le cadre de ce chapitre a déjà été examinée la question de l'expulsion collective. On y reviendra brièvement pour dissiper certaines appréhensions exprimées par quelques membres de la Commission. On considèrera ensuite deux autres pratiques interdites, à savoir l'expulsion déguisée et l'extradition déguisée sous forme d'expulsion, et enfin les motifs d'expulsion.

A. Expulsion collective

19. Cette question a déjà été traitée dans le Troisième rapport sur l'expulsion des étrangers². Le projet d'article 7 y relatif a été envoyé au Comité de rédaction qui y a effectué le travail de rédaction nécessaire et l'a adopté au cours de sa dernière session. On ajoutera, seulement à titre d'information complémentaire, que le problème des expulsions collectives ou en masse avait été débattu par l'International Law Association lors de sa soixante-deuxième conférence tenue à Séoul en août 1986, laquelle avait approuvé une déclaration de principes de droit international relatifs à ce sujet³. Dans cette déclaration comportant vingt principes, seuls les principes 17 et 18 concernent l'expulsion en masse d'étrangers. Ils n'excluent pas par principe l'expulsion en masse d'étrangers, mais déclarent simplement qu'elle ne doit pas être arbitraire et discriminatoire dans son application ni servir de prétexte à génocide, confiscation de la propriété ou représailles; le pouvoir d'expulsion doit en outre être exercé conformément aux principes de bonne foi, proportionnalité et justice, en respectant les droits fondamentaux des personnes concernées.

20. Le bref retour sur la question de l'expulsion collective des étrangers vise simplement à dissiper une inquiétude persistante chez certains membres de la Commission à propos du paragraphe 3 de ce projet d'article 7 consacré à la possibilité d'expulser un groupe de personnes agissant comme tel, en cas de conflit armé, pour des activités armées portant atteinte à la sécurité de l'État de résidence engagé dans le conflit avec leur État de nationalité. Dans sa version originale, le paragraphe 3 en question est ainsi libellé : « Les étrangers ressortissants d'un État engagé dans un conflit armé ne peuvent faire l'objet de mesures d'expulsion collective, sauf si, globalement comme groupe, ils ont fait preuve d'hostilité à l'encontre de l'État d'accueil ». Les débats engagés en plénière sur ce paragraphe se sont poursuivis au Comité de rédaction, lequel y a apporté les amendements jugés nécessaires⁴. Quelques membres de la Commission ont souhaité en effet que l'on s'assure qu'une telle disposition n'était pas contraire au droit international humanitaire.

21. Diverses dispositions de la quatrième Convention de Genève du 12 août 1949 peuvent être examinées afin de répondre à cette préoccupation. Certains auteurs qui ont abordé cette question de l'expulsion collective ou en masse des étrangers en période de conflits armés l'ont envisagée surtout sous l'angle des déportations,

² A/CN.4/581.

³ V. International Law Association, *Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion*, 62nd Conference of the ILA, Seoul, 24-30, August 1986, Conference Report 1986.

⁴ La version finalement adoptée par le Comité de rédaction sera présentée en son temps à la plénière, par le président dudit comité.

transferts et évacuations⁵, mettant l'accent sur l'article 49 de la quatrième Convention de Genève dont l'alinéa 1 interdit « [l]es transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la Puissance occupante ou dans celui de tout autre État, occupé ou non [...] quel qu'en soit le motif ». Un autre auteur estime en revanche qu'il faut plutôt considérer les articles 35 à 46 de la Convention précitée, dispositions qui, selon lui, sont relatives au traitement à accorder aux étrangers sur le territoire d'un État belligérant, ainsi que les articles 27 à 34 qui sont des dispositions communes aux territoires des parties au conflit et aux territoires occupés⁶.

22. Certes, hormis les cas de départs volontaires prévus par l'article 35 dans les conditions stipulées à l'article 36 de la Convention, le risque existe que les étrangers non rapatriés fassent ultérieurement l'objet d'une mesure d'expulsion collective ou en masse. À cet égard, on pourrait faire valoir, d'une part, que l'article 38 relatif aux personnes non rapatriées stipule que « la situation des personnes protégées restera, en principe, régie par les dispositions relatives au traitement des étrangers en temps de paix », d'autre part, que l'article 45 dévolu au transfert à une autre puissance régit tout déplacement individuel ou collectif des personnes protégées effectué par la Puissance détentrice.

23. A vrai dire, une lecture combinée des articles 45 et 4 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 pourrait donner à penser que le paragraphe 3 suscité du projet d'article 7 heurterait le droit humanitaire. Il n'en est rien.

24. En effet, l'article 45 dispose : « Une personne protégée ne pourra, en aucun cas, être transférée dans un pays où elle peut craindre des persécutions en raison de ses opinions politiques ou religieuses ». Les personnes protégées sont définies à l'article 4 de la Convention, comme « les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une partie occupante dont elle n'est pas le ressortissant ». Le paragraphe 3 en question n'entre pas dans l'hypothèse envisagée par ces articles 45 et 4 de la Convention de Genève. D'abord, l'article 4 ne semble pas viser clairement le cas d'un groupe d'étrangers résidant habituellement sur le territoire d'un État en conflit armé avec leur État de nationalité. Et à supposer même qu'une interprétation extensive des termes « personnes au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une partie occupante dont elle n'est pas le ressortissant » permette d'y inclure le groupe d'étrangers en question, on relèvera que ledit groupe d'étrangers n'entreraient pas dans la définition des « personnes protégées » au sens de la Convention dans la mesure où ils peuvent être assimilés à des « combattants » en raison de leurs activités armées hostiles, portant atteinte à la sécurité de l'État expulsant qui est en l'occurrence l'État de résidence des personnes concernées.

⁵ Voir, notamment, D. Oppenheim et H. Lauterpacht, *International Law, A Treatise*, Vol. 2, *Disputes, War and Neutrality*, 7th ed., London, Longman, 1952, p. 441-442; G.J.L. Coles, « The Problem of Mass Expulsion. A Background Paper » prepared for the Working Group of Experts on the Problem of Mass Expulsion convened by the International Institute of Humanitarian Law, San Remo, Italy (16-18 April 1983), spec., p. 78-80; S. Oda, « The Individual in International Law », M. Sorensen (ed.) *Manual of Public International Law*, London, Melbourne, Toronto, MacMillan, 1968, p. 482.

⁶ Voir R. Perruchoud, « L'expulsion en masse d'étrangers », *Annuaire français de droit international*, XXXIV, 1988, p. 677 à 693, spéc. p. 687.

Rappelons qu'en droit international humanitaire, on entend par combattant « les membres des forces armées d'une partie à un conflit (autres que le personnel sanitaire et religieux visé à l'article 33 de la troisième convention) (article 42, par. 2 du protocole additionnel I de 1977). Ensuite, dans la mesure où le groupe d'étrangers en question mène ses activités armées hostiles dans l'intérêt de la nationalité de ses membres engagé dans un conflit armé avec l'État de résidence, les membres du groupe expulsés ou en cours d'expulsion ne peuvent « craindre des persécutions en raison leur opinions politiques ou religieuses ». Le seul fait de combattre pour leur pays les mettrait à l'abri d'un tel risque.

25. Comme l'a relevé avec justesse un auteur : « En 1949, sur la base des expériences enregistrées lors de la guerre, la question n'était pas tant de protéger les civils ennemis contre une expulsion en masse que de les prémunir contre l'internement ou le travail forcé, mesures pouvant transformer ces personnes en virtuels otages. C'est pourquoi l'article 35 confère à toute personne protégée le droit de quitter le territoire au début ou au cours d'un conflit »⁷. Il n'est donc pas étonnant que l'expulsion, qu'elle soit individuelle ou collective, ne soit mentionnée ni dans l'article 45, ni dans les autres dispositions analysées. On a tiré des considérations ci-dessus la conclusion ci-après, qui confirme la position exprimée par le Rapporteur spécial lors des discussions sur le paragraphe 3 du projet d'article 7 contenu dans son Troisième Rapport :

« Ainsi, il n'y a pas, dans le droit des conflits armés, de disposition spécifique relative à l'expulsion en masse; cette constatation s'applique tant aux conflits armés internationaux que non internationaux, de sorte que nous retombons dans la réglementation générale du temps de paix. »⁸

26. Or, le temps de paix n'est pas le temps de guerre, et certains actes qui en temps de paix apparaîtraient ordinaires prennent en temps de guerre une signification et une portée particulières. À circonstances exceptionnelles, mesures exceptionnelles. C'est dans ce sens qu'il faut envisager la question de l'expulsion collective en cas de guerre en gardant à l'esprit qu'elle ne peut intervenir que suivant les circonstances et dans les conditions exposées dans le Troisième Rapport, à la lumière d'éléments de la pratique des États et de la jurisprudence citées dans ledit Rapport.

27. Il n'est en outre pas sans intérêt de rappeler que l'Institut de Droit international avait clairement prévu les cas d'expulsion collective dans sa résolution sur les « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers » adopté le 9 septembre 1892 à sa Session de Genève. Sous l'appellation d'« expulsion extraordinaire », il distinguait entre l'« expulsion extraordinaire (ou en masse) définitive » et l'« expulsion extraordinaire (ou en masse) temporaire » s'appliquant à des catégories d'individus « à raison d'une guerre ou de troubles graves survenus sur le territoire; elle ne produit son effet que pour la durée de la guerre ou pour un délai déterminé »⁹.

⁷ Ibid., p. 687.

⁸ Ibid., p. 687 et 688.

⁹ Institut de droit international, Session de Genève, 1892, « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers », (Rapporteurs L.-J.D. Féraud-Giraud et Ludwig von Bar), art. 23 et 24.

28. Pour toutes les raisons qui précèdent, le Rapporteur spécial ne pense pas que le paragraphe 3 du projet d'article 7 soit en contradiction avec le droit international humanitaire. Bien au contraire, il est conforme à la pratique ancienne et récente des États, comme le Rapporteur spécial l'a montré dans son troisième rapport.

B. Expulsion déguisée

29. L'expression « expulsion déguisée » est employée souvent dans les écrits de diverses organisations de défense des droits des étrangers ou des membres de certaines corporations professionnelles telles que les journalistes. Ainsi, et pour s'en tenir à quelques exemples récents, a-t-on parlé d'« expulsion déguisée » de l'envoyé spécial de la chaîne de télévision australienne ABC, ainsi que d'une équipe de la chaîne de télévision néo-zélandaise TV3, tous contraints de quitter le Fidji, le 14 avril 2009, par la junte militaire qui a pris le pouvoir à Suva à la suite d'un coup d'État en décembre 2006 : les trois journalistes n'ont pas été formellement arrêtés par les forces de sécurité fidjiennes, mais celles-ci ne leur ont pas laissé d'autre choix que de quitter le pays en les escortant à l'aéroport de la capitale¹⁰. Il s'agit en réalité d'une expulsion par le comportement des autorités d'un État, sans un acte formel d'expulsion¹¹; elle ne peut donc être considérée comme « déguisée » que si l'on admet qu'il n'y a d'expulsion qu'en vertu d'un acte formel. De même, a-t-on dénoncé le non-renouvellement des visas de ressortissants français séjournant à Madagascar, notamment le correspondant de Radio France Internationale et de la Deutsche Welle dans ce pays, comme des « expulsions déguisées », en arguant de ce que les autorités malgaches n'ont pas motivé leur décision de refus, et en prétendant qu'une telle motivation devrait s'imposer, au moins dans le cas des journalistes¹². Or, non seulement la législation malgache comme celle de la plupart des autres pays ne prescrit pas une telle obligation, mais sur le plan du droit international l'octroi des visas comme leur renouvellement sont une prérogative souveraine de chaque État.

30. La notion d'expulsion déguisée soulève quelques interrogations. En premier lieu, quel est le rôle de l'intention dans la légalité ou l'illégalité d'une telle expulsion eu égard en particulier à l'exigence de la motivation de l'acte d'expulsion? En deuxième lieu, dans quelle mesure l'État est-il libre de choisir la procédure à emprunter pour contraindre un étranger à quitter son territoire, sachant qu'il doit être donné à l'étranger concerné par l'expulsion la possibilité de présenter sa cause et de défendre ses droits?

31. Il n'est pas toujours aisé de distinguer les cas d'expulsion déguisée ou indirecte de l'expulsion en violation des règles de procédure. On peut dire cependant que cette dernière recouvre non seulement les cas d'expulsion par un comportement de l'État mais aussi l'expulsion sur la base d'un acte pris par une autorité incompétente, ou exécutée sans respect des divers délais prévus par la

¹⁰ V. « Censure préalable et expulsion des journalistes étrangers : Fidji devient une dictature militaire », jeudi 16 avril 2009, par Jesusparis.

¹¹ Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial a montré que l'expulsion pouvait se faire au moyen du seul « comportement » des autorités d'un État, en l'absence d'un acte formel (A/CN.4/573, par. 189).

¹² V. www.courierinternational.com/fiche-pays/Madagascar24.05.2005, qui cite notamment les journaux malgaches : *La Gazette de la Grande Île*, *L'Express*, *Midi Madagasikara*.

législation nationale, alors que l'expulsion déguisée qui pourrait correspondre à ce que l'on a appelé dans la langue anglaise « constructive expulsion »¹³, concerne exclusivement les cas où, parce qu'elle est feinte ou masquée, l'expulsion ne fait pas l'objet d'une mesure formelle. La pratique fournit d'autres exemples encore que ceux mentionnés ci-dessus : l'« expulsion déguisée » en raison de la confiscation ou d'une invalidation non motivée du titre de séjour régulier d'un étranger; l'« expulsion déguisée » par des mesures « incitatives » à un retour « prétendument volontaire » mais ne laissant en fait aucun choix à l'étranger; l'« expulsion déguisée » résultant du comportement hostile de l'État vis-à-vis de l'étranger.

32. L'expulsion déguisée en raison de la confiscation ou de l'invalidation non motivée du titre de séjour régulier d'un étranger peut être illustrée par le cas de M. Sylvam Ufer, un prêtre jésuite ayant vécu pendant 33 ans à Madagascar. En 2007, il s'est vu notifier une annulation de son visa de séjour permanent et, de ce fait, contraint de quitter le pays. Le Ministre de l'Intérieur malgache est revenu sur cette décision d'expulsion déguisée deux ans plus tard, permettant à l'intéressé de regagner la Grande Île¹⁴. Font également partie de ce type d'expulsion déguisée les cas, fréquents en Afrique ces dernières années, de personnes arrêtées alors que leurs titres de séjour sont en cours de validité ou dont lesdits titres de séjour sont détruits ou confisqués, les mettant ainsi dans une situation où ils n'ont d'autres choix que de quitter le territoire. De tels cas ont été rapportés en Afrique du Sud¹⁵ et sont récurrents en Guinée équatoriale¹⁶.

33. En ce qui concerne le refus de réadmission d'un étranger en situation régulière de retour d'un séjour à l'étranger, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle un étranger en séjour régulier dans un État se voit opposer un refus d'y retourner après un séjour hors du territoire de cet État. Dans ce cas, l'État expulsant trouve le prétexte d'une expulsion par la sortie de l'étranger.

34. S'agissant des mesures « incitatives » au retour ne laissant pas de choix à l'étranger, elles participent des nouvelles politiques de lutte contre l'immigration et pour la diminution du nombre d'étrangers accueillis, mises en place par certains États notamment en Europe. Il en est ainsi des plans de retour dits « volontaires » notamment en Espagne et en France. Ces programmes de départ ou de retour « volontaire » imposent en fait des retours obligatoires. Comme l'a relevé Guy S. Goodwin-Gill : « In practice, there may be little difference between forcible expulsion in brutal circumstances, and "voluntary removal" promoted by laws which declare continued residence illegal and encouraged by threats as to the

¹³ V. *Expulsion des étrangers. Mémoire du Secrétariat*, p. 37.

¹⁴ <http://www.madagascar-tribune.com>.

¹⁵ Pour ce pays, de tels cas ont été rapportés notamment par le journal *The Sunday Independent* du 9 avril 2000. Selon le responsable d'Amnesty International, Sarah Motha : « Les policiers arrêtent tous les immigrés sans discrimination. Ils ne font pas attention au statut de demandeur d'asile. On nous a rapporté plusieurs cas lors desquels les policiers faisaient mine de ne pas voir le papier attestant d'une demande d'asile en cours. » On parle aussi « des personnes arrêtées alors que leur titre de séjour n'est pas périmé, de papiers détruits ou confisqués ». Source : <http://www.parlament.ch/i/suche/pagine/geschaefte.aspx?geschidentification=19973467>.

¹⁶ V. entre autres le quotidien *Mutations*, n° 2508, 13 octobre 2009, p. 5 qui rapporte que « les cartes de séjour exigées à tout étranger, pourtant achetée à environ 600 000 francs cfa, ont été simplement confisquées par les forces de maintien de l'ordre de Guinée équatoriale. Dans le cas d'espèce, et sur la base des témoignages de ces étrangers arrivés à Douala, ces documents sont souvent déchirés par certains agents véreux ».

consequences of continued residence »¹⁷. Il indique par ailleurs : « States authorities can also induce expulsion through various forms of threat and coercion [...] In *Orantes-Hernandez v. Meese* 685 F. Supp. 1488 (C.D. Cor. 1988) the court found that substantial members of Salvadoran asylum seekers were signing 'voluntary departure' forms under coercion, including threats to detention, deportation, relocation to a remote place and communication of personal details to their government »¹⁸.

35. En Espagne, parmi les mesures de lutte contre l'accroissement continu du chômage consécutif à la crise économique, le gouvernement a mis en place un programme appelé « plan de retour volontaire » destiné aux ressortissants des 20 pays avec lesquels l'Espagne a signé des accords en matière de sécurité sociale. Ce programme, validé le 19 septembre 2008, « encourage » les immigrés en situation régulière, mais au chômage, à rentrer dans leur pays d'origine. En échange, le gouvernement espagnol s'engage à leur verser l'ensemble des indemnités auxquelles ils ont droit, en deux versements, dont 40 % avant leur départ et 60 % un mois après leur retour dans leur pays. Les personnes concernées doivent quitter le territoire espagnol dans les jours qui suivent le premier versement des allocations, en compagnie de leur famille si celle-ci est venue par le biais du regroupement familial, et doivent s'engager à ne pas retourner en Espagne pendant les trois années qui suivent leur retour dans leur pays d'origine¹⁹. Or, les personnes visées se trouvant en situation régulière en Espagne, ont le droit d'y séjourner légalement, d'y travailler ou de toucher des allocations chômages. Bien sûr, le gouvernement met l'accent sur le caractère « volontaire » de la décision de retour. Mais il s'agit à l'évidence d'un habillage juridique habile de mesures d'expulsion déguisée. En effet, le simple fait d'encourager des migrants en situation régulière à regagner leur pays d'origine en contrepartie de leur dû ne constitue-t-il pas une atteinte à un droit de séjour qui leur est pourtant garanti par leur permis de résidence? La volonté des personnes concernées peut-elle être libre dans ce cas, prise en tenaille qu'elle est entre la pression du chômage et la perspective de toucher des indemnités (qu'elle aurait pu percevoir sous forme d'allocation chômage en restant en Espagne) si elle se résout à rentrer dans son pays d'origine?

36. En France, l'« aide au retour » naguère instaurée par la loi « Stoléru »²⁰ (du nom du ministre de l'intérieur qui en eut l'initiative) supprimée après l'arrivée au pouvoir des socialistes en 1981, réapparaît sous l'expression de « retour humanitaire ». En effet, la « maîtrise des flux migratoires » étant devenue l'objectif premier des politiques d'immigration, le gouvernement français a mis au point la solution des « retours humanitaires forcés » en particulier devant la « difficulté » reconnue par son ministre en charge de l'Immigration nationale, « d'expulser les Roumains et les Bulgares » dont les pays sont désormais membres de l'Union

¹⁷ G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 218.

¹⁸ Ibid, p. 155.

¹⁹ Source : www.planderetornovoluntario.es. Pour plus de détails, voir : le quotidien espagnol *El País*, Madrid, 19 septembre 2008 ; <http://www.elpais.com/articulo/espana/plan/retorno/voluntario/inmigrantes/entrara/vigor/novi/embre/caracter/permanente/elpepuesp/20080919elpepunac10/tes>.

²⁰ Pour un panorama de la législation française sur l'immigration, voir : D. Lochak, « La politique de l'immigration au prise de la législation sur les étrangers » in *Les lois de l'inhospitalité*, La Découverte, 1997, et « La politique de l'immigration au prisme de la législation sur les étrangers (2) » Source : <http://www.gisti.org/doc/presse/1997/lochak/po-2html>.

européenne (U.E.). Ces dispositifs d'aide au « retour humanitaire », instaurés par une circulaire de décembre 2006, ont été utilisés à plusieurs reprises pour habiller des opérations d'expulsion de ces nouveaux citoyens européens. L'association de défense des droits des travailleurs étrangers, GISTI, signale par exemple qu'à Bondi le 26 septembre 2007, Saint-Denis le 10 octobre, Bagnolet le 24 et dans d'autres villes encore, la police a investi à l'aube des terrains occupés par des Roms, ressortissants bulgares ou roumains selon le cas, a embarqué les habitants dans des bus affrétés à cette fin et leur a donné de choisir entre « la prison » ou le départ immédiat vers leur pays d'origine « avec l'aide au retour ». Personne n'aurait été autorisée à récupérer ses affaires, « ni à présenter les documents qui auraient pu prouver qu'elle remplissait toutes les conditions lui donnant le droit de s'établir durablement en France. Ceux qui avaient sur eux leurs passeports se les sont vu confisquer »²¹. On est d'autant plus frappé dans le cas de l'espèce que les victimes de ces retours forcés sont des citoyens européens jouissant, à ce titre, du droit à la libre circulation et au séjour au sein de l'Union européenne.

37. Dans son Deuxième rapport, le Rapporteur spécial a exposé que l'expulsion ne présuppose pas nécessairement une mesure formelle, mais qu'elle peut résulter aussi du comportement d'un État rendant la vie sur son territoire si difficile pour l'étranger que celui-ci n'a pas d'autre choix que de quitter le pays²². Rappelons à cet égard la décision rendue par le Tribunal des Réclamations Iran-États-Unis qui a examiné diverses demandes liées à cette forme d'expulsion qui apparaît déguisée; le Tribunal a résumé en les termes ci-après, les caractéristiques de cette « constructive expulsion » :

« Such cases would seem to presuppose at least that the circumstances in the country of residence are such that the alien cannot reasonably be regarded as having any real choice, and that behind the events or acts leading to the departure there is an intention of having the alien ejected and these acts, moreover, are attributable to the State in accordance with principles of state responsibility.»²³

38. Dans l'affaire Érythrée/Éthiopie, la Commission des réclamations a eu à examiner elle aussi la question de l'expulsion déguisée; sans toutefois conclure

²¹ GISTI, « Les nouveaux retours humanitaires forcés : un nouveau concept ! Un communiqué du GISTI », novembre 2007. Des chèques d'un montant de 153 euros pour les adultes et 46 euros pour les enfants correspondant à leur arrivée dans leurs pays d'origine respectifs.

²² V. *Deuxième rapport sur l'expulsion des étrangers*, A/CN.4/573, 17 juillet 2006.

²³ D. J., HARRIS, *Cases and Materials on International Law*, 4th ed., London, Sweet and Maxwell, 1991, p. 502 (commentant les décisions du Tribunal des Réclamations Iran-États-Unis relatives à la « Constructive expulsion »). Voir aussi G. GAJA « Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law », *Cursos Euromediterraneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, p. 283 à 314, spéc. p. 289 à 290 qui cite les décisions suivantes du Tribunal : *Short v Iran case* Judgment of 14 July 1987. 16 *Iran-United States claims Tribunal Reports (1987-III)* 76, p. 85 à 86; *International Technical Products Corporation v. Iran case*, Judgment of 19 August 1985. 9 *Iran-United States Claims Tribunal Reports (1985-II)* 10, p. 18; et *Rankin v. Iran case*, Judgment of 3 November 1987, 17 *Iran-United States Claims Tribunal Reports (1987-IV)* 135, pp. 147-148; P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th rev. ed., London/New York, Routledge, 1997, p. 262 ; J. R., Crook, « Applicable law in international arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal experience », *American Journal of International Law*, vol. 83, 1989, pp. 278-311, at pp. 308-309; and Ruth L., Cove, « State responsibility for constructive wrongful expulsion of foreign nationals », *Fordham International Law Journal*, vol. 11, 1987-1988, pp. 802 à 838.

qu'elle était établie en l'espèce. L'Éthiopie prétendait en effet que l'Érythrée était responsable d'expulsions « indirectes » ou « constructives » d'Éthiopiens, contrairement au droit international. La Commission a écarté cette charge au motif que les Éthiopiens concernés n'avaient pas été expulsés par le gouvernement érythréen ou du fait de la politique dudit gouvernement, mais pour des raisons économiques ou pour des perturbations dues à la guerre dont l'Érythrée n'était pas responsable. Selon la Commission, il y avait un éventail de départs volontaires des Éthiopiens d'Érythrée en 1999 et au début de 2000. Certes, les éléments de preuve suggèrent que le voyage retour en Éthiopie ou vers d'autres destinations pouvait être rude en particulier pour ceux qui devaient traverser le désert. « However, the evidence does not establish that this was the result of actions or omissions by Eritrea for which it is responsible. Accordingly, Ethiopia's claims in this respect are dismissed »²⁴.

39. On peut donc inférer de ce qui précède, par un raisonnement a contrario, que la Commission aurait admis la thèse de l'expulsion « indirecte » ou « constructive », si le départ des Éthiopiens de l'Érythrée vers leur pays d'origine avait résulté d'actions ou d'omissions de l'Érythrée. Un tel comportement, constitutif de l'expulsion déguisée, aurait été contraire au droit international.

40. Dans le même ordre d'idées, la définition du terme expulsion contenue dans la Déclaration des principes de droit international sur les expulsions de masse, adoptée par l'International Law Association à sa soixante-deuxième Conférence à Séoul, couvre également les situations où le départ obligatoire ou forcé d'individus est réalisé par des moyens autres qu'une décision formelle ou un ordre des autorités d'un État. Cette définition couvre les situations où un État aide ou tolère les actes commis par ses citoyens en vue de provoquer le départ d'individus du territoire dudit État²⁵ :

« [...] "expulsion" in the context of the present Declaration may be defined as an act, or failure to act, by a state with the intended effect of forcing the departure of persons, against their will from its territory for reason of race, nationality, membership of a particular social group or political opinion [...] "a failure to act" may include situations in which authorities of a State tolerate, or even aid and abet, acts by its citizens with the intended effect of driving groups or categories of persons out of the territory of that State, or where the authorities create a climate of fear resulting in panic flight, fail to assure protection to those persons or obstruct their subsequent return [...] »²⁶.

41. L'expulsion déguisée est par nature contraire au droit international, d'une part, parce qu'elle porte atteinte aux droits des personnes expulsées de cette manière, et donc aux règles de fond en matière d'expulsion qui combinent le droit d'expulsion de l'État et l'obligation de respecter les droits de l'homme des personnes expulsées, d'autre part, en ce qu'elle ne respecte pas les règles de procédure en la matière qui offrent à la personne expulsée la possibilité de défendre ses droits.

²⁴ *Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award, Civilians claims, Eritrea's claims*, 15, 16, 23 and 27, 32, The Hague December 17, 2004.

²⁵ V. *Expulsion des étrangers. Mémoire du Secrétariat*, A/CN.4/565, p. 39

²⁶ International Law Association, *Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion*, 62nd Conference of the ILA, Seoul, 24-30 August 1986, *Conference Report 1986*, p. 13.

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

Projet d'article A **Interdiction de l'expulsion déguisée**

- 1. Toute forme d'expulsion déguisée d'un étranger est interdite**
- 2. Au sens du présent projet d'article, l'expulsion déguisée s'entend du départ forcé d'un étranger d'un État, résultant d'actions ou d'omissions dudit État, ou de situations où cet État appuie ou tolère des actes commis par ses citoyens en vue de provoquer le départ d'individus de son territoire**

43. On peut dire que ce projet d'article relève à la fois de la codification d'une règle induite et du développement progressif du droit international. En effet, bien qu'elles ne reposent pas formellement sur des dispositions conventionnelles existantes ou sur une règle établie du droit international coutumier, les dispositions de ce projet d'article découlent d'une part, de ce que la pratique de l'expulsion déguisée viole, comme nous l'avons indiqué ci-avant, l'obligation de respecter les garanties générales offertes à l'étranger, en particulier celui en situation régulière dans l'État d'accueil, et les règles de procédure en matière d'expulsion d'un tel étranger; d'autre part, du constat qu'une telle pratique est largement critiquée par la société civile dans les États concernés.

C. Extradition déguisée en expulsion

44. L'expulsion d'un étranger peut prendre la forme d'une extradition déguisée. Lors même que les deux procédures conduisent au même résultat, à savoir l'éloignement de l'étranger du territoire de l'État où il réside, elles diffèrent à maints égards tant sur les conditions de fond que de forme. L'extradition est, rappelons-le, une procédure interétatique consistant pour un État à remettre à un autre État, à la demande de ce dernier, une personne se trouvant sur son territoire et qui « pénalement poursuivi[e] ou condamné[e] par le second, est réclamé[e] par celui-ci pour y être jugé[e] ou y subir sa peine. »²⁷ C'est une procédure qui peut avoir de lourdes conséquences pour les droits de l'homme et les libertés individuelles de la personne en cause. En effet, « le droit commun, tel qu'il résulte des conventions d'extradition courantes, [...] considère la livraison d'un délinquant à la justice étrangère comme un acte grave, qui, par respect de la liberté individuelle et de l'honneur de l'État, doit être soumis à de strictes garanties de fond et de forme »²⁸. C'est pourquoi l'extradition dite « déguisée » connaît de façon générale la réprobation en droit international. Comme l'a écrit un auteur, « l'extradition déguisée résulte d'accords apparents et apparemment réguliers, mais qui constituent un détournement de procédure. Leur objet véritable, tenu caché, est de procurer une

²⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2008, Association Henri Capitant, 4^e éd., p. 395.

²⁸ A. Decocq, « La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l'extradition », *Revue critique de droit international privé*, 1964, p. 412 ; voir aussi D. Rouget, « Le respect du droit extraditionnel et les « extraditions déguisées », *RTDH*, 1999, n° 37, p. 169 à 197, p. 169.

extradition, en utilisant une procédure parallèle qui a, en général, un autre objet mais qui permet, au cas particulier, l'équivalence de résultat »²⁹.

45. Il convient avant toute chose de procéder à une clarification terminologique, suite à la distinction suggérée par certains auteurs entre « extradition déguisée » et « extradition de facto »³⁰. L'expression « extradition déguisée » peut avoir une connotation négative en ce sens qu'elle laisse supposer une intention inavouée, qui trahirait un abus de droit ou une mauvaise foi. En revanche, l'expression « extradition de facto » a une connotation neutre, en ceci qu'elle ne fait qu'indiquer la conséquence de l'expulsion. Un auteur écrit à ce sujet :

« Assurément, si les autorités du pays de destination veulent poursuivre ou punir la personne expulsée du chef d'une infraction pénale, l'expulsion peut s'analyser en une extradition de facto. On a donc pris l'habitude de qualifier une telle expulsion d'"extradition déguisée" mais il convient d'utiliser ce terme avec prudence. Il n'y a véritablement d'"extradition déguisée" que lorsque le motif principal de l'expulsion est l'extradition. Ce serait le cas, par exemple, d'un fugitif ressortissant d'un État A, qui, entrant sur le territoire d'un État B en venant d'un État C, est expulsé vers un État D où des poursuites pénales ont été engagées contre lui. Cependant, rares sont les cas aussi flagrants. Lorsqu'une personne est expulsée vers l'État d'où elle est venue ou vers son État de nationalité, la qualification d'"extradition déguisée" dépend de l'interprétation de l'intention des autorités. Il se peut que l'intention de l'État expulsant soit avant tout de livrer un criminel à une juridiction compétente mais il se peut aussi que l'expulsion ait cette conséquence par pure coïncidence. Il convient dans ce cas d'utiliser l'expression neutre "extradition de facto". »³¹

46. La distinction entre extradition déguisée et extradition de facto peut s'avérer utile mais elle ne semble pas être uniformément admise dans la pratique. La notion d'extradition déguisée a été décrite comme suit :

« La pratique connue sous le nom d'"extradition déguisée" consiste à interdire à une personne d'entrer sur le territoire à la demande d'un État et de l'expulser vers cet État ou vers un autre État qui veut la poursuivre ou la punir. Elle a pour effet de contourner les dispositions du droit interne qui permettent normalement de contester la légalité de l'extradition et d'établir que l'intéressé est poursuivi pour des motifs politiques.

On a longtemps contesté la légalité du recours aux lois de l'immigration à de telles fins, mais on peut aussi soutenir que ces lois concourent à la répression internationale de la criminalité, et que les extraditions de facto sont donc justifiées. Il serait en effet un peu spécieux d'exiger une procédure d'extradition lorsqu'un État a déjà décidé, par application de sa politique d'immigration, de ne pas permettre à un étranger de demeurer sur son territoire. Quoi qu'il en soit, le but premier de l'expulsion est de débarrasser l'État d'un étranger indésirable et il se réalise par le départ de celui-ci. En théorie, sa destination devrait importer peu à l'État expulsant même si, dans certains cas, l'expulsion peut donner prise à l'obligation pour l'État de

²⁹ C. Lombois, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1979, 2^e édition, 688 p., p. 563.

³⁰ V. *Expulsion des étrangers*, *Mémoire du Secrétariat*, op. cit., par. 432 et 433, p. 256 et 257.

³¹ I. A. Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester University Press, 1971, p. 78.

destination d'accueillir l'expulsé s'il est un de ses ressortissants et ne sait où d'autre aller. À l'inverse de l'extradition, qui se fonde sur un traité, l'expulsion ne donne aucun droit à un autre État et, en théorie, aucun autre État ne peut influencer sur la destination.

[...]

La simplification des procédures d'extradition continuera d'être défendue avec force, en particulier entre États alliés ou amis. Une expulsion effectuée en application des lois d'immigration réduit les délais et les coûts. Elle permet d'éviter les problèmes tenant au défaut de preuves, au fait que l'infraction retenue n'est pas visée dans le traité d'extradition ou à l'absence même de traité. Cependant, il apparaît que le droit moderne de l'expulsion n'ignore pas les exigences de la légalité et la nécessité du droit d'appel. Ce droit, qui traduit ainsi l'avènement des principes des droits de l'homme, renseigne sur l'attitude moderne de l'État à l'égard des droits des personnes. »³²

47. En fait, la question de l'extradition déguisée a retenu très tôt l'attention du juge ainsi que de la doctrine. Selon Ivan Anthony Shearer, l'origine de l'expression « extradition déguisée » remonte à une décision rendue au milieu du XIX^e siècle par un tribunal français : « Le terme extradition déguisée [en français dans le texte] a déjà été utilisé en 1860 par un tribunal français [...] »³³. En 1892, l'Institut de droit international a déclaré que « le refus d'extradition n'implique pas la renonciation au droit d'expulsion » et que « l'expulsé réfugié sur un territoire pour se soustraire à des poursuites au pénal, ne peut être livré, par voie détournée, à l'État poursuivant, sans que les conditions posées en matière d'extradition ait été dûment observées »³⁴. Bien plus tard, en 1983, l'Institut de droit international rappelle que « le fait que l'extradition d'un étranger est interdite par le droit interne ne fait pas obstacle à ce que cet étranger puisse être expulsé selon des procédures légales »³⁵.

48. Il n'existe pas d'énoncé conventionnel explicite sur le caractère illégal de l'extradition déguisée en une expulsion et, alors que les tribunaux nationaux offrent, comme on va le voir, une jurisprudence foisonnante sur la question, la jurisprudence internationale en la matière n'est pas abondante. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré sans ambiguïté, à la suite des juridictions françaises, l'illégalité d'une telle pratique dans l'affaire *Bozano c. France*³⁶ en s'appuyant sur l'article 5 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme.

49. Voici les faits de l'espèce : M. Bozano est un Italien arrêté par la police italienne le 9 mai 1971, relâché le 12 mai puis arrêté de nouveau le 20 mai pour avoir abusé et assassiné une jeune fille suisse de 13 ans, Milena Sutter, à Gène, le 6 mai 1971. Il était aussi accusé d'attentat à la pudeur et agression avec violence sur

³² Goodwin-Gill, *The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law*, Oxford University Press, U.K., 1977, p. 525, p. 55-156.

³³ I. A. Shearer, op. cit., p. 78, note 2 (citant A. Decocq, « La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l'extradition », *Revue critique de droit international privé*, 1964, p. 411 à 424).

³⁴ Institut de Droit international, « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers », session de Genève, 9 septembre 1892, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, tome XII, 1892-1894, p. 218 sqq.

³⁵ Institut de Droit international, Résolution du 1^{er} septembre 1983 sur les « Nouveaux problèmes en matière d'extradition », session de Cambridge, article VIII par. 2.

³⁶ CEDH, *Bozano Case*, 18th December 1986, in *International Law Reports*, vol. 86, p. 322 et s.

quatre femmes. Le 15 juin 1973, après plusieurs mois d'audiences, la Cour d'assises de Gênes le condamne à deux ans et quinze jours d'emprisonnement pour les crimes commis à l'encontre d'une des quatre femmes et prononce la relaxe pour les autres crimes, y compris celui perpétré sur Milena Sutter, pour manque de preuves. Le parquet fit appel. Mais l'accusé demanda le report du procès après l'ouverture de celui-ci, arguant, sur la base d'un certificat médical, de son hospitalisation pour maladie. La Cour d'Assises d'Appel de Gênes estima qu'il refusait délibérément de comparaître et poursuivit le procès. Après d'autres considérations de procédure, elle prononça, le 22 mai 1975, la condamnation de M. Bozona à l'emprisonnement à vie par contumace pour les crimes perpétrés contre Milena Sutter, et à quatre ans de prison pour les autres crimes; la Cour estima qu'il n'y avait aucune circonstance atténuante. Le 25 mars 1976, la Cour de cassation italienne rejeta le pourvoi du condamné; le procureur de la République de Gênes émit un ordre d'arrestation et un mandat d'arrêt international fut lancé par la police italienne le 1^{er} avril 1976.

50. En janvier 1979, la gendarmerie française arrêta M. Bozano dans le département de la Creuse au cours d'un contrôle de routine, et le plaça le même jour en détention à la prison de Limoges dans le département de la Haute-Vienne. Le 15 mai 1979, la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Limoges, saisie de cette affaire, se prononça contre l'extradition de Bozano en Italie motif pris de la contrariété de la procédure de jugement par contumace observée devant la Cour d'assises de Gênes avec l'ordre public français. L'arrêt de la chambre d'accusation était définitif en vertu de l'article 17 de la loi française du 10 mars 1927 sur l'extradition des étrangers.

51. Le soir du 26 octobre 1979, à 20 h 30 environ, trois policiers en tenue dont l'un au moins était armé interpellèrent M. Bozano alors qu'il rentrait à son domicile, le menottèrent et l'amènèrent au commissariat de police. Ils lui servirent l'ordonnance ci-après établie depuis plus d'un mois et signée par le ministre de l'intérieur à l'intention du Préfet de la Haute-Vienne :

« The Minister of the Interior

Having regard to Article 23 of the Aliens (Conditions of Entry and Residence) Ordinance of 2 November 1945,

Having regard to the Decree of 18 March 1946,

Having regard to information obtained concerning Lorenzo Bozano, born on 3 October 1945 in Genoa (Italy);

Deeming that the presence of the above-mentioned alien on French territory is likely to jeopardize public order (*ordre public*),

By this Order requires :

1. the above-named to leave French territory;
2. the Prefects to execute this Order. »³⁷

52. Bien que Bozano s'opposa à sa « déportation » et demanda à être traduit devant le panel d'appel prévu par l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, il lui fut signifié qu'il n'en n'était pas question et qu'il « was going to be taken at once to Switzerland (and not to the Spanish boarder, which was the nearest

³⁷ Reproduit in *ibid.*, par. 24.

frontier) »³⁸. Ainsi, sans être mis en situation de quitter la France pour un pays de son choix ou d'informer son épouse ou son avocat, l'intéressé était embarqué menotté à bord d'un véhicule et expulsé en Suisse par la frontière près d'Annemasse où il fut remis à la police de ce pays.

53. On rappellera qu'en 1976, l'Italie à qui la Suisse est liée par la Convention européenne sur l'extradition du 13 décembre 1957, avait demandé l'extradition de Bozano à la Suisse. Expulsé en Suisse par la France, L. Bozano fut alors extradé en Italie le 18 juin 1980 après que le Tribunal fédéral suisse eut rejeté son objection le 13 juin.

54. Mais dès décembre 1979, l'avocat de M. Bozano avait saisi les juridictions françaises aux fins d'obtenir le retour de l'intéressé en France. Le 14 janvier 1980, le président du tribunal de Grande Instance rendit une ordonnance motivée comme suit :

« The various events between Bozano's being apprehended and his being handed over to the Swiss police disclose manifest and very serious irregularities both from the point of view of French public policy (ordre public) and with regard to the rules resulting from application of Article 48 of the Treaty of Rome. Moreover, it is surprising that precisely the Swiss border was chosen as the place of deportation although the Spanish border is nearer Limoges. Lastly, it may be noted that the courts have not been given an opportunity of making a finding as to the possible infringements of the deportation order issued against him, because as soon as the order was served on him, Bozano was handed over to the Swiss police, despite his protests. The executive thus itself implemented its own decision.

It therefore appears that this operation consisted, not in a straightforward expulsion on the basis of the deportation order, but in a prearranged handing over to the Swiss police [...] »³⁹

55. Dans son arrêt du 18 décembre 1986, la Cour européenne des droits de l'homme confirma ce raisonnement, en particulier la qualification d'« extradition déguisée » dans les termes suivants :

« Viewing the circumstances of the case as a whole and having regard to the volume of material pointing in the same direction, the Court consequently concludes that the applicant's deprivation of liberty in the night of 26 to 27 October 1975 was neither "lawful", within the meaning of Article 5(1)(f), nor compatible with the "right to security of person". Depriving Mr Bozano of his liberty in this way amounted in fact to a disguised form of extradition designed to circumvent the negative ruling of 15 May 1979 by the Indictment Division of the Limoges Court of Appeal, and not to "detention" necessary in the [27] ordinary course of "action [...] taken with a view to deportation". The findings of the presiding judge of the Paris tribunal de grande instance – even if obiter – and of the Limoges Administrative Court, even if that court had only to determine the lawfulness of the order of 17 September 1979, are of the utmost importance in the Court's view; they illustrate the vigilance displayed by the French courts.

³⁸ Ibid., par. 25.

³⁹ Ibid., par. 31.

There has accordingly been a breach of Article 5(1) of the Convention. »⁴⁰

56. La doctrine partage cette manière de voir. L'auteur d'un commentaire de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, rendant compte de la jurisprudence de la CEDH en 1986, relève que la double exigence contenue dans l'article 5 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme est, d'une part, le respect du droit interne qui se trouve incorporé dans la Convention par l'effet de l'expression « selon les voies légales » et, d'autre part, la conformité au but de cet article qui est de « protéger l'individu contre l'arbitraire » comme l'a indiqué la Cour dans l'affaire *Bozano* (par. 54). En l'espèce cet arbitraire tenait aux conditions d'exécution de l'arrêté d'expulsion : avoir laissé l'intéressé dans l'ignorance d'une décision prise un mois auparavant et exécuter celle-ci par la force au moment même de sa notification; ne pas lui avoir laissé le choix du pays d'accueil⁴¹ ni l'avoir conduit à la frontière la plus proche; enfin l'avoir remis à la Suisse liée à l'Italie par une Convention d'extradition, avertie par Interpol de l'imminence de l'expulsion, et État de nationalité de la victime pour le meurtre de laquelle Bozano avait été condamné en Italie. L'auteur conclut : « Cette forme expéditive de coopération policière n'est ni régulière au sens de l'article 5 ni compatible avec le droit à la sûreté; la privation de liberté imputable à la France sort de sa prérogative d'expulser et n'est qu'une détention arbitraire au service d'une extradition déguisée (arrêt *Bozano* par. 55 à 60) »⁴². Un autre auteur constate plus simplement que la première condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme a eu lieu avec l'arrêt *Bozano*, « dans un contexte judiciaire particulier s'agissant d'une « extradition déguisée » en faveur de l'Italie où M. Bozano avait été condamné à perpétuité par contumace pour un crime sordide »⁴³.

57. La question de l'extradition déguisée s'est posée à nouveau dans l'affaire *Öcalan c. Turquie*⁴⁴. À la lumière de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans cette affaire, les faits de la cause peuvent être résumés ainsi qu'il suit : M. Abdullah Öcalan est un Kurde de Turquie. Avant son arrestation, il était le chef du PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan). Le 9 octobre 1998, M. Öcalan fut expulsé de Syrie, où il résidait depuis de longues années. Arrivé le même jour en Grèce, les autorités de ce pays lui demandèrent de quitter le territoire grec dans les deux heures et rejetèrent sa demande d'asile politique. Le 10 octobre 1998, il se rendit à Moscou dans un avion affrété par les services grecs. Sa demande tendant à obtenir le statut de réfugié politique en Russie fut acceptée par la Douma, mais le premier ministre russe ne mit pas cette décision en application. Le 12 novembre 1998,

⁴⁰ Ibid., par. 60.

⁴¹ Comme l'a souligné Charles Rousseau à l'occasion de l'affaire *Klaus Barbie* (dans cette affaire, la France avait demandé l'extradition de l'intéressé poursuivi pour crimes contre l'humanité, mais la Cour suprême de Bolivie s'y était opposée pour défaut de convention d'extradition entre les deux États, et la Bolivie avait alors expulsé l'intéressé vers la France) : « Le propre de l'expulsion est de laisser l'expulsé libre de regagner le pays de son choix et non de le remettre aux représentants d'un État étranger aux fins de son arrestation subséquente et de son transfert sur le territoire dudit État » (C. Rousseau, note sous l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française du 6 octobre 1983, *Revue générale de droit international public*, 1984, p. 510).

⁴² Voir V. Coussirat-Coustere, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 1986 », *Annuaire français de droit international* (AFDI), XXXIII, 1987, p. 245

⁴³ E. Decaux, « Le droit international malgré tout [...] » *Accueillir*, n° 252, décembre 2009, p. 54.

⁴⁴ CEDH, Requête n° 46221/99, arrêt du 12 mai 2005.

M. Öcalan se rendit à Rome et présenta une demande d'asile politique. Les autorités italiennes mirent d'abord l'intéressé en détention, puis l'assignèrent à domicile. Tout en refusant de l'extrader vers la Turquie, les autorités administratives italiennes rejetèrent sa demande d'asile politique. M. Öcalan dut quitter l'Italie à la suite de pressions dans ce sens. Après avoir passé un ou deux jours en Russie, il se rendit de nouveau en Grèce, probablement le 1^{er} février 1999. Le lendemain, le 2 février 1999, il fut emmené au Kenya, reçu à l'aéroport de Nairobi par les agents de l'ambassade grecque et installé à la résidence de l'ambassadeur. L'intéressé présenta à l'ambassadeur grec à Nairobi une demande d'asile politique en Grèce, mais cette demande demeura sans réponse. Le 15 février 1999, le ministère des affaires étrangères du Kenya annonça que M. Öcalan était entré sur le territoire kenyan à bord d'un avion qui avait atterri à Nairobi sans déclarer son identité et sans se soumettre au contrôle des passeports, alors qu'il était accompagné par des agents grecs. Le dernier jour du séjour du requérant à Nairobi, l'ambassadeur grec, à l'issue de son entretien avec le ministre kenyan des Affaires étrangères, annonça à l'intéressé qu'il était libre de partir où il le désirait et que les Pays-Bas étaient prêts à l'accueillir. Le 15 février 1999, des agents kenyans se présentèrent à l'ambassade de Grèce afin de conduire M. Öcalan à l'aéroport. L'ambassadeur de Grèce ayant manifesté le souhait d'accompagner lui-même l'intéressé à l'aéroport, une discussion entre lui et les agents kenyans eut lieu. Finalement, M. Öcalan prit la voiture conduite par un agent kenyan. En chemin, ce véhicule se sépara du convoi et se rendit, par un passage réservé à la sécurité, dans la zone internationale de l'aéroport de Nairobi, au pied d'un avion dans lequel des agents de sécurité turcs attendaient M. Öcalan. Celui-ci fut appréhendé à 20 heures environ après être monté dans l'avion⁴⁵.

58. Abdullah Öcalan était l'objet de sept mandats d'arrêt décernés à son encontre par les juridictions turques et Interpol avait émis un avis de recherche (bulletin rouge) le concernant. Dans tous ces documents, on lui reprochait d'avoir fondé une bande armée en vue de mettre fin à l'intégrité territoriale de l'État turc et d'avoir été l'instigateur de plusieurs actes de terrorisme ayant abouti à des pertes en vie humaine⁴⁶.

59. Au cours de la procédure devant la Cour, le requérant a fait valoir qu'aucune procédure d'extradition à son encontre n'a été engagée au Kenya, et que les autorités de ce pays ont décliné la responsabilité quant à son transfert vers la Turquie. Une simple collusion entre des fonctionnaires kenyans non autorisés et le gouvernement turc ne saurait être qualifiée de coopération entre États. Selon le requérant, son arrestation est le résultat d'une opération planifiée en Turquie, en Italie et en Grèce, ainsi que dans d'autres États. Se référant à l'affaire *Bozano c. France* (arrêt du 18 décembre 1986, série A n°111, p. 23, par. 54), il a mis l'accent sur la nécessité de protéger la liberté et la sûreté de l'individu contre l'arbitraire. Il fait valoir qu'en l'espèce « son expulsion forcée est en réalité une extradition déguisée qui le prive de toute garantie procédurale ou matérielle »⁴⁷. Il a rappelé à ce propos que l'exigence de légalité au sens de l'article 5 par. 1 vise aussi bien le droit international que le droit interne. Pour le requérant, la décision de la Commission dans l'affaire *Sanchez Ramirez c. France* (n° 28780/95, décision de la Commission du 24 juin 1996, DR 86-A, p. 155) est hors de propos en l'espèce. Alors qu'il y a eu coopération entre la France et le Soudan dans l'affaire

⁴⁵ Ibid., par. 14, 15, 16 et 17.

⁴⁶ Ibid., par. 18.

⁴⁷ Ibid., par. 77.

mentionnée, les autorités kenyanes n'ont pas coopéré avec les autorités turques dans son cas. Dans l'affaire susmentionnée, la Commission aurait estimé que le requérant était sans conteste un terroriste. L'extrême sensibilité de la question abordée dans cette affaire a certainement pesé dans la décision de la Cour. On sait à quel point le terrorisme est devenu un repoussoir. Or M. Öcalan et le PKK déclarent avoir eu recours à la force afin de mettre en œuvre le droit d'autodétermination de la population d'origine kurde. Invoquant la jurisprudence de plusieurs juridictions nationales⁴⁸, le requérant soutient que les modalités de son arrestation ne respectaient ni le droit kenyan ni les normes établies par le droit international, que cette arrestation s'analyse en un enlèvement et que sa détention et son procès, qui se basaient sur cette arrestation illégale, doivent être considérés comme nuls et nonavenus.

60. La Cour n'a pas suivi la thèse du requérant, mais celle du Gouvernement turc selon laquelle « [l]e requérant a été appréhendé par les autorités du Kenya et livré aux autorités turques dans le cadre d'une coopération entre ces deux États ». Pour le Gouvernement turc en effet : « Il ne s'agit pas d'une extradition déguisée : la Turquie a accepté la proposition des autorités du Kenya de lui transférer le requérant, qui se trouvait d'ailleurs clandestinement dans ce dernier pays »⁴⁹. Suivant cette argumentation, la Cour déclare :

« La Convention ne fait pas obstacle à une coopération entre les États membres, dans le cadre de traités d'extradition ou en matière d'expulsion, visant à traduire en justice des délinquants en fuite, pour autant que cette coopération ne porte atteinte à aucun droit particulier consacré par la Convention (ibid., p. 24 et 25, par. 169). En ce qui concerne les relations en matière d'extradition entre un État partie et un État non-partie à la Convention, les normes établies par un traité d'extradition ou, en l'absence d'un tel traité, la coopération entre les États concernés figurent aussi parmi les éléments pertinents pour établir la légalité de l'arrestation mise en cause par la suite devant elle. La livraison d'un fugitif résultant d'une coopération entre États ne constitue pas, en tant que telle, une atteinte à la légalité de l'arrestation, donc ne pose pas de problème sous l'angle de l'article 5 (Freda c. Italie, n° 8916/80 décision de la Commission du 7 octobre 1980, DR 21 p. 250, *Altmann (Barbie) c. France*, n° 10689/83, décision de la Commission du 4 juillet 1984, DR 37, p. 225, et *Reinette c. France*, n° 14009/88, décision de la Commission du 2 octobre 1989, DR 63, p. 189). »⁵⁰

Elle ajoute plus loin :

« [...] Même une extradition atypique, sous réserve qu'elle soit issue d'une coopération entre les États concernés et que l'ordre d'arrestation trouve sa

⁴⁸ Voir notamment : Décision de la Chambre des Lords dans l'affaire *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court, ex parte Bennet Appeal Cases* 1994, vol. 1, p. 42 ; décision de la Cour d'appel de Nouvelle Zélande dans l'affaire *Reg. V. Harlley, New Zealand Law Reports* 1978, vol. 2, p. 199 ; décision de la Cour d'appel des États-Unis (deuxième circuit, 1974) dans l'affaire *United States v. Toscanino, Federal Reporter (Second Series)*, vol. 555, pp. 267-268 ; décision du 28 mai 2001 de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud dans l'affaire *Mohamed and Dalvie v. President of the Republic of South Africa and Others, South African Law Reports* 2001, vol. 3, p. 893 (CC).

⁴⁹ Ibid., par. 81.

⁵⁰ Ibid., par. 86 et 87.

base légale dans un mandat d'amener décerné par les autorités de l'État d'origine de l'intéressé, ne saurait être, en tant que telle, contraire à la Convention (Sánchez Ramirez, décision précitée). »⁵¹

61. Ainsi donc, la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'en soi une extradition déguisée n'est pas contraire à la Convention des lois européenne si elle résulte d'une coopération entre les États impliqués et si le transfèrement est fondée sur un mandat d'amener émis par les autorités du pays d'origine de la personne concernée⁵². En dépit de cette position de la Cour, les faits semblent confirmer sa position dans l'affaire Bozano. Il est fort probable que si les faits de l'espèce ne se rapportaient pas à des affaires de terrorisme, la Cour n'aurait eu aucun mal à confirmer la jurisprudence Bozano.

62. La pratique américaine semble aller dans le sens de cette position confirmée dans l'affaire Öcalan plutôt que dans celle affirmée dans l'arrêt Bozano. Ainsi, les États-Unis ont sollicité à la fin 2001 la coopération de l'Union européenne dans le cadre de leurs politiques de l'immigration et de lutte contre le terrorisme, en leur demandant notamment d'envisager «des alternatives à l'extradition, comme l'expulsion ou l'éloignement, lorsque la loi le permet et lorsque cela est plus efficace »⁵³.

63. Les tribunaux de plusieurs États ont été amenés à apprécier si une expulsion était en fait une extradition déguisée⁵⁴. Dans certains cas, ces tribunaux ont examiné le but de l'expulsion et l'intention des États pour se prononcer⁵⁵.

⁵¹ Ibid., par. 89.

⁵² V. également : Comm.EDH, décision du 4 juillet 1984, *Klaus Altmann (Barbie) contre France*, req. n° 10689/83, D. R. 37, p. 225; Comm.EDH, décision du 24 juin 1996, *Illich Ramirez Sánchez contre France*, req. n° 28780/95, D. R. 155 ; CEDH, arrêt du 12 mars 2003, *Öcalan c. Turquie*, par. 91, confirmé par CEDH, arrêt du 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, par. 89.

⁵³ Text of US letter from the President of the United States George W. Bush with demands for EU for cooperation, 16 octobre 2001, www.statewatch.org: *Explore alternatives to extradition including expulsion and deportation, where legally available and more efficient*. Pour le texte intégral de la lettre cf. en particulier www.statewatch.org/news/2001/nov/06Ausalet.htm. Cette source est citée par V. CHAMPEIL-DESPLAT, « Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers : perspective comparative », Colloque de Nanterre organisé par le CEJEC et le CREDOF, *Droits de l'homme et droit des étrangers depuis le 11 septembre 2001 : approche comparée France, Europe, États-Unis*, 20 mai 2003, actes publiés à la Gazette du Palais, 19-21 octobre 2003, n° 292 à 294, p. 2 à 24, sp. p. 12 à 19, p. 16.

⁵⁴ Voir par exemple *Barton v. Commonwealth of Australia*, Haute Cour, 20 mai 1974, *International Law Reports*, vol. 55, E. Lauterpacht et C. J. Greenwood (dir. publ.), p. 11 à 37; *Lülf c. État néerlandais*, Cour d'appel de La Haye, 17 juin 1976, *International Law Reports*, vol. 74, E. Lauterpacht et C. J. Greenwood (dir. publ.), p. 424 à 426; *R. v. Bow Street Magistrates*, ex parte *Mackeson*, Haute Cour d'Angleterre (tribunal divisionnaire 25 juin 1981, *International Law Reports*, vol. 77, E. Lauterpacht et C. J. Greenwood (dir. publ.), p. 336 à 345; *R. v. Guildford Magistrates' Court*, ex parte *Healy*, Haute Cour d'Angleterre (tribunal divisionnaire), 8 octobre 1982, *International Law Reports*, vol. 77, E. Lauterpacht (dir. publ.) et C. J. Greenwood, p. 345 à 350; *Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another*, Zimbabwe Rhodesie, Haute Cour, division générale, 21 novembre 1979, *International Law Reports*, vol. 88, E. Lauterpacht, C. J. Greenwood et A.G. Oppenheimer (dir. publ.), p. 246 à 259; affaire de l'arrêté d'interdiction de séjour (2), op. cit., p. 433 à 436; *Hans Muller of Numberg v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta, and Others*, 1955, op. cit., p. 497; *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*, op. cit., p. 469. Lorsqu'elles ont examiné les expulsions contestées et leurs conséquences, les instances juridictionnelles se sont intéressées en particulier à la forme, au fond et à l'objet des procédures en cause. Les

64. Dans une affaire portée devant la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, les requérants contestaient la légalité de l'expulsion de M. Mohamed vers les États-Unis, affirmant qu'il s'agissait là d'une extradition déguisée. Le verdict de la Cour a reposé sur d'autres considérations, à savoir que le transfèrement de M. Mohamed aux États-Unis, où il encourrait la peine de mort, était contraire à la Constitution sud-africaine. Cependant, ses constatations sur la différence entre expulsion et extradition sont dignes d'intérêt :

« L'expulsion et l'extradition n'ont pas la même finalité. Dans le cas de l'expulsion, un État oblige à partir un étranger qui n'est pas autorisé à séjourner sur son territoire. Dans le cas de l'extradition, un État livre à un autre État une personne qui y est accusée ou reconnue coupable d'une infraction, afin qu'il puisse la soumettre à ses lois. Ces finalités peuvent toutefois coïncider lorsqu'un étranger en situation irrégulière est "expulsé" vers un pays qui veut le juger du chef d'une infraction pénale justiciable de ses tribunaux.

exemples de jurisprudences nationales mentionnées dans les cinq paragraphes qui suivent sont tirés de l'*Etude sur l'expulsion des étrangers. Mémoire du Secrétariat*, op. cit., par. 438 à 442.

- ⁵⁵ « Il n'était pas question d'extradition dissimulée car rien n'indiquait que l'État [en question] avait influencé la décision de l'Allemagne de l'Ouest de retirer sa demande d'extradition, et il se sentait raisonnablement tenu de livrer cet Allemand de l'Ouest à la police des frontières ou est allemande, puisque seule l'Allemagne de l'Ouest était tenue de l'accueillir, et il pouvait à juste titre considérer qu'aucun autre pays ne l'accueillerait sans document de voyage valable ». *Lülf c. État néerlandais*, op. cit., p. 426. « En conséquence, si, en l'espèce, le but du Ministre de l'intérieur était de livrer le requérant aux États-Unis d'Amérique parce qu'ils le réclamaient en tant que criminel en fuite, la mesure est illégale. En revanche, si son but était de l'expulser vers son pays parce qu'il considérait que sa présence au Royaume-Uni n'était pas souhaitable, la mesure est légale. Il appartient aux tribunaux de déterminer si le Ministre de l'intérieur a agi dans un but légal ou illégal ». *Reg v. Governor of Brixton Prison, ex parte Soblen*, op. cit., p. 280. « Rien ne permet de supposer que la police a tenté de persuader les autorités des États-Unis d'expulser le requérant pour pouvoir l'arrêter dans ce pays et contourner ainsi les dispositions du traité d'extradition entre les deux pays ». *R. v. Guildford Magistrates' Court, ex parte Healy*, op. cit., p. 348; « En fait, la question est la suivante : le pouvoir d'arrêter le requérant a-t-il été exercé dans le but d'expulser un habitant indésirable – une personne dont la présence dans le pays n'était pas souhaitable – ou dans le dessein dissimulé d'expulser vers le Royaume-Uni, dans l'intérêt général de la justice, une personne accusée d'avoir enfreint les lois de ce pays? » *Mackeson v. Minister of Information, Immigration and Tourism and Another*, op. cit., p. 251; « De même, une expulsion ne peut être ordonnée pour contourner l'interdiction d'extrader. Cependant, une telle expulsion n'est jugée inadmissible que s'il apparaît clairement que l'intention des autorités était de se soustraire à la réglementation restrictive en matière d'extradition ». *Affaire de l'arrêté d'interdiction de séjour (2)*, op. cit., p. 435; voir aussi *Lopez de la Calle Gauna*, Conseil d'État, France, 10 avril 2002 (l'expulsion vers l'État de nationalité est autorisée même si l'intéressé y est poursuivi dès lors qu'aucune demande d'extradition n'a été présentée). En revanche, « Le fait qu'une demande [d'extradition] a été formulée ne limite en rien le pouvoir discrétionnaire qu'a le Gouvernement de choisir la procédure [d'expulsion] la moins lourde qu'offre la loi sur les étrangers, à condition toutefois que l'intéressé quitte l'Inde en homme libre ». *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta, and Others*, op. cit., p. 500; « Si le requérant, après avoir quitté notre territoire, n'était pas laissé en liberté mais livré à l'Italie [où il serait probablement poursuivi pour ses activités politiques], il s'agirait en fait d'une extradition que le Gouvernement italien n'aurait pas demandée et que le Gouvernement brésilien n'aurait pas décidé d'accorder ». *In re Esposito*, Cour suprême fédérale du Brésil, 25 juillet 1932, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1933-1934*, E. Lauterpacht (dir. publ.), affaire n° 138, p. 333.

L'expulsion est d'ordinaire un acte unilatéral alors que l'extradition est consensuelle. Les procédures diffèrent fondamentalement dans certains cas, notamment lorsque la légalité de l'expulsion est contestée. En l'espèce, toutefois, la distinction est sans intérêt. La procédure empruntée pour renvoyer Mohamed aux États-Unis d'Amérique était illégale, qu'on la qualifie expulsion ou extradition. De plus, le Gouvernement sud-africain est tenu d'obtenir l'assurance que le pays de destination n'imposera pas la peine de mort à la personne expulsée ou extradée. Cette obligation découle des faits de l'espèce et de la Constitution, et non des dispositions législatives ou conventionnelles en vertu desquelles il procède à l'"expulsion" ou à l'"extradition". »⁵⁶

65. Dans une affaire antérieure, la Cour suprême de l'Inde avait décidé que l'État était libre de choisir la procédure à emprunter pour obliger un étranger à quitter son territoire :

« La loi sur les étrangers donne à l'Inde le pouvoir d'expulser des étrangers. Elle confère au Gouvernement central un pouvoir discrétionnaire absolu et, en l'absence de dispositions constitutionnelles limitant ce pouvoir, un droit illimité d'expulsion. [...] La loi sur les étrangers n'est pas régie par les dispositions de la loi sur l'extradition. Ces deux lois sont distinctes sans effet l'une sur l'autre. Même lorsqu'une demande d'extradition est fondée, le Gouvernement n'est pas tenu d'y accéder [...] S'il choisit de la rejeter, la personne visée par la demande ne peut donc insister pour qu'il y accède. Elle n'en a pas le droit, et le fait qu'une demande d'extradition a été formulée ne limite en rien le pouvoir discrétionnaire qu'a le Gouvernement de choisir la procédure d'expulsion la moins lourde prévue par la loi sur les étrangers, à condition toutefois que l'intéressé quitte l'Inde en homme libre. Il en serait allé autrement si le Gouvernement n'avait pas eu le choix, mais en l'occurrence, on ne peut l'accuser de mauvaise foi parce qu'il exerce la liberté de choix que la loi lui confère. L'argument tiré du manque de bonne foi du Gouvernement ne peut prospérer. »⁵⁷

66. Dans l'affaire *Barton v. Commonwealth of Australia*, la Haute Cour d'Australie, saisie de l'affaire de l'extradition d'un ressortissant australien demandée au Brésil par le Gouvernement australien, a relevé que le Gouvernement australien avait présenté la demande suivante par voie diplomatique :

« En l'absence de traité d'extradition entre le Brésil et l'Australie, l'Ambassade a l'honneur de demander une mesure de détention en vertu de l'article 114 du décret-loi 66.689 du 11 juin 1970. Bien qu'une loi équivalente n'existe pas en droit australien, la loi sur les migrations prévoit des procédures d'expulsion qui, avec l'approbation des Ministres, pourraient être appliquées si une personne recherchée par le Brésil trouvait refuge en Australie. »⁵⁸

67. Tout en estimant que la demande d'extradition était légale, la Cour a considéré que la condition de réciprocité, en l'absence de traité d'extradition, ne pouvait être satisfaite par référence à la législation sur l'expulsion, les deux procédures étant distinctes. Son président, le juge Barwick, a souligné ce qui suit :

⁵⁶ *Mohamed and Another v. President of the Republic of South Africa and Others*, op. cit., p. 486 et 487, par. 41 et 42.

⁵⁷ *Muller v. Superintendent, Presidency Jail, Calcutta, and Others*, op. cit., p. 498 à 500.

⁵⁸ *Barton v. Commonwealth of Australia*, op. cit., p.12.

« À l'extradition comme mode de remise, la plupart des pays préfèrent le droit d'expulser les personnes dont ils jugent la présence indésirable. Lorsque ce droit d'expulsion est réglementé par la loi, ce qui est généralement le cas dans les pays de Common Law, il est limité, notamment en ce qui concerne les motifs d'expulsion. Parfois se pose la question de savoir si le motif véritable de l'expulsion est légitime et s'il ne s'agit pas en réalité d'une extradition illégale ou, comme d'aucuns l'on dit, une "extradition déguisée" (voir *O'Higgins in 27 Mod LR 521*). À l'évidence, le pouvoir d'expulsion découlant par exemple des lois sur l'immigration n'est pas un pouvoir d'extradition. Du point de vue tant du droit international que du droit interne, on ne peut tolérer que le pouvoir d'expulsion soit utilisé pour suppléer au pouvoir d'extradition. En outre, devant s'en tenir aux cas et motifs d'expulsion prévus par la loi, les autorités ne peuvent utiliser ce pouvoir d'expulsion comme un pouvoir d'extradition, même s'il peut arriver dans certains cas que l'expulsion tienne lieu d'extradition. Les objections à l'utilisation de l'expulsion ou des lois de l'immigration pour suppléer à l'extradition sont évidentes : voir Shearer, *Extradition in International Law*, p. 19 et 87 à 90; voir aussi O'Higgins, *Disguised Extradition*, 27 Mod LR, p. 521 à 539; Hackworth's *Digest of International Law*, vol. 4, p. 30.

[...]

En conséquence, lorsque le pouvoir de remise n'est pas organisé par la loi, comme en Australie, le pays requérant ne peut véritablement proposer la réciprocité dans le cas de personnes ou d'infractions qui ne relèvent pas de la législation pertinente, ou d'États auxquels cette législation ne s'applique pas. Un pays ne peut pas non plus s'engager à user de son pouvoir d'expulsion au lieu de son pouvoir d'extradition pour satisfaire à la condition de réciprocité. Pour des raisons que j'ai brièvement évoquées, le champ d'application limité du pouvoir d'expulsion fait qu'on ne peut à bon droit l'utiliser pour donner l'assurance que tout fugitif serait extradé sur demande. Dans le cas de l'Australie, la loi de 1958 et 1966 sur l'immigration ne peut tenir lieu de pouvoir d'extrader et l'existence de cette loi ne peut constituer l'assurance d'un traitement réciproque en matière d'extradition. Cependant, il revient à l'État requis de décider s'il se satisfait d'une telle déclaration de réciprocité. »⁵⁹

68. La question des conséquences de l'extradition déguisée a été soulevée dans l'affaire *R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson*⁶⁰, dans laquelle la Haute Cour d'Angleterre a été amenée à rechercher si elle pouvait connaître d'une affaire dans laquelle le Zimbabwe avait procédé à l'expulsion d'un étranger afin d'opérer une extradition déguisée. La Cour a déclaré ce qui suit :

⁵⁹ Ibid., p. 14 à 16. « Cependant, une expulsion peut dans ces circonstances être illégale au regard du droit interne. Si c'est le cas, comme la Cour fédérale d'Australie l'a estimé dans *Schlieske v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, "la distinction [...] entre une expulsion à des fins d'extradition (« extradition déguisée ») et une expulsion à des fins de contrôle de l'immigration constituant une extradition de facto" peut être "difficile à opérer dans la pratique" ». GAJA, op. cit., p. 299 (citant l'arrêt du 8 mars 1988, *Australian Law Reports*, vol. 84, p. 725).

⁶⁰ *R. v. Bow Street Magistrates, ex parte Mackeson*, op. cit., p. 343. Pour se prononcer, la Cour s'est fondée en grande partie sur la décision d'expulsion rendue par la Haute Cour de Rhodésie dans l'affaire *Mackeson*, op. cit., p. 246 à 259.

« Quelle que soit la raison pour laquelle le requérant s'est retrouvé à l'aéroport de Gatwick, même s'il y est arrivé par une voie frauduleuse ou illégale, il se trouvait sur le sol britannique. Il était recherché par la police de ce pays. En conséquence, le simple fait que son arrivée ait été illégalement obtenue ne remet pas en cause la compétence de la Cour. »⁶¹

69. Néanmoins, statuant en équité, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire de se dessaisir de l'espèce⁶².

70. Il reste que la pratique de l'extradition déguisée en expulsion demeure contraire au droit international positif. On peut en effet la considérer comme contraire notamment à l'article 9 paragraphe 1 du Pacte international sur les droits civils et politiques qui dispose « Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs, et conformément à la procédure prévus par la loi ». De même, l'article 13 n'autorise l'expulsion d'un individu se trouvant légalement sur le territoire d'un État contractant qu' « en exécution d'une décision prise conformément à la loi [...] ».

71. Sur le plan jurisprudentiel, l'arrêt *Bozano* de la Cour européenne des droits de l'homme peut trouver appui dans la décision du Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans l'affaire *Garcia c. Équateur*⁶³, quand bien même le motif explicite de cette décision ne fut pas l'extradition déguisée. Cette affaire soulevait le problème de l'expulsion d'un ressortissant colombien de l'Équateur vers les États-Unis d'Amérique, où il était poursuivi pour trafic de drogues. Il fut établi que le gouvernement américain n'avait pas fait application du traité d'extradition existant entre les deux pays concernés parce qu'il doutait que l'extradition du requérant soit accordée par la justice équatorienne. L'intéressé n'a pas pu parler à un avocat, ni été en mesure de demander l'examen par un juge équatorien de la légalité de son expulsion. Les autorités de l'État expulsant ayant admis que ladite procédure d'expulsion était irrégulière, le Comité a déclaré qu'il y avait eu violation des articles 9 et 13 du Pacte de 1966⁶⁴.

72. On n'a pu trouver plusieurs décisions rendues par les juridictions de caractère universel en la matière. Toutefois, la clarté et la pertinence du motif invoqué par les juridictions nationales puis par la Cour européenne des droits de l'homme, condamnant les unes et l'autre la pratique de l'extradition déguisée en expulsion, et l'adhésion de la doctrine à cette position de la jurisprudence font de l'arrêt *Bozano* un indicateur de tendance. Aussi, à défaut de parler de codification d'une règle coutumière de l'interdiction de la pratique de l'expulsion à des fins d'extradition, pourrait-on consacrer cette règle au titre de développement progressif.

⁶¹ *R. v. Bow Street Magistrates*, ex parte *Mackeson*, op. cit., p. 343.

⁶² *Ibid.*, p. 336 à 345.

⁶³ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 5 novembre 1991, *Edgar A. Cañón Garcia c. Équateur*, communication n° 319/1988 du 4 juillet 1988, CCPR/C/43/D/319/1988, 12 novembre 1991. Affaire citée par D. Rouget, op. cit., p. 181.

⁶⁴ V. A.-L. Ducroquetz, « *L'expulsion des étrangers en droit international et européen* », thèse, Université de Lille 2, 2007, p. 414.

Projet d'article 8

Interdiction de l'extradition déguisée en expulsion

Sans préjudice de la procédure normale d'extradition, un étranger ne doit pas être expulsé, sans son consentement, vers un État où il fait l'objet d'une demande d'extradition, ni vers un État qui a un intérêt particulier à répondre favorablement à une telle demande

D. Motifs d'expulsion

73. Il est admis que si les conditions d'admission des étrangers sur le territoire d'un État relèvent de sa souveraineté et par suite de sa compétence exclusive, l'État ne peut, à son gré, leur retirer la faculté de séjour. « L'expulsion ne doit être ordonnée que s'il y a de justes motifs, des motifs sérieux, d'intérêt public et de nécessité publique qui la rendent nécessaire »⁶⁵. L'essentiel de la doctrine sur l'expulsion des étrangers va dans ce sens au moins depuis la fin du XIX^e siècle⁶⁶.

74. Il est également établi en droit international que l'État expulsant « doit, quand l'occasion s'en présente, en donner les raisons »⁶⁷, et ceci que ce soit à la demande de l'expulsé, de l'État de destination de la personne expulsée⁶⁸ ou devant un tribunal international⁶⁹. Autrement dit l'expulsion doit être motivée par l'État expulsant. Encore faut-il que ces motifs ne soient pas arbitraires. « Pour exercer le droit d'expulsion, il faut de justes motifs », disait Canonico⁷⁰ suivi en cela par divers auteurs de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle⁷¹. Ces « justes motifs », estimait-on alors, se « rattachent à l'idée élémentaire que, dans un intérêt supérieur de conservation, l'État peut expulser un étranger dont la présence sur le territoire est dangereuse pour la sûreté intérieure ou extérieure de l'État »⁷².

75. Le débat sur les motifs ou les causes d'expulsion est ancien. On note que les législations des États, anciennes ou plus récentes, utilisent à ce sujet une

⁶⁵ Voir A. MARTINI, *L'expulsion des étrangers*, op. cit., p. 54.

⁶⁶ Voir notamment : de BAR, in *Journal du droit international privé*, 4^e éd. trad. ANTOINE, t. 3, n° 1297, p. 93.

⁶⁷ V. Affaire *Boffolo*, in RALSTON, *Law and Procedure of International Tribunals*, par. 515, pp. 287-288.

⁶⁸ Par exemple, un certain nombre de traités conclus au XIX^e siècle entre la France et plusieurs États d'Amérique stipulaient qu'avant de procéder à l'expulsion, le gouvernement de chaque État contractant en communiquera les motifs aux agents diplomatiques ou consulaires des États étrangers concernés. Il en est ainsi du traité du 9 décembre 1834 entre la France et la Bolivie ; du traité du 6 juin 1843 entre la France et l'Équateur ; du traité du 8 mars 1848 entre la France et le Guatemala ; du traité du 22 février 1856 entre la France et le Salvador ; et du traité du 9 mars 1861 entre la France et le Pérou. Et par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée, ces dispositions s'étendaient aux rapports avec d'autres États (V. FAUCHILLE, *Traité*, t. 1, 1^{ère} partie, 1922, n° 447, in fine, p. 878 et n° 450, p. 982 ; DESPAGNET et C. De BOECK, *Cours de droit international public*, 4^e éd., 1910, n° 337 in fine, p. 478 ; E. BROCHARD, *The Diplomatic Protection* § 30, p. 56).

⁶⁹ V. Affaire *Boffolo* précitée, RALSTON, op. cit., § 515, p. 287-288 ; E. BROCHARD, op. cit., p. 56, note 4 et p. 57, note 4 ; N. POLITIS, *Le problème de la limitation de la souveraineté*, 1926, p. 487.

⁷⁰ CANONICO in *Journal du droit international privé*, Clunet, 1890, p. 219.

⁷¹ V. notamment : A. MARTINI, *L'expulsion des étrangers*, Thèse, Paris, 1909, p. 54 ; C. De BOECK, « *L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique* », *RCADI*, 1927, II, pp. 532-533.

⁷² C. De BOECK, op. cit., p. 532.

terminologie variée et pas toujours précise. Ainsi prévoient-elles aussi bien les motifs d'« ordre public », de « sécurité publique », de « sécurité intérieure et extérieure », de « sûreté intérieure ou extérieure » que de « tranquillité publique », d'« hygiène publique », de « santé publique », etc.

76. Or, il ressort de l'examen des conventions internationales actuelles et de la jurisprudence internationale relative à la question de l'expulsion des étrangers que les motifs consacrés sont finalement fort peu nombreux et se limiteraient principalement à deux : l'ordre public et la sécurité publique⁷³. La question est de savoir s'il s'agit des deux seuls motifs d'expulsion admis en droit international, s'ils sont exclusifs de tout autre motif alors que la pratique montre que divers autres motifs sont invoqués par les États pour expulser des étrangers.

77. Il se pose ensuite le problème de la détermination du contenu précis des deux principaux motifs que sont l'ordre public et la sécurité publique, problème d'autant plus malaisé que l'appréciation de la menace à l'ordre public ou à la sécurité publique relève de chaque État, en l'occurrence l'État expulsant, et que le contenu de ces deux notions est essentiellement fluctuant. Ces notions figurent dans la plupart des systèmes juridiques sans avoir de sens précis, encore moins un contenu déterminable. Il importe dès lors de dégager un critère d'appréciation. Enfin, quelques cas tirés de la pratique montrent que certains États invoquent des motifs d'expulsion que l'on aurait du mal à rattacher à l'ordre public ou à la sécurité publique. De tels motifs doivent être appréciés à la lumière du droit international.

1. Ordre public et sécurité publique

78. Les notions d'ordre public et de sécurité publique sont fréquemment utilisées pour motiver une expulsion⁷⁴.

79. Comme on l'a vu, la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et celle du 26 avril 1954 relative au statut des apatrides stipulent en leurs articles 32 par. 1 respectivement que les États contractants n'expulseront un réfugié ou un apatride, selon le cas, se trouvant régulièrement sur leur territoire « que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public ». Il en est de même de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui ne fait cependant référence qu'à des raisons impérieuses de sécurité nationale – et pas à l'ordre public – comme motif pouvant justifier l'expulsion d'un étranger se trouvant régulièrement sur le territoire d'un État partie. De même, la Convention européenne d'établissement de 1955 dispose en son article 3 par. 1 que les ressortissants des États parties peuvent être expulsés du territoire des autres parties, où ils résident régulièrement, s'ils « menacent la sécurité de l'État ou ont contrevenu à l'ordre public ». On peut considérer, par extension, que ces deux motifs d'expulsion s'étendent à tous les étrangers se trouvant régulièrement sur le territoire de l'État expulsant, la violation de la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers pouvant suffire comme motif à l'expulsion des étrangers se trouvant irrégulièrement sur le territoire de l'État; ceci sans préjudice de la protection offerte par certaines législations nationales à certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière, en fonction de considérations variables, comme on le verra plus loin, selon les États.

⁷³ V. les conventions et la jurisprudence internationales citées dans les deuxième, troisième et cinquième rapports.

⁷⁴ V. A.-L. Ducroquetz, *L'expulsion des étrangers en droit international et européen*, op. cit., p. 55.

80. Quoi qu'il en soit, pas plus les conventions internationales précitées que la jurisprudence internationale ne définissent de façon précise les notions d'ordre public et de sécurité publique; les droits nationaux et la jurisprudence régionale seront donc d'un précieux secours à cet égard.

a) Ordre public

81. L'ordre public n'est pas une notion univoque, et on lui a souvent reproché d'être malléable et manipulable à volonté, faute d'un contenu précis et immuable. Il apparaît d'ailleurs que sa signification varie suivant qu'il est employé dans l'ordre interne d'un État ou dans l'ordre international, ou encore dans le sens de l'« ordre public » européen par exemple; ou qu'il est appliqué à telle matière ou à telle autre. Ainsi, l'ordre public marchand n'a pas le même contenu que l'ordre public envisagé dans le cadre de la police administrative. C'est dans ce dernier cadre, qui inclut la gestion des libertés publiques et plus particulièrement du séjour des étrangers, qu'est envisagée la notion ordre public dans le présent rapport.

82. Le *Dictionnaire de droit international public* définit significativement l'ordre public : « Ensemble de principes de l'ordre juridique interne d'un pays déterminé, jugés fondamentaux à un moment donné et auxquels il n'est pas permis de déroger »⁷⁵. Comme on l'a vu précédemment, le droit international, en l'occurrence celui de l'expulsion des étrangers, opère par renvoi à de tels principes. En ce sens, le protocole à la Convention européenne d'établissement du 13 décembre 1955 dispose que : « a) chaque partie a le droit d'apprécier, selon des critères nationaux : 1. Les raisons relatives à l'ordre public, à la sécurité, à la santé publique ou aux bonnes mœurs. 3. Les circonstances qui constituent une menace à la sécurité de l'État ou qui portent atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». La section II du même protocole dispose que « a) la notion d'ordre public doit être entendue dans l'acception large qui est, en général, admise dans les pays continentaux ». Ainsi, outre les conventions internationales précitées, la Cour européenne des droits de l'homme admet que « par leur gravité particulière et par la réaction du public à leur accomplissement certaines infractions peuvent susciter un trouble social de nature à justifier une détention provisoire, au moins pendant un temps », ce « dans la mesure où le droit interne reconnaît [...] la notion de trouble à l'ordre public provoqué par une infraction »⁷⁶. La jurisprudence du droit international privé utilise la même technique de renvoi en décidant que les tribunaux d'un État ne sont tenus à l'application de la loi étrangère que si cette application ou le respect des droits acquis en vertu de la loi en question « ne porte pas atteinte à des principes ou à des dispositions de leur loi nationale considérés comme essentiels pour l'ordre public »⁷⁷. Enfin, on relèvera que dans ses écritures dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens*, la France fit remarquer que le Gouvernement norvégien, en étendant le champ d'application de dispositions qu'il estimait requis par son ordre public national, outrepassait son droit, « car [...] elle soumet des étrangers vivant

⁷⁵ Voir à cet égard les explications fournies sur les notions d'« ordre public européen » et d'« ordre public international » par le *Dictionnaire de droit international public* (sous la direction de J. SALMON), Cour de cassation française, *État russe c/ La Ropit*, arrêt du 5 mars 1928, *Journal de droit international privé (Clunet)*, 1928, p. 674.

⁷⁶ C.E.D.H., *Letelier*, arrêt du 26 juin 1991, série A.

⁷⁷ Cour de cassation française, *État russe c/ La Ropit*, arrêt du 5 mars 1928, *Journal de droit international privé (Clunet)*, 1928, p. 674.

hors de sa souveraineté à une notion d'ordre public interne que ne reconnaît pas la propre législation des intéressés »⁷⁸.

83. Plus récemment, dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la C.I.J. s'est bornée à constater que la partie défenderesse avait effectivement invoqué l'exception tirée de l'ordre public pour motiver l'expulsion de la personne en cause, défendue en l'espèce par son État par le jeu de la protection diplomatique. En effet, la Cour estime établis les faits suivants :

« Le 31 mars 1995, le premier ministre zaïrois prit un décret d'expulsion à l'encontre de M. Diallo. Aux termes dudit décret, l'expulsion était motivée par le fait que la « présence et la conduite [de M. Diallo] avaient compromis et continu[ai]ent de compromettre l'ordre public zaïrois, spécialement en matière économique, financière et monétaire ». Le 31 janvier 1996, M. Diallo, qui avait fait l'objet d'une arrestation préalable, fut renvoyé du territoire zaïrois et reconduit en Guinée par la voie aérienne. Cet éloignement du territoire zaïrois fut acté et notifié à M. Diallo sous la forme d'un procès-verbal de refoulement pour « séjour irrégulier », établi à l'aéroport de Kinshasa le même jour »⁷⁹. La RDC donne à cette notion d'« ordre public » un contenu à ce point vague qu'elle semble y mettre toutes les actions de M. Diallo qui ne trouvent pas grâce à ses yeux. En effet, elle « ajoute que la mesure d'expulsion de M. Diallo était justifiée par les revendications financières de plus en plus exorbitantes et « manifestement dépourvu[e]s de fondement » que celui-ci avait formulées à l'encontre d'entreprises publiques zaïroises et de sociétés privées opérant au Zaïre, et par la campagne de désinformation qu'il y avait initiée « à destination des plus hautes instances de l'État zaïrois, mais aussi de très hautes personnalités étrangères ». La RDC souligne que « la somme totale que M. Diallo prétendait être due aux sociétés dont il était le dirigeant se montait à plus de 36 milliards de dollars des États-Unis [...], ce qui représente près de trois fois le montant de la dette extérieure totale de la (RDC) ». Elle ajoute qu'« il est en outre apparu aux autorités zaïroises que M. Diallo avait été impliqué dans certains trafics de devises, et s'était par ailleurs rendu coupable de plusieurs tentatives de corruption ». Les actions de M. Diallo auraient donc risqué d'affecter gravement, non seulement le bon fonctionnement des entreprises concernées, mais aussi l'ordre public zaïrois »⁸⁰. Il ressort encore de ses écritures citées par la Cour « que ce sont les « activités frauduleuses et attentatoires à l'ordre public [de M. Diallo] qui ont motivé son éloignement du territoire national. »⁸¹

84. Appelée à se prononcer sur des exceptions préliminaires, la Cour n'a sans doute pas cru devoir apprécier – à ce stade de la procédure – les composantes de la notion d'ordre public invoquées, ni même relever la contradiction entre l'invocation de l'« ordre public zaïrois » dans le décret d'expulsion et la référence au « séjour irrégulier » dans le procès-verbal de refoulement, ni encore moins se risquer à définir cette notion d'ordre public. Il est fort probable que par son silence sur la

⁷⁸ C.I.J., *Certains emprunts norvégiens*, réplique du Gouvernement français du 20 février 1957, *Mémoire*, vol. I, p. 398.

⁷⁹ C.I.J., *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 24 mai 2007, § 15.

⁸⁰ *Ibid.*, § 19.

⁸¹ *Ibid.*, § 81.

question, elle entend renvoyer implicitement à la compétence de l'ordre juridique interne en la matière. Pour autant le droit international ne peut se priver de dégager quelques critères d'appréciation de l'invocation de ce motif – comme de celui de la « sécurité publique » – afin d'éviter les abus possibles dans l'exercice par l'État d'une compétence à incidence internationale, sans aucun contrôle du droit français par exemple, que l'administration doit parer aux menaces pour l'ordre public dont elle a connaissance⁸², ne pas laisser perdurer une situation légale⁸³, et le cas échéant, prêter main forte à la force publique pour l'exécution de la chose jugée⁸⁴. Cette obligation logique autant que de bon sens est « une condition du respect de la loi, un corollaire de la continuité de l'État et, tout simplement, une exigence de la vie en société »⁸⁵.

85. Dans l'ordre interne, comme dans l'ordre international, l'existence d'un but d'ordre public conditionne la légalité de l'acte ou de l'agissement de l'autorité de police administrative. Cette autorité doit démontrer qu'elle poursuit un but d'ordre public et non pas seulement un but d'intérêt général, au sens large. Si ce n'est le cas, il y aurait détournement de pouvoir⁸⁶.

86. Cependant, on note que lorsque les textes existent en la matière, ils se bornent souvent à fonder la compétence de l'autorité de police et définissent rarement le contenu de l'ordre public⁸⁷. Tout au plus, énumèrent-ils les composantes de ce « standard » très fortement indéterminé⁸⁸. L'appréciation du but d'ordre public est d'autant plus insaisissable qu'elle dépend essentiellement des considérations de fait et donc des circonstances.

87. Sans qu'il soit besoin ici d'entrer dans la distinction que l'on rencontre dans certains droits entre l'ordre public « général » (cas où l'autorité de police exerce sa compétence sur un territoire donné à l'égard de toute activité et de toute personne) et l'ordre public « spécial » (cas où un texte précise le champ d'application, le contenu ou les modalités de mise en œuvre des pouvoirs de police), on relèvera que certains textes de droit national donnent un aperçu non limitatif du contenu de l'ordre public. En France par exemple, il ressort de l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales que l'ordre public comprend, « notamment », le « bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ». Il y a là une bonne illustration de la difficulté à cerner la notion, car non seulement la liste de ses composantes n'est manifestement pas limitative, mais plus encore y figure la notion

⁸² Conseil d'État (CE), 23 octobre 1959, *Doublet* et CE, Sect. 14 décembre 1962, *Doublet* ; CE Ass. 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*. De manière générale, voir P. Bernard, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1962.

⁸³ CE 20 octobre 1972, *Ville de Paris c/ Marabout*.

⁸⁴ CE 20 novembre 1923, *Couitéas*.

⁸⁵ D. Truchet, « L'autorité de police est-elle libre d'agir ? », *Actualité juridique du droit administratif (AJDA)*, 1991, p. 81.

⁸⁶ Voir V. Tchen, « Police administrative. – Théorie générale », *Jurisclasseur administratif* (cote : 04, 2007), Fasc. 200, 6 juin 2007, § 64, p. 24.

⁸⁷ Au Cameroun, par exemple, l'article 40 § 2 du décret n° 2008/377 du 12 novembre 2008 fixant les attributions des chefs de circonscriptions administratives et portant organisation et fonctionnement de leurs services dispose que le Préfet peut « en cas d'atteinte à la sûreté intérieure ou extérieure de l'État ou à l'ordre public, accomplir personnellement ou requérir tout agent ou toute autorité compétente d'accomplir tous les actes nécessaires à l'effet de constater les crimes et délits et d'en délivrer les auteurs aux tribunaux, dans les formes et les délais impartis par les textes en vigueur ».

⁸⁸ Voir V. Tchen, « Police administrative. – Théorie générale », art. préc. p. 26.

de « sécurité publique » qui apparaît, en droit international, comme un motif distinct d'expulsion d'un étranger.

88. Au demeurant, l'article L.2212-2, 2 associe au « bon ordre » la notion de « tranquillité publique », sans que l'on sache si les deux notions sont synonymes, et la jurisprudence française ajoute aux composantes précitées, des composantes complémentaires telles que la moralité publique⁸⁹, la dignité humaine⁹⁰, l'esthétique⁹¹.

b) Sécurité publique

89. L'exception de « sécurité nationale » ou d'« intérêts essentiels de sécurité » figure dans différents traités internationaux portant sur des matières aussi variées que le droit international commercial (voir par exemple le fameux article XXI du GATT ou l'article 2102 de l'ALENA), le droit de la protection des investissements internationaux, celui de la liberté de transit ou encore celui de l'entraide judiciaire⁹². L'on s'intéressera cependant essentiellement aux conventions relatives aux droits de l'homme, la question de l'expulsion des étrangers mettant en jeu ces droits plutôt que les matières que l'on vient d'évoquer. Comme pour le motif tenant à l'ordre public, l'exception de sécurité publique est contenue notamment dans le PIDCP (art. 4 et 13 de la Convention relative au statut des réfugiés (art. 32), la Convention relative au statut des apatrides (art. 31), la Convention européenne des droits de l'homme (art. 15), la Convention américaine des droits de l'homme (art. 27) et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 12).

90. La notion de sécurité publique n'est pas plus précise que celle d'ordre public. La difficulté tenant à la détermination de son contenu se complique d'une certaine imprécision terminologique. Les termes « sécurité publique », « sûreté publique » ou « nationale » ou « intérieure et extérieure » et « sécurité nationale » sont-ils des synonymes? Les législations nationales n'aident pas à répondre à cette question. Elles entretiennent la confusion, donnant l'impression tantôt que ces notions sont distinctes, tantôt qu'elles sont interchangeables. L'article 13 de la loi polonaise sur les étrangers (*Polish Aliens Act*) du 25 juin 1997 mentionne notamment la participation à des activités menaçant l'indépendance, l'intégrité territoriale, le régime politique et le pouvoir de défense de l'État, le terrorisme, le trafic d'armes et de stupéfiants, mais aussi toute autre raison tenant à une menace pour la sûreté de

⁸⁹ Voir quelques arrêts anciens qui visent les notions d'« hygiène morale », CE, 7 novembre 1924, *Club sportif indépendant chalonnais*, *Recueil*, CE 1924, p. 863 ; *Dalloz Périodique (DP)* 1924, 3 ; p. 58, *conclusion Cahen-Salvador* (pour des combats de boxe) ; CE 30 septembre 1960, *Jauffret*, *Rec. CE* 1930, p. 582 (pour des raisons de « décence »).

⁹⁰ Voir notamment CE Ass., 27 octobre 1995, *Communes Morsang-sur-Orge et Aix-en-Provence*, *JurisData* n° 1995-047649 ; *Rec. CE* 1995, p. 372 ; Tribunal administratif de Versailles, 25 février 1992, *Société Fun Productions, Wachenein c/Commune Morsang-sur-Orge*, *AJDA* 1992, p. 525, note C. Vimbert ; *revue française de droit administratif* 1992, p. 1026, note J. – F. Flauss ; voir également, Conseil Constitutionnel, 19 janvier 1995, décision n° 94-359 D.C., Considérant 6, et aussi Conseil constitutionnel, 27I juillet 1994, décision n° 94-343, considérant 2

⁹¹ Voir notamment, à propos de la légalité de la préservation de l'esthétique d'un site public : CE, 2 août 1924, *Leroux*, *Rec. CE*, 1924, p. 780 – CE, 23 octobre 1936, *Union parisienne des syndicats de l'imprimerie*, *Rec. CE*, 1936, p. 906.

⁹² Voir Th. Christakis, « L'État avant le droit ? L'exception de « sécurité nationale », *Revue générale de droit international public* (RGDIP), 2008, vol. 112, n°1 pp. 16-22. Les développements qui suivent s'inspirent largement de cette étude.

l'État ou la nécessité de protection de l'ordre et de la loi. Malgré ces tentatives de formulation, il a été constaté qu'il s'agit des notions vagues et « attrape-tout » qui ouvrent la voie à une appréciation arbitraire⁹³. Les études de droit international sur la question ne semblent pas accorder une attention particulière à ce problème de terminologie, employant les expressions « sécurité nationale » et « sécurité publique » comme des termes équivalents⁹⁴. Aussi, par commodité pratique, on optera également pour l'approche qui les tient pour synonymes.

91. Qu'est-ce donc que la sécurité publique, ainsi entendu comme signifiant la même chose que le terme sécurité nationale?

92. Le terme est abondamment employé dans toutes les législations nationales, sans pour autant y être défini. C'est un concept dit-on, vague, élastique et imprécis à ce point, déclare un auteur américain, que tout ce qui arrive à un pays peut être considéré comme touchant d'une manière ou d'une autre à la sécurité nationale⁹⁵. Selon un auteur, la sécurité nationale « recouvre [...] toute menace susceptible de mettre en péril l'indépendance d'un État, sa souveraineté, ou de porter atteinte à ses institutions ou aux libertés démocratiques »⁹⁶, tandis que l'ordre public recouvre « des délits particulièrement graves »⁹⁷. Cette difficulté à définir le concept a également été soulignée par certaines juridictions nationales. Ainsi, la Cour suprême des États-Unis dans sa décision *United States v. United States District Court*, observe que : « Given the difficulty of defining the domestic security interest, the danger of abuse in acting to protect that interest becomes apparent ». De même, la juridiction suprême d'Australie a mis l'accent sur le caractère élastique de cette notion dans l'affaire *Church of Scientology Inc. v. Woodward* de 1982 dans laquelle la High Court a souligné « that security is a concept with a fluctuating content, depending very much on circumstances as they exist from time to time »⁹⁸.

93. On a pu relever çà et là des éléments de définition de la « notion de sécurité nationale » dans quelques pays; et, renonçant à examiner de manière systématique comment chaque ordre juridique a essayé de fixer les limites de cette notion, l'auteur de cet exercice écrit : « Il nous suffit, pour l'instant, d'observer que : a) il semble communément accepté que le terme couvre aussi bien les menaces externes qu'internes; b) les gouvernements semblent peu pressés de donner une définition précise (et a fortiori une définition non restrictive) à ce terme, afin, sans doute, de préserver leur liberté d'action; et c) que les risques découlant de ce caractère imprécis de la notion ont souvent été dénoncés par la société civile et parfois même par les tribunaux nationaux »⁹⁹.

⁹³ V. Le rapport de Manuela Aguiar, Rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Rapport du 27 février 2001, Doc. 8986.

⁹⁴ Ibid., p. 10.

⁹⁵ Il écrit : « The fact is that virtually anything that happens in the country can be said, in one way or another, to touch on our "national security" ». Cité par Th. Christakis in art. préc. p. 10.

⁹⁶ N. Berger, *La politique européenne d'asile et d'immigration – Enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 269 p., p. 197.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ces deux décisions sont citées par P. HANKS, « National Security – A political concept », *Monash U. L. Rev.*, vol. 14, 1988, p. 118, et reprises par Th. CHRISTAKIS in art. préc., p. 11.

⁹⁹ Ibid., p. 12.

94. Au plan international, les conventions internationales qui mentionnent la sécurité publique comme un motif d'expulsion étant silencieuses¹⁰⁰ quant à sa définition, c'est vers la jurisprudence qu'il faudrait se tourner.

95. Ces dernières années, les menaces contre la sécurité nationale résultant du terrorisme international sont invoquées de plus en plus fréquemment pour justifier l'expulsion d'étrangers. Plusieurs États, dont la France¹⁰¹, l'Allemagne¹⁰², l'Italie¹⁰³ et les États-Unis¹⁰⁴ ont modifié leur législation pour faire face plus efficacement à ce problème. Le Royaume-Uni s'est donné une nouvelle politique d'expulsion pour incitation ou provocation au terrorisme et une nouvelle législation en la matière est à l'examen¹⁰⁵. La notion de « sécurité nationale » peut être largement interprétée de manière à englober les actes ou les menaces dirigés contre l'existence ou la sécurité extérieure de l'État territorial et, éventuellement, celle d'autres États, comme on le verra ci-après.

96. On constate que la jurisprudence de la C.I.J. est de peu de secours pour cerner cette notion. En revanche, celle d'autres juridictions internationales, régionales telles que la Cour de Justice de l'Union européenne (CJCE), est d'un plus grand

¹⁰⁰ Cf. par ex. la convention concernant la condition des étrangers en son article 6 § 1.

¹⁰¹ Proposition de loi relative aux conditions permettant l'expulsion des personnes visées à l'article 26 de l'ordonnance no 45-2658 du 2 novembre 1945, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale française le 17 juin 2004 (no 309).

¹⁰² « Les États d'Allemagne comme la Bavière invoquent la loi fédérale du 1er janvier 2005 qui les autorise à expulser des résidents étrangers en situation régulière qui "approuvent ou encouragent les actes terroristes", ou incitent à la haine contre d'autres segments de la population. », Benjamin Ward, « Expulsion Does Not Help », *International Herald Tribune*, 2 décembre 2005, à l'adresse <http://www.eht.com/articles/2005/12/02/opinions/edward.php> (consulté le 26 janvier 2006). Voir Allemagne, loi de 2004, articles 54 4) et 6) et 55 2), 8 a), auxquels les dispositions antiterroristes pertinentes sont incorporées.

¹⁰³ « L'Italie a expulsé au moins cinq imams depuis 2003, et une loi antiterroriste adoptée le 31 juillet 2005 rend ce type d'expulsion encore plus facile. », Benjamin Ward, *op. cit.*, *supra* note 791. Voir, d'une manière générale, la loi italienne de 2005.

¹⁰⁴ V. États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, articles 212 a) 3 B) et F) et 237 a) 4 B) et, d'une manière générale, le titre V pour les dispositions antiterroristes pertinentes.

¹⁰⁵ À la suite des attentats à la bombe qui ont frappé les transports publics londoniens le 7 juillet 2005, le Home Secretary britannique, Charles Clarke, a annoncé qu'il utiliserait ses pouvoirs pour expulser du Royaume-Uni tout étranger qui tente de fomenter des actes de terrorisme ou provoque autrui à commettre de tels actes, par n'importe quel moyen ou méthode, y compris en : 1) écrivant, établissant, publiant ou distribuant de la documentation, 2) parlant en public, notamment en prêchant, 3) administrant un site Web, ou 4) utilisant une position de responsabilité comme celle d'enseignant ou de dirigeant communautaire ou chargé de la jeunesse pour exprimer des opinions qui : a) fomentent, justifient ou glorifient la violence terroriste au service de certaines croyances, b) visent à provoquer la commission d'actes terroristes par autrui, c) fomentent d'autres activités criminelles graves ou visent à provoquer autrui à commettre des actes criminels graves, ou d) nourrissent une haine susceptible d'entraîner des violences intercommunautaires au Royaume-Uni. Home Office Press Notice 118/2005, Exclusion or Deportation from the UK on Non-Conducive Grounds: Consultation Document, 5 août 2005. Le projet de loi sur le terrorisme dont est saisi le Parlement, s'il était adopté : « 1) érigerait en infraction l'encouragement au terrorisme ou la glorification du terrorisme; 2) créerait une nouvelle infraction à l'encontre des librairies extrémistes qui diffusent du matériel radical; 3) érigerait en infraction le fait de dispenser ou de recevoir une formation au terrorisme ou de fréquenter un "camp de formation au terrorisme"; 4) créerait une nouvelle infraction afin d'arrêter ceux qui planifient des actes de terrorisme ou se préparent à en commettre; 5) porterait la durée maximale de la garde à vue dans les affaires de terrorisme à trois mois; et 6) élargirait les motifs d'interdiction de manière à lutter contre les groupes qui glorifient le terrorisme. », Home Office Press Notice 148/2005.

intérêt sur cette question. En effet, la CJCE a souvent eu à se prononcer sur la définition et le contenu de l'exception de « sécurité publique », optant manifestement pour une conception large de cette notion. Par exemple, dans l'affaire *Svenska Journalistförbundet c. Conseil de l'Union européenne*, la requérante suggérait qu'en l'absence d'une définition de la notion de sécurité publique dans une décision 93/731 du Conseil de l'Union qui introduisait cette exception au principe de divulgation des documents du Conseil, cette exception pourrait être définie comme s'appliquant aux « documents ou extraits de documents dont l'accès offert au public exposerait les citoyens de la Communauté, les institutions de la Communauté ou les autorités des Etats membres au terrorisme, à la criminalité, à l'espionnage, aux insurrections, à la subversion et à la révolution, ou ferait directement obstacle aux efforts des autorités visant à prévenir de telles activités (...) »¹⁰⁶. Le Conseil de l'Union européenne, soutenu par la France, considérait en revanche « qu'il n'est en aucun cas nécessaire d'adopter une définition restrictive de la sécurité publique aux fins de l'application de la décision 93/731. La notion de sécurité publique devrait être définie de manière souple afin de tenir compte des changements de circonstances »¹⁰⁷. Le Tribunal de Première Instance a adhéré à cette position défendue par le Conseil. Pour le Tribunal, « [l]a jurisprudence de la Cour montre que la notion de sécurité publique n'a pas une seule et unique signification »¹⁰⁸.

97. Il faut dire, en effet, que selon une jurisprudence constante de cette Cour depuis 1991, la notion de « sécurité publique » couvre, comme dans la conception interne de la plupart des Etats, non seulement la sécurité intérieure d'un Etat membre de l'Union européenne, mais aussi sa sécurité extérieure, cette dernière étant d'ailleurs envisagée de manière plutôt large comme cela ressort de *l'arrêt Leifer du 17 octobre 1995*¹⁰⁹. Cette conception large de la notion de sécurité publique apparaît également dans l'arrêt de la CJCE du 10 juillet 1984, *Campus Oil (Irlande c. Royaume Uni)*, portant sur une affaire d'approvisionnement en produits pétroliers. Elle semble partagée par d'autres juridictions, également dans des domaines ne touchant pas directement aux droits de l'homme. Il en est ainsi des quatre Tribunaux du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) comme le montrent les sentences rendues entre le 12 mai 2005 et le 28 septembre 2007 dans le cadre de poursuites engagées par des investisseurs étrangers contre l'Argentine pour des mesures adoptées par cet Etat entre 2000 et 2003 pour faire face à la grave crise financière qu'elle traversait alors¹¹⁰.

98. Dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme en revanche, on a parfois essayé de donner une interprétation restrictive de ce qui peut être permis au titre de l'exception de sécurité publique, afin d'éviter les abus en particulier dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. Ainsi, dans un rapport récent à l'Assemblée générale, le *Rapporteur spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans le cadre de lutte contre le terrorisme*, Martin Scheinin, fait valoir que « la sécurité nationale ne peut être invoquée pour justifier des mesures restreignant certains droits que lorsqu'il s'agit de mesures prises pour protéger l'existence de la nation, son intégrité

¹⁰⁶ Arrêt du TPI du 17 juin 1998, Affaire T-111/74/95, § 91.

¹⁰⁷ Ibid. par. 95.

¹⁰⁸ Ibid., par. 121.

¹⁰⁹ Affaire *Leifer*, arrêt du 17 octobre 1995, §§ 27-28.

¹¹⁰ Voir par exemple la sentence du 12 mai 2005 rendue dans l'affaire *CMS c. Argentine*. Sur ces sentences arbitrales, voir Th. CHRISTAKIS, art. préc., pp. 14-16.

territoriale ou son indépendance politique contre l'emploi ou la menace de la force. La sécurité nationale ne peut être invoquée comme un motif pour introduire des restrictions lorsqu'il s'agit de prévenir des menaces de caractère local ou relativement isolées contre la loi et l'ordre ni servir de prétexte pour une expulsion. En 1994, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, tout en admettant que la notion d'ordre public « est assez vague », a précisé que la sécurité nationale est en danger « dans les cas les plus graves de menace politique ou militaire directe contre la nation toute entière »¹¹¹

99. Ce caractère vague des notions d'ordre public et de sécurité publique expose au risque d'arbitraire le pouvoir d'appréciation du comportement de l'étranger par l'Etat expulsant. Dans certains cas, en effet, il suffira que l'étranger soit considéré comme indésirable pour se voir expulser pour cause d'atteinte à l'ordre public ou de menace à la sécurité national.

2. Critères d'appréciation des motifs d'ordre public et de sécurité publique

100. Le droit d'entrée et de séjour des étrangers dans un Etat s'entend donc sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public ou de sécurité publique. Comme on l'a vu, la pratique internationale renvoie à l'ordre juridique national pour la détermination du contenu de ces motifs. La question est de savoir si l'Etat dispose pour autant, en la matière, d'un pouvoir discrétionnaire absolu d'appréciation.

101. La réponse à cette question est négative à la lumière de la doctrine, de la jurisprudence internationale, ainsi que de la position de certains Etats¹¹², mais aussi de celle de la Commission de la Communauté européenne sur la portée des réserves d'ordre public – qui, à notre avis, pourrait être étendue au motif de sécurité publique. En dépit du large pouvoir discrétionnaire dont disposent les Etats en matière d'appréciation de la menace contre la sécurité nationale, certains auteurs estiment que le motif d'expulsion tiré de la sécurité nationale peut être soumis à une condition de proportionnalité : « Certains traités interdisent à l'Etat d'expulser les étrangers en l'absence de motifs précis (par exemple de sécurité nationale). Il est difficile de dénier à l'Etat expulsant un certain pouvoir discrétionnaire s'agissant d'apprécier si sa sécurité est en péril et si, en l'espèce, la présence de l'individu en cause nuit à cette sécurité. Il est clair que cet Etat est le mieux placé pour évaluer l'existence d'une menace à sa propre sécurité et à son ordre public. L'Etat se prononcera compte tenu des circonstances connues au moment de l'expulsion; toute appréciation a posteriori semblerait injuste. Ainsi, du point de vue de l'organe de supervision, il semble justifié de ménager à l'Etat expulsant une « marge

¹¹¹ Commission des droits de l'homme des Nations Unies, « Question des droits de l'homme de toutes les personnes soumises à une forme de détention ou d'emprisonnement », 51^e Session, 14 décembre 1994, E/CN.4/1995/32.

¹¹² En France par exemple, le juge administratif ne reconnaît pas à l'autorité de police un pouvoir d'appréciation discrétionnaire en matière d'ordre public. Il vérifie si le trouble ou la menace de trouble est « assez grave » pour justifier la mesure prise, et n'hésite pas à substituer son appréciation de la situation concrète à celle de l'autorité municipale. En l'occurrence, il fait de l'opportunité une condition de la légalité : V. la jurisprudence du Conseil d'État notamment à travers les arrêts : *Benjamin* (CE, 19 mai 1933, *Sirey 1934*, 3, p. 1, concl. Michel ; *Ville Brest c/ Laurent* (CE, 8 déc. 1989, n°71172, *Juris-Data*, n° 1979, tables p. 653 ; *Bedat c/ Commune de Borce* (CE, 29 juin 1990, concl. Toutée, note Cardon ; celle de la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans l'arrêt *Commune de Tarbes* (C.A.A., 26 avr. 1999, n° 97BX01773) ; et A. de LAUBADERE, J.-C. VENZIA et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 14^e éd. 1996, t. 1.

d'appréciation »- pour reprendre la formule de la cour européenne des droits de l'homme. Cette marge influe non seulement sur le pouvoir de contrôle (de la décision d'expulsion) dont peut être investi l'organe judiciaire ou autre, mais aussi sur l'étendue de l'obligation de l'Etat.

102. Lorsque les restrictions en question jouent, la proportionnalité s'impose aussi. En d'autres termes, « même lorsque l'Etat est habilité à considérer qu'un étranger représente un danger pour sa sécurité nationale, l'expulsion n'en sera pas moins excessive si le danger n'est que minimal »¹¹³. La jurisprudence internationale relative à la sentence arbitrale rendue en l'affaire *J.N. Zerman c. Mexico* a certes confirmé le droit de l'Etat d'expulser tout étranger pour des motifs tenant à sa sécurité nationale. Elle a toutefois indiqué que sauf les temps de guerre, l'Etat ne peut expulser un étranger menaçant sa sécurité nationale sans formuler des accusations contre lui ou le traduire en justice. « L'arbitre considère qu'à strictement parler le Président de la République du Mexique a le droit d'expulser du territoire mexicain tout étranger qui peut être considéré comme dangereux, et qu'en temps de guerre ou de troubles il peut être nécessaire d'exercer ce droit même sur simple suspicion; mais en l'espèce, il n'y avait pas de guerre, et la sécurité ne pouvait être invoquée comme motif d'expulsion du demandeur sans que des accusations soient portées contre lui ou qu'il soit traduit en justice; mais si le Gouvernement mexicain avait des motifs justifiant une telle expulsion, il était au moins tenu de rapporter la preuve de ses accusations devant la commission. Or la seule affirmation, ou la déclaration faite par le Consul des Etats-Unis dans une dépêche à son gouvernement, que le demandeur était employé par les autorités impérialistes, ne semble pas, pour l'arbitre, constituer une preuve suffisante que le demandeur était ainsi employé ni un motif suffisant pour l'expulser »¹¹⁴.

103. Il apparaît en effet, au regard du traité des communautés européennes notamment, que l'ordre public n'offre pas aux Etats un titre général d'intervention et ne peut être invoqué en dehors des hypothèses expressément prévues : « Pour pouvoir se prévaloir de l'article 36 (nouvel article 30), les Etats membres doivent se maintenir à l'intérieur des limites tracées par cette disposition en ce qui concerne tant l'objectif à atteindre que la nature des moyens »¹¹⁵. D'autre part, la nature mixte de la notion d'ordre public aujourd'hui admise par la doctrine¹¹⁶ a pour conséquence que cette notion conserve par son objet une forte dimension nationale, cet objet étant tributaire de *circonstances concrètes propres à un espace et à un temps donnés*¹¹⁷; mais dans l'ordre communautaire européen, cela ne « signifie pas pour autant que [...] les Etats soient libres de la définir et de l'interpréter selon leurs propres pratiques et traditions »¹¹⁸.

¹¹³ G. GAJA, op. cit., p. 296.

¹¹⁴ J.N. ZERMAN v. Mexico, op. cit., vol. IV, p. 3348.

¹¹⁵ CJCE, 10 déc. 1968, aff. 7/68, *Comm. CE c/Italie* : *Rec. CJCE* 1968, p. 628.

¹¹⁶ Voir notamment : E. PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, p. 62, n° spécial ; S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et droit communautaire », *Dalloz*, chronique, p. 177 ; F. HUBEAU, « L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire », *Cahiers de droit européen*, 1981, p. 212.

¹¹⁷ Voir C. PICHERAL, « Ordre public et droit communautaire. - Communautarisation des réserves d'ordre public », *Jurisclasseur Europe Traité*, Fasc. 650, 05 février 2007, p. 6.

¹¹⁸ Commission CE, communication sur les mesures spéciales concernant le déplacement et le séjour des citoyens de l'Union qui sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique », 19 juillet 1999 : *Doc. Com (1999)*, 372 final, p. 8.

104. Certes, ce raisonnement s'inscrit dans un ordre juridique intégré bâti sur un traité qui s'impose à tous les Etats membres et ne peut se transposer de façon mécanique dans l'ordre international. On peut donc admettre, à la lumière de la pratique des Etats, qu'au contraire de cette conception de l'appréciation de l'ordre public dans le cadre du droit communautaire européen, il semble que les Etats soient libres de définir et d'interpréter la notion d'ordre public selon leurs propres pratiques et traditions, dans le cadre du droit des étrangers. Pour autant leur liberté en la matière ne saurait être absolue, car s'agissant d'une matière qui met en jeu les droits et libertés de la personne humaine, tout acte de l'Etat est nécessairement borné par l'exigence de conformité, ou de non contrariété, avec les règles pertinentes de droit international en particulier celles relatives à la protection des droits de l'homme. Car, en l'occurrence, c'est bien le droit international qui fonde l'ordre public et la sécurité comme motifs d'expulsion, et donc comme exceptions au droit de séjour des étrangers en particulier ceux qui sont en situation régulière. Dès lors, la portée de ces exceptions ne peut être déterminée unilatéralement par l'Etat que sans préjudice de sa conformité au droit international ou sous le contrôle de celui-ci. Si l'on s'inspire des idées de J.-C. Venezia sur « le pouvoir discrétionnaire », l'Etat doit user de son pouvoir d'expulsion « *en tenant compte des circonstances particulières à chacun des cas qui lui sont soumis, ce qui oblige à procéder à un examen préalable des circonstances* »¹¹⁹. La directive 64/221, concernant les dispositions relatives à l'éloignement du territoire prises pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique, disposait en son article 3 que de telles mesures « doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu », ce que reprend avec exactitude l'article 27 par. 2 de la directive 2008/38. De même, la CJCE rappelle systématiquement cette règle dans sa jurisprudence.

105. Dans l'affaire *Bonsignore* du 26 février 1975¹²⁰, la personne en cause était de nationalité italienne, demeurait en RFA et avait été condamnée pour infraction à la loi sur les armes et homicide par imprudence. L'autorité compétente en matière de police des étrangers avait alors ordonné son expulsion. La Cour de justice des Communautés européennes, saisie sur renvoi préjudiciel du tribunal administratif de Cologne chargé de se prononcer sur la validité de cette décision d'expulsion, rappelle tout d'abord que l'article 3 par. 1 de la directive de 1964 dispose que « les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu »¹²¹. Elle précise que ne peuvent donc être retenues « des justifications détachées du cas individuel »¹²². La CJCE rappelle ensuite que la directive a pour objectif d'éliminer toute discrimination « entre les nationaux et les ressortissants des autres Etats membres » et conclut que « la notion de comportement personnel exprime l'exigence qu'une mesure d'expulsion ne peut viser que des menaces à l'ordre public et à la sécurité publique qui pourraient être le fait de l'individu qui en est l'objet »¹²³. Une expulsion ne peut donc pas être décidée dans le but de dissuader les autres étrangers de commettre un quelconque délit similaire à celui de l'espèce. Autrement dit, un ordre d'expulsion doit être pris

¹¹⁹ J.-C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, thèse, Paris, 1959, 176 p., p. 138.

¹²⁰ CJCE, arrêt du 26 février 1975, *Carmelo Angelo Bonsignore contre chef de l'administration municipale de la ville de Cologne*, aff. C- 67/74, Rec. p. 297 ; Conclusions de l'avocat général H. Mayras, présentées le 19 février 1975, Rec. p. 308).

¹²¹ Ibid, p. 5.

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid.

uniquement pour des raisons de prévention spéciale (*ibid.*, p. 7), et « non sur la base d'appréciations globales »¹²⁴.

106. La directive de 2004 consacre cette jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, en prévoyant que « *des justifications non directement liées au cas individuel concerné ou tenant à des raisons de prévention générale ne peuvent être retenues* »¹²⁵. Il doit donc s'agir en tout état de cause d'un comportement personnel et non une suite à l'adoption des mesures d'ordre général pour le maintien de l'ordre public et de la sécurité publique.

107. En poursuivant sur ce point relatif aux critères d'appréciation de la notion d'ordre public – et de sécurité publique – la recherche de l'inspiration dans le droit communautaire européen, on relèvera que le Conseil des Communautés européennes, conscient des risques qu'un pouvoir discrétionnaire de dérogation présentait pour la libre circulation des personnes, avait adopté, dès le 25 février 1964, la directive 64/221 portant coordination des dispositions nationales relatives aux mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de santé publique et de sécurité publique¹²⁶. Bien qu'elle ne définissait pas ces notions, la directive communautaire en soumettait néanmoins l'invocation à plusieurs conditions tant de fond que de procédure. Par la suite, cet encadrement juridique a gagné en précision et en densité à la faveur des réponses préjudicielles de la Cour de justice des Communautés européennes, l'acquis en la matière étant désormais codifié et enrichi dans le cadre de la directive 2004/8 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres¹²⁷.

108. Il convient de relever que la jurisprudence de la CJCE consacre expressément l'exigence de respect des droits fondamentaux en cas d'invocation de l'ordre public. En effet, selon la jurisprudence « *ERT* », les réserves d'ordre public doivent être mises en œuvre dans un « *contexte commun de respect des droits de l'homme et des principes démocratiques* »¹²⁸. Elle souligne que dans leur ensemble, les limitations apportées aux pouvoirs des Etats en matière de police des étrangers constituent la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par différentes dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, en vertu desquelles les atteintes portées aux droits garantis ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde des besoins de l'ordre public et de la sécurité publique « *dans une société démocratique* »¹²⁹. Un Etat ne saurait donc se prévaloir de ces limitations que si la réglementation ou les mesures restrictives en cause est conforme aux droits fondamentaux¹³⁰.

109. Un des critères de la conformité aux droits fondamentaux est le juste équilibre entre la protection de l'ordre public et l'intérêt de la personne. La CJCE a statué

¹²⁴ *Ibid*, p. 7.

¹²⁵ Cf. l'article 27 § 2, alinéa 2 de la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil

¹²⁶ Voir *Journal Officiel des Communautés européennes*, 4 avril 1964.

¹²⁷ Voir *Journal Officiel de l'Union européenne*, 30 avril 2004.

¹²⁸ Document. COM (1999), 372 final, préc., p. 7.

¹²⁹ CJCE, 28 octobre 1975, *affaire 36/75, Rutili*, *Rec. CJCE*, 1975, p. 1219, point 32.

¹³⁰ CJCE, 18 juin 1991, *affaire C-260/89, ERT* : *Rec. CJCE 1991, I*, p. 2925, point 43, concernant la libre prestation de services. – Pour une application aux exigences impératives d'intérêt général dans le champ de la libre circulation des marchandises, CJCE, 26 juin 1997, *affaire. C-368/95, Vereinigte Familiapress* : *Rec. CJCE 1997, I*, p. 3689, point 24.

dans ce sens notamment dans l'affaire *Orfanopoulos et Oliveri*¹³¹ en calquant à cet égard sa jurisprudence sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Boultif*¹³². Selon la CJCE, pour apprécier si la mesure restrictive est *proportionnée*, il convient de prendre en compte la nature de la gravité de l'infraction commise, la durée du séjour dans l'Etat membre d'accueil, la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction, la situation familiale de l'intéressé et la gravité des difficultés qui risquent de connaître le conjoint et leurs enfants éventuels dans le pays d'origine de l'intéressé¹³³.

110. On ne perd pas de vue le fait que l'encadrement des exceptions d'ordre public et de sécurité publique s'inscrit ici dans le cadre communautaire européen où la CJCE, la Commission de l'Union européenne et plusieurs membres de la doctrine font valoir que le concept de citoyenneté européenne impose de circonscrire plus étroitement la portée desdites exceptions¹³⁴ de police en droit administratif, à savoir des motifs de légalité ou d'opportunité étrangers au comportement de leur destinataire¹³⁵.

111. Il n'existe ni dans les textes internationaux ou communautaires ni dans les législations nationales que le Rapporteur spécial a été en mesure de consulter, une définition de la notion de comportement personnel dans le contexte de l'expulsion. La CJCE a été amenée à fournir quelques précisions sur ce point. Ainsi, dans l'affaire *Van Duyn*, elle avait jugé que l'affiliation à un groupe ou une organisation, en ce qu'elle reflète une participation à leurs activités et une identification à leurs buts, pouvait être considérée comme un acte volontaire de l'intéressé, et dès lors comme une partie intégrante de son comportement¹³⁶. Dans l'affaire *Rutili*, à propos d'une interdiction de séjour dans quatre départements français où la présence de l'intéressé aurait pu, selon le Ministère de l'intérieur, créer des troubles compte tenu des activités syndicales et politiques qu'il avait déployées en 1967 et 1968, la CJCE avait admis que la simple présence du ressortissant communautaire puisse être perçue comme un danger pour l'ordre public, de nature à justifier des restrictions au droit de séjourner et de se déplacer sur le territoire des Etats membres¹³⁷. Ces éclaircissements n'ont été ni infirmés ni confirmés par la directive 2004/38; celle-ci s'est bornée à rappeler, conformément à la jurisprudence de la CJCE que « *le comportement de la personne concernée doit représenter une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société* ». En effet, selon la jurisprudence *Rutili*¹³⁸ et *Bouchereau*¹³⁹ relative à la libre circulation, l'invocation de l'ordre public « suppose, en tous cas, l'existence, en dehors du trouble à l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ».

¹³¹ CJCE, 29 avril 2004, aff. Jtes C-482/01 et C-493/01 *Orfanopoulos et Oliveri*, *Rec. CJCE*, 2004, I, p. 5257, points 96 et 97.

¹³² CEDH, 2 août 2001, *Boultif*, par. 48.

¹³³ *Orfanopoulos et Oliveri*, préc., point 99 ; voir aussi la directive 2004/38, art. 38.

¹³⁴ Voir CJCE, 29 avril 2004, affaire. C-493/01, *Oliveri*, *Rec. CJCE* 2004, I, p. 5257, point 65; *Doc. COM (1999), 372 final*, point 8; J.-Ph. LHERNOUD, « Les mesures d'éloignement sont-elles conformes aux règles communautaires de libre circulation ? » *JurisClasseur périodique*, G. 1999, II, 10104 ; G. KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *Revue trimestrielle de droit européen (RTDE)*, 2002, p. 8.

¹³⁵ Voir M. DISTEL, « Expulsion des étrangers, droit communautaire et respect des droits de la défense », *Rec. D. S.* 1997, Chronique XXI, p. 169.

¹³⁶ Voir CJCE, 4 déc. 1974, aff. 41/74, *Van Duyn*, *Rec. CJCE* 1975, p. 1231.

¹³⁷ Voir CJCE, 28 octobre. 1975, affaire. 36/75, *Rutili*, *Rec. CJCE*, 1975, p. 1231.

¹³⁸ *Ibid*, p. 1219.

¹³⁹ CJCE, 27 octobre. 1977, affaire 30/77, *Rec. CJCE*, 1977, p. 2014.

112. La directive européenne 2004/38 prohibe les raisons de prévention générale pour l'innovation de l'ordre public et de la sécurité publique. Aux termes de l'article 27, § 2 : « Des justifications non directement liées au cas individuel concerné ou tenant à des raisons de prévention générale ne peuvent être retenues ». Le comportement de la personne concernée doit représenter une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société. La tentative de la Cour de clarifier la notion de « menace » demeure toutefois insuffisante. Qu'entend-on par menace *actuelle*? Qu'en est-il si, par exemple, au moment de l'exécution de la décision d'expulsion une longue période s'est écoulée depuis son adoption? Ni le libellé de l'article 3 de la directive 64/221, ni la jurisprudence de la Cour de justice ne fournissent d'indications plus précises sur la date à retenir pour déterminer le caractère « actuel » de la menace. La Commission a évoqué le rôle joué par l'existence de condamnations pénales dans l'appréciation de la menace que pouvait représenter l'intéressé pour l'ordre public ou la sécurité publique en insistant sur le fait de prendre en considération l'écoulement du temps et l'évolution de la situation de la personne concernée. Elle a estimé que « la manière dont la situation de l'intéressé a évolué présente une importance particulière dans les cas où la menace est appréciée longtemps après la perpétration des actes menaçant l'ordre public, où une longue période s'écoule entre la prise de la décision initiale et sa mise en œuvre, et où l'intéressé fait usage de son droit d'introduire [un nouveau recours]. Lors de l'examen des motifs d'éloignement (...) d'un ressortissant d'un autre Etat membre, la bonne conduite devrait avoir la même importance que dans le cas d'un national »¹⁴⁰.

113. Le législateur communautaire européen, dans sa volonté de limiter autant que possible les abus des Etats en matière d'utilisation de l'ordre public aux fins d'expulsion a prévu à l'article 27 § 2 alinéa 1er de la directive du 29 avril 2004, que « *l'existence de condamnations pénales antérieures ne peut à elle seule motiver* » les mesures fondées sur l'ordre ou la sécurité publics. En outre, et cet apport est considérable, le législateur a précisé que « lorsqu'une décision d'éloignement », ordonnée à titre de peine ou de mesure accessoire, « est exécutée plus de deux ans après qu'elle a été prise, l'Etat membre vérifie l'actualité et la réalité de la menace pour l'ordre public ou la sécurité publique que représente la personne concernée, et évalue si un changement matériel des circonstances est intervenu depuis le moment où la décision d'éloignement ». Tout éloignement doit être justifié en fonction du risque qui continue de peser sur l'ordre public et la sécurité, et doit être examiné à la lumière de la situation personnelle et actuelle de l'individu qui en est frappé¹⁴¹.

114. C'est sur la base de ces règles que la Cour de justice a rendu sa décision dans l'arrêt *Orfanopoulos et Oliveri*¹⁴². La Cour y interprète la notion de menace actuelle. En l'espèce, deux citoyens de l'Union, l'un de nationalité grecque, l'autre de nationalité italienne, furent frappés d'une décision d'expulsion motivée par des infractions graves et par le risque de récidive. Les intéressés avaient séjourné légalement sur le territoire allemand. La Cour rappelle tout d'abord que, selon

¹⁴⁰ Cf. Communication du 19 juillet 1999 de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur les mesures spéciales concernant le déplacement et le séjour des citoyens de l'Union qui sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, COM(1999) 372 final.

¹⁴¹ V. A.-L. DUCROQUETZ, thèse op. cit., p. 116.

¹⁴² CJCE, arrêt du 29 avril 2004, *Georgios Orfanopoulos et autres, et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg*, affaires jointes C- 482/01 et C- 493/01, pt. 20, Rec. I- p. 5295 ; Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, présentées le 11 septembre 2003, Rec. I- p. 5262.

l'article 18 CE, « le principe de la libre circulation des travailleurs doit être interprétés largement, tandis que les dérogations à celui-ci doivent être, au contraire, d'interprétation stricte »¹⁴³. Elle rappelle ensuite que, selon sa propre jurisprudence, une infraction porte atteinte à l'ordre public si elle crée une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société. En l'espèce, « s'il est vrai qu'un Etat membre peut considérer que l'usage de stupéfiants constitue un danger pour la société »¹⁴⁴, la réserve d'ordre public doit néanmoins être interprétée de manière restrictive, si bien que l'existence d'une condamnation pénale ne peut justifier une expulsion que si les circonstances ayant donné lieu à cette condamnation « font apparaître l'existence d'un comportement personnel constituant une menace actuelle pour l'ordre public »¹⁴⁵. Mais la Cour ne s'est pas contentée de reprendre sa jurisprudence antérieure; elle a précisé, sur invitation de l'avocat général, que l'actualité de la menace doit être appréciée à partir de tous les éléments et facteurs pertinents. En effet, comme l'indiquait l'avocat général M^{me} C. Stix-Hackl, le problème est que ni l'article 3 de la directive 64/221, ni la jurisprudence de la Cour ne précisent quelle doit être « la date à retenir pour déterminer [le] caractère "actuel" » de la menace¹⁴⁶. La Cour répond que les juridictions nationales doivent prendre en compte les éléments de fait intervenus après la décision d'expulsion, dans la mesure où ils peuvent révéler « la disparition ou la diminution non négligeable de la menace actuelle » : tel peut être le cas s'il s'est écoulé un long délai entre la date d'adoption de la mesure d'éloignement et le moment de son appréciation¹⁴⁷. C'est pourquoi il faut tenir compte de toutes les circonstances, y compris les faits s'étant produits après la décision d'expulsion, qui ont pu substantiellement réduire ou éliminer le danger représenté par l'individu en cause pour l'ordre public. Cette solution a été confirmée dans le cadre d'un recours opposant un ressortissant de nationalité turque aux autorités allemandes, à propos d'une procédure d'éloignement du territoire allemand¹⁴⁸. La Cour de justice a décidé, conformément à la directive 64/221, à sa propre jurisprudence et aux dispositions de l'accord d'association conclu entre la Communauté économique européenne et la Turquie¹⁴⁹, que « les juridictions nationales doivent prendre en considération, en vérifiant la légalité d'une mesure d'éloignement (...), les éléments de fait intervenus après la dernière décision des autorités compétentes pouvant impliquer la disparition ou la diminution non négligeable de la menace actuelle que constituerait, pour l'ordre public, le comportement de la personne concernée »¹⁵⁰.

115. En effet, la nécessité de concilier les mesures d'ordre public avec le principe – fondamental en droit communautaire européen – de la libre circulation des personnes avait amené la CJCE à juger que les autorités nationales ne sauraient faire valoir, à l'égard des ressortissants communautaires, des « justifications détachées du

¹⁴³ *Ibid*, p. 64.

¹⁴⁴ *Ibid*, p. 66.

¹⁴⁵ *Ibid*, p. 67.

¹⁴⁶ V. Les conclusions de l'avocat général, Mme C. Stix-Hackl, présentées le 11 septembre 2003.

¹⁴⁷ CJCE, arrêt du 29 avril 2004, *Georgios Orfanopoulos et autres, et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg*, op. cit., p. 82.

¹⁴⁸ CJCE, arrêt du 11 novembre 2004, *Inan Cetinkaya contre Land Baden-Württemberg*, aff. C-467/02, Rec. Ip. 10924 ; Conclusions de l'avocat général M. P. Léger, présentées le 10 juin 2004, Rec. I- p. 10898).

¹⁴⁹ Accord d'association Communauté économique européenne - Turquie, signé à Ankara le 12 septembre 1963, conclu, approuvé et confirmé par la décision 64/732/CEE du Conseil en date du 23 décembre 1963, J.O. 1964, n° 217, p. 3685.

¹⁵⁰ CJCE, arrêt du 11 novembre 2004, *Cetinkaya*, loc. cit., pt. 47.

cas individuel »¹⁵¹. Il en résulte que l'intéressé ne peut, ni être expulsé à titre d'exemple « dans un but de dissuasion à l'égard des autres étrangers », en l'occurrence pour faire respecter la législation nationale sur la détention d'armes¹⁵², ni se voir refuser l'autorisation de séjour motif pris de ce que son activité serait un support habituel du banditisme, sans qu'une connexion avec le milieu ait été établie en l'espèce¹⁵³. Dans le même ordre d'idées, l'Institut de droit international énonçait dans sa résolution de 1892 sur les « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers » que « [l]expulsion ne doit jamais être prononcée dans un intérêt privé, pour empêcher une concurrence légitime ni pour arrêter de justes revendications ou les actions et recours régulièrement portés devant les tribunaux ou autorités compétentes »¹⁵⁴.

116. Même s'il s'inscrit pour l'essentiel dans l'ordre juridique spécifique qu'est l'ordre juridique communautaire européen, le raisonnement qui précède pourrait, de l'avis du Rapporteur spécial, être transposé sans dommage au cas de l'expulsion des étrangers dans le cadre plus général du droit international.

117. Des tribunaux internes ont eu également à connaître d'affaires d'expulsion pour motifs d'ordre public¹⁵⁵. Leurs critères d'appréciation ne s'écartent pas de ceux qui se dégagent de la jurisprudence internationale régionale précitée.

118. Il apparaît ainsi que, dans l'appréciation ou le contrôle de la valeur du motif d'ordre public et de sécurité publique, les circonstances de fait, l'actualité de la menace et le contexte spécifique dans lequel s'inscrit le comportement personnel de l'individu sont déterminants. La raison en est que les exceptions d'ordre public et de sécurité publique sont, en particulier dans le cadre du droit de l'expulsion, des motifs et non des buts. La différence entre le but et le motif est la suivante : « Alors que le but d'un acte est subséquent à cet acte, son motif en est un antécédent »¹⁵⁶. L'acte pris en vue d'un but poursuit la réalisation d'un objectif, qui peut être général, alors que l'acte accompli sur la base d'un motif ne peut l'être qu'à la faveur de la survenance de ce motif. Ainsi, le motif d'un acte administratif est la situation de droit ou de fait qui a amené l'administration à prendre cet acte. Il résulte des analyses qui précèdent :

a) Que l'Etat ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire absolu dans l'appréciation de l'atteinte ou de la menace d'atteinte à l'ordre public ou à la sécurité publique; il est tenu au respect ou à la prise en compte de certaines considérations objectives¹⁵⁷;

¹⁵¹ CJCE, 26 février 1975, *Bonsignore*, affaire. 67/74, *Rec. CJCE*, 1975, p. 297 points 5 et 6.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ CJCE, 18 mai 1982, affaire. 1/5 et 116/81, *Adoui et Cornouaille*, *Rec. CJCE* 1982, p. 1708.

¹⁵⁴ Institut de Droit International, session de Genève 1892 : « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers » (Rapporteurs : MM. L.-J.-D. Féraud-Giroud et Ludwig von Bar), art. 14.

¹⁵⁵ Voir, par exemple *Keledjian Garabed c. Le Procureur de la République*, Cour de cassation (Chambre criminelle), 17 décembre 1937; *Maffei c. Le Ministre de la justice*, Conseil d'État (Comité du contentieux), 12 novembre 1980, *International Law Reports*, vol. 73, E. Lauterpacht (dir. publ.), C. J. Greenwood, p. 652 à 657; *In re Salom*, Conseil d'État, 3 avril 1940, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1919-1942 (vol. supplémentaire), H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire no 105, p. 198 et 199.

¹⁵⁶ Pauline de FAY, « Police municipale », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 126-20, 16 mai 2007, p. 26.

¹⁵⁷ V. GOODWIN-GILL qui considère que « l'ordre public ne peut être un concept déterminé uniquement en référence aux critères nationaux. » (op. cit., p. 154).

b) Que la validité de l'invocation des motifs d'ordre ou de sécurité publique repose sur la prise en considération d'un certain nombre de critères :

- Les circonstances spécifiques et de la situation de fait concourant ou constitutives de l'atteinte ou de la menace d'atteinte à l'ordre public ou à la sécurité publique; il s'agit d'un principe général du droit de l'expulsion des étrangers¹⁵⁸;
- Le comportement personnel de l'intéressé, qui doit constituer une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société;
- Le juste équilibre entre la protection de l'ordre public et l'intérêt de la personne.

3. Autres motifs d'expulsion

119. Divers autres motifs d'expulsion sont invoqués par les Etats ou prévus par les droits nationaux sans qu'il soit avéré qu'ils sont dans tous les cas distincts des motifs d'ordre public et de sécurité publique.

a) Intérêt supérieur de l'État

120. En droit international, l'intérêt supérieur de l'État semble être un facteur à prendre en considération pour décider de l'expulsion d'un étranger pour motif d'ordre public et non un motif distinct d'expulsion.

121. Cependant, les législations internes envisagent divers motifs d'expulsion d'étrangers tirés de la catégorie générale dite de l'« intérêt supérieur de l'État »¹⁵⁹. En particulier, l'État peut expulser l'étranger regardé comme mettant en péril ou menaçant ses intérêts nationaux¹⁶⁰, ses intérêts fondamentaux¹⁶¹, ses intérêts substantiels¹⁶², sa dignité (y compris celle de ses nationaux)¹⁶³, l'« utilité » nationale¹⁶⁴ ou la convenance nationale¹⁶⁵, la nécessité sociale¹⁶⁶, la politique nationale¹⁶⁷ ou étrangère¹⁶⁸, les accords internationaux auxquels l'État est partie¹⁶⁹

¹⁵⁸ Voir J.-A. DARUT, *L'expulsion des étrangers. Principe général – Application en France*, Thèse, Droit, Aix, 1902, qui écrit : « (...) ce n'est pas le fait brutal du trouble qu'il occasionne qui détermine l'État à expulser, ce sont les circonstances » (p. 64).

¹⁵⁹ Voir notre *Rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers*, op. cit., première partie, II.C.1 c). L'examen des législations nationales sur ce point est tiré de *l'Etude sur l'expulsion des étrangers. Mémoire du Secrétariat*, op. cit., pars. 377-379.

¹⁶⁰ Australie, loi de 1958, art. 197AD; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 1) b) et 47 1) b); Brésil, décret de 1981, art. 98, et loi de 1980, art. 1 à 3, 7 et 56 2), 64 et 66; Canada, loi de 2001, art. 34 2), 35 2) et 37 2); Chili, décret de 1975, art. 2, 15 1), 63 2), 65 1) et 3); Chine, règlement de 1986, art. 7 6); Guatemala, règlement de 1999, art. 97; Japon, ordonnance de 1951, art. 5 14), 24 4) o); Kenya, loi de 1967, art. 3 1) g); Nigeria, loi de 1963, art. 19 2) et 35 1); Pologne, loi n° 1775 (2003), art. 21 1) et 6), 88 1) et 5); Portugal, décret-loi de 1998, art. 99 1) c); République de Corée, loi de 1992, art. 11 1) 3) et 8); et Suède, loi de 1989, art. 4.7 2).

¹⁶¹ France, Code, art. L521-3.

¹⁶² Allemagne, loi de 2004, art. 55 1).

¹⁶³ Portugal, décret-loi de 1998, art. 99 1) c).

¹⁶⁴ Chili, décret de 1975, art. 64 et 66.

¹⁶⁵ Brésil, loi de 1980, art. 26; et Chili, décret de 1975, art. 64 et 66.

¹⁶⁶ Panama, décret-loi de 1960, art. 38.

¹⁶⁷ Lituanie, loi de 2004, art. 7 5) et 126 1) et 3); et Pologne, loi n° 1775 (2003), art. 21 1) 6) et 88 1) 5).

¹⁶⁸ États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 3) C).

ou ses relations internationales avec d'autres États¹⁷⁰, ou menaçant d'une manière générale¹⁷¹.

122. L'État peut expressément fonder en tout ou en partie une décision prise à ce titre sur les obligations découlant des accords internationaux auxquels il est partie¹⁷² ou de ses relations diplomatiques¹⁷³, ou prendre en considération les relations internationales d'autres États auxquels il est lié par un arrangement spécial¹⁷⁴. L'État peut aussi expressément essayer de conserver sa neutralité politique s'agissant d'expulser les étrangers de ce chef¹⁷⁵. Des motifs tirés de l'« intérêt supérieur de l'État » peuvent aussi être invoqués contre l'étranger qui appartiendrait à une organisation qui se livre à des activités préoccupantes pour les intérêts de l'État¹⁷⁶. De plus, les intérêts de l'État peuvent influencer sur les conditions ou obligations imposées à l'étranger qui entre sur le territoire de l'État ou qui y réside¹⁷⁷. La violation des conditions d'admission sur le territoire de l'État peut constituer un motif distinct d'expulsion.

b) Infraction à la loi

123. L'étranger est soumis à la législation et à la juridiction de l'État dans lequel il se trouve en vertu de la compétence territoriale de l'État¹⁷⁸. Le fait qu'il ne respecte pas les lois de cet État peut être un motif valable d'expulsion, comme le reconnaissent l'Union européenne, la pratique des États¹⁷⁹ et la doctrine¹⁸⁰. Dans

¹⁶⁹ République tchèque, loi de 1999, art. 9 1).

¹⁷⁰ Chili, décret de 1975, art. 64 3) et 66; Finlande, loi de 2004, art. 149; et Honduras, loi de 2003, art. 89 3).

¹⁷¹ Finlande, loi de 2004, art. 11 1) 5); Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 4, 6 et 8; et loi n° 40 (1998), art. 4 6); et République tchèque, loi de 1999, art. 9 1).

¹⁷² Espagne, loi de 2000, art. 26 1); et Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 4 3) et 6) et 8, et loi n° 40 (1998), art. 4 6).

¹⁷³ Afrique du Sud, loi de 2002, art. 29 1) b); et Guatemala, décret-loi de 1986, art. 83.

¹⁷⁴ L'Accord de Schengen constitue un exemple d'un tel arrangement [voir Portugal, décret-loi de 1998, art. 11, 25 1) et 2) e)].

¹⁷⁵ Équateur, loi de 2004, art. 3.

¹⁷⁶ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 1) b) et 47 1) b).

¹⁷⁷ Australie, loi de 1958, art. 197AB et 197AG; Brésil, loi de 1980, art. 109; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 f); et République de Corée, loi de 1992, art. 22. L'étranger peut être expressément requis de ne pas porter atteinte aux intérêts de l'État lorsqu'il exerce ses droits et libertés (Biélorus, loi de 1993, art. 3; et Chine, loi de 1986, art. 5).

¹⁷⁸ Comme on l'a vu plus haut, certaines catégories d'étrangers, les diplomates par exemple, jouissent d'immunités et de privilèges spéciaux. Leur cas n'est pas envisagé dans le présent chapitre. « Lorsqu'il entre dans un pays, un étranger se place sous la puissance territoriale de l'État même s'il reste soumis en même temps à l'autorité de son État d'origine. À moins qu'il n'appartienne à l'une des catégories spéciales (les diplomates par exemple) qui sont soumises à un régime particulier, il est donc sous la juridiction de l'État dans lequel il séjourne et responsable des actes qu'il commet sur son territoire. [...] Puisque les étrangers sont soumis à l'autorité territoriale de cet État, celui-ci peut leur appliquer ses lois et ils doivent les observer et les respecter. » R. JENNINGS et A. WATTS, *op. cit.*, p. 904 et 905 (références omises).

¹⁷⁹ « Les systèmes de droit interne examinés présentent une similitude, dont il ne faut peut-être pas s'étonner, dans le choix qu'ils font des motifs d'expulsion. D'une manière générale, l'étranger s'expose à l'expulsion pour les motifs suivants : [...] 4. Participation à des activités criminelles. [...] La pratique des États reconnaît que l'expulsion se justifie [...] en cas de participation à des activités criminelles [...] », G. S. GOODWIN-GILL, *op. cit.*, p. 255 et 262. « Il arrive très couramment que l'expulsion d'un étranger soit ordonnée [...] en raison du comportement criminel de l'intéressé. », R. PLENDER, *op. cit.*, p. 468 et 482, note 119 (se référant à

certains cas, ce motif peut être élargi à l'activité illégale dans un État autre que celui qui expulse¹⁸¹.

124. On a fait observer que l'expulsion d'un étranger est une mesure qui vise non pas tant à punir l'intéressé qu'à protéger les intérêts de l'État¹⁸². Alors que l'activité criminelle peut être un motif valable, l'expulsion de l'étranger doit se décider au regard de la nécessité de protéger les intérêts de l'État et non de celle de punir l'étranger. Néanmoins, l'expulsion ou l'éloignement peuvent être une peine prévue par le droit pénal interne (et non par le droit de l'immigration) pour l'étranger qui a commis une infraction¹⁸³. On notera que des règles de fond et de procédure différentes s'appliquent à l'action pénale d'une part et à l'expulsion de l'autre. Les relations entre les deux procédures varient d'une législation interne à l'autre.

125. Dans l'Union européenne, le recours à l'expulsion comme punition est limité à maints égards¹⁸⁴. Selon l'article 33 de la Directive 2004/38/EC du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004, l'éloignement ne peut être ordonné à titre de peine à des citoyens de l'Union ou aux membres de la famille de citoyens de l'Union à moins que la mesure ne respecte les dispositions de la Directive concernant l'expulsion comme mesure d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

Danemark, loi sur les étrangers n° 226 du 8 juin 1983, art. 25(1); Norvège, loi sur les étrangers de 1956, art. 13(1) d); Portugal, décret-loi n° 264-B181, art. 42; Suède, loi sur les étrangers (Utlänningslag) n° 376 de 1980, Prop. 1979/80:96, art. 40; Turquie, loi n° 5683 du 15 juillet 1980 sur le séjour et le déplacement des étrangers, art. 22).

¹⁸⁰ « On reconnaît que l'expulsion se justifie en cas d'activité violant les lois locales et, en plus, que le contenu de ces lois ne concerne que l'État qui expulse. », G. S. GOODWIN-GILL, op. cit., p. 206 (références omises). Voir également *Règles internationales*, op. cit., art. 28, par. 5 et 6.

¹⁸¹ « Dans certains pays, par exemple en Belgique et au Luxembourg, l'expulsion peut être ordonnée à raison d'infractions commises à l'étranger, sans doute lorsque l'intéressé a été convaincu de ces infractions. », E. M. BORCHARD, op. cit., p. 52.

¹⁸² « L'expulsion se veut après tout non pas une punition mais essentiellement un procédé permettant de libérer l'État de la présence d'un individu considéré comme indésirable [...] », J. F. WILLIAMS, op. cit., p. 58 et 59. « L'expulsion est une mesure qui vise d'abord à protéger les intérêts de l'État. Elle n'est pas essentiellement une mesure visant à punir les étrangers, même si ses conséquences peuvent être catastrophiques pour eux. », G. S. GOODWIN-GILL, op. cit., p. 257. « L'expulsion n'est pas, au moins en théorie, une sanction, c'est une mesure administrative qui consiste en un ordre donné par les autorités exécutives à un étranger d'avoir à quitter le pays. », R. JENNINGS et A. WATTS, op. cit., p. 945 (références omises).

« L'expulsion d'un étranger n'est pas une punition; c'est un acte de l'exécutif prenant la forme d'un ordre intimant à l'étranger de quitter le pays. », S. ODA, op. cit., p. 482. « L'expulsion n'étant pas une peine, elle doit être exécutée avec tous les ménagements possibles, en tenant compte de la situation particulière de la personne. », *Règles internationales*, op. cit., art. 17.

¹⁸³ « En particulier, l'État a le droit de punir l'étranger qui commet une infraction grave à sa législation pendant qu'il se trouve sur son sol et, dans certains cas, cette punition peut prendre la forme d'une expulsion ou d'un éloignement quand l'étranger est convaincu d'un crime majeur. », L. B. SOHN et T. BUERGENTHAL (dir. publ.), op. cit., 1992, p. 89. « On peut relever certaines caractéristiques dans l'évolution récente de l'exercice du pouvoir d'expulser : l'expulsion sert de peine complémentaire imposée à l'étranger qui a commis l'un des crimes les plus graves... », E. M. BORCHARD, op. cit., p. 55.

¹⁸⁴ Pour l'analyse des questions soulevées par l'expulsion constituant une deuxième peine selon la législation nationale et la pratique des États membres de l'Union, y compris l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, la France, l'Italie, le Portugal et le Royaume-Uni, voir *La double peine*, Documents de travail du Sénat, France, série Législation comparée, Division des études de législation comparée du Service des études juridiques, no LC 117, février 2003.

« Article 33. Éloignement à titre de peine ou de mesure accessoire

1. L'État Membre d'accueil ne peut ordonner une mesure d'éloignement du territoire à titre de peine ou de mesure accessoire à une peine de détention que dans le respect des exigences résultant des articles 27¹⁸⁵, 28¹⁸⁶ et 29¹⁸⁷.

2. Lorsqu'une décision d'éloignement telle que visée au paragraphe 1 est exécutée plus de deux ans après qu'elle a été prise, l'État Membre vérifie l'actualité et la réalité de la menace pour l'ordre public ou la sécurité publique que représente la personne concernée, et évalue si un changement matériel de circonstances est intervenu depuis le moment où la décision d'éloignement a été prise. »¹⁸⁸.

126. Toute infraction à la législation nationale de l'État d'accueil, y compris sa législation pénale, est un motif d'expulsion dans plusieurs États. Le tribunal qui condamne doit être¹⁸⁹ ou non¹⁹⁰ un tribunal de l'État qui expulse. Pour ce qui est du critère de la gravité pénale, la loi peut : 1) exiger expressément qu'il soit celui de l'État qui expulse¹⁹¹; 2) définir les dispositions dont la violation justifie l'expulsion¹⁹²; 3) reconnaître les violations de la législation d'un État étranger¹⁹³, sous réserve parfois d'une comparaison avec la législation de l'État qui expulse¹⁹⁴;

¹⁸⁵ Voir ci-dessus, partie VII.A.6 c).

¹⁸⁶ L'article 28 se lit comme suit :

« Protection contre l'éloignement

1. Avant de prendre une décision d'éloignement du territoire pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique, l'État membre d'accueil tient compte notamment de la durée du séjour de l'intéressé sur son territoire, de son âge, de son état de santé, de sa situation familiale et économique, de son intégration sociale et culturelle dans l'État membre d'accueil et de l'intensité de ses liens avec son pays d'origine.

2. L'État membre d'accueil ne peut pas prendre une décision d'éloignement du territoire à l'encontre d'un citoyen de l'Union ou des membres de sa famille, quelle que soit leur nationalité, qui ont acquis un droit de séjour permanent sur son territoire sauf pour des raisons impérieuses d'ordre public ou de sécurité publique.

3. Une décision d'éloignement ne peut être prise à l'encontre des citoyens de l'Union, quelle que soit leur nationalité, à moins que la décision ne se fonde sur des motifs graves de sécurité publique définis par les États Membres, si ceux-ci :

a) Ont séjourné dans l'État membre d'accueil pendant les 10 années précédentes, ou b) Sont mineurs, sauf si l'éloignement est nécessaire dans l'intérêt de l'enfant, comme prévu dans la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989. »

¹⁸⁷ Voir la partie VII.A.6 g). Cette disposition énumère les maladies qui peuvent justifier l'expulsion pour raisons de santé publique.

¹⁸⁸ Rectificatif à la Directive 2004/38/EC, op. cit.

¹⁸⁹ Argentine, loi de 2003, art. 29 f) à g) et 62 b); Australie, loi de 1958, art. 201 a) et 203 1) a); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 57 1) h); Chili, décret de 1975, art. 64 1) et 66.

¹⁹⁰ Argentine, loi de 2004, art. 29 c); Australie, loi de 1958, art. 201 a) à c); Canada, loi de 2001, art. 36 1) à 3).

¹⁹¹ Australie, loi de 1958, art. 250 1); Bélarus, loi de 1998, art. 14 et 28 et loi de 1993, art. 20 3); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 1) a) et 47 1) a); Espagne, loi de 2000, art. 57 7) et 8); Japon, ordonnance de 1951, art. 5 4), 5 8) et 5 9)-2; Pologne, loi no 1775 (2003), art. 88 1) 9); République de Corée, loi de 1992, art. 11 1) 2), 1) 8), 46 2), 67 1), 89 1) 5).

¹⁹² Allemagne, loi de 2004, art. 53 2); Australie, loi de 1958, art. 203 1) c); Danemark, loi de 2003, art. 22 iv) à vi).

¹⁹³ Colombie, loi, art. 89 7); Japon, ordonnance de 1951, art. 5 4); Kenya, loi de 1967, art. 3 1) d).

¹⁹⁴ Canada, loi de 2001, art. 36 2) b) à c); Espagne, loi de 2000, art. 57 2); Fédération de Russie, loi n° 115-FZ (2002), art. 7 6), 9) 6 et 18 9) 6) et loi de 1996, art. 26 3), 27 3).

4) ne pas fixer de critère mais évaluer et qualifier la gravité de l'infraction au regard de la législation de l'État qui expulse¹⁹⁵.

127. Dans certains États, la législation ne précise pas la nature de l'infraction ni la procédure qui peut conduire à l'expulsion de ce chef¹⁹⁶. Ailleurs au contraire, elle sanctionne certains comportements par l'expulsion. Par exemple, si l'intéressé est impliqué dans le passage illégal ou clandestin de la frontière du pays par d'autres étrangers (hormis les cas de trafic, qui relèvent du motif relatif aux bonnes mœurs), ou appartient à une organisation qui se livre à des activités de cette nature¹⁹⁷, la loi peut : 1) considérer que de tels actes sont un motif d'expulsion¹⁹⁸; 2) prévoir une condamnation pénale préalable à l'invocation de ce motif¹⁹⁹; 3) prévoir une peine en plus de l'expulsion²⁰⁰; 4) mettre en cause la responsabilité juridique de l'étranger mais ne pas imposer expressément l'expulsion²⁰¹. Quand il ne s'agit pas du passage clandestin d'immigrants illégaux, la législation précise dans certains cas que l'expulsion a lieu dès que la peine prononcée a été purgée²⁰². Ce motif d'expulsion peut s'appliquer à tous les membres de la famille de l'étranger²⁰³.

128. Quand la législation sanctionne par l'expulsion la condamnation de l'étranger²⁰⁴, la peine prononcée doit atteindre un certain seuil de sévérité²⁰⁵. En

¹⁹⁵ Chili, décret de 1975, art. 15 3), 16 1) et 65 1).

¹⁹⁶ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 1) a) et 47 1) a); Suisse, loi fédérale de 1931, art. 10 4).

¹⁹⁷ Canada, loi de 2001, art. 37 1) b).

¹⁹⁸ Allemagne, loi de 2004, art. 53 3) et 54 2); Argentine, loi de 2004, art. 29 c); Brésil, loi de 1980, art. 124 XII) et XIII) et 127; Grèce, loi de 2001, art. 44 1) a); Hongrie, loi de 2001, art. 32 1) c); Italie, décret-loi no 286 (1998), art. 4 3) et 8; Paraguay, loi de 1996, art. 108 2) et 111. Un État peut expressément exempter de l'expulsion pour ce motif certaines catégories de personnes, par exemple les religieux ou les diplomates [Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 4 3) et 8)].

¹⁹⁹ Allemagne, loi fondamentale, art. 53 3) et 54 2); Grèce, loi de 2001, art. 44 1) a).

²⁰⁰ Brésil, loi de 1980, art. 124 XII) et XIII) et 125-27; Paraguay, loi de 1996, art. 108 2) et 111.

²⁰¹ Bélarus, loi de 1998, art. 26.

²⁰² Chili, décret de 1975, art. 69 et 87; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 276 c); France, Code, art. L621-1, L624-2 et L624-3; Italie, décret-loi no 286 (1998), art. 16 4) et 16 8); Paraguay, loi de 1996, art. 108 2) et 111.

²⁰³ Brésil, loi de 1980, art. 26 2).

²⁰⁴ Argentine, loi de 2004, art. 64 a) et b); Australie, loi de 1958, art. 200 et 201 a) à c); Autriche, loi de 2005, art. 3.54 2) 2); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 47 4) et 57 1) h); Canada, loi de 2001, art. 36 1) a) à c); Chine, dispositions de 1992, art. I i) et II i) et ii); Colombie, loi, art. 89 1); Danemark, loi de 2003, art. 22; Espagne, loi de 2000, art. 57 1); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 101 a) 48 et a) 50 f) 7); Finlande, loi de 2004, art. 149 2); France, Code, art. L521-2; Grèce, loi de 2001, art. 44 1) a); Japon, ordonnance de 1951, art. 5 4) et 24 4) g) i); Kenya, loi de 1967, art. 3 1) d); Norvège, loi de 1988, art. 29 b) et c); Panama, décret-loi de 1960, art. 37 f); Paraguay, loi de 1996, art. 6, 7 3) et 81 5); Portugal, décret-loi de 1998, art. 25 2) c); République de Corée, loi de 1992, art. 46 1) 11); Suède, loi de 1989, art. 4.2 3) et 4.7; Suisse, Code pénal, art. 55 1). Cette norme peut aller jusqu'à exiger que l'infraction soit d'une certaine nature (blanchiment d'argent ou crime délibéré et prémédité, par exemple) [Allemagne, loi de 2004, art. 53 1) et 2), et 54 1); Argentine, loi de 2004, art. 29 c) et 62 b); Brésil, décret de 1981, art. 101, et loi de 1980, art. 67; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a)2), 237 a)2) et 238 c); Hongrie, loi de 2001, art. 32 1) e); Japon, ordonnance de 1951, art. 5 9)-2, 24 4)f) et 4)-2; Nigeria, loi de 1963, art. 18 1)c); Pologne, loi n° 1775 (2003), art. 88 1)9)].

²⁰⁵ Allemagne, loi de 2004, art. 53 1) et 2) et 54 1) et 2); Argentine, loi de 2004, art. 29 c) et 62 b); Australie, loi de 1958, art. 201 a) à c); Autriche, loi de 2005, art. 3.54 2) 2); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 47 4) et 57 1) h); Canada, loi de 2001, art. 36 1) b) et c); Danemark, loi de 2003, art. 22; Espagne, loi de 2000, art. 57 2) et 7); États-Unis d'Amérique,

pareil cas, l'expulsion peut 1) être imposée à titre de peine distincte ou complémentaire²⁰⁶; 2) remplacer une autre peine ou intervenir pendant une mise à l'épreuve ou l'accomplissement de quelque autre peine²⁰⁷; 3) intervenir après que l'intéressé a accompli sa mise à l'épreuve ou purgé sa peine²⁰⁸, ou a été libéré à la suite d'une détention quelconque au titre de poursuites pénales effectivement engagées ou en attente²⁰⁹; 4) être ordonnée parce que l'étranger a été condamné à une peine qui n'emporte pas expulsion, ou lorsque la peine n'a pas été suivie d'expulsion pour quelque autre raison²¹⁰.

129. La législation nationale peut également trouver un motif d'expulsion dans le fait que l'étranger 1) est convaincu d'une infraction ou autrement jugé coupable²¹¹, inculqué²¹², accusé²¹³, recherché²¹⁴, poursuivi²¹⁵ ou surpris en infraction²¹⁶; 2) est²¹⁷ ou

loi sur l'immigration et la nationalité, art. 101 a) 50) f) 7); Finlande, loi de 2004, art. 149 2); France, Code, art. L521-2; Grèce, loi de 2001, art. 44 1) a); Hongrie, loi de 2001, art. 32 1) e); Japon, ordonnance de 1951, art. 5 4) et 24 4) g), i); Norvège, loi de 1988, art. 29 b) et c); Paraguay, loi de 1996, art. 6 4), 7 3) et 81 5); Portugal, décret-loi de 1998, art. 25 2) c); Suède, loi de 1989, art. 4.7; Suisse, Code pénal, art. 55 1). Lorsque l'expulsion fait suite à la condamnation prononcée dans l'État qui expulse, le critère de gravité peut avoir pour référence les déclarations du tribunal ayant jugé [Australie, loi de 1958, art. 201 a) à c); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 57 1) h)]. Lorsque c'est un tribunal étranger qui a condamné, la loi applicable peut prendre en considération la sentence qu'aurait prononcée, pour cette violation, l'État d'expulsion [Argentine, loi de 2004, art. 29 c) et 62 b); Canada, loi de 2001, art. 36 1) b) et c); Espagne, loi de 2000, art. 57 2); Hongrie, loi de 2001, art. 32 1) e); Norvège, loi de 1988, art. 29 b) et c); Paraguay, loi de 1996, art. 7 3)].

²⁰⁶ Chine, loi de 1978, art. 35; dispositions de 1998, art. 336, et dispositions de 1992, art. I i); République de Corée, loi de 1992, art. 46 1).

²⁰⁷ Argentine, loi de 2004, art. 64 a) à c); Espagne, loi de 2000, art. 53 et 57 1), 7); Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 16 1), 4), 8) et 9); Japon, ordonnance de 1951, art. 62 3) à 5), 63; République de Corée, loi de 1992, art. 85 2); Suisse, Code pénal, art. 55 2) à 4).

²⁰⁸ Argentine, loi de 2004, art. 62 b); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 47 4); Chili, décret de 1975, art. 57; Chine, dispositions de 1992, art. II ii) et VI i) et dispositions de 1998, art. 336; Espagne, loi de 2000, art. 57 8); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 238 a) 1); France, Code, art. L541-1; Honduras, loi de 2003, art. 89 1); Japon, ordonnance de 1951, art. 62 3) et 63 2); Paraguay, loi de 1996, art. 81 5) et 111; Pologne, loi n° 1775 (2003), art. 8 1) 9); République de Corée, loi de 1992, art. 84 2), 85 1) et 2) et 86 2); Suisse, Code pénal, art. 55 4).

²⁰⁹ Australie, loi de 1958, art. 250 3) à 5); Bélarus, loi de 1998, art. 14.

²¹⁰ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 47 4) et 57 1) g) et h); Colombie, loi, art. 89 1).

²¹¹ Afrique du Sud, loi de 2002, art. 29 1) b); Australie, loi de 1958, art. 200 et 203 1); Brésil, loi de 1980, art. 66; Colombie, loi, art. 89 7); Honduras, loi de 2003, art. 89 1); Paraguay, loi de 1996, art. 6 5). Cette condition peut comprendre l'obligation que le crime soit d'une certaine nature ou d'un certain ordre, par exemple le blanchiment d'argent ou le crime prémédité ou intentionnel [Autriche, loi de 2005, art. 3.54 2); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 57 1) g); Canada, loi de 2001, art. 36 1) a) et b), et 2) a) et b); Chili, décret de 1975, art. 15 3), 16 1), 63 1), 64 1), 65 1) et 2) et 66; Espagne, loi de 2000, art. 57 2) et 7) et 8); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 101 a) 50) f) 8)]; Fédération de Russie, loi n° 115-FZ (2002), art. 7 5), 9 5) et 18 9) 5); France, Code, art. L511-1 5) et L541-1; Grèce, loi de 2001, art. 44 1) a); Suisse, loi fédérale de 1931, art. 10 1). Le fait que la condamnation soit susceptible d'appel ou de révision peut la priver de sa qualité de motif d'expulsion. (Comparer avec Autriche, loi de 2005, art. 3.54 2) 1), qui permet l'expulsion lorsque le jugement n'est pas définitif, et Nigeria, loi de 1963, art. 21 2), qui ne permet pas l'expulsion après recommandation d'éloignement tant que ne sont pas épuisées toutes les voies de recours contre la condamnation sous-jacente.)

²¹² Autriche, loi de 2005, art. 3.54 2) 2); et Chili, décret de 1975, art. 15 3), 16 1), 64 1), 65 1) et 66.

²¹³ Panama, décret-loi de 1960, art. 37 f).

²¹⁴ Afrique du Sud, loi de 2002, art. 29 1) b).

a été²¹⁸ soupçonné d'avoir commis une infraction; 3) a un casier judiciaire²¹⁹; 4) a un comportement criminel²²⁰, se livre à des activités criminelles²²¹, en entreprend²²², a l'intention de le faire²²³ ou y est prédisposé²²⁴; 5) a été expulsé de l'État ou d'un autre État en application de certaines dispositions pénales²²⁵; 6) est membre d'une organisation ayant des activités réputées criminelles²²⁶.

130. L'expulsion pour ce motif dépend des considérations suivantes : 1) au moment des faits, l'étranger était ou non citoyen²²⁷, avait ou non l'autorisation de séjourner ou de résider sur le territoire de l'État²²⁸, avait bénéficié d'une grâce ou d'un non-lieu²²⁹ ou avait été réhabilité²³⁰; 2) il séjournait depuis plus ou moins longtemps sur le sol de l'État quand l'infraction a été commise²³¹; 3) la nationalité de l'étranger lui vaut éventuellement un traitement spécial en vertu de la législation de l'État qui expulse²³²; 4) l'État de l'étranger a des relations spéciales avec l'État qui expulse²³³; 5) l'étranger est arrivé dans le pays par certains moyens ou il se trouvait à un certain endroit au moment des faits²³⁴.

131. La législation nationale peut disposer expressément que le moment où l'étranger est convaincu d'une infraction par rapport à la date de l'entrée en vigueur

²¹⁵ Brésil, loi de 1980, art. 66.

²¹⁶ Autriche, loi de 2005, art. 3.54 2) 2); Japon, ordonnance de 1951, art. 5 4) 8).

²¹⁷ Chine, loi de 1978, art. 35; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 2) A); République de Corée, loi de 1992, art. 67 1) et 89 1) 5). La législation peut expressément exclure l'acte commis en dehors du territoire de l'État (Biélarus, loi de 1998, art. 28).

²¹⁸ L'infraction peut être soit définie [Biélarus, loi de 1998, art. 14; Portugal, décret-loi de 1998, art. 25 2) d); République de Corée, loi de 1992, art. 11 1) 2) et 11 1) 8)] soit indéfinie [Australie, loi de 1958, art. 250 1); Biélarus, loi de 1993, art. 20 3)].

²¹⁹ Allemagne, loi de 2004, art. 53 1); Argentine, loi de 2004, art. 29 c); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 2) B); Fédération de Russie, loi n° 115-FZ (2002), art. 7 6), 9 6) et 18 9) 6), et loi de 1996, art. 26 3) et 27 3); Paraguay, loi de 1996, art. 6 5).

²²⁰ Argentine, loi de 2004, art. 62 b).

²²¹ Chili, décret de 1975, art. 15 2), 17, 63 2) et 65 1) 3).

²²² Honduras, loi de 2003, art. 89 2); Panama, décret-loi de 1960, art. 37 b); Suède, loi de 1989, art. 3.4 2).

²²³ Portugal, décret-loi de 1998, art. 25 2) e); Suède, loi de 1989, art. 4.2 3), 4.7 et 4.11.

²²⁴ Paraguay, loi de 1996, art. 6 7).

²²⁵ Japon, ordonnance de 1951, art. 5 5) et 2).

²²⁶ Afrique du Sud, loi de 2002, art. 29 1) e); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 57 1) g); Canada, loi de 2001, art. 37 1) et 2);

²²⁷ Australie, loi de 1958, art. 201 a) et b), 203 1) a) et b), 7, 204 1) et 2) et 250 1) à 3); Brésil, loi de 1980, art. 74, 75 et 76 1).

²²⁸ Australie, loi de 1958, art. 201 b) et 204; Autriche, loi de 2005, art. 3.54 2); Danemark, loi de 2003, art. 22; Espagne, loi de 2000, art. 57 5) et 7); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 238 b); Japon, ordonnance de 1951, art. 5 9)-2 et 24 4)-2; Paraguay, loi de 1996, art. 6 4) et 5); Suède, loi de 1989, art. 4.2 3).

²²⁹ Canada, loi de 2001, art. 36 3) b).

²³⁰ Ibid., art. 36 3) c).

²³¹ Australie, loi de 1958, art. 201 b); Autriche, loi de 2005, art. 3.54 2) 2); Danemark, loi de 2003, art. 22; Paraguay, loi de 1996, art. 81 5); et Suède, loi de 1989, art. 4.2 3). Le temps d'emprisonnement accompli peut intervenir dans le calcul de cette durée (Australie, loi de 1958, art. 204).

²³² Australie, loi de 1958, art. 201 b) ii).

²³³ 894 Afrique du Sud, loi de 2002, art. 29 1) b).

²³⁴ Australie, loi de 1958, art. 250 1).

de la loi est indifférent²³⁵, et peut²³⁶ ou non²³⁷ tenir pour motif d'irrecevabilité le fait que l'étranger est entré sur le territoire avec l'aide d'une personne ou d'une organisation ayant des activités illégales.

132. Beaucoup d'affaires jugées par les tribunaux internes concernent l'expulsion d'étrangers convaincus de crimes²³⁸ graves²³⁹.

133. Il semblerait donc que la pratique des États sanctionne la validité de l'expulsion pour infraction pénale. Cependant, il conviendrait peut-être d'examiner les pratiques qui ne traitent pas ce motif de la même manière, sous les angles suivants : 1) la gravité de l'infraction à la législation nationale; 2) la nature du comportement délictueux du point de vue de la planification de l'infraction, de sa préparation et de l'incitation et de l'entente en vue de la commettre²⁴⁰; 3) la norme de preuve de l'infraction, du simple soupçon à la chose jugée²⁴¹; 4) le droit qu'a

²³⁵ Ibid., art. 201 a) et 203 1) a).

²³⁶ Ibid., art. 250 1) a).

²³⁷ Canada, loi de 2001, art. 37 2) b).

²³⁸ En 1933, la Cour suprême du Canada a dû juger si une personne qui avait accompli l'intégralité de sa peine de prison ou avait été graciée (par grâce royale) pouvait être déclarée indésirable ou être interdite et expulsée sur la base de sa condamnation. La Cour a jugé que l'accomplissement d'une peine à raison d'un acte criminel n'écartait pas la possibilité d'une expulsion dans le cadre d'une procédure administrative ultérieure. *In the Matter of a Reference as to the Effect of the Exercise by His Excellency the Governor General of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, requête auprès de la Cour suprême du Canada, 15 et 29 mars 1933, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1933 et 1934, H. LAUTERPACHT (dir. publ.), affaire no 135, p. 328 à 330. Voir également *Sentenza no 58*, Cour constitutionnelle d'Italie, 1995 (déclarant inconstitutionnelle une disposition prévoyant l'expulsion d'un étranger ayant fait de la prison sur condamnation pénale quand il n'est pas établi que l'intéressé reste dangereux); idem, *Sentenza no 62*, 24 février 1994 (confirmant la constitutionnalité d'un sursis à une peine d'emprisonnement de trois ans aux fins de l'expulsion d'un étranger condamné).

²³⁹ *Ceskovic v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, Federal Court, General Division, 13 novembre 1979, *International Law Reports*, op. cit., p. 627 à 634 (personne condamnée pour crimes violents, y compris coups de feu délibérés avec l'intention de causer un grave dommage physique); affaire de l'expulsion vers U., République fédérale d'Allemagne, Tribunal administratif supérieur (Oberverwaltungsgericht) du Rhin-Palatinat, République fédérale d'Allemagne, 16 mai 1972, *International Law Reports*, op. cit., p. 613 à 617 (personne condamnée pour meurtre); *Urban v. Minister of the Interior*, op. cit., p. 340 à 342; affaire de l'étranger apatride (Allemagne), op. cit., p. 507 et 508 (« Un étranger jugé coupable d'une infraction pénale est en règle générale expulsé vers son État d'origine. »). Dans l'affaire *Leocal v. Ashcroft*, la Cour suprême des États-Unis a jugé que les infractions à la législation des États sur la conduite en état d'ivresse analogue à la législation de Floride, qui peuvent ou non présenter un élément d'intention coupable ou s'expliquer par une simple négligence dans la manoeuvre d'un véhicule, ne peuvent être qualifiées de « crime violent » en droit de l'expulsion (*Leocal v. Ashcroft, Attorney General, et al.*, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, 9 novembre 2004, n° 03-5830). Certains tribunaux nationaux ont jugé qu'une condamnation pour crime grave commis à l'extérieur de l'État suffisait à justifier l'ordonnance d'expulsion pour des raisons d'ordre public.

²⁴⁰ « Il peut expulser de son territoire la personne qui commet un acte interdit par sa législation, que l'on peut raisonnablement considérer comme potentiellement en infraction ou qui proclame son opposition à cette législation, indépendamment de l'idée que son propre État se fait de sa conduite ou de la conduite que l'on peut attendre d'elle. », C. H. HYDE, op. cit., p. 234 (référence omise).

²⁴¹ « La cause la plus fréquente d'expulsion est sans doute la condamnation pénale. Tous les pays se réservent ce droit, bien qu'ils ne l'exercent en général qu'en cas de flagrant délit, lorsque la présence de l'étranger risque de nuire à la sécurité publique. Quand la nécessité publique est

l'étranger d'avoir la possibilité de réfuter les allégations de comportement délictueux portées contre lui²⁴²; 5) la nécessité de distinguer la procédure d'instruction de l'infraction et la procédure d'expulsion²⁴³.

c) Condamnation à une peine d'emprisonnement

134. Parmi ces motifs divers, la commission d'une infraction par l'étranger ou la condamnation de celui-ci à une peine privative de liberté a souvent été invoquée et figure dans la législation de plusieurs Etats. Ce motif d'expulsion est du reste ancien. Les travaux des auteurs de la fin du XIX^e siècle et du début de XX^e ne laissent aucun doute à ce sujet. Selon Martini, par exemple, « [i]l ne fait aucun doute que les étrangers condamnés par la justice puissent compromettre la sécurité publique, au premier chef et que, dès lors les condamnations judiciaires constituent une cause essentielle d'expulsion. Il suffit de jeter les yeux sur les décisions intervenues à l'encontre des individus poursuivis pour infraction aux arrêtés pris à leur égard, pour être édifié : presque toujours ces étrangers ont été expulsés à la suite de condamnations prononcées contre eux »²⁴⁴. Bien plus, un étranger condamné même correctionnellement faisait l'objet d'une instruction à fin d'expulsion; l'étranger pouvait donc être expulsé dès la première condamnation, et même s'il avait été condamné avec sursis²⁴⁵, à moins qu'il ne s'agisse de condamnations minimales et pour des délits de peu d'importance, ou dont la nature ne constitue pas un danger pour l'ordre public²⁴⁶.

135. La pratique de la plupart des Etats s'est assouplie de nos jours, sans doute sous l'influence de l'essor des droits de l'homme, en sorte que si la condamnation de l'étranger reste un motif d'expulsion en général, elle n'est retenue à cette fin que lorsqu'il s'agit d'une condamnation à une peine privative de liberté pour des infractions dont le degré de gravité peut varier d'un Etat à un autre.

136. Une étude de législation comparée montre qu'un tel motif existe notamment dans les législations allemande, belge, britannique, danoise, française, italienne et portugaise. En effet, en Allemagne²⁴⁷, en Belgique²⁴⁸, au Danemark²⁴⁹, en Italie²⁵⁰,

assez pressante, surtout si l'infraction a un caractère politique, l'expulsion peut se faire sur ordonnance du pouvoir exécutif, sans qu'il y ait de condamnation judiciaire. », E. M. BORCHARD, op. cit., p. 52. « Le pouvoir d'expulsion ou d'éloignement peut s'exercer si le comportement ou l'activité d'un étranger accueilli sur le sol d'un État fait infraction à certaines règles fondamentales. Ce comportement ou cette activité comprennent : [...] 2. Une condamnation pour crime grave [...] ». L. B. SOHN et T. BUERGENTHAL, op. cit., p. 90 et 91.

²⁴² « Pour réduire au minimum les cas d'exercice inhumain et arbitraire de ce pouvoir, beaucoup de traités entre États précisent [...] que l'expulsé doit avoir la possibilité de se disculper [...] ». E. M. BORCHARD, op. cit., p. 56.

²⁴³ « Il a été soutenu que le droit de poursuivre au pénal et le droit d'éloigner ou d'expulser sont incompatibles comme droits concurrents; les procédures devraient être successives. », Ibid., p. 52 (citant l'affaire *U.S. v. Lavoie*, 182 Fed. Rep. 943; et l'affaire de Mgr Montagnini en France, 14, *Revue générale de droit international public* (1907), 175; J. CHALLAMEL in *Journal des débats*, 12 mars 1907, reproduit in 34 *Clunet* (1907), p. 331 à 334.

²⁴⁴ A. MARTINI, op. cit. p. 55.

²⁴⁵ Ibid., pp 55-56.

²⁴⁶ Circulaire du ministre français de l'Intérieur en date du 20 juillet 1893, cité par A. MARTINI, op cit, note n°1, pp 55-56.

²⁴⁷ Voir loi de 1990 sur les étrangers en particulier article 45 à 48.

²⁴⁸ Voir loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers en particulier article 20 à 26.

²⁴⁹ Voir loi du 17 juillet 2002 sur les étrangers, en particulier, chapitre IV.

au Portugal²⁵¹ et au Royaume-Uni²⁵², certaines condamnations pénales peuvent motiver une décision d'expulsion. Le fondement de la décision d'expulsion peut être l'existence d'une condamnation à une peine privative de liberté, la durée d'une telle peine ou la condamnation pour une infraction donnée. En France, les étrangers qui commettent une infraction sur le territoire national s'exposent non seulement aux peines prévues par la loi pour cette infraction, mais peuvent également être renvoyés dans leur pays d'origine. Il convient de souligner ici que les étrangers concernés sont des personnes majeures disposant d'un titre de séjour régulier.

137. De manière générale, il apparaît que le principe de la double peine, à savoir la condamnation à une peine privative de liberté doublée d'une décision judiciaire ou administrative d'expulsion, est admis dans les pays étudiés²⁵³, à l'exception de la Belgique. Par ailleurs, en Allemagne et en Belgique, les antécédents judiciaires d'un étranger peuvent entraîner une mesure d'expulsion fondée sur la menace à l'ordre public²⁵⁴. Le prononcé de la double peine est généralement laissé à l'appréciation de l'autorité responsable. Toutefois, la loi allemande définit les infractions qui entraînent obligatoirement l'expulsion. Les lois italienne et portugaise excluent, quant à elles, la double peine pour les étrangers appartenant aux catégories protégées²⁵⁵, lesquelles ne peuvent être expulsées que pour menace à l'ordre public. Ce critère d'atteinte ou d'« atteinte grave » à l'ordre public vaut également en Belgique²⁵⁶, au Danemark²⁵⁷ en Italie²⁵⁸, au Portugal²⁵⁹, au Royaume-Uni²⁶⁰.

²⁵⁰ Voir décret législatif n° 286 du 25 juillet 1998 relatif à l'expulsion des étrangers modifié par la loi du 30 juillet 2002.

²⁵¹ Voir décret-loi n° 244 du 8 août 1998, relatif au régime juridique des étrangers.

²⁵² Voir loi de 1971 sur l'immigration, notamment les articles 3, 5, 6 et 7, et le chapitre 13.

²⁵³ Voir *Les documents de travail du Sénat (français). Série Législation comparée. La double peine* n° LC 117 février 2003, Service des Etudes juridiques. Division des Etudes de législation comparée, 11 février 2003, publié sur le site Internet : [http : //www.parlement.ch/i/suche/pagine/geschaefte.aspx?geshid=19973467](http://www.parlement.ch/i/suche/pagine/geschaefte.aspx?geshid=19973467), p. 20. Document publié également sur le site du Sénat : [http : //www.senat.fr/europe](http://www.senat.fr/europe).

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ Selon la législation allemande, la protection dépend principalement de la nature du titre de séjour détenu par l'étranger. La protection dépend principalement de la nature du titre de séjour détenu par l'étranger. La protection n'empêche pas l'expulsion, mais limite l'application des dispositions sur l'éloignement des étrangers aux cas où l'étranger constitue une menace très grave pour la sécurité publique, et en particulier aux hypothèses envisagées par l'article 47 par. 1. Au regard des articles 47 et 48, les étrangers protégés sont ceux qui sont :

- titulaires d'un titre de séjour illimité et inconditionnel ;
- titulaires d'un permis de séjour dont la durée est illimitée et qui sont nés en Allemagne ou y sont arrivés alors qu'ils étaient mineurs ;
- titulaires d'un permis de séjour dont la durée est illimitée et qui sont mariés (ou « pacsés ») avec un étranger appartenant à l'une des deux catégories précédentes ;
- bénéficiaires du droit d'asile ou qui se sont vus reconnaître le statut de réfugiés ;
- titulaires du titre de séjour particulier accordé pour des raisons humanitaires urgentes. Par ailleurs, les étrangers qui vivent au sein d'un foyer familial comportant des personnes de nationalité allemande jouissent de la même protection.

²⁵⁶ Sont protégés en Belgique, les catégories suivantes :

- étrangers séjournant de façon continue en Belgique depuis au moins dix ans ;
- étrangers remplissant les conditions pour acquérir la nationalité belge par option ou par déclaration, ou pour la recouvrer après l'avoir perdue ;
- femmes ayant perdu, par exemple après leur mariage, la nationalité belge ;
- conjoints non séparés de citoyens belges ;
- étrangers frappés par une incapacité de travail.

Une circulaire de juillet 2002 y ajoute : les étrangers ayant séjourné depuis au moins vingt ans en Belgique ; ceux qui y sont nés ou y sont arrivés avant l'âge de douze ans ; les chefs de

famille condamnés à une peine de moins de cinq ans. Seuls des cas exceptionnels (pédophilie, trafic de stupéfiants important, crime organisé...) justifient l'expulsion de ces étrangers. Les autres éléments de protection déterminés par la commission consultative *ad hoc* instituée par la loi de 1980 et qui rend un avis sur toutes les demandes d'expulsion sont : la prise en compte du niveau d'intégration de l'intéressé au sein de la société belge (emploi, activité associative, réputation...), la nature de ses liens avec son pays d'origine, la probabilité de récidive.

²⁵⁷ Au Danemark, aucune catégorie n'est protégée a priori. L'absence d'une telle disposition constitue notamment la contrepartie de l'application différenciée des décisions judiciaires d'expulsion en fonction de la durée de séjour de l'étranger dans ce pays. Pour le reste, l'article 26 de la loi énumère les éléments à considérer avant de prendre une mesure d'expulsion.

- l'intégration dans la société danoise (travail, formation, maîtrise de la langue, participation à la vie associative...);
- l'âge auquel l'intéressé est arrivé au Danemark;
- la durée de son séjour au Danemark;
- l'âge, l'état de santé et les autres données personnelles de l'étranger;
- ses liens avec des personnes résidant au Danemark;
- ses attaches avec son pays d'origine;
- les risques qu'il encourt s'il rentre dans son pays d'origine ou dans un autre pays.

La loi énonce cependant que la prise en compte de ces facteurs personnels est exclue lorsque l'expulsion est motivée par une condamnation pour une infraction à la législation sur les stupéfiants ou pour l'une des infractions au code pénal qu'elle énumère, à moins que l'étranger n'ait des liens particulièrement étroits avec la société danoise.

²⁵⁸ D'après l'article 19 du décret législatif italien de 1998 portant réglementation en matière d'immigration, aucune expulsion judiciaire ne peut être décidée à l'encontre des étrangers appartenant à l'une des catégories suivantes :

- mineurs âgés de moins de 18 ans;
 - titulaires de la carte de séjour;
 - personnes qui vivent sous le même toit que des parents jusqu'au quatrième degré de nationalité italienne;
 - époux de citoyens italiens;
 - femmes enceintes ou qui ont donné naissance à un enfant moins de six mois auparavant.
- En effet, ces étrangers peuvent seulement faire l'objet d'une décision administrative d'expulsion, motivée par la menace qu'ils représentent pour l'ordre public et la sécurité de l'État.

²⁵⁹ Au Portugal, la peine complémentaire que constitue l'expulsion n'est pas applicable aux étrangers appartenant à l'une des catégories suivantes :

- nés au Portugal et qui y résident de façon habituelle;
- parents d'enfants mineurs résidant au Portugal, dans la mesure où ils assument leur éducation;
- domiciliés au Portugal depuis l'âge de 10 ans.

Cette disposition n'existait pas avant l'adoption du texte de 2001, mais était explicitement prévue par la loi de délégation adoptée par l'Assemblée de la République en septembre 2000. Le Parlement avait alors autorisé le gouvernement à modifier le décret-loi de 1998 à condition d'exclure du champ d'application de la peine complémentaire ces trois catégories d'étrangers

²⁶⁰ Au Royaume-Uni, la loi de 1971 exclut toute expulsion consécutive à une infraction pénale pour les personnes qui étaient citoyens du Commonwealth et résidaient au Royaume-Uni le 1^{er} janvier 1973, dans la mesure où ils résident au Royaume-Uni de façon continue depuis au moins cinq années lors de leur condamnation.

Pour ce qui concerne l'expulsion du délinquant, les règles sur l'immigration imposent la prise en compte des éléments suivants :

- l'âge;
- la durée du séjour au Royaume-Uni;
- l'intensité des liens avec le Royaume-Uni;
- les caractéristiques personnelles (conduite, emploi... et familiales);
- le passé judiciaire;

Autrement dit, les catégories de personnes en question ne peuvent pas subir de double peine.

138. Dans tous les cas, l'autorité compétente en matière d'expulsion dispose d'une large autonomie. Ainsi en Allemagne, lorsque la mesure d'expulsion n'est pas obligatoire, l'administration doit notamment tenir compte de la durée de séjour de l'étranger et des conséquences de son expulsion avant de prononcer l'éloignement du délinquant. Il en va de même en Italie et au Portugal quand le délinquant n'appartient pas à une catégorie protégée. Pareillement, en Belgique, au Danemark et au Royaume-Uni, la législation sur les étrangers précise qu'aucune mesure d'expulsion ne peut être prise sans qu'il soit tenu compte du degré d'insertion de l'étranger dans la société qui l'a accueilli. Le Royaume-Uni connaît une particularité en ce que la mesure d'expulsion ordonnée par le juge pénal, mais qui est prise en dernier ressort par le ministre de l'Intérieur, peut être étendue aux membres de la famille, dans la mesure où ils dépendent financièrement de l'étranger délinquant²⁶¹.

139. Comme on peut le constater, aussi bien la pratique ancienne que la pratique récente de nombreux Etats considèrent la condamnation à des peines privatives de liberté comme un motif d'expulsion. La pratique ancienne de certains Etats y ajoutaient divers autres motifs dont certains sont inadmissibles de nos jours en droit international. A vrai dire, la pratique apparaît de manière générale assez touffue, variant souvent d'un pays à l'autre et le principe de l'admission ou de l'interdiction de tel ou tel motif repose de manière générale sur des prises de positions doctrinales plutôt que sur des dispositions conventionnelles ou sur une jurisprudence internationale clairement établie. On présentera donc, dans les paragraphes qui suivent, les divers autres motifs anciens ou actuels couramment invoqués par les Etats en examinant dans quelle mesure ils sont conformes, acceptables ou prohibés au regard du droit international positif.

140. L'Institut de Droit International avait dressé, à l'article 28 de sa résolution de 1892 déjà cité, un catalogue en dix points des motifs pour lesquels les étrangers pouvaient être expulsés. Cette liste, qui reflète aussi bien la pratique tirée des législations internes²⁶² que la position de la doctrine dominante de l'époque, mérite d'être rappelée *in extenso* :

les raisons humanitaires ;
les témoignages favorables.

Pour l'expulsion des membres de la famille, les règles sur l'immigration recommandent qu'il soit également tenu compte de ces éléments, ainsi que de la possibilité qu'ont les intéressés de subvenir à leurs propres besoins et des conséquences de l'expulsion, notamment sur le plan scolaire.

²⁶¹ Voir *Les documents de travail du Sénat (français)* ... op. cit., p. 21.

²⁶² On peut citer notamment : France (code pénal et loi du 3 décembre 1849 ; Belgique (loi du 9 février 1885 ; loi du 27 novembre 1891 ; loi du 12 février 1897) ; Espagne (décret royal du 17 novembre 1852, ordonnance royale du 26 juin 1858 ; Grande-Bretagne (Aliens Act du 11 août 1905) ; Grèce (code pénal du 24 juin 1885) ; Italie (code pénal de 1859, loi du 22 décembre 1888 ; décret du 30 juin 1889 et règlement ; décret royal n° 1848, du 6 novembre 1926, approuvant le texte unique des lois de sécurité publique (titre V : Du séjour et de l'expulsion des étrangers ; Luxembourg (loi du 30 décembre 1893) ; Pays-Bas (loi du 13 août 1849) ; Portugal (loi du 20 juillet 1912 et décret du 1^{er} juillet 1927) ; Roumanie (loi du 7 avril 1881 ; règlement du 2 août 1990 ; Suisse (ordonnance du 17 novembre 1919) ; États-Unis d'Amérique (loi du 20 février 1907, du 1^{er} mai 1917, du 16 octobre 1918, des 10 mai et 5 juin 1920) ; Cuba (loi du 19 février 1919) ; Costa-Rica (loi du 18 juillet 1894) ; Brésil (loi du 7 janvier 1908) ; Vénézuéla (loi du 25 juillet 1925) : citée par Ch. De BOECK, *L'expulsion des étrangers*, op. cit, pp. 480-481.

« Peuvent être expulsés :

1° Les étrangers qui sont entrés sur le territoire frauduleusement, en violation des règlements sur l'admission des étrangers; mais, s'il n'y a pas d'autre motif d'expulsion, ils ne peuvent plus être expulsés après avoir séjourné six mois dans le pays;

2° Les étrangers qui ont établi leur domicile ou leur résidence dans les limites du territoire, en violation d'une défense formelle;

3° Les étrangers qui, au moment où ils ont franchi la frontière, étaient atteints de maladies de nature à compromettre la santé publique;

4° Les étrangers en état de mendicité ou de vagabondage, ou à la charge de l'assistance publique;

5° Les étrangers condamnés par les tribunaux du pays pour des infractions d'une certaine gravité;

6° Les étrangers condamnés à l'étranger ou s'y trouvant sous le coup de poursuites pour des infractions graves qui, selon la législation du pays ou d'après les traités d'extradition conclus par l'Etat avec d'autres Etats, pourraient donner lieu à leur extradition;

7° Les étrangers qui se rendent coupables d'excitations à la perpétration d'infractions graves contre la sécurité publique, bien que ces excitations, comme telles, ne soient pas punissables selon la loi territoriale et que les infractions ne doivent se consommer qu'à l'étranger;

8° Les étrangers qui, sur le territoire de l'Etat, se rendent coupables ou fortement suspects d'attaques, soit par la presse, soit autrement, contre un Etat ou un souverain étranger, ou contre les institutions d'un Etat étranger, pourvu que ces faits soient punissables d'après la loi de l'Etat expulsant, si, commis à l'étranger par des indigènes, ils étaient dirigés contre cet Etat lui-même;

9° Les étrangers qui pendant leur séjour sur le territoire de l'Etat, se rendent coupables d'attaques ou d'outrages publiés par la presse étrangère contre l'Etat, la nation ou le souverain;

10° Les étrangers qui, en temps de guerre ou au moment où une guerre est imminente, compromettent, par leur conduite, la sécurité de l'Etat ».

141. La plupart de ces motifs relèvent de l'ordre public ou de la sécurité publique, ou pourraient y être rattachés, que le lien avec ceux-ci soit évoqué clairement comme dans le cas de la condamnation pour des infractions d'une certaine gravité, ou plutôt incidemment voire implicitement comme dans le cas de la mendicité, du vagabondage, de la débauche et de la vie déréglée.

142. La difficulté vient cependant de l'imprécision terminologique de certaines législations nationales qui adjoignent parfois aux motifs d'ordre public et de sécurité publique, celui de « tranquillité publique » sans que l'on soit sûr de pouvoir le distinguer vraiment du motif d'ordre public. En revanche, la distinction entre ordre public et sécurité publique d'une part, et santé publique, d'autre part, paraît plus affirmée. De façon générale, les législations nationales présentent une kyrielle d'autres motifs plus ou moins autonomes dont il convient de faire une présentation de l'ensemble sans préjuger de la réponse à la question de savoir s'ils se rattachent ou non aux motifs d'ordre public ou de sécurité publique.

d) Non-respect des formalités administratives

143. Certains Etats avancent le non-respect des formalités administratives de renouvellement de la carte de séjour ou toute autre pièce d'identité comme cause d'expulsion des étrangers en séjour régulier sur leur territoire. Si le droit international général ne dispose pas de règles à ce sujet et laisse l'appréciation de cette formalité aux Etats, il en va autrement dans le cadre communautaire qui consacre le droit de la libre circulation des ressortissants des Etats membres dans l'espace communautaire. En effet, « [d]e même que des condamnations pénales ne peuvent en soi constituer une menace pour l'ordre public et donc motiver automatiquement une mesure d'éloignement, le non-respect des formalités administratives ne peut en tant que tel perturber suffisamment l'ordre ou la sécurité publics et dès lors justifier l'éloignement»²⁶³. Le droit communautaire européen va dans ce sens. L'article 3 par. 3 de la directive 64/221 disposait que « la péremption du document d'identité qui a permis l'entrée dans le pays d'accueil et la délivrance du titre de séjour ne peut justifier l'éloignement du territoire »²⁶⁴. Cette règle paraissait aller de soi au regard des dispositions du paragraphe précédent de la directive²⁶⁵ et de son explication par la Cour de justice des Communautés européennes. Son application n'en suscitait pas moins des problèmes d'interprétation et nécessitait par conséquent des précisions.

144. La directive de 1964 fut ainsi au cœur de l'affaire *Royer* de 1976²⁶⁶. Le sieur Royer, un ressortissant français, séjournait en Belgique auprès de son épouse, qui y exploitait un café. N'ayant pas accompli les formalités administratives nécessaires pour son séjour, les autorités belges compétentes lui ordonnèrent de quitter le territoire. Saisie sur renvoi préjudiciel, la Cour de justice des Communautés européennes a décidé que le droit des ressortissants d'un Etat membre d'entrer sur le territoire d'un autre Etat membre et d'y séjourner est « *un droit acquis en vertu du traité* »²⁶⁷. Puis, se fondant sur les directives 68/360 et 64/221, elle en a déduit que la simple omission par le ressortissant communautaire des formalités légales sur l'accès, le déplacement et le séjour des étrangers « *ne saurait (...) à elle seule justifier ni une mesure d'éloignement, ni une détention provisoire en vue d'une telle mesure* »²⁶⁸. Il découle de cette jurisprudence que « *l'expiration du passeport utilisé pour l'entrée sur le territoire national* » d'un Etat membre autre que le sien, ou l'absence du permis de séjour ne peuvent justifier un ordre d'expulsion au regard de ces directives²⁶⁹. De même, l'inobservation des formalités administratives de

²⁶³ V. A.-L. DUCROQUETZ, op. cit., 119. Les développements de ce *b)* sont inspirés du travail de cet auteur (pp. 119-123).

²⁶⁴ Directive n° 64/221/CEE du 25 février 1964 du Conseil européen pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, *J.O.* n° 56 du 4 avril 1964, p. 850.

²⁶⁵ Rappelons que l'article 3 § 2 de la directive n° 64/221/CEE du 25 février 1964 du Conseil prévoit que « *la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver ces mesures [d'ordre public ou de sécurité publique]* ».

²⁶⁶ CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Jean-Noël Royer*, aff. C- 48/75, Rec. p. 497 ; Conclusions de l'avocat général H. Mayras, présentées le 10 mars 1976, *Rec.* p. 521.

²⁶⁷ *Ibid.*, pt. 39.

²⁶⁸ *Ibid.*, pt. 51.

²⁶⁹ V. G. KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *Revue trimestrielle de droit européen*, p. 6. En 1997, le Groupe de haut niveau sur la libre circulation des personnes, présidé par Mme Simone Veil, devait encore insister sur le fait que, contrairement à ce qui est souvent le cas dans les Etats membres concernés, la non-possession d'une carte de séjour en cours de validité ne devrait jamais, en soi, entraîner une menace d'éloignement : voir le rapport-bilan de ce groupe en date du 18 mars 1997 en annexe

déclaration et d'enregistrement prescrites par la réglementation nationale ne peut donner lieu à une expulsion²⁷⁰. Pour les personnes protégées par le droit communautaire, celle-ci serait incompatible avec les dispositions du traité, étant donné qu'elle constitue la négation même du droit de libre circulation conféré et garanti par le traité CE, aux articles 39 à 55, et par les actes pris pour leur application²⁷¹.

145. Dans l'affaire *Royer*, la Cour insiste en précisant qu'un tel comportement ne peut pas constituer, en soi, une atteinte à l'ordre public ou à la sécurité publique. Elle déclare en effet que la réserve d'ordre public et de sécurité publique ne constitue pas « une condition préalable posée à l'acquisition du droit d'entrée et de séjour » mais permet d'apporter « des restrictions à l'exercice d'un droit directement dérivé du traité »²⁷². La Cour ajoute ensuite que les Etats membres peuvent « éloigner de leur territoire un ressortissant d'un autre Etat membre lorsque les besoins de l'ordre et de la sécurité sont mis en cause pour des motifs autres que l'omission des formalités sur le contrôle des étrangers »²⁷³. En d'autres termes, le non-respect de la législation relative aux modalités d'entrée et de séjour « ne peut en tant que [tel] constituer une menace pour l'ordre public ou pour la sécurité publique »²⁷⁴. Est dès lors contraire au droit communautaire toute décision d'éloignement d'un ressortissant d'un autre Etat membre fondée exclusivement sur le motif tiré d'une telle violation.

146. La jurisprudence de la juridiction communautaire est consacrée sur ce point par la directive 2004/38²⁷⁵ notamment en son article 15 § 2, qui, reprenant la règle fixée à l'article 3 § 3 de la directive 64/221, prévoit que « l'expiration de la carte d'identité ou du passeport ayant permis à la personne concernée d'entrer sur le territoire de l'Etat membre d'accueil et d'obtenir un certificat d'enregistrement ou une carte de séjour ne constitue pas un motif suffisant pour cet Etat membre pour prendre une mesure d'éloignement ». En outre, les articles 5 § 5 et 8, qui permettent à l'Etat membre d'accueil d'imposer aux citoyens de l'Union de signaler leur présence sur son territoire et de se faire enregistrer auprès des autorités compétentes pour des séjours de plus de trois mois, disposent que le non-respect de ces obligations ne peut faire l'objet que de « sanctions non discriminatoires et proportionnées »²⁷⁶. Autrement dit, le non-respect des formalités administratives

de la communication du 1er juillet 1998 de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le suivi des recommandations du Groupe de haut niveau sur la libre circulation des personnes, COM(1998) 403 final. Résumé de ce rapport : in Agence Europe, Europe documents, n° 2030, 9 avril 1997 ; Voir également note de F. GAZIN, Europe, mai 1997, n° 5, comm. n° 133, p. 9.

²⁷⁰ Voir CJCE, arrêt du 7 juillet 1976, *Lynne Watson et Alessandro Belmann*, aff. C- 118/75, *Rec.* p. 1185 ; conclusions de l'avocat général A. Trabucchi, présentées le 2 juin 1976, *Rec.* p. 1201.

²⁷¹ *Ibid.*, sp. pt. 20.

²⁷² CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Royer*, *op. cit.*, pt. 29.

²⁷³ *Ibid.*, pt. 41.

²⁷⁴ G. KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire ... », *op. cit.*, p. 6.

²⁷⁵ Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, *Journal Officiel de l'Union européenne (JOUE)*, n° L 158 du 30 avril 2004, p. 77 ; rectificatif au *J.O.U.E.* n° L 229 du 29 juin 2004, p. 35 ; rectificatif au rectificatif au *J.O.U.E.* n° L 197 du 28 juillet 2005, p. 34.

²⁷⁶ L'article 5 § 5 s'applique également aux membres de la famille qui ne sont pas ressortissants d'un Etat membre. Concernant ces membres de la famille, la même protection est prévue dans l'hypothèse où ils ne satisferaient pas à l'obligation de demander la carte de séjour pour les

n'est pas une infraction suffisamment grave pour que l'Etat membre concerné puisse ordonner une expulsion.

147. Suivant cette position, la Cour de justice a sanctionné une mesure néerlandaise de détention, en vue de l'expulsion d'un ressortissant français, prise au titre de la loi sur les étrangers de 2000 pour non présentation d'un papier d'identité. D'abord, la Cour précise que la présentation d'une carte d'identité est une simple « *formalité administrative dont l'unique objectif est la constatation par les autorités nationales d'un droit qui découle directement de la qualité de la personne en cause* »²⁷⁷. Ensuite, elle rappelle que « *des mesures d'emprisonnement ou d'éloignement fondées exclusivement sur un motif tiré du non accomplissement par l'intéressé de formalités légales relatives au contrôle des étrangers portent atteinte à la substance même du droit de séjour directement conféré par le droit communautaire et sont manifestement disproportionnées à la gravité de l'infraction* »²⁷⁸. En effet, « *la directive 73/148 (...) autorise les États membres à apporter des restrictions au droit de séjour des ressortissants des autres États membres dans la mesure où elles sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique* »²⁷⁹. Or, et la Cour reprend ici sa jurisprudence constante *Royer*, « *le fait de ne pas avoir accompli les formalités légales relatives à l'accès, au déplacement et au séjour des étrangers ne saurait, en lui-même, constituer une atteinte à l'ordre et à la sécurité publics* »²⁸⁰. Dès lors, une mesure de détention d'un ressortissant d'un autre État membre, aux fins de son éloignement, prise sur le fondement de la non-présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité, constitue un obstacle non justifié à la libre prestation des services et, partant, méconnaît l'article 49 du TCE²⁸¹.

148. Par ailleurs, la Cour de justice a jugé, dans un arrêt en date du 23 mars 2006, que la notification automatique d'un ordre d'éloignement pour défaut de production, dans le délai déterminé, des documents requis pour l'obtention d'un titre de séjour est contraire à la législation communautaire²⁸². Ce raisonnement s'inscrit dans le cadre du droit communautaire européen et ne peut être étendu au droit de l'expulsion des étrangers extracommunautaires. On peut cependant y voir l'esquisse d'une tendance dont on peut prévoir d'autant plus aisément l'extension que le phénomène d'intégration communautaire se développe dans de nombreuses régions

séjours de plus de trois mois ou la carte de séjour permanent (articles 9 § 3 et 20 § 2 de la directive 2004/38).

²⁷⁷ CJCE, arrêt du 17 février 2005, *Salah Oulane contre Ministre des affaires relatives aux étrangers et à l'intégration*, aff. C- 215/03, pt. 24, *Rec. I-* p. 1245 ; Conclusions de l'avocat général M. P. Léger, présentées le 21 octobre 2004, *Rec. I-* p. 1219. Dans la directive n° 2004/38, le législateur communautaire assimile la carte d'identité ou le passeport valide à une formalité (cf. le considérant n° 9).

²⁷⁸ *Ibid.*, pt. 40.

²⁷⁹ *Ibid.*, pt. 41. En ce sens, voir CJCE, arrêt du 16 janvier 2003, *Commission contre Italie*, aff. C-388/01, *Rec. Ip.* 721, pt 19.

²⁸⁰ CJCE, arrêt du 17 février 2005, *Salah Oulane*, *loc. cit.*, pt. 42.

²⁸¹ M^{me} F. KAUFF-GAZIN conteste le fondement utilisé par la juridiction communautaire, à savoir la directive n° 73/148, pour apprécier le droit de circulation et de séjour d'un touriste alors qu'il existe depuis le 28 juin 1990 une directive relative au droit de séjour généralisé, à savoir la directive n° 90/364/CEE (JOCE n° L 180 du 13 juillet 1990, p. 26) : cf. F. KAUFF-GAZIN, *Europe*, avril 2005, n° 4, comm. n° 127, pp. 13-14.

²⁸² CJCE, arrêt du 23 mars 2006, *Commission contre Royaume de Belgique*, aff. C- 408/03, pt. 72, *Rec. Ip.* 2663 ; Conclusions de l'avocat général M. D. Ruiz-Jarabo Colomer, présentées le 25 octobre 2005, *Rec. Ip.* 2650. Pour les citoyens de l'Union, la directive 2004/38 remplace le titre de séjour par un enregistrement auprès des autorités de l'État membre d'accueil (article 8).

du monde et que l'expérience communautaire européenne a souvent servi de source d'inspiration à d'autres efforts d'intégration du même type.

e) **Santé publique**

149. Que faut-il mettre dans cette notion de santé publique aux fins de l'expulsion? Faut-il envisager que toute personne malade peut, pour cette raison, être expulsée? Ou bien ne seraient concernées que les personnes porteuses d'une infection grave? Ou des personnes vectrices volontaires ou non d'une maladie contagieuse?

La santé publique apparaît aussi bien dans les textes anciens que récents comme un motif spécifique d'expulsion. Par exemple aux termes de l'article 7 de la Convention relative à l'établissement et à la compétence judiciaire contenue dans le traité de paix de Lausanne du 24 juillet 1923 entre l'Empire britannique, la France, l'Italie, le Japon, la Grèce, la Roumanie, l'Etat serbe-croate-slovène d'une part, et la Turquie, d'autre part, cette dernière « se réserv[ait] « le droit d'expulser, par des mesures individuelles, soit à la suite d'une sentence légale, soit d'après les lois ou règlements sur la police des mœurs, sur la police sanitaire ou sur la mendicité, soit pour des motifs de sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat, les ressortissants d'autres puissances contractantes, lesquelles s'engagent à les recevoir en tout temps, eux et leur famille. L'expulsion se fera dans des conditions conformes à l'hygiène et à l'humanité »²⁸³.

150. L'Etat peut jouir d'une marge de manœuvre assez large s'agissant d'apprécier si des raisons de sécurité publique ou de santé publique motivent l'expulsion d'un étranger²⁸⁴.

151. Le[s] législations nationales de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle avaient aussi traité de ces réponses à ces questions. Considérant que [l]a santé publique intéresse au premier chef la conservation de l'Etat », nombre de ces législations tenaient pour passibles d'expulsion « les étrangers atteints de maladies épidémiques ou contagieuses²⁸⁵. A titre d'illustration, l'article 2 de la loi américaine du 20 février 1907 réglant l'immigration aux Etats-Unis disposaient : « L'admission aux Etats-Unis sera refusée aux catégories suivantes d'étrangers : idiots, imbéciles, faibles d'esprit, épileptiques, aliénés, personnes ayant été atteintes d'aliénation mentale dans les cinq années précédentes; ... pauvres; personnes susceptibles de devenir une charge publique, mendiants professionnels; personnes atteintes de tuberculose...; personnes condamnées pour *felony* ou autre crime ou délit impliquant turpitude morale; ... anarchistes...; prostituées...; personnes procurant ou tentant de procurer des prostituées ou des filles dans un but de prostitution; personnes désignées sous le nom de travailleurs avec engagement (*contract laborers*) ayant été persuadées ou sollicitées d'émigrer dans ce pays par offres ou promesses d'emplois,... qu'ils soient habiles ou inhabiles (*skilled or in skilled...*) »²⁸⁶. Et naturellement, les étrangers, qui entrent en violation de ces

²⁸³ Le texte de cette convention est publié dans *Journal du droit international*, t. L, 1923, p. 1098

²⁸⁴ « Dans l'affaire *Hockbaum*, jugée en 1934 par le Tribunal d'arbitrage de la Haute-Silésie, il a été soutenu qu'en règle générale, lorsque l'expulsion a des motifs touchant à la sécurité publique, le tribunal ne procède pas à la révision de la décision des autorités compétentes de l'Etat : *Decisions of the Tribunal*, vol. 5, n° 1, p. 20ff; AD, 7 (1933-34), no 134; ZöV, 5 (1935), p. 635 à 655. Voir aussi *Re Rizzo and Others (No 2)*, op. cit., p. 500 et 507; *Agee c. Royaume-Uni*, op. cit., p. 164; *R. v. Secretary of State for Home Affairs*, ex parte *Hosenball*, op. cit. p. 944.

²⁸⁵ C. De BOECK, *op cit*, p. 545.

²⁸⁶ Sur cette loi, voir notamment P. GOULE, « L'immigration aux États-Unis et la loi du 20 février

dispositions pouvaient être expulsés²⁸⁷. Relevant que cette mesure « peut paraître inhumaine, ou du moins rigoureuse », Ch. De Boeck constatait néanmoins : « Mais la tendance qui domine aujourd'hui en Amérique et qui a été adoptée par la Grande-Bretagne en 1905 est celle du système de la sélection et de l'exclusion : au lieu d'expulser les étrangers dangereux pour la santé publique, on les empêche de pénétrer dans le pays »²⁸⁸. Cette pratique d'exclusion à la frontière fut à ce point systématique que l'on ne nota l'expulsion d'aucun malade de Grande-Bretagne au cours des six premières années d'application de l'Aliens Act de 1905. Mais comment expliquer l'expulsion de ceux qui, bien portants lors de leur entrée dans le pays, y ont contracté une maladie épidémique ou contagieuse, victimes de l'ambiance et non importateurs de germes morbides? On ne peut que partager l'opinion de De Boeck sur ce point : une telle expulsion « serait inhumaine »²⁸⁹.

152. Ces dernières années, l'épidémie de syndrome d'immunodéficience acquise (sida) a suscité une problématique nouvelle en matière d'expulsion d'étrangers pour raison de santé publique. On a fait observer que la circulation internationale des êtres humains avait favorisé l'expansion mondiale de cette épidémie²⁹⁰. L'infection par le VIH/sida peut être un motif de santé publique valable pour le refoulement d'un étranger²⁹¹. Mais on a mis en question la mesure dans laquelle ces restrictions à la libre circulation se justifiaient²⁹² comme l'a relevé G. S. Goodwin-Gill :

« L'Organisation mondiale de la santé soutient de longue date que le VIH/sida n'est pas une menace pour la santé publique. (..).

Dans ces circonstances, le dépistage du VIH semble remplir deux fonctions, dont aucune ne répond à une nécessité sanitaire ou économique (...). En fait, les limites du dépistage quant à la prévention de la contagion par le VIH sont notoires, notamment le "temps de latence" qui sépare la contamination de l'apparition des anticorps, ou encore la volonté bien connue des États de ne pas soumettre à des analyses leurs citoyens de retour de l'étranger, même s'ils reviennent de zones "à risque". (...). Comme l'a fait observer un commentateur, les pays qui exigent un test de dépistage du VIH acceptent couramment des réfugiés qui se réinstallent chez eux dans un état de santé

1907 », *Revue de droit international privé (Clunet)*, 1908, p. 372 et s.

²⁸⁷ Voir A. MARTINI, op. cit., p. 65.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 545 ; et les exemples fournis aux pages 545-549.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 550.

²⁹⁰ « Car, à l'exception du vecteur relativement peu important dans l'épidémie mondiale qu'ont été le sang et les produits sanguins, le VIH s'est répandu surtout grâce à la circulation des êtres humains. », voir M. HAOUR-KNIPE et R. RECTOR (dir. publ.), *Crossing Borders: Migration, Ethnicity and AIDS*, London/Bristol, Taylor & Francis, 1996, p. viii.

²⁹¹ « L'État peut exiger de toute personne qui veut entrer sur son sol qu'elle soit en possession d'un certificat de bonne santé ou d'un certificat de vaccination contre certaines maladies contagieuses. Ce document doit répondre aux normes nationales de l'État d'accueil, qui sont en général inspirées des normes internationales fixées par une organisation fédérale ou régionale. Ces règlements s'appliquent à tous les voyageurs ou à ceux qui sont en provenance de régions déterminées, et servent à prévenir la propagation des maladies. [...] Les règlements de l'Organisation mondiale de la santé prévoient des mesures de quarantaine auxquelles les pays membres peuvent recourir en ce qui concerne quatre maladies : le choléra, la peste, la fièvre jaune et la variole. [...] À cette liste de maladies contagieuses, on a ajouté le "sida" (syndrome d'immunodéficience acquise) », L. B. SOHN et T. BUERGENTHAL (eds.), *The Movement of Persons across Borders, Studies in Transnational Legal Policy*, Vol. 23, Washington D.C., American Society of International Law, 1992, p. 64.

²⁹² Les développements qui suivent du présent paragraphe 152 au paragraphe 165 sont tirés de *Expulsion des étrangers. Mémoire du Secréariat*, op. cit., pars, 394-407.

susceptible d'entraîner des dépenses publiques beaucoup plus élevées que tout ce que peut coûter un patient atteint du sida, ce qui contredit assez l'argument financier en faveur du dépistage. »²⁹³.

153. La question se pose de savoir si l'étranger atteint de cette maladie peut être expulsé pour raison de santé publique ou de sécurité publique. On notera que le pouvoir discrétionnaire qu'a l'État de réglementer l'immigration à des fins de santé publique est peut-être plus étendu pour refouler les étrangers que pour les expulser²⁹⁴. On peut ainsi renvoyer à l'examen des droits de l'homme de l'intéressé²⁹⁵. Parmi les critères à retenir, il y a l'état d'avancement de la pathologie et la situation médico-sanitaire ou la capacité thérapeutique de l'État dont l'étranger a la nationalité et vers lequel il serait vraisemblablement expulsé²⁹⁶.

154. Dans l'Union européenne, les considérations de santé publique sont tenues pour un motif valable d'expulsion de citoyens de l'Union et des membres de leur famille. Elles sont visées à l'article 27 de la Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 29 avril 2004. L'article 29 de ce texte définit les maladies qui peuvent justifier l'éloignement du territoire pour des raisons de santé publique. On notera que les maladies qui se déclarent plus de trois mois après l'arrivée du sujet sur le territoire du pays d'accueil ne justifient pas l'éloignement. L'article 29 se lit comme suit :

« 1. Les seules maladies justifiant des mesures restrictives de la libre circulation sont les maladies potentiellement épidémiques telles que définies dans les instruments pertinents de l'Organisation mondiale de la santé ainsi que d'autres maladies infectieuses ou parasitaires, contagieuses pour autant qu'elles fassent, dans le pays d'accueil, l'objet de dispositions de protection à l'égard des ressortissants de l'État membre d'accueil.

2. La survenance de maladies après une période de trois mois suivant l'arrivée ne peut justifier l'éloignement du territoire.

3. Si des indices sérieux le justifient, un État membre peut soumettre les bénéficiaires des droits de séjour à un examen médical gratuit, dans les trois

²⁹³ G. S. GOODWIN-GILL, « AIDS and HIV, Migrants and Refugees: International Legal and Human Rights Dimensions », in M. HAOUR-KNIPE et R. RECTOR (eds.), op. cit., p. 63 et 64.

²⁹⁴ « L'État a également un large pouvoir discrétionnaire pour décider des motifs d'éloignement ou d'expulsion des personnes déjà reçues sur son sol. En pratique, les motifs d'expulsion sont d'ordinaire plus restreints que les motifs de refoulement. Le fait de contracter une maladie contagieuse sur le sol d'un État est moins souvent, en soi, un motif d'expulsion par exemple, même si la même maladie aurait fort bien pu faire refuser l'entrée sur le territoire si elle était apparue avant », D. A. MARTIN, « The Authority and Responsibility of States » in A. T. ALEINIKOFF et V. CHETAIL (dir. publ.), op. cit., p. 34.

²⁹⁵ Voir S. PALMER, « AIDS, Expulsion and Article 3 of the European Convention on Human Rights », *European Human Rights Law Review*, vol. 5, 2005, p. 533 à 540; G. S. GOODWIN-GILL, op. cit., p. 50 à 69.

²⁹⁶ « Une question importante se pose en termes de droits de l'homme, celle de savoir si renvoyer une personne dans un pays où elle risque de ne pas avoir accès à des services de santé suffisants constitue un traitement inhumain ou dégradant. Des considérations de ce genre de questions ont été examinées par la Cour européenne des droits de l'homme dans diverses affaires. Le plus souvent, le renvoi a été autorisé. [...] Les critères semblent donc être l'état de santé [de l'intéressé] et la situation qui règne dans le pays d'origine [...] Enfin, les procédures par lesquelles des non-citoyens contestent leur expulsion en invoquant leur maladie et l'absence d'infrastructures dans leur pays d'origine, n'ont de chances de prospérer que dans des circonstances particulières. » P. Van KRIEKEN, « Health and Migration: The Human Rights and Legal Context », in T. ALEINIKOFF et V. CHETAIL (dir. publ.), op. cit., p. 289, 301 et 302 .

mois suivant leur arrivée, afin qu'il soit attesté qu'ils ne souffrent pas des maladies visées au paragraphe 1. Ces examens médicaux ne peuvent avoir un caractère systématique. »

155. La législation de plusieurs États voit dans les considérations de santé publique un motif valable d'expulsion des étrangers²⁹⁷. L'État peut expulser ou refouler tout étranger : 1) atteint d'une maladie fichée ou spécialement désignée²⁹⁸, congénitale²⁹⁹, invalidante³⁰⁰, chronique³⁰¹, épidémique, infectieuse, contagieuse ou transmissible³⁰², ou indésirable pour des raisons médicales³⁰³; 2) atteint du VIH/sida³⁰⁴, de la tuberculose³⁰⁵, de la lèpre³⁰⁶ ou de maladies vénériennes³⁰⁷; 3) souffrant de déficiences³⁰⁸; 4) souffrant d'une maladie mentale, d'un handicap mental³⁰⁹ ou d'arriération mentale³¹⁰; 5) alcoolique ou toxicomane³¹¹; 6) âgé³¹²; 7) dans un état de santé grave³¹³. L'État peut agir de même si l'étranger 1) menace la

²⁹⁷ L'examen des législations et de la jurisprudence nationales sur ce point est tiré de l'*Etude sur l'expulsion des étrangers. Mémoire du Secrétariat*, op. cit., pars. 392-399.

²⁹⁸ Afrique du Sud, loi de 2002, art. 21 1) a); Bélarus, loi de 1998, art. 14, 15 et 20; Chili, décret de 1975, art. 15 5), 64 4), 65 1) et 66; Chine, règlement de 1986, art. 7 4) et 20; Fédération de Russie, loi n°115-FZ (2002), art. 7 13), 9 13) et 18 9); Grèce, loi de 2001, art. 44 1) c); Japon, ordonnance de 1951, art. 5 1) et 7 4).

²⁹⁹ Brésil, décret de 1981, art. 52 II; Paraguay, loi de 1996, art. 6 3) et 7 2).

³⁰⁰ Brésil, décret de 1981, art. 52 III.

³⁰¹ Paraguay, loi de 1996, art. 6 3) et 7 2).

³⁰² Afrique du Sud, loi de 2002, art. 29 1) a); Chine, règlement de 1986, art. 7 4) et 20; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) A et 232 a); Fédération de Russie, loi n° 115-FZ (2002), art. 7 13), 9 13) et 18 9); Japon, ordonnance de 1951, art. 5 1) et 7 4); Panama, décret-loi de 1960, art. 37 d); Paraguay, loi de 1996, art. 6 1) et 7 1); République de Corée, loi de 1992, art. 11 1) 1) et 1) 8), et 46 1) 2).

³⁰³ Kenya, loi de 1967, art. 3 1) c) ii); Nigeria, loi de 1963, art. 50 d).

³⁰⁴ Chine, règlement de 1986, art. 7 4) et 20; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 1) A) i), g) 1) et 232 a); Fédération de Russie, loi n° 115-FZ (2002), art. 7 13), 9 13) et 18 9).

³⁰⁵ Chine, règlement de 1986, art. 7 4) et 20.

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ Ibid.

³⁰⁸ Brésil, décret de 1981, art. 52 IV). Un État ne peut retenir que les déficiences physiques qui constituent un risque d'ordre public [États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 1) A), iii), g) 3) et 232 a)].

³⁰⁹ Il peut s'agir de n'importe quelle maladie ou handicap [Brésil, décret de 1981, art. 52 I); Chine, règlement de 1986, art. 7 4) et 20; Kenya, loi de 1967, art. 3 1) b); Nigeria, loi de 1963, art. 18 1) b) et 39 1) et 2); Panama, décret-loi de 1960, art. 37 e); République de Corée, loi de 1992, art. 11 1) 5) et 1) 8), 46 1) 8) et 46 1) 2)], ou d'un trouble mental qui : 1) empêche de discerner le bien du mal (Japon, ordonnance de 1951, art. 5) 2); 2) provoque des modifications de comportement (Paraguay, loi de 1996, art. 6 2) et 7 1); 3) constitue une invalidité quelconque (Paraguay, loi de 1996, art. 6 3) et 7 2); 4) trouble ou menace l'ordre public (Suisse, loi fédérale de 1931, art. 10 1) c) et 10 2); et États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 1) A) iii), g) 3) et 232 a)].

³¹⁰ Paraguay, loi de 1996, art. 6 3) et 7 2).

³¹¹ Brésil, décret de 1981, art. 52 V); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 101 a), 50 f) 1), 212 a) 1) A) iv), 232 a) et 237 a) 2) B) ii); Fédération de Russie, loi n° 115-FZ (2002), art. 7 13), 9 13), et 18 9); Paraguay, loi de 1996, art. 6 6) et 7 4); République de Corée, loi de 1992, art. 11 1) 1) et 1) 8) et 46 1) 2).

³¹² Paraguay, loi de 1996, art. 35 b).

³¹³ Ibid.; à comparer avec France, Code, art. L521-3 5), qui n'autorise pas l'expulsion lorsque celle-ci peut avoir pour la santé de l'intéressé des conséquences d'une exceptionnelle gravité.

santé publique³¹⁴ ou les animaux de l'État³¹⁵; 2) vient d'une région à risque épidémiologique³¹⁶; 3) ne répond pas aux normes de santé ou ne présente pas l'état de santé requis³¹⁷; 4) est susceptible d'exiger de l'État des services de santé excessifs³¹⁸; 5) ne peut produire un carnet de vaccination³¹⁹.

156. L'étranger peut être tenu de subir une visite médicale³²⁰ (ce qui peut se traduire par une privation de liberté)³²¹ ou de disposer de fonds suffisants pour couvrir ses frais médicaux³²². L'expulsion pour ce motif peut être reconsidérée 1) si l'intéressé se soumet aux prescriptions des autorités sanitaires de l'État³²³; 2) s'il existe des relations ou des arrangements spéciaux entre l'État de l'étranger et l'État qui expulse³²⁴. Les liens de famille avec des nationaux de l'État³²⁵ peuvent modifier ou non³²⁶ le statut de l'étranger sous ce rapport, alors que les motifs relevant de la présente rubrique peuvent s'appliquer aussi à la totalité des membres de la famille de l'étranger³²⁷. Ils peuvent s'appliquer également à l'étranger en séjour temporaire³²⁸.

157. On notera que certains tribunaux internes ont jugé que l'étranger présentant un cas médical grave ne pouvait être expulsé si son expulsion était une violation des droits de l'homme³²⁹.

³¹⁴ Allemagne, loi de 2004, art. 55 2) 5); Bélarus, loi de 1998, art. 14, 15 et 20, et loi de 1993, art. 22 et 25 1). Brésil, décret de 1981, art. 101, et loi de 1980, art. 67; Canada, loi de 2001, art. 38 1) a); Danemark, loi de 2003, art. 25 ii); Fédération de Russie, loi de 1996, art. 25.10 et 27; Finlande, loi de 2004, art. 11 1) 5) et 168 1) et 2); Honduras, loi de 2003, art. 89 3); Italie, loi n°40 (1998), art. 45 2) b); Lituanie, loi de 2004, art. 7 5); Madagascar, loi de 1962, art. 13; Panama, loi de 1960, art. 18 et 36 (tels que modifiés par la loi n° 6 de 1980, par. 10), et 38; Pologne, loi n° 1775 (2003), art. 21 1) 5); République de Corée, loi de 1992, art. 11 1) 1) et 1) 8) et 46 1) 2); République tchèque, loi de 1999, art. 9 1).

³¹⁵ Bélarus, loi de 1998, art. 20.

³¹⁶ Bélarus, loi de 1998, art. 20; Italie, décret-loi de 1996, art. 4 2).

³¹⁷ Brésil, loi de 1980, art. 7 V) et 26.

³¹⁸ Canada, loi de 2001, art. 38 1) c) et 38 2).

³¹⁹ États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 1) A) ii), B), g) 2) et 232 a).

³²⁰ Bélarus, loi de 1998, art. 20; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 232 a) et 240 c) 1) B); Japon, ordonnance de 1951, art. 7 1), 9; Kenya, loi de 1967, art. 3 1) c) i) et Nigeria, loi de 1963, art. 50 d).

³²¹ États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 232 a).

³²² Hongrie, loi de 2001, art. 4 1) d); Lituanie, loi de 2004, art. 7 3).

³²³ Grèce, loi de 2001, art. 44 i) c).

³²⁴ Finlande, loi de 2004, art. 168 i) et ii); Italie, loi n° 40 (1998), art. 45 2) b).

³²⁵ Canada, loi de 2001, art. 38 2); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 1) B) et g) 1); Paraguay, loi de 1996, art. 7 et 35 b).

³²⁶ Panama, décret-loi de 1960, art. 38.

³²⁷ Brésil, loi de 1980, art. 26 2).

³²⁸ États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 232 a); Panama, décret-loi de 1960, art. 36 (tel qu'amendé par la loi n° 6 de 1980, par. 10).

³²⁹ Voir sur ce point la jurisprudence fournie dans *l'Etude sur l'expulsion des étrangers. Mémoire du Secrétariat*, op. cit., par. 579-584.

f) **bonnes mœurs**

158. L'atteinte aux bonnes mœurs a été reconnue comme motif valable d'expulsion des étrangers par le droit conventionnel, la pratique des États³³⁰ et la doctrine³³¹.

159. Le paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention européenne d'établissement se lit comme suit :

« Les ressortissants des Parties contractantes résidant régulièrement sur le territoire des autres Parties ne peuvent être expulsés que s'ils menacent la sécurité de l'État ou ont contrevenu à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. »

160. L'expulsion pour atteinte aux bonnes mœurs est envisagée par la législation de plusieurs États³³². Ainsi, l'État peut expulser l'étranger qui a favorisé la prostitution ou toute autre forme d'exploitation sexuelle, en a tiré profit³³³ ou a pratiqué la traite d'êtres humains³³⁴. Il peut aussi y procéder si l'intéressé 1) s'est adonné ou est enclin à la prostitution³³⁵; 2) est de quelque autre manière impliqué dans des comportements sexuels interdits³³⁶ ou des infractions d'ordre sexuel³³⁷; 3) a participé au trafic d'organes humains³³⁸; 4) a tiré profit³³⁹ de la drogue – stupéfiants et autres substances psychotropes ou psychogènes –, en a fait la contrebande³⁴⁰ ou le trafic³⁴¹, en a produit³⁴² ou possédé³⁴³, ou a de quelque autre manière participé³⁴⁴

³³⁰ « Il est très courant que la déportation d'un étranger soit ordonnée [...] en raison de [...] la conduite morale de l'étranger (y compris la prostitution et la toxicomanie) [...] ». Richard Plender, op. cit., p. 467 et 468 [citant notamment Danemark, loi n° 226 du 8 juin 1983 relative aux étrangers, art. 25 2); Nigeria, loi de 1963, art. 17 1) g) et h)].

³³¹ « Le pouvoir d'expulsion ou d'éloignement peut s'exercer si le comportement ou l'activité de l'étranger accueilli sur le sol d'un État fait infraction à certaines règles fondamentales. Ce comportement ou ces activités comprennent : [...] 3. Le fait de se livrer à des activités qui [...] contrairement [...] aux bonnes mœurs [...] », L. B. SOHN et T. BUERGENTHAL, op. cit., p. 90 et 91.

³³² L'examen des législations nationales sur ce point est tiré de l'*Etude sur l'expulsion des étrangers. Mémoire du Secrétariat*, op. cit., par. 403-406.

³³³ Argentine, loi de 2004, art. 29 h); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 2) D) ii) et 278; Grèce, loi de 2001, art. 44 1) a); Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 4 3) et 8; Japon, ordonnance de 1951, art. 5 7) et 24 4) j); Kenya, loi de 1967, art. 3 1) e); Nigeria, loi de 1963, art. 18 1) h) et 3 a) et e) à g); Panama, décret-loi de 1960, art. 37 a); Paraguay, loi de 1996, art. 6 6).

³³⁴ Argentine, loi de 2004, art. 29 h); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 57 1) g); Chili, décret de 1975, art. 15 2), 17, 63 2) et 65 1) et 3); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 2) D) ii) et H) i), et 278; Hongrie, loi de 2001, art. 46 2); Japon, ordonnance de 1951, art. 2 7), 5 7) et 24 4) c).

³³⁵ Autriche, loi de 2005, art. 3.53 2) et 3); Chine, règlement de 1986, art. 7 3); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 2) D) i); Japon, ordonnance de 1951, art. 5 7), 24 4) j) et 62 4); Kenya, loi de 1967, art. 3 1) e); Nigeria, loi de 1963 art. 18 1) g), et 3 g); Panama, décret-loi de 1960, art. 37 a); Paraguay, loi de 1996, art. 6 6).

³³⁶ Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 4 3) et 8.

³³⁷ Grèce, loi de 2001, art. 44 1) a).

³³⁸ Paraguay, loi de 1996, art. 6 6).

³³⁹ Ibid.

³⁴⁰ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 1) b) et 47 1) b); Hongrie, loi de 2001, art. 32 1) b).

³⁴¹ Allemagne, loi de 2004, art. 54 3); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 57 1) g); Chili, décret de 1975, art. 15 2), 17, 63 2), 65 1) à 3); Chine, règlement de 1986, art. 7 3); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 2) C); Grèce, loi de 2001, art. 44 1) a); Hongrie, loi de 2001, art. 46 2); Panama, décret-loi de 1960, art. 37 a); Paraguay, loi de 1996, art. 6 6); Afrique du Sud, loi de 2002, art. 29 1) b).

³⁴² Allemagne, loi de 2004, art. 54 3); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 1) b) et 47 1) b);

ces activités illégales; 5) a enlevé des mineurs ou les a livré à des activités illégales³⁴⁵; 6) a commis des infractions relevant de la violence intrafamiliale³⁴⁶; 7) a été joueur ou a tiré du jeu une partie substantielle de ses revenus³⁴⁷.

161. Selon la législation de certains États, l'expulsion pour atteinte aux bonnes mœurs est envisageable dans le cas de l'étranger qui est membre d'une association qui a pour activité le trafic d'êtres humains³⁴⁸ ou de drogues³⁴⁹; qui porte atteinte ou menace la moralité nationale ou publique³⁵⁰; qui commet un acte de « turpitude morale »³⁵¹; porte gravement atteinte aux bonnes mœurs³⁵²; a un comportement contraire aux bonnes mœurs³⁵³; n'est pas de bonnes mœurs³⁵⁴; vit dans un milieu dépravé³⁵⁵; est incapable de mener une vie respectable³⁵⁶; a l'intention de s'adonner à l'exploitation commerciale du vice³⁵⁷.

162. Ce motif peut être invoqué dès lors qu'une procédure pénale a été entamée³⁵⁸ ou dès lors que l'étranger a commis l'acte répréhensible ou violé la loi qui le réprime³⁵⁹. La loi peut prévoir des peines en plus de l'expulsion³⁶⁰ ou

Hongrie, loi de 2001, art. 32 1) b).

³⁴³ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 1) b) et 47 1) b); Japon, ordonnance de 1951, art. 5 6).

³⁴⁴ Allemagne, loi de 2004, art. 53 2); Danemark, loi de 2003, art. 22 iv); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 2) A i) II) et h), et 237 a) 2) B); Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 4 3) et 8; Japon, ordonnance de 1951, art. 5 5) et 24 4) h).

³⁴⁵ États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 10) C); Grèce, loi de 2001, art. 44 1) a); Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 4 3) et 8; Japon, ordonnance de 1951, art. 2 7) b) à c); Nigeria, loi de 1963, art. 18 1) h) ii) à iv) et 3 b) à d) et f). Les États-Unis peuvent exempter le fonctionnaire d'un gouvernement étranger de l'application de ce motif sur décision discrétionnaire du Secrétaire d'État ou si l'enfant dont il s'agit se trouve sur le territoire d'un État Partie à la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants faite à La Haye le 25 octobre 1980 [États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 10) C) iii) II) et III)].

³⁴⁶ France, Code, art. L541-4; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 237 a) 2) E).

³⁴⁷ États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 101 a) 50) f) 4) et 5); Panama, décret-loi de 1960, art. 37 b).

³⁴⁸ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 1) c) et 47 1) c); Canada, loi de 2001, art. 37 1) b).

³⁴⁹ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 1) b) et 47 1) b); Hongrie, loi de 2001, art. 32 1) b).

³⁵⁰ Brésil, décret de 1981, art. 101 et loi de 1980, art. 64 et 67; Chili, décret de 1975, art. 15 2), 17, 63 2) et 65 1) à 3); Fédération de Russie, loi de 1996, art. 25.10; Madagascar, loi de 1962, art. 13; Panama, décret-loi de 1960, art. 18 et 38; République de Corée, loi de 1992, art. 11 1) 4) et 1) 8).

³⁵¹ États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 2) A) i) I) et ii).

³⁵² Suisse, règlement de 1949, art. 16 2). 969 Panama, décret-loi de 1960, art. 37 a).

³⁵³ Panama, décret-loi de 1960, art. 37 a).

³⁵⁴ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 101 a) 50) f).

³⁵⁵ Paraguay, loi de 1996, art. 6 7).

³⁵⁶ Suède, loi de 1989, art. 2.4. En Suède, un étranger peut se voir accorder un titre de séjour de durée limitée au lieu d'un titre de séjour normal en raison du mode de vie qu'il est susceptible d'adopter [Suède, loi de 1989, art. 2.4 b)].

³⁵⁷ États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 2) D) iii).

³⁵⁸ Afrique du Sud, loi de 2002, art. 29 1) b); Allemagne, loi de 2004, art. 53 2); Argentine, loi de 2004, art. 29 h); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 57 1) g); Brésil, décret de 1981, art. 101 et loi de 1980, art. 67; Danemark, loi de 2003, art. 22 iv); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 101 a) 50) f) 5) et 237 a) 2) B) i) et E); Grèce, loi de 2001, art. 44 1) a); Japon, ordonnance de 1951, art. 5 5) et 24 4) h).

³⁵⁹ Allemagne, loi de 2004, art. 54(3); Argentine, loi de 2004, art. 29 h); Autriche, loi de 2005, art. 3.53 2) 3); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 1) b) à c) et 47 1) b) à c); Brésil, loi de 1980, art. 64; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 101 a) 50) f) 3) et 212 a) 2) C) et D); Hongrie, loi de 2001, art. 32 1) b); Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 4 3)

ordonner l'expulsion 1) après que l'étranger a purgé sa peine, notamment d'emprisonnement³⁶¹; ou 2) si la sentence ne prévoit pas l'expulsion³⁶².

163. L'expulsion d'un étranger à cause de ses mœurs est en partie conditionnée : 1) par son statut dans le pays³⁶³ ou par celui de sa famille³⁶⁴; 2) par le fait qu'il est éventuellement exempté de l'obligation de visa ou de quelque autre obligation de même nature³⁶⁵; 3) par la durée de son séjour dans le pays au moment des faits³⁶⁶; 4) par le fait qu'il est entré sur le territoire de l'État avant que ne se manifestent les raisons de l'expulsion³⁶⁷; 5) par la menace qu'il constitue pour les intérêts nationaux³⁶⁸; 6) par le fait qu'il vient d'un État qui n'est pas lié par des dispositions ou relations particulières avec l'État expulsant³⁶⁹; 7) par son état de victime de trafic au moment des faits³⁷⁰; ou 8) par son statut de résident temporaire³⁷¹. Les personnes à la charge de l'étranger peuvent être expulsées s'il y a des raisons d'expulser l'étranger lui-même³⁷².

164. Certains tribunaux internes ont confirmé l'expulsion d'étrangers pour infraction aux bonnes mœurs³⁷³.

et 8; Japon, ordonnance de 1951, art. 5 6) et 24 4) h); Nigeria, loi de 1963, art. 18 1) g) et h) et 3 a) à g); Panama, décret-loi de 1960, art. 37 a); Paraguay, loi de 1996, art. 6 6) et 7).

³⁶⁰ États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 278; Italie, décret-loi n°286 (1998), art. 12 (*3ter*), loi n° 40 (1998), art. 10 3) et décret-loi de 1996, art. 8 1).

³⁶¹ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 47 4).

³⁶² *Ibid.*, art. 57 1) g).

³⁶³ Autriche, loi de 2005, art. 3.53 2) et 3); Danemark, loi de 2003, art. 22 iv); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 h); Italie, décret-loi n°286 (1998), art. 12.

³⁶⁴ États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 h) 1) B

³⁶⁵ Autriche, loi de 2005, art. 3.53 2) et 3).

³⁶⁶ *Ibid.*; Danemark, loi de 2003, art. 22 iv); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 h).

³⁶⁷ Chine, règlement de 1986, art. 7 3); comparer à Kenya, loi de 1967, art. 3 1) e), et Nigeria, loi de 1963, art. 18 1) h), qui considèrent qu'il y a lieu d'expulser que l'acte répréhensible ait été commis avant ou après l'entrée de l'étranger sur le territoire de l'État, et États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 2) D) i) à iii), qui considère qu'il y a lieu d'expulser si l'étranger s'est adonné à la prostitution dans les 10 années précédant son entrée sur le territoire américain ou s'il a l'intention de s'adonner à cette activité sur le sol des États-Unis.

³⁶⁸ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 1) b).

³⁶⁹ Italie, décret-loi de 1996, art. 8 1).

³⁷⁰ Canada, loi de 2001, art. 37 2) b); Japon, ordonnance de 1951, art. 5 7)-2 et 24 4) a).

³⁷¹ Japon, ordonnance de 1951, art. 24 4).

³⁷² États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 2) C) ii) et H) ii) et iii).

³⁷³ Voir, par exemple, *Re Th. et D.*, Conseil d'État, Égypte, 16 mars 1953, *International Law Reports*, 1951, H. LAUTERPACHT (dir. publ.), affaire n° 92, p. 302 (« L'article 2 2) du décret-loi du 22 juin 1938 range parmi les motifs d'expulsion le fait que l'intéressé a commis un acte contraire à la morale publique, et les requérants ont indubitablement commis un tel acte, contraire à la volonté divine et à la loi humaine; si l'expulsion est fondée sur ce motif, elle est certainement légitime aux yeux de la loi. ») (affaire de concubinage); *Hecht c. McFaul et le Procureur général du Québec*, Cour supérieure du Québec, 26 janvier 1961, *International Law Reports*, vol. 42, E. LAUTERPACHT (dir. publ.), p. 226 à 229 (expulsion pour crimes de « turpitude morale »). Voir également *Brandt v. Attorney-General of Guyana and Austin*, op. cit. 8 mars 1971, p. 460 (« Ce qui n'est pas "propice au bien public" d'un pays peut consister en un obstacle non seulement à la tranquillité et à l'ordre publics, mais aussi à ses intérêts "sociaux" et "matériels", ce qui est plus large que la catégorie restreinte couverte par "la tranquillité et

i) Mendicité – vagabondage

165. Le droit de l'expulsion considérait en particulier, jusqu'au début du XX^e siècle, la mendicité et le vagabondage comme étant également des causes d'expulsion, mendiants et vagabonds étant tenus pour « dangereux »³⁷⁴. Quelques exemples : En France, l'article 272 du code pénal monarchique disposait expressément que « [l]es individus déclarés vagabonds par jugement, pourront, s'ils sont étrangers, être conduits, par les ordres du Gouvernement, hors du territoire du Royaume. Nombreuses sont les personnes de cette catégorie contre lesquelles furent pris des actes d'expulsion.

166. En Suisse, pouvaient être expulsés « les gens sans ressources »³⁷⁵. De même, l'article 6 de la loi luxembourgeoise du 30 décembre 1893 énonçait que « peut être conduit immédiatement à la frontière par la force publique », l'étranger non résident « trouvé en état de vagabondage ou de mendicité ou en contravention à la loi sur les professions ambulantes dans une commune frontière du pays ».

167. Il est possible de rattacher ces causes d'expulsion au motif d'ordre public dont on a vu qu'il peut être très élastique, son contenu pouvant même varier d'un pays à l'autre. Elles pourraient être rattachées à la tranquillité publique. Mais celle-ci fait-elle partie de l'ordre public ou constitue-t-elle un motif autonome? On peut, en tout état de cause douter, que de telles causes soient acceptables de nos jours au regard du droit international. Au demeurant le droit interne de certains Etats soumet par exemple la mendicité aux règles de la police municipale³⁷⁶ et estiment que des restrictions peuvent être apportées à la mendicité sur la voie publique, mais à condition que ces restrictions soient limitées dans l'espace et dans le temps, compte tenu des circonstances³⁷⁷. On voit bien qu'il s'agit de « restrictions » au demeurant limitées de façon spatio-temporelle, et non pas d'interdiction; encore moins pourrait-elle constituer, dans ces conditions, un motif d'expulsion.

ii) Débauche – Vie déréglée

168. Comme la mendicité et le vagabondage, certaines législations anciennes considéraient les actes de débauche ou une vie déréglée comme des motifs d'expulsion. Les ouvrages anciens mentionnent, à titre illustratif, le cas de l'expulsion d'une famille française de trois membres, les Bettinger, du canton de Soleure en Suisse vers la fin du XIX^e siècle non seulement parce qu'elle était tombée depuis longtemps à la charge de l'assistance publique, mais encore parce que le père et le fils avaient sombré dans une démoralisation complète et n'auraient plus trouvé nulle part à se loger, l'ensemble des membres de la famille étant devenu de surcroît incapable de travailler³⁷⁸. Toujours en Suisse, un citoyen de Bâle campagne demanda, le 1^{er} septembre 1885, au Conseil fédéral d'expulser le nommé George Grüner, de Vienne, qui, alléguait l'auteur de la demande, « mène une

l'ordre publics". »).

³⁷⁴ A. MARTINI, *L'expulsion des étrangers*, op. cit., pp. 59-60.

³⁷⁵ Ibid., p. 61.

³⁷⁶ Voir Article L. 2213-4 du Code général des collectivités territoriales en France.

³⁷⁷ Voir en ce sens : Tribunal administratif (T.A) de Pau, 22 nov. 1995, *Conveinhes et autres c. Commune de Pau, Les Petites Affiches*, 31 mai 1996, *conclusions Madec* ; T.A Poitiers, 19 octobre 1995, *Massaoud Abderrezac c. Commune de La Rochelle, Revue française de droit administratif (RFDA)*, 1996, p. 377 ; Cour administrative d'appel (CAA) Bordeaux, 26 avril 1999, n° 97BX01773, *Commune de Tarbes*.

³⁷⁸ Voir *Journal du droit international privé (Clunet)*, 1893, p. 661 Ch. De BOECK, *L'expulsion des étrangers*, op. cit., p. 543.

conduite immorale et trouble à la paix de plusieurs familles ». Le Conseil fédéral communiqua la requête au gouvernement cantonal qui était compétent pour décider sur cette question. A. Martini a évoqué au début du XX^e siècle le cas d'étrangers « expulsés pour contravention à la loi sur les jeux »³⁷⁹. Il indiquait aussi que les consuls pouvaient naturellement prendre cette mesure, là où ils avaient conservé « le droit d'expulser leurs nationaux » comme en Chine³⁸⁰. Entre également dans ce motif de débauche et de vie déréglée, la prostitution. En Angleterre, par exemple, la prostitution était un délit, et l'*Alien Act* de 1905 autorisait le secrétaire d'Etat à l'intérieur à prendre une ordonnance d'expulsion s'il lui était attesté par un tribunal que celui-ci avait condamné l'étranger pour délit de prostitution³⁸¹. La loi américaine du 20 février 1907, en son article 2, interdisait le territoire aux prostituées et aux proxénètes, et en son article, autorisait l'expulsion de ces deux catégories de personnes³⁸². Dans le même esprit, et même si elle ne mentionnait pas expressément la prostitution, la loi brésilienne du 7 décembre 1907 disposaient aux termes de son article 2 : « sont des motifs suffisants d'expulsion : 3° le vagabondage, la mendicité ou le proxénétisme dûment établis »³⁸³. Ch. De Boeck écrivait en 1927 que le principe selon lequel « [d]es actes de débauche notoires et réitérés, une vie déréglée constituent des causes légitimes d'expulsion » « est admis tacitement et consacré par les lois de tous les pays. Il est universellement appliqué »³⁸⁴.

169. Hormis les quatre cas ci-dessus examinés, les législations nationales consacrent divers autres motifs d'expulsion parfois inattendus. On notait à l'époque des expulsions pour des causes politiques aussi diverses que les « menées anarchistes », l'« apologie de l'assassinat »³⁸⁵, l'« excitation malsaine »³⁸⁶, l'« espionnage » ou la suspicion d'espionnage³⁸⁷, les « intrigues et complots contre l'Etat »³⁸⁸ ou contre les tierces puissances³⁸⁹, la « résistance aux lois »³⁹⁰,

³⁷⁹ A. MARTINI, *L'expulsion des étrangers*, op. cit., p. 61.

³⁸⁰ Ibid., pp. 61-62.

³⁸¹ Voir A. MARTINI, op. cit., p. 82.

³⁸² C. De BOECK, op. cit., pp. 544-545.

³⁸³ Ibid., p. 545.

³⁸⁴ Ibid., p. 542.

³⁸⁵ A. MARTINI, op. cit., p. 69.

³⁸⁶ Cf par exemple l'expulsion de Suisse en 1881 du prince Kropotckine pour avoir fait « des discours en public excitant les ouvriers à s'emparer violemment de la propriété et à bouleverser par la force l'ordre établi », pour avoir « glorifié l'assassinat du tsar Alexandre V » etc. (Voir A. MARTINI, op. cit., p. 69).

³⁸⁷ Cf. cas de *Carlsbad Hofmann* condamné pour escroquerie de Suisse, se disant colonel en disponibilité, sous le nom de *baron Courtier*, avait obtenu l'accès des établissements militaires de Thoun (Suisse) ; soupçonné d'espionnage, il fut aussitôt expulsé (Voir *Journal de droit international privé*, 1893, p. 671).

³⁸⁸ Cf. cas de l'expulsion en 1718 du *prince de Cellamare*, ambassadeur d'Espagne à Paris, pour avoir conspiré contre le régent de France (Voir *Revue de droit international public*, 1907, p. 181 *in fine*).

³⁸⁹ Cf. cas d'expulsion de la Belgique, en 1872, du *comte de Chambord* « après les conciliabules tenus par ce prétendant avec ses partisans, à l'hôtel Saint-Antoine à Anvers » (Voir *Journal de droit international privé*, 1889, p. 73).

³⁹⁰ Cf. cas de l'expulsion de *Mgr Montagnini*, secrétaire de la nonciature du Saint-Siège, « pour avoir transmis à trois curés de Paris l'ordre de violer la loi de séparation des Eglises et de l'Etat, et mener le clergé à la bataille au nom du parti clérical » (Voir *Revue de droit international public*, 1907, p. 175 et s).

l'antimilitarisme violent »³⁹¹, les « cris séditieux »³⁹², la « lacération de drapeaux »³⁹³.

170. Ces causes d'expulsion ne soulèvent aucun problème particulier dans la mesure où elles peuvent entrer aisément soit dans le motif de sécurité publique, soit dans celui d'ordre public.

171. Plus inhabituels sont deux motifs, dont l'un relativement ancien, peut être qualifié d'idéologique, et l'autre, plus récent, de culturel.

g) Motif idéologique et activité politique

i) L'idéologie

172. Il est lié à l'avènement du régime socialiste en Russie. La loi du 19 mai 1903 y fut remplacée par le décret sur l'expulsion des étrangers du gouvernement de l'Union des Républiques Socialistes et Soviétiques (URSS) du 29 août 1921 dont l'article 1^{er} disposait que « les étrangers dont la manière de vivre, l'activité ou la conduite seront considérées comme incompatibles avec les principes et l'ensemble de la vie d'un Etat ouvrier et paysan peuvent être expulsés par la commission extraordinaire (*Tcheka* ou *Guépéou*) ou par arrêt d'un tribunal, même s'ils ont préalablement été autorisés à séjourner en Russie »³⁹⁴.

ii) Activité politique

173. L'activité politique peut être une considération pertinente pour l'expulsion d'étrangers sur le fondement de l'ordre public ou de la sécurité de l'État plutôt qu'elle ne constitue un motif distinct en droit international³⁹⁵.

³⁹¹ Cf. cas de l'expulsion de *Hugo Nanni* (Voir A. MARTINI, op. cit. p. 73).

³⁹² Cf. cas de l'expulsion de la Suisse, en 1901, de six Italiens, dont un étudiant, qui, au cours d'une manifestation publique avaient crié : « A bas l'armée » (*ibid*, p. 74).

³⁹³ Cf. cas de l'expulsion de *Ghio* expulsé de la France pour avoir lacéré au Canet des drapeaux français (*ibid*).

³⁹⁴ Cité par P. FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, t. I, 1^{ère} partie, *Paix*, 1922, n° 447, p. 978.

³⁹⁵ « Les auteurs classiques ont reconnu le pouvoir d'expulser les étrangers, mais en affirmant souvent qu'il ne pouvait s'exercer sans motif. Grotius a parlé du droit souverain d'expulser des étrangers qui mettent en question l'ordre politique établi de l'État qui expulse, ou s'adonnent à des activités séditieuses sur son sol. Pufendorff s'est fait l'écho de cette conception. Dans la correspondance diplomatique ancienne, on voit exprimé le même principe, assorti des mêmes conditions. », R. PLENDER, op. cit., p. 461 (citant H. GROTIUS, *De Jure ac Pacis, Libri Tres*, 1651, livre II, chap. II, p. xvi; et S. PUFENDORF, *De Jure Naturæ et Gentium, Libri Octo*, 1866, livre III, chap. III, par. 10). « Outre les raisons économiques et sociales justifiant le caractère indésirable du sujet, des raisons politiques, notamment la guerre, ont souvent été le fondement des ordonnances d'expulsion. », E. M. BORCHARD, op. cit., p. 52. « Le pouvoir d'expulsion ou d'éloignement peut s'exercer si le comportement ou l'activité d'un étranger accueilli sur le sol d'un État fait infraction à certaines règles fondamentales. Ce comportement ou cette activité comprennent : [...] La participation à des activités politiques indésirables. » L. B. SOHN et T. BUERGENTHAL (dir. publ.), op. cit., p. 90 et 91. « L'expulsion après une condamnation judiciaire et l'expulsion ordonnée par le pouvoir exécutif pour des raisons générales d'ordre public sont faciles à distinguer [de l'expulsion autorisée pour infraction à la législation locale], mais dans ce dernier cas encore, il est reconnu que c'est la "politique" de chaque nation qui détermine si l'étranger sera autorisé à poursuivre son séjour. », G. S. GOODWIN-GILL, op. cit., p. 206 et 207 (références omises).

174. Comme on l'a déjà dit, dans sa recommandation 769 (1975), l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a confirmé l'interdiction d'expulser des étrangers, y compris les étrangers en situation irrégulière, pour des raisons politiques et religieuses³⁹⁶.

175. La législation de certains États prévoit l'expulsion de l'étranger 1) qui s'imisce dans la politique interne³⁹⁷, par exemple en votant alors qu'il n'en a pas le droit³⁹⁸ ou en compromettant l'exercice du droit de participer à la vie politique que l'État réserve à ses nationaux³⁹⁹; 2) qui est membre d'un parti totalitaire ou fasciste, ou d'un parti appelant à la révolution mondiale⁴⁰⁰; 3) ou qui présente aux autorités de l'État des pièces ou autres informations idéologiquement fausses⁴⁰¹. La législation peut expressément assortir ce motif de sanctions pénales en sus de l'expulsion⁴⁰².

176. Certains tribunaux internes ont eu à connaître d'affaires d'expulsion d'étrangers pour activité politique⁴⁰³. Cependant, la plupart des expulsions étaient justifiées par d'autres motifs tirés de l'ordre public ou de la sécurité nationale⁴⁰⁴.

³⁹⁶ « Ne renvoyer du territoire d'un État membre un étranger non titulaire d'une carte de séjour valide que pour des raisons précises autres que politiques ou confessionnelles. », Conseil de l'Europe, recommandation 769 (1975), op. cit., par. 9.

³⁹⁷ Un État peut interdire ou restreindre la participation des étrangers à sa vie politique interne ou aux affaires publiques [Brésil, loi de 1980, art. 106 et 107; et République de Corée, loi de 1992, art. 17 2) et 3)] ou à la vie de ses associations culturelles ou autres (Brésil, loi de 1980, art. 107 à 109).

³⁹⁸ Brésil, loi de 1980, art. 124 (XI) et 127; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 10) D) et 237 a) 10) D).

³⁹⁹ Portugal, décret-loi de 1998, art. 99 1) d).

⁴⁰⁰ Bélarus, loi de 1998, art. 14; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 101 a) 37), 40) et 50) e), et 212 a) 10) D).

⁴⁰¹ Argentine, loi de 2004, art. 29 a) et 62 a).

⁴⁰² Brésil, loi de 1980, art. 124 (XI) et 127; Portugal, décret-loi de 1998, art. 99 2).

⁴⁰³ Voir par exemple *Perregaux*, op. cit.; *Bujacz c. État belge (Ministre de la justice)*, Conseil d'État (Belgique), 13 juillet 1953, *International Law Reports*, 1953, H. LAUTERPACHT (dir. publ.), p. 336 et 337; *Lopez v. Howe, Immigration Commissioner*, Cour d'appel de circuit des États-Unis d'Amérique, Deuxième Circuit, 14 mai 1919 [*Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, J. F. WILLIAMS et H. LAUTERPACHT (dir. publ.), affaire n° 177, p. 252 et 253 (Expulsion d'un idéologue anarchiste très en vue)]; ex parte *Pettine*, Cour de district des États-Unis d'Amérique, District du Massachusetts, 3 juin 1919, *Ibid.*, p. 251 et 252; *Galvan v. Press Officer in Charge, Immigration and Naturalization Service*, États-Unis d'Amérique, Cour suprême, 24 mai 1954, *International Law Reports*, 1954, H. LAUTERPACHT (dir. publ.), p. 213 à 218.

⁴⁰⁴ Voir par exemple *Perregaux*, op. cit. (« Un comportement de nature politique n'est pas en lui-même suffisant pour justifier juridiquement l'expulsion d'un étranger dont la présence sur le territoire français ne constitue pas une menace pour l'ordre public ni n'inquiète l'opinion publique. »); *Bujacz c. État belge (Ministre de la justice)*, op. cit., p. 337 (« Le requérant affirme que les étrangers ont droit à la "liberté de penser" et à la "liberté d'association politique"; cependant, l'exercice de ces libertés par les étrangers est nécessairement limité par les dispositions de la loi qui, en application de l'article 128 de la Constitution, prévoit que celui qui a des activités réputées dangereuses pour la sûreté du pays est passible d'expulsion. »); *In re Everardo Diaz*, op. cit., p. 25 et 256 [« L'État n'a pas à accomplir cette tâche difficile et parfois vaine consistant à surveiller constamment ce que font les étrangers qui mettent leur théorie en pratique. Il n'a pas à attendre que ces étrangers aient des agissements visibles. » (À propos de l'expulsion d'un anarchiste)].

h) **Motif « culturel »**

177. Il consiste en ce que certains Etats du Golfe arabo-persique considèrent aujourd'hui comme une « menace identitaire ». On rapporte que, dans une chronique récente, Tarek Al Macena de *Arab View* traite de l'inquiétude des pays arabes face à la « menace identitaire » que ferait peser sur eux la présence d'un trop grand nombre de travailleurs étrangers sur leur territoire. Selon le ministre du travail de Bahreïn cité par cette source : « Dans certaines régions du Golfe, vous ne savez plus si vous êtes dans un pays arabo-musulman ou dans une région asiatique. On ne peut parler ici de « diversité ». Aucune nation sur la planète ne peut accepter une érosion de sa culture sur son propre « territoire »⁴⁰⁵. D'après le chroniqueur Alinéa Meena, le ministre du travail de Bahreïn a annoncé que son pays proposerait l'introduction d'un plafond de six ans aux permis de travail délivrés aux étrangers travaillant dans les pays du Golfe. Cette proposition devait être présentée au sommet du Conseil de coopération du Golfe (C.C.G) (comprenant l'Arabie Saoudite, Bahreïn, les Emirats Arabes Unis (EAU), le Koweït, Oman et le Qatar) qui était prévu à Doha en décembre 2007. La soumission de cette proposition se faisait dans le contexte d'une grande préoccupation face à l'érosion des mœurs sociales et culturelles locales. Selon le ministre du travail précité, « la majorité des travailleurs étrangers proviennent de milieux culturels et sociaux qui ne peuvent pas s'assimiler ou s'adapter aux cultures locales »⁴⁰⁶. De plus, ils s'accaparent les emplois dont la main d'œuvre locale aurait grandement besoin. Le ministre du travail des E.A.U., H. Ali Bin Abdullah Al Ka'abi, a indiqué que son pays partage les préoccupations de Bahreïn, et qu'avec plus de 14 millions de travailleurs migrants dans la région, cette question figurerait en tête de l'ordre du jour du sommet du CCG susvisé. Le chroniqueur Al Meena conclut ainsi : » La proposition de Bahreïn, si elle devait être acceptée, enverrait 14 millions de migrants qui vivent présentement dans les pays du CCG un message clair qu'il est maintenant temps pour eux d'envisager d'autres options. Pour certains d'entre eux, ce scénario sera douloureux puisqu'ils ont amené leur famille dans un pays du Golfe et qu'ils en ont fait leur foyer d'adoption »⁴⁰⁷.

178. Quel que soit l'angle sous lequel on considère un tel motif d'expulsion, il est contraire au droit international.

179. Sous l'angle culturel, il heurte la règle de la non-discrimination telle qu'énoncée dans diverses conventions internationales, notamment celles citées au paragraphe 147 de notre cinquième rapport⁴⁰⁸. Il n'est pas sans intérêt, à cet égard, d'indiquer que la Charte arabe des droits de l'homme adoptée par le Conseil de la Ligue des Etats arabes le 15 septembre 1994 contient elle-même plusieurs dispositions énonçant expressément ou implicitement cette règle. En particulier, l'article 2 dispose : « Chaque Etat partie à la présente Charte s'engage à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur ses territoires et relevant de ses juridictions tous les droits et toutes les libertés proclamées dans ladite Charte, sans discrimination aucune de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique, d'origine nationale ou sociale, de naissance ou toute autre situation; et sans distinction aucune entre les homes et les femmes ». Et l'article 3 renforce en quelque sorte cette obligation en stipulant : « a) Il ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en

⁴⁰⁵ Sources : « Expatriate' Impact on gulf's Labor, Social Situation » par Tarek Alinéa MAEENA, 27I octobre. 2007, <http://www.arabview.com/articles.asp?Article=921>.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ A/CN.4/611 du 27 mars 2009, pars.146 et s.

vigueur dans tout Etat partie à la présente Charte en vertu de lois, de conventions ou de coutumes, sous prétexte que la présente Charte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré. b) Il ne peut être admis, de la part des Etats partis à la présente Charte aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux reconnus par ladite Charte au motif que les citoyens d'un autre Etat bénéficient à un moindre degré ».

180. Sous l'angle du droit des travailleurs étrangers, il n'est pas douteux qu'une telle politique heurterait les dispositions pertinentes de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, en particulier son article 7. Bien plus, on relèvera que « l'abondance de la main d'œuvre » est considérée depuis longtemps comme ne pouvant constituer une cause d'expulsion. Selon Martini, cette question a été surtout étudiée, à la fin du XIX^e siècle, « lors de l'exclusion des chinois des Etats-Unis, de 1888 à 1892 »⁴⁰⁹. « Et s'appuyant sur les auteurs de l'époque, la science du droit international n'admet pas que la protection du travail soit une raison suffisante pour prononcer l'expulsion de toute une catégorie d'individus »⁴¹⁰. Cette opinion demeure de bonne doctrine de nos jours.

i) Entrée illégale

181. Le fait pour un étranger d'entrer sur le territoire de l'État en violation des lois sur l'immigration de celui-ci a été reconnu comme un motif licite d'expulsion dans la pratique étatique et dans la doctrine⁴¹¹.

182. Le Rapporteur spécial sur les droits des non-ressortissants, M. David Weissbrodt, tout en soulignant que les étrangers en situation irrégulière ne doivent pas être traités comme des criminels, a reconnu de manière générale le droit d'un État d'obtenir leur départ de son territoire :

« Les États disposent de moyens significatifs pour faire respecter leur politique d'immigration et obtenir le départ de personnes se trouvant illégalement sur leur territoire; mais cette latitude n'est pas illimitée et ils ne peuvent pas mettre arbitrairement ces moyens en œuvre. Un État peut, en vertu de sa législation, exiger le départ de personnes qui restent sur son territoire plus longtemps que ne les y autorise un permis de séjour de durée limitée.»⁴¹²

⁴⁰⁹ A. MARTINI, op. cit., p. 62.

⁴¹⁰ J.-A. DARUT, *L'expulsion des étrangers*, op. cit., p. 50. Cet auteur écrit encore : « La protection du travail n'est pas à elle seule motif suffisant de non-admission, *a fortiori* d'expulsion » (*ibid*, p. 51 *in fine*).

⁴¹¹ « La pratique étatique admet que l'expulsion est justifiée : a) en cas d'entrée en violation de la loi... », G. S. GOODWIN-GILL, op. cit., p. 262. « Le fait pour un étranger d'entrer frauduleusement sur le territoire peut entraîner son expulsion au motif que l'entrée n'était pas justifiée. », K. DOEHRING, op. cit., p. 108. « Il est très courant qu'un étranger puisse faire l'objet d'un arrêté d'éloignement ... pour infraction à la législation sur l'immigration », R. PLENDER, op. cit., p. 467 et 468 (référence omise). « L'étranger peut être expulsé ou éloigné du territoire à tout moment s'il est ultérieurement découvert qu'il est entré illégalement sur le territoire, à moins qu'il ne puisse bénéficier d'une loi interne portant prescription, d'une amnistie ou d'une grâce. », L. B. SOHN et T. BUERGENTHAL (dir. publ.), op. cit., p. 90. Voir aussi *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, op. cit., art. 28, par. 1 et 2. Les développements qui suivent, sur les motifs d'expulsion énumérés de i) à n) sont tirés de *Expulsion des étrangers. Mémoire du Secrétariat*, op. cit., pars. 326-339, 377-380, 381-390, 408-417, et 422.

⁴¹² « *Les droits des non-ressortissants* », rapport final du Rapporteur spécial, M. David Weissbrodt,

183. Dans l'affaire *Amnesty International c. Zambie*, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a reconnu que le fait pour un étranger de se trouver irrégulièrement sur le territoire de l'État constituait un motif valable d'expulsion.

« La Commission n'entend pas remettre en cause et ne remet pas en cause le droit dont dispose tout État d'intenter une action judiciaire contre des immigrants irréguliers et de les reconduire dans leur pays d'origine, si les juridictions compétentes en décident ainsi. Elle trouve cependant inadmissible parce que contraire à l'esprit et à la lettre de la Charte et au droit international le fait de déporter des individus sans leur donner la possibilité de faire entendre leur cause par les instances nationales habilitées à le faire. »⁴¹³

184. Si la législation nationale de certains États prévoit que les étrangers qui sont entrés irrégulièrement sur le territoire peuvent être refoulés plutôt qu'expulsés dans certains cas⁴¹⁴, la législation interne d'autres États voit dans l'entrée irrégulière un motif licite d'expulsion d'un étranger, comme l'ont relevé certains auteurs⁴¹⁵. Le motif tiré de l'entrée illégale peut être invoqué aux fins de l'expulsion d'une personne qui séjourne ou réside sur le territoire de l'État sans avoir reçu au préalable l'autorisation d'y entrer, ou qui ne peut y être admis pour d'autres raisons⁴¹⁶. Le fait pour un étranger d'entrer illégalement sur le territoire par inadvertance, ou l'admission accidentelle sur le territoire de l'État d'une personne entrée illégalement, peuvent, suivant la loi, conduire ou non à la légitimation de l'entrée par l'État⁴¹⁷. Les passagers clandestins, qu'ils soient⁴¹⁸ ou non⁴¹⁹ définis

présenté en application de la décision 2000/103 de la Sous-Commission, de la résolution 2000/104 de la Commission et de la décision 2000/283 du Conseil économique et social, par. 29

⁴¹³ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication no 159/96, *Union interafricaine des droits de l'homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, Rencontre africaine des droits de l'homme, Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'homme c. Angola*, onzième rapport annuel d'activité, 1997-1998, par. 20.

⁴¹⁴ Voir *Seyoum Faisa Joseph v. U.S. Immigration and Naturalization Service*, op. cit. (« M. Joseph étant arrivé dans ce pays comme passager clandestin, il est considéré au regard de la loi sur l'immigration et la nationalité comme "*persona non grata*." »).

⁴¹⁵ « Dans la plupart des lois relatives à l'immigration, le droit d'expulsion ou d'éloignement sanctionne les dispositions relatives à l'exclusion, et de nombreuses mesures d'expulsion sont motivées par la présence sur le territoire en violation des lois ou règlements internes relatifs à l'admission des étrangers. », E. M. BORCHARD, op. cit., p. 51 et 52. « Il ressort des systèmes législatifs internes examinés une cohérence peut-être banale quant au choix des motifs d'expulsion. En général, un étranger sera susceptible d'expulsion s'il se trouve dans l'un des cas ci-après : 1. Entrée en violation de la législation sur l'immigration... », G. S. GOODWIN-GILL, op. cit., p. 255.

⁴¹⁶ Voir, par exemple, Chine, Dispositions de 2003, art. 182; Nigeria, loi de 1963, art. 19 et 46; Paraguay, loi de 1996, art. 38; et États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 237 a) 1) A), H).

⁴¹⁷ Au Nigéria, une entrée irrégulière autorisée « par inadvertance » par les autorités compétentes peut rester illégale et motiver l'expulsion (Nigéria, loi de 1963, art. 19 2). Aux États-Unis, le retrait d'un visa d'« immigrant à statut préférentiel » est possible s'il est constaté que l'étranger ne répond pas aux conditions (États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 206). Au Brésil, une entrée « irrégulière » peut être réputée « involontaire », ce qui a pour conséquence que l'étranger doit quitter le territoire dans un délai plus bref que celui alloué à un étranger qui aurait commis certaines infractions (Brésil, décret de 1981, art. 98).

⁴¹⁸ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 101 a) 49).

⁴¹⁹ Kenya, loi de 1967, art. 8; et Nigeria, loi de 1963, art. 28 1), règlement de 1963 (L.N. 93), art. 1

comme relevant d'une catégorie particulière d'étrangers dans la loi applicable, peuvent faire l'objet d'expulsion soit en raison de leur condition⁴²⁰, soit pour les mêmes motifs que les autres étrangers.

185. S'agissant de l'entrée illégale sur le territoire, les motifs spécifiques d'expulsion visent notamment les situations où l'étranger 1) entre ou tente d'entrer sur le territoire lorsque les frontières ont été provisoirement fermées aux étrangers⁴²¹ ou à un groupe particulier d'étrangers⁴²², ou en un lieu ou à un moment non autorisés⁴²³; 2) se soustrait, fait obstacle ou tente de se soustraire ou de faire obstacle aux contrôles ou aux autorités d'immigration⁴²⁴, notamment à une inspection lors de l'entrée⁴²⁵ ou à un droit à acquitter⁴²⁶; 3) ne dispose pas des documents requis⁴²⁷, ou présente des documents qui sont soit endommagés soit inutilisables⁴²⁸; 4) produit des documents ou d'autres éléments d'information

2) et 8 2).

⁴²⁰ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 6) D) et 235 a) 2); et Kenya, loi de 1967, art. 8.

⁴²¹ Kenya, loi de 1973, art. 3 1) a); et Suède, loi de 1989, art. 12.4.

⁴²² Australie, loi de 1958, art. 177, 189 et 190, 198, 230, 249 1) a), 251; et Nigeria, loi de 1963, art. 25.

⁴²³ Argentine, loi de 2004, art. 29 et 37; Australie, loi de 1958, art. 189-90; Chili, décret de 1975, art. 3 et 69; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 6) A), 271 b) et 275 a) 1), b); Guatemala, décret-loi de 1986, art. 74; Japon, ordonnance de 1951, art. 2; Nigeria, loi de 1963, art. 16; Paraguay, loi de 1996, art. 79 3); République tchèque, loi de 1999, art. 9 1); et Tunisie, loi de 1968, art. 4.

⁴²⁴ Argentine, loi de 2004, art. 29 et 37; Australie, loi de 1958, art. 190, 230-31, 233; Brésil, loi de 1980, art. 124 1); Chili, décret de 1975, art. 69; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 275 a) 2); Guatemala, décret-loi de 1986, art. 74; Italie, décret-loi no 286 (1998), art. 13 2) a), loi n° 40 (1998), art. 11 2); Japon, ordonnance de 1951, art. 24 2); Nigeria, loi de 1963, art. 46; Paraguay, loi de 1996, art. 79 3), 81 1); Portugal, décret-loi de 1998, art. 99. Des personnes peuvent être qualifiées de clandestins sur la base de telles lois (Australie, loi de 1958, art. 230 et 231, 233). En vue d'identifier et de refouler de tels clandestins, un État peut exiger la remise de la liste des passagers des péniches de débarquement à l'autorité compétente [Australie, loi de 1958, art. 231; et Nigeria, règlement de 1963 (L.N. 93) art. 8 2)], ou autoriser une perquisition du navire par l'autorité compétente (République de Corée, loi de 1992, art. 69 à 71).

⁴²⁵ États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 275 a) 2); Nigeria, loi de 1963, art. 16; République de Corée, loi de 1992, art. 46 3); et Royaume-Uni, loi de 1971, art. 8 1) c).

⁴²⁶ Pologne, loi n° 1775 (2003), art. 21 1) 1).

⁴²⁷ À cet égard, l'étranger peut ne pas détenir, ne pas présenter ou ne pas être en droit d'obtenir tout ou partie des documents nécessaires, notamment un passeport ou un visa, ou n'avoir pas fourni tout ou partie des informations nécessaires (Australie, loi de 1958, art. 177, 190, 229, 233 A); Bélarus, décision du Conseil de 1999, art. 2, loi de 1993, art. 20 4); Brésil, loi de 1980, art. 124. VI), 127; Chili, décret de 1975, art. 15 7), 65 1); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 7) et 275 a); France, Code, art. L511-1 1); Italie, décret-loi no 286 (1998), art. 10, loi no 40 (1998), art. 5; Japon, ordonnance de 1951, art. 24 1) et 2); Kenya, loi de 1967, art. 4 2) et 7; Nigeria, loi de 1963, art. 18, 46 3) b); Panama, décret-loi de 1960, art. 58 et 60; Paraguay, loi de 1996, art. 79 1); Pologne, loi n° 1775 (2003), art. 21 1); République tchèque, loi de 1999, art. 9 1); et Tunisie, loi de 1968, art. 5). L'entrée d'un étranger peut aussi être illégale parce qu'un visa ou tout autre document nécessaire a été annulé ou est susceptible d'être annulé avant ou à l'entrée dans le pays, même si cette entrée a lieu au cours d'un séjour par ailleurs légal (Australie, loi de 1958, art. 229, 232 et 252; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 47 1) d), 3); Chili, décret de 1975, art. 65; République tchèque, loi de 1999, art. 9 1); Portugal, décret-loi de 1998, art. 13 4); et Suède, loi de 1989, art. 2.9-10.), ou si le visa de l'étranger est d'une durée insuffisante pour couvrir la totalité du séjour prévu de l'étranger [République tchèque, loi de 1999, art. 9 2) et 3)].

⁴²⁸ Ces documents peuvent être illisibles, abîmés ou matériellement incomplets, ou ne pas permettre

contrefaits ou mensongers⁴²⁹; 5) omet, pour une quelconque raison après avoir franchi la frontière, d'obtenir les documents d'entrée nécessaires, de réparer tel manquement ou de régulariser son statut d'étranger⁴³⁰; 6) enfreint les conditions de séjour temporaire sur le territoire de l'État⁴³¹; ou 7) est considéré comme indésirable⁴³², ou ne remplissant pas à d'autres égards les conditions d'entrée sur le territoire de l'État en raison, soit de son style de vie, soit de sa personnalité apparente⁴³³, ou parce que l'étranger a par le passé enfreint les conditions d'entrée ou de séjour dans le pays⁴³⁴.

186. L'expulsion d'un étranger pour ce motif peut dépendre : 1) de l'itinéraire d'arrivée de l'étranger⁴³⁵; 2) de considérations internationales comme un arrangement particulier entre l'État de nationalité de l'étranger et l'État d'entrée⁴³⁶,

aux pouvoirs publics d'ajouter les permis ou marques nécessaires [Bulgarie, loi de 1998, art. 3; République tchèque, loi de 1999, art. 9 1) à 3)].

⁴²⁹ Argentine, loi de 2004, art. 29 a), 35; Australie, loi de 1958, art. 233 A, 234, 236; Bélarus, loi de 1993, art. 20(4); Brésil, loi de 1989, art. 64, 124(XIII), 127; Bulgarie, loi de 1998, art. 3; Canada, loi de 2001, art. 40(1)(a) et (b); Chili, décret de 1975, art. 63(3), 65(1) et (2), 68; Chine, loi de 1986, art. 29 et 30; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212(a)(6)(C), 275(a)(3); Fédération de Russie, loi n°115-FZ (2002), art. 7(4), 9(4), 18(9)(4), loi de 1996, art. 26(5); Guatemala, règlement de 1999, art. 97, décret-loi de 1986, art. 73; Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 4, 8 et 10; Japon, ordonnance de 1951, art. 22-4(1) à (4), 24(3); Kenya, loi de 1967, art. 7; Nigeria, loi de 1963, art. 46(3)(a); Panama, décret-loi de 1960, art. 61; Paraguay, loi de 1996, art. 38, 79(1), 81(2), 108(1), 110(11); Pologne, loi n° 1775 (2003), art. 21(4); Portugal, décret-loi de 1998, art. 13(4); République de Corée, loi de 1992, art. 46(1-2), 89(1-2); République tchèque, loi de 1999, art. 9(1); Royaume-Uni, loi de 1971, art. 24A(1)(a), 33(1) (tels que modifiés par la loi sur l'asile et l'immigration de 1996); et Suède, loi de 1989, art. 2.9-10, 7.18. L'étranger peut être expressément défini sur cette base comme un clandestin (Japon, ordonnance de 1951, art. 74).

⁴³⁰ Australie, loi de 1958, art. 181(2)-(3), 182, 198; Équateur, loi de 2004, chap.7 (dispositions transitoires); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 206; Fédération de Russie, loi de 1996, art. 26(1); et Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 13(2)(b).

⁴³¹ Bélarus, loi de 1998, art. 26; Brésil, loi de 1980, art. 56(1), 124(IX), 127; Chili, décret de 1975, art. 85; Chine, loi de 1986, art. 29 et 30; États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 237(a), 252; Iran, loi de 1931, art. 11(b); Fédération de Russie, loi de 1996, art. 25.10, Code administratif, chap. 18, art. 18.8; Japon, ordonnance de 1951, art. 16(6)-(7), 24(4)-(6), 6A; Nigeria, loi de 1963, art. 11 et 27; Panama, décret-loi de 1960, art. 61; République de Corée, loi de 1992, art. 89(1); et Suède, loi de 1989, art. 9,3; et. Un étranger peut être qualifié sur cette base de clandestin ou assimilé (Nigeria, loi de 1963, art. 28).

⁴³² Australie, loi de 1958, art. 5 et 16; Bélarus, loi de 1993, art. 20(6); Brésil, loi de 1980, art. 61; Fédération de Russie, loi de 1996, art. 25.10; Kenya, loi de 1967, art. 3(1)(f); Paraguay, loi de 1996, art. 79(5); Pologne, loi n° 1775 (2003), art. 21(1)(2); République tchèque, loi de 1999, art. 9(1); et Suisse, loi fédérale de 1931, art. 13(1). Au Nigeria, le ministre compétent est habilité à refuser l'entrée à tout étranger ou toute catégorie d'étrangers s'il estime que ce refus est dans l'intérêt public (Nigeria, loi de 1963, art. 18(2)).

⁴³³ À cet égard, l'étranger peut pratiquer la polygamie [France, Code, art. L521-2(1); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212(a)(10)A)], ou peut être pour d'autres raisons considéré comme ne remplissant pas les conditions d'installation ou de citoyenneté [Argentine, loi de 2004, art. 29(j); et États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212(a)(8)].

⁴³⁴ Ainsi, l'étranger peut n'avoir pas respecté au cours d'un précédent séjour les conditions de sortie de l'État expulsant [Fédération de Russie, loi de 1996, art. 26(5)-(6)], ou plus généralement les lois ou les obligations imposées aux étrangers [Bélarus, loi de 1993, art. 20(3); et République tchèque, loi de 1999, art. 9(1)].

⁴³⁵ Nigeria, loi de 1963, art. 16 et 25.

⁴³⁶ Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 4; et République tchèque, loi de 1999, art. 9. Cet arrangement peut être, par exemple, l'Accord de Schengen [France, Code, art. L621-2; et Portugal, décret-loi de 1998, art. 13(4), 25(1), 120, 126(3)], ou un arrangement conclu dans le

de tout accord international ou toute convention internationale applicable⁴³⁷, ou de la demande ou de l'exigence d'un organisme international⁴³⁸; 3) de considérations tenant à l'application des lois dans le temps comme la date d'entrée de l'étranger par rapport à la mise en vigueur de la législation applicable⁴³⁹, ou la loi pertinente en vigueur au moment de l'entrée de l'étranger sur le territoire⁴⁴⁰; ou 4) le temps qui s'est écoulé depuis l'entrée de l'étranger sur le territoire de l'État⁴⁴¹.

187. La législation interne pertinente peut expressément autoriser l'application de sanctions pénales en plus de l'expulsion lorsqu'il existe des motifs de condamnation liés à une entrée illégale⁴⁴². Elle peut de même prévoir que l'expulsion intervient après l'exécution de la peine imposée⁴⁴³. L'État peut appliquer aux personnes à la charge de l'étranger les motifs d'expulsion de celui-ci liés à l'entrée illégale⁴⁴⁴.

188. La pratique interne de certains pays, telle qu'elle ressort de la jurisprudence de cours et tribunaux internes, confirme aussi le caractère légal de toute expulsion motivée par une entrée ou une présence illégales⁴⁴⁵. Néanmoins, lorsqu'une personne a séjourné sur le territoire de l'État pendant une période prolongée, certaines juridictions nationales ont jugé que sa seule présence illégale sur le territoire ne suffit pas à justifier une décision d'expulsion⁴⁴⁶.

j) Non-respect des conditions d'admission

189. Un étranger peut être régulièrement admis sur le territoire de l'État sous l'empire de la loi sur l'immigration de celui-ci sous certaines conditions mises à l'admission ou au séjour des étrangers. Faute pour lui de respecter ces conditions, l'étranger en situation régulière peut se retrouver en situation irrégulière : le non-respect des conditions d'admission ou de séjour est un motif valide d'expulsion dans la pratique des États⁴⁴⁷.

cadre du Commonwealth [Nigeria, loi de 1963, art. 10(1), 18(4)], de l'Union européenne [Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 5(12), loi n° 40 (1998), art. 5(7)] ou de l'Organisation internationale pour les migrations [Portugal, décret-loi de 1998, art. 126A(1)].

⁴³⁷ Espagne, loi de 2000, art. 26(1); Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 5(11), loi n° 40 (1998), art. 5(6); République tchèque, loi de 1999, art. 9(1)-(3); et Suède, loi de 1989, art. 4.2(5).

⁴³⁸ Royaume-Uni, loi de 1971, art. 8 B(5) (tel que modifié par la loi sur l'immigration et l'asile de 1999).

⁴³⁹ Australie, loi de 1958, art. 251(6)(c); Équateur, loi de 2004, chap. 7 (dispositions transitoires); France, Code, art. L541-4; et Italie, loi n° 40 (1998), art. 11(15).

⁴⁴⁰ Australie, loi de 1958, art. 14(2); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 237(a)(1)(A); et Kenya, loi de 1967, art. 3(1)(i).

⁴⁴¹ Suède, loi de 1989, art. 4.2.

⁴⁴² Chili, décret de 1975, art. 68 et 69; Chine, loi de 1986, art. 29; Paraguay, loi de 1996, art. 108(1); Portugal, décret-loi de 1998, art. 99(2); et Royaume-Uni, loi de 1971, art. 24(1)(a).

⁴⁴³ Chili, décret de 1975, art. 69; et Guatemala, décret-loi de 1986, art. 74.

⁴⁴⁴ Canada, loi de 2001, art. 42(a)-(b).

⁴⁴⁵ Voir, par exemple, *United States ex rel. Tom Man v. Murff, District Director, INS*, Court of Appeals for the Second Circuit, 264 F.2d 926, 3 mars 1959; *Khan v. Principle Immigration Officer*, Supreme Court of South Africa, Appellate Division, 10 décembre 1951.

⁴⁴⁶ Voir, par exemple, *In re rojas et consorts*, op. cit., affaire de l'étranger apatride (Allemagne), République fédérale d'Allemagne, Cour administrative fédérale d'appel, 30 septembre 1958; *Re Sosa*, op. cit.

⁴⁴⁷ « Le pouvoir d'expulser peut être exercé si l'étranger qui a été admis sur le territoire de l'État a un comportement ou mène des activités qui violent certaines règles fondamentales. Ce comportement ou ces activités comprennent : 1. La résidence ou le séjour sur le territoire en violation des conditions d'entrée ... » L. B. SOHN et T. BUERGENTHAL (dir. publ.), op. cit.,

190. La législation d'un certain nombre d'États prévoit l'expulsion de l'étranger qui ne respecte pas les conditions de son admission, comme celles qui ont trait à la durée de son séjour, à son objet ou aux activités auxquelles il lui est permis de se livrer durant ce séjour⁴⁴⁸. La violation des conditions d'admission motivant l'expulsion peut être largement définie : résidence ou présence irrégulière⁴⁴⁹, absence de motifs justifiant le séjour de l'étranger⁴⁵⁰, fait que l'étranger est indésirable⁴⁵¹, violation d'une disposition de la loi applicable⁴⁵², ou violation d'une condition du séjour ou de la résidence⁴⁵³. On peut citer, parmi les motifs précis d'expulsion : le fait pour l'étranger de ne pas quitter le pays à l'expiration de son permis de séjour ou de la période de séjour autorisée⁴⁵⁴, des vices dans le permis⁴⁵⁵, la révocation du permis ou le refus de délivrer un permis lorsque le statut de personne protégée n'est pas en jeu⁴⁵⁶, le fait que l'étranger n'a pas demandé, obtenu

p. 90 et 91. « La pratique des États admet que l'expulsion est justifiée ... b) en cas de non-respect des conditions de l'admission ... » G. S. GOODWIN-GILL, op. cit., p. 262.

⁴⁴⁸ « Les systèmes de droit interne examinés montrent une cohérence qui n'est peut-être pas remarquable dans leur choix des motifs d'expulsion. Généralement, un étranger s'exposera à être expulsé s'il entre dans une ou plusieurs des catégories ci-après : ... 2. Violation des conditions d'entrée; par exemple, en travaillant sans permis de travail. » G. S. GOODWIN-GILL, op. cit., p. 255. L'examen des législations et de la jurisprudence nationales sur ce point est tiré de l'*Etude sur l'expulsion des étrangers. Mémoire du Secrétariat*, op. cit., pars. 335-338..

⁴⁴⁹ Chine, loi de 1986, art. 27, 29 et 30, règles de 1986, art. 42; Croatie, loi de 2003, art. 56; Kenya, loi de 1967, art. 4 2); Lituanie, loi de 2004, art. 126 1) 2); et Portugal, décret-loi de 1998, art. 99 1) a).

⁴⁵⁰ Autriche, loi de 2005, art. 3.54 1) 2); Bulgarie, loi de 1998, art. 61 1) 4); et Espagne, loi de 2000, art. 28 3) c).

⁴⁵¹ Australie, loi de 1958, art. 5 et 16; et Fédération de Russie, loi de 1996, art. 25.10.

⁴⁵² Argentine, loi de 2004, art. 29 k), 62 a); Bélarus, loi de 1993, art. 24, 25 3)-4); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 1) a); Canada, loi de 2001, art. 41 a); Chili, décret de 1975, art. 64 5) et 6), 66; Espagne, loi de 2000, art. 53 e); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 237 a) 1) B); Fédération de Russie, loi n° 116-FZ (2002), art. 7 7), 9 7), 18 9) 7), loi de 1996, art. 26 4); Grèce, loi de 2001, art. 44 1) b); Iran, loi de 1931, art. 11 a); Kenya, loi de 1967, art. 3 1) j); Nigeria, loi de 1963, art. 46 1) b); Norvège, loi de 1988, art. 29 a); Paraguay, loi de 1996, art. 34 6) et 37; République de Corée, loi de 1992, art. 89 1) 5); et Suisse, loi fédérale de 1931, art. 13 1). Le Paraguay autorise également l'expulsion sur la base d'une législation spéciale [Paraguay, loi de 1996, art. 81 6)].

⁴⁵³ Argentine, loi de 2004, art. 62 d); Brésil, loi de 1980, art. 124 (XVI) et 127; Bulgarie, loi de 1998, art. 61 4); Chili, décret de 1975, art. 64 8) et 66; République de Corée, loi de 1992, art. 6 1) 7) et 8), 68 1) 3), 89 1) 3); et Suisse, loi fédérale de 1931, art. 13 1).

⁴⁵⁴ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 57 1) a); Brésil, loi de 1980, art. 124 (II) et 127; Chili, décret de 1975, art. 71; Finlande, loi de 2004, art. 143 3); France, Code, art. L.511-1 2) et L.621-1; Guatemala, décret-loi de 1986, art. 76; Italie, décret-loi de 1998, no 286, art. 13 2) e); Japon, ordonnance de 1951, art. 24 2)-3, 4 b), 7); Madagascar, décret de 1994, art. 18, loi de 1962, art. 12; Nigeria, loi de 1963, art. 19 1) et 4); Paraguay, loi de 1996, art. 81 3); Fédération de Russie, loi de 1996, art. 25.10, Code administratif, chap. 18, art. 18.8; Espagne, loi de 2000, art. 53 a) et 57 1); Suède, loi de 1989, art. 4.3; et États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 9) B)-C).

⁴⁵⁵ Il peut s'agir de : 1) la disparition des circonstances ou des raisons ayant justifié la décision antérieure d'accorder le permis (Argentine, loi de 2004, art. 62 d); Australie, loi de 1958, art. 198 1A) et 198 B); Bélarus, loi de 1993, art. 24, Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 1) e), et 47 1) e); Italie, loi de 2005, art. 2; République de Corée, loi de 1992, art. 89 1) 4); Fédération de Russie, loi no 115-FZ (2002), art. 2; et Suède, loi de 1989, art. 8.16); ou 2) la découverte de faits qui, s'ils avaient été connus, auraient empêché la délivrance du permis [Autriche, loi de 2005, art. 3.54 1) 1)].

⁴⁵⁶ Bélarus, Décision du Conseil de 1999, art. 2, loi de 1998, art. 28; Bosnie-Herzégovine, loi de

ou conservé le permis requis, ou ne remplissait pas les conditions requises à cette fin⁴⁵⁷, l'existence d'obstacles à l'établissement de l'étranger sur le territoire de l'État⁴⁵⁸, l'insuffisance du mariage de l'étranger pour fonder un droit de séjour⁴⁵⁹, ou la présentation de documents ou d'informations faux ou trompeurs pour obtenir un permis de séjour à toutes fins hors mariage⁴⁶⁰.

191. Viole également ses conditions d'admission l'étranger qui ne satisfait pas aux conditions ou aux attentes en ce qui concerne son intégration ou son assimilation⁴⁶¹, qui viole une restriction concernant sa résidence ou le lieu où il doit demeurer⁴⁶², ou telle ou telle obligation ou interdiction faite à tous les étrangers ou à l'étranger concerné pris individuellement ou en tant qu'il fait partie d'une catégorie⁴⁶³, comme l'obligation de se faire enregistrer ou d'avertir les autorités si nécessaire, comme en cas de perte de document ou de changement de résidence, de domicile ou de

2003, art. 45 1) h) et 571) b); Brésil, loi de 1980, art. 124 X) et 127, Chine, dispositions de 1992, art. I iii); Finlande, loi de 2004, art. 168 1); France, Code, art. L.511-1 3) et 6); Italie, décret-loi de 1998 n° 286, art. 5 10) et 11), 8, et 13 2) b), loi n° 40 (1998), art. 55)-6) et 11 2) b); Japon, ordonnance de 1951, art. 24 2)-2); République de Corée, loi de 1992, art. 68 1) 3); Paraguay, loi de 1996, art. 81 4); Fédération de Russie, loi n° 115-FZ (2002), art. 2, 31 1)-2); Suède, loi de 1989, art. 4.3; Suisse, loi fédérale de 1931, art. 12 3); et États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 237 a) 1) B).

⁴⁵⁷ Chili, décret de 1975, art. 31 et 72; Croatie, loi de 2003, art. 52; Espagne, loi de 2000, art. 53 a) et g) et 57 1); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 206, 246; Fédération de Russie, loi de 1966, art. 25.10 et 27 4), code administratif, chap. 18, art. 18.8; Finlande, loi de 2004, sect. 149 I) 1) et 168 2); Italie, décret -loi n° 286 (1998), art. 13 2) b) et 14 5 *ter*)-5 *quinques*), loi n° 40 de 1998, art. 5 7), 11 2) b); Nigeria, loi de 1963, art. 10 5); Panama, décret de loi de 1960, art. 58; et Pologne, loi n° 1775 (2003), art. 88 I 1). L'État peut toutefois imposer des sanctions qui ne comprennent pas expressément l'expulsion pour de telles infractions (Paraguay, loi de 1996, art. 112 1); Fédération de Russie, code administratif, chap. 18, art. 18.8; et Espagne, loi de 2000, art. 53 et 57.

⁴⁵⁸ Argentine, loi de 2004, art. 29 j).

⁴⁵⁹ Il peut s'agir : 1) de la nullité du mariage, de l'existence d'une fraude ou d'un autre vice dans le mariage qui avait motivé la délivrance du permis (Biélorus, loi de 1998, art. 15; Hongrie, loi de 2001, art. 32 2) h); Fédération de Russie, loi n° 115-FZ (2002), art. 7 12) et 9 12); et États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 216 b), 237 a) 1) G), et 275 c); ou du fait que d'une manière générale le mariage ne saurait affecter le statut de l'étranger (Madagascar, décret de 1994, art. 18).

⁴⁶⁰ Argentine, loi de 2004, art. 29 a) et 62 a); Biélorus, loi de 1998, art. 14 et 15; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 27 1) f) et 47 1) f); Brésil, loi de 1980, art. 64 a) et 124 (XIII) et 127; Chili, décret de 1975, art. 64 2) et 66; Chine, loi de 1986, art. 29 et 30, règlement de 1986, art. 47; Espagne, loi de 2000, art. 53 c) et 57 1); États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 101 a) 50) f) 6) et 212 a) 6) C), 237 a) 3), 246 a) à b) et 266 c); Fédération de Russie, loi n° 115-FZ (2002), art. 7 4), 9 4), et 18 9) 4); Nigeria, loi de 1963, art. 46 3) a) et c); Panama, décret-loi de 1960, art. 61; Paraguay, loi de 1996, art. 81 2), 108 1) et 110 et 111; Royaume-Uni, loi de 1971, art. 24A 1) a); Suède, loi de 1989, sect. 2.9 et 10; et Suisse, loi fédérale de 1931, art. 9 2) a) et 4) a).

⁴⁶¹ Autriche, loi de 2005, art. 3.54(3) et (4); Japon, ordonnance de 1951, art. 2-4(5); et Suisse, règlement de 1949, art. 16(2), et loi fédérale de 1931, art. 10(1)(b).

⁴⁶² Paraguay, loi de 1996, art. 34(2); République de Corée, loi de 1992, art. 46(1)(8); et Suisse, loi fédérale de 1931, art. 13e. Des sanctions qui ne comprennent pas expressément l'expulsion peuvent toutefois être imposées pour de telles infractions (France, Code, art. L624-4 et Hongrie, loi de 2001, art. 46(1)(d)).

⁴⁶³ Brésil, décret de 1981, art. 104, loi de 1980, art. 64(d), 70; Chili, décret de 1975, art. 63(4), 64(5) et (6), 65(2) et 66; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212(a)(6)(G) et 237(a)(1)(C); Fédération de Russie, code administratif, chap. 18, art. 18.8; Honduras, loi de 2003, art. 89(2); Nigeria, loi de 1963, art. 11(3), 19(4), 24(2) et 27(3); Paraguay, loi de 1996, art. 34(1) et (2).

nationalité⁴⁶⁴, de présenter une pièce d'identité ou un permis de séjour sur le territoire de l'État quand il en est requis⁴⁶⁵, de s'abstenir de se rendre dans une zone interdite⁴⁶⁶, de ne pas prendre résidence ni obtenir un permis de résider hors de l'État⁴⁶⁷, ou de ne pas sortir du territoire de l'État pendant plus d'un certain temps⁴⁶⁸ ou sans autorisation⁴⁶⁹.

192. L'expulsion d'un étranger pour ce motif peut s'effectuer en vertu d'un accord spécial entre l'État de nationalité de l'étranger et celui dans lequel il réside⁴⁷⁰, ou tout autre convention ou accord international applicable⁴⁷¹. La loi applicable peut expressément autoriser le prononcé de sanctions pénales venant s'ajouter à l'expulsion lorsque des motifs le justifient⁴⁷². Elle peut de même ordonner l'expulsion une fois la peine prononcée exécutée⁴⁷³.

193. Les tribunaux internes de plusieurs États ont confirmé que la violation des conditions d'admission constituait un motif valide d'expulsion d'étrangers⁴⁷⁴.

⁴⁶⁴ Brésil, loi de 1980, art. 124(III), (IV) et 127; Chili, décret de 1975, art. 72; Espagne, loi de 2000, art. 53 et 57; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 237 a)(3) A)-B) et 266 c); Fédération de Russie, loi de 1996, art. 25.10, Code administratif, chap. 18, art. 18.8; et République de Corée, loi de 1992, art. 46(1)(7) et (10).

⁴⁶⁵ Chine, règlement de 1986, art. 43; et Nigeria, loi de 1963, art. 46(3)(b).

⁴⁶⁶ Chine, loi de 1986, art. 29 à 30, règlement de 1986, art. 46; et Suisse, loi fédérale de 1931, art. 13e.

⁴⁶⁷ Bélarus, loi de 1980, art. 15; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 48 b); Fédération de Russie, loi n° 115-FZ (2002), art. 7 10) et 9 10); et Suède, loi de 1989, art. 2.12.

⁴⁶⁸ Argentine, loi de 2004, art. 62(c); Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 48(a); Chili, décret de 1975, art. 43; Fédération de Russie, loi n° 115-FZ (2002), art. 7 11) et 9 11); et Paraguay, loi de 1996, art. 34 5).

⁴⁶⁹ Brésil, loi de 1980, art. 124(XIII) et 127; et République de Corée, loi de 1992, art. 46(1)(9), *comparer* avec Espagne, loi de 2000, art. 53(g) et 57(1), qui considère un départ non autorisé comme une infraction grave passible d'une amende mais non comme un motif d'expulsion.

⁴⁷⁰ Un tel accord peut par exemple être conclu dans le cadre de l'Union européenne (Finlande, loi de 2004, art. 168(1) et (2); France, Code, art. L621-2; et Italie, loi n° 40 (1998), art. 5(12), décret-loi de 1993, art. 7(3)), ou du Commonwealth (Nigeria, loi de 1963, art. 10(1)).

⁴⁷¹ Chine, loi 1986, art. 29; Italie, loi n° 286 (1998), art. 5(11); et Portugal, décret-loi de 1998, art. 99(1)-(2).

⁴⁷² Chili, décret de 1975, art. 63(3) et 65(2) et (3); Chine, règlement de 1986, art. 47; France, Code, art. L621-1 et L621-2; Italie, loi de 2005, art. 10(4), 13 1), décret-loi no 286 (1998), art. 14 (5 *ter*) et (5 *quinquies*), décret-loi de 1996, art. 7 3); Panama, décret-loi de 1960, art. 61 et 108(1); et Portugal, décret-loi de 1998, art. 99 2).

⁴⁷³ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 47 4).

⁴⁷⁴ Voir, par exemple, *INS v. Stevic*, Cour suprême des États-Unis, 467 US 407, 104 S.Ct. 2489, 81 L.Ed.2d 321, 5 juin 1984 (appel contre une procédure d'expulsion engagée parce que le défendeur était resté dans le pays au-delà de la période de six semaines pour laquelle il avait été admis); *Hitai v. INS*, Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, 343 F. 2d 466, 29 mars 1965 (l'appelant avait violé les conditions de son autorisation d'entrée sur le territoire en acceptant un emploi); *United States ex rel. Zapp et al. v. District Director of Immigration and Naturalization*, op. cit., (les appelants ont été expulsés pour avoir violé les conditions de leur admission en cessant d'exercer la profession pour l'exercice de laquelle ils avaient été admis); *Urban v. Minister of the Interior*, Cour suprême d'Afrique du Sud, district de la province du Cap, 30 avril 1953 (étranger expulsé pour avoir exercé un emploi autre que celui indiqué dans le formulaire de demande d'admission durant les trois premières années de résidence en Afrique du Sud); *Simsek v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs and Another*, Haute Cour d'Australie, 10 mars 1982 (appelant expulsé parce qu'il était resté au-delà des trois mois autorisés dans son permis temporaire). De plus, dans une série d'affaires, il a été jugé que les membres de l'équipage d'un navire violaient les conditions de leur admission dans l'État

194. La violation des conditions d'admission a aussi été regardée comme un motif valide d'expulsion en ce qui concerne les travailleurs migrants en particulier, comme il est dit ci-après.

k) Situation économique

195. La situation économique peut être retenue s'agissant de décider de l'expulsion d'un étranger pour motif d'ordre public, et non un motif distinct en droit international. Sa validité a cependant été contestée en ce qui concerne les citoyens de l'Union européenne. Plusieurs législations voient pourtant dans les considérations économiques un motif valable et autonome d'expulsion⁴⁷⁵.

196. Le Protocole à la Convention européenne d'établissement reconnaît que les motifs tirés de l'état économique et social peuvent intervenir dans la décision d'expulser tel étranger pour des raisons d'ordre public. Il donne de « l'ordre public » une définition qui embrasse les situations où l'étranger n'est pas en mesure de financer son séjour dans le pays ou à l'intention d'y travailler illégalement⁴⁷⁶.

197. À l'inverse, la Directive 2004/38/EC du Parlement européen et du Conseil en date du 29 avril 2004 interdit l'expulsion de l'Union européenne de citoyens de l'Union et des membres de leur famille pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique dans un dessein économique. Le paragraphe 3 de son article 14 se lit comme suit :

« Le recours au système d'assistance sociale par un citoyen de l'Union ou un membre de sa famille n'entraîne pas automatiquement une mesure d'éloignement. »

198. En ce qui concerne ce dernier point, le paragraphe 16 du préambule de la Directive porte ce qui suit :

territorial en restant dans cet État après que le navire avait repris la mer. Voir, par exemple, *Re Immigration Act Re Vergakis*, Cour suprême de Colombie britannique, 11 août 1964, *International Law Reports*, vol. 42, E. LAUTERPACHT (dir. publ.), p. 219 à 226; *United States ex rel. Tie Sing Eng v. Murff, District Director, INS*, Southern District of New York, 6 octobre 1958, 165 F. Supp. 633, confirmé *per curiam*, 266 F.2d 957 (2d Cir. 1959), *certiorari* refusé, 361 US 840, 4 L.Ed. 2d 79, 80 Sup. Ct. 73 (1959); *International Law Reports*, vol. 26, 1958-II, E. LAUTERPACHT (dir. publ.), p. 509 à 512; *Sovich v. Espedy*, Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, 15 mai 1963; *Re Sosa*, op. cit.

⁴⁷⁵ « Les systèmes de droit interne que nous avons examinés sont constants, et il ne faut peut-être pas s'en étonner, dans le choix des motifs d'expulsion. De manière générale, un étranger s'expose à l'expulsion des chefs suivants : [...] 3. Devenir "à la charge de l'État", c'est-à-dire tomber malade ou "vivre de la sécurité sociale". », G. S. GOODWIN-GILL, *International Law and the Movement of Persons between States*, op. cit., p. 255. Voir également *Règles internationales*, op. cit., art. 45. « En règle générale, il n'est recouru à l'expulsion que lorsque l'intéressé a commis une infraction ou est devenu une charge pour le budget de l'État. », Atle Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951 (articles 32 and 33)*, 1963, publié par la Division de la protection internationale du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, 1997, « Article 33 », par. 2.

⁴⁷⁶ « La notion d'ordre public doit être entendue dans l'acception large qui est en général admise dans les pays continentaux. Une Partie pourrait notamment refuser l'accès à un ressortissant d'une autre Partie pour des raisons politiques ou s'il existe des raisons de croire que ce ressortissant est dans l'incapacité de couvrir ses frais de séjour ou qu'il se propose d'occuper un emploi rétribué sans être muni des autorisations éventuellement nécessaires. ». *Protocole à la Convention européenne d'établissement*, sect. III – art. 1 à 3 (Paris, 13 décembre 1955).

« Les bénéficiaires du droit de séjour ne devraient pas faire l'objet de mesures d'éloignement aussi longtemps qu'ils ne deviennent pas une charge déraisonnable pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil.

En conséquence, une mesure d'éloignement ne peut pas être la conséquence automatique du recours à l'assistance sociale. L'État membre d'accueil devrait examiner si, dans ce cas, il s'agit de difficultés d'ordre temporaire et prendre en compte la durée du séjour, la situation personnelle et le montant de l'aide accordée, afin de déterminer si le bénéficiaire constitue une charge déraisonnable pour son système d'assistance sociale et de procéder, le cas échéant, à son éloignement. En aucun cas une mesure d'éloignement ne devrait être arrêtée à l'encontre de travailleurs salariés, de non-salariés ou de demandeurs d'emploi tels que définis par la Cour de justice, si ce n'est pour des raisons d'ordre public et de sécurité publique. ».

199. Au niveau interne, la législation nationale de plusieurs États fait des considérations financières un motif d'expulsion des étrangers⁴⁷⁷. Les personnes à la charge de l'étranger sont sujettes à l'expulsion pour le même motif, si celui-ci vaut pour l'étranger lui-même⁴⁷⁸. En particulier, l'État peut expulser ou refouler l'étranger 1) qui est endetté⁴⁷⁹, est un « bohémien »⁴⁸⁰ ou un vagabond, n'a aucun moyen de subsistance ou n'est pas en mesure d'en justifier⁴⁸¹, est sans logis à un moment donné ou depuis un certain temps⁴⁸², ne peut ou ne veut pas entretenir les personnes à sa charge⁴⁸³; 2) a besoin ou risque d'avoir besoin d'assistance sociale⁴⁸⁴; 3) n'a pas de métier, de travail ou de compétences⁴⁸⁵; 4) est oisif⁴⁸⁶ ou s'abstient d'entreprendre le travail ou l'activité pour lesquelles un permis de séjour lui a été accordé⁴⁸⁷; 5) ne peut exercer son métier, abandonne son travail ou perd son

⁴⁷⁷ L'examen des législations et de la jurisprudence nationales sur ce point est tiré de l'*Etude sur l'expulsion des étrangers. Mémoire du Secrétariat*, op. cit., par. 412-414.

⁴⁷⁸ Nigeria, loi de 1963, art. 47.

⁴⁷⁹ Italie, loi n° 40 (1998), art. 11 4 a).

⁴⁸⁰ Panama, décret-loi de 1960, art. 37 b).

⁴⁸¹ Autriche, loi de 2005, art. 3.53 2) 4); Brésil, loi de 1980, art. 64c); Canada, loi de 2001, art. 39; Chine, règlement de 1986, art. 7 5); Espagne, loi de 2000, art. 25 1); Fédération de Russie, loi no 115-FZ (2002), art. 7 8) et 9 8), et loi de 1996, art. 27 6); Finlande, loi de 2004, art. 11 1) 3); Hongrie, loi de 2001, art. 4 1) d); Italie, décret-loi n° 286, art. 4 et 8; Japon, ordonnance de 1951, art. 5 3); Kenya, loi de 1967, art. 3 1) a); Lituanie, loi de 2004, art. 7 3); Nigeria, loi de 1963, art. 18 1) a) et règlement de 1963 (L.N. 93), art. 5 4) et 6 4); Panama, décret-loi de 1960 art. 37 b); Paraguay, loi de 1996, art. 6 7) et 79; Pologne, loi no 1775 (2003), art. 15 1), 21 1) 3) et 88 1) 3); Portugal, décret-loi de 1998, art. 4 1); République de Corée, loi de 1992, art. 11 1) 5) et 1) 8); Suède, loi de 1989, art. 4.2 1).

⁴⁸² Allemagne, loi de 2004, art. 55 2) 5); Fédération de Russie, loi n° 115-FZ (2002), art. 7 9) et 9 9).

⁴⁸³ Canada, loi de 2001, art. 39; Fédération de Russie, loi n° 115-FZ (2002), art. 7 8) et 9 8); Kenya, loi de 1967, art. 3 1) a).

⁴⁸⁴ La charge pour l'État et le besoin d'assistance sociale s'entendent soit de l'étranger soit des personnes à sa charge [Canada, loi de 2001, art. 38 1) c), 2) et 39; Chili, décret de 1975, art. 15 4), 17, 64 4), 65 1) et 66; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 212 a) 4), 237 a) 5) et 250; Japon, ordonnance de 1951, art. 5 3); Nigeria, loi de 1963, art. 18 1) a); Panama, décret-loi de 1960, art. 37 e); République de Corée, loi de 1992, art. 11 1) 5) et 1) 8); Suisse, loi fédérale de 1931, art. 10 1) d), 2) et 3)].

⁴⁸⁵ Paraguay, loi de 1996, art. 6 7).

⁴⁸⁶ Suisse, règlement de 1949, art. 16 2).

⁴⁸⁷ Kenya, loi de 1967, art. 6 1) a); comparer avec : Argentine, loi de 2004, art. 65, qui interdit l'expulsion pour inexécution d'une obligation résultant du contrat de travail, à moins que celle-ci n'ait été une condition préalable à l'émission du permis.

emploi⁴⁸⁸; 6) est invalide ou handicapé et ne peut donc travailler⁴⁸⁹; 7) compromet ou menace l'ordre économique de l'État⁴⁹⁰, l'économie nationale⁴⁹¹, l'industrie⁴⁹², le commerce⁴⁹³, les travailleurs⁴⁹⁴ ou les moyens de subsistance⁴⁹⁵.

200. La législation nationale peut interdire l'expulsion de ce chef de l'étranger qui a séjourné sur le sol de l'État pendant un certain temps⁴⁹⁶. L'expulsion peut alors dépendre de ce que l'intéressé a ou non la nationalité d'un État lié par des arrangements spéciaux à l'État expulsant⁴⁹⁷. Selon la législation nationale, le même motif peut⁴⁹⁸ ou non⁴⁹⁹ être valable aussi pour l'étranger en séjour temporaire.

201. La jurisprudence interne retient aussi les considérations financières comme motif d'expulsion⁵⁰⁰.

I) Mesures de prévention et de dissuasion

202. L'expulsion d'étrangers a déjà été utilisée pour prévenir ou empêcher certains comportements mais cette finalité semble avoir perdu de son importance au début du XX^e siècle⁵⁰¹. Dans l'affaire *Carmelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln* évoquée plus haut, la Cour européenne de justice a jugé que l'ordre public ne pouvait être invoqué comme motif d'expulsion que s'il était en rapport avec le comportement personnel de l'intéressé et que le « caractère de prévention générale » de l'expulsion n'était pas un motif recevable⁵⁰². On a fait cependant remarquer que le droit international n'excluait pas ce motif d'expulsion en l'absence d'obligation conventionnelle⁵⁰³.

⁴⁸⁸ Chili, décret de 1975, art. 15 4), 17, 64 4), et 7), et 65 1) et 66; et Kenya, loi de 1967, art. 6 1) b).

⁴⁸⁹ Brésil, décret de 1981, art. 52 III) et IV); Panama, décret-loi de 1960, art. 37 e); et Paraguay, loi de 1996, art. 6 3). Une exception peut être faite lorsque l'invalidité ou le handicap ne réduisent qu'en partie la capacité de travail de l'étranger [Paraguay, loi de 1996, art. 7 2)].

⁴⁹⁰ République de Corée, loi de 1992, art. 11 1) 4) et 8).

⁴⁹¹ Brésil, décret de 1981, art. 101, 104 et loi de 1980, art. 64, 67 et 70; Honduras, loi de 2003, art. 9 3); Panama, décret-loi de 1960, art. 38.

⁴⁹² Japon, ordonnance de 1951, art. 7 2).

⁴⁹³ Panama, décret-loi de 1960, art. 36.

⁴⁹⁴ Brésil, loi de 1980, art. 2 et 64; et Panama, décret-loi de 1960, art. 36 et 37 e).

⁴⁹⁵ Brésil, loi de 1980, art. 2 et 64

⁴⁹⁶ Autriche, loi de 2005, art. 3.53 2) 5) et 6); États-Unis, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 237 a) 5); Suède, loi de 1989, art. 2.11 et 4.2.

⁴⁹⁷ Suède, loi de 1989, art. 2.14.

⁴⁹⁸ Lituanie, loi de 2004, art. 7 3); Nigeria, règlement (L.N. 93), art. 5 4) et 6 4); Pologne, loi no 1775 (2003), art. 15 1); et Portugal, décret-loi de 1998, art. 14 1).

⁴⁹⁹ Japon, ordonnance de 1951, art. 24 4) a).

⁵⁰⁰ Voir, par exemple, *Pieters c. État belge (Ministre de la justice)*, op. cit., p. 339 (« En l'espèce, l'ordonnance affirme que la présence du plaignant est jugée préjudiciable à l'économie du pays. Il ressort du dossier que l'expulsion a été ordonnée parce que le plaignant n'avait pas payé les impôts dont il était redevable. »).

⁵⁰¹ « On peut relever certains traits qui marquent l'évolution récente du pouvoir d'expulsion : ...il sert aujourd'hui rarement de mesure de prévention », E. M. BORCHARD, op. cit., p. 55.

⁵⁰² « Qu'il y a donc lieu de répondre aux questions posées que l'article 3, par. 1 et 2 de la Directive n° 64/221 fait obstacle à l'expulsion d'un ressortissant d'un État membre si cette expulsion est décidée dans un but de dissuasion à l'égard d'autres étrangers, c'est-à-dire si elle est fondée, selon les termes de la juridiction nationale, sur des motifs de "prévention générale" », Cour de justice des communautés européennes, *Carmelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, op. cit., par. 7.

⁵⁰³ « D'une manière générale, il n'est pas interdit aux États d'utiliser l'expulsion comme mesure de dissuasion, consistant à expulser un individu pour en mettre d'autres en garde. Ce moyen peut

m) Représailles

203. L'expulsion des étrangers a servi parfois de moyen de représailles (notamment sous forme d'expulsion massive, mais cela fait l'objet d'un traitement distinct). L'État expulsant à beau invoquer d'autres motifs, l'expulsion n'en ressemble pas moins à des représailles⁵⁰⁴.

204. La doctrine a mis en doute la légalité de l'expulsion d'étrangers à titre de représailles⁵⁰⁵. Selon l'Institut de droit international, les représailles et la rétorsion ne sont pas des raisons valables pour expulser l'étranger qui a été expressément autorisé à séjourner dans un pays :

« Les cas de représailles et de rétorsion ne sont pas soumis aux règles suivantes. Toutefois, les étrangers domiciliés dans le pays avec l'autorisation expresse du gouvernement ne peuvent être expulsés à titre de représailles ou de rétorsion. »⁵⁰⁶.

n) Motifs divers

205. Il peut y avoir d'autres motifs d'expulsion d'étrangers qui ne sont pas aussi largement reconnus ou aussi pertinents du point de vue de la pratique moderne, par exemple la formulation d'une réclamation diplomatique non justifiée⁵⁰⁷.

cependant être déclaré illégal par un traité (par exemple par l'article 48 du Traité sur l'Union européenne tel qu'interprété par la Cour de justice des Communautés européennes. », K. DOEHRING, « Aliens, Expulsion and Deportation », in R. BERNHARDT (dir. publ.), op. cit., p. 111.

⁵⁰⁴ « Au XIX^e siècle, les expulsions collectives étaient parfois déclarées justifiables à titre de représailles. Rolin Jacquemyns, l'éminent juriste belge, a déclaré que l'expulsion collective d'étrangers en temps de paix n'était permise qu'à titre de représailles dans son article "Droit d'expulsion des étrangers", dans la *Revue de droit international* (1988), p. 498. L'Indonésie a justifié l'expulsion des ressortissants hollandais de 1957 par le fait que la Hollande n'avait pas voulu négocier le sort de l'Irian occidental. Dahm a considéré à juste titre, me semble-t-il, que ce motif était sans fondement en droit international (*Völkerrecht*, vol. I, p. 529) et cette interprétation est apparemment correcte. », V. D. SHARMA et F. WOOLDRIDGE, op. cit., p. 411, note 85. « Lorsque la Yougoslavie a expulsé en décembre 1934 un grand nombre de Hongrois à titre de représailles pour la complicité présumée des autorités hongroises avec des terroristes, l'explication donnée était que les intéressés ne vivaient en Yougoslavie qu'avec des titres de séjour périodiquement renouvelables étant donné l'importance du chômage en Yougoslavie : Toynbee, *Survey*, 1934, p. 573 à 577. », R. JENNINGS et A. WATTS (dir. publ.), op. cit., p. 944, note 16. « Le général Amin n'a pas dit que les expulsions constituaient des représailles pour le refus de la Grande-Bretagne d'accorder en plus grand nombre de bons spéciaux aux citoyens et nationaux de l'Ouganda [...]. Il a cependant déclaré qu'il avait été inspiré par Dieu et qu'il entendait donner une leçon à la Grande-Bretagne, au moment où il a annoncé pour la première fois les expulsions [...] ». V. D. SHARMA et F. WOOLDRIDGE, op. cit., p. 411, note 83.

⁵⁰⁵ « Il découle de la fonction du pouvoir d'expulser qu'il ne doit pas être "exercé abusivement". Pour que son but et son objet soient réalisés, il doit s'exercer de bonne foi et non pour quelque motif inavoué, comme [...] des représailles illégales. », G. S. GOODWIN-GILL, op. cit., p. 307 et 308 et note 1 (la note se lit comme suit : « Il est difficile de déterminer les cas où les représailles sont légales. M. Brownlie fait observer qu'en principe les représailles doivent être une réaction à une violation antérieure d'une obligation juridique, et être proportionnées : I. BROWNIE, *Principles of Public International Law*, 2e éd., 1973, p. 524. »). Les représailles qui sont contraires au *jus cogens* international ne peuvent être autorisées, V. D. SHARMA et F. WOOLDRIDGE, op. cit., p. 411 et note 84 (renvoyant à l'opinion dissidente du juge Tanaka dans les affaires du Sud-Ouest africain (1966), *C.I.J. Recueil*, par. 298, où il est dit que « les droits de l'homme dérivant du droit naturel font partie du *jus cogens* »).

⁵⁰⁶ *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, op. cit., art. 4.

206. Nombre de motifs anciens, qui sont la marque des valeurs morales d'une époque, sont aujourd'hui obsolètes. Par exemple, bien que la prostitution demeure un délit dans nombre de pays dans le monde actuel, on ne note nulle part une pratique des expulsions pour cause de cette pratique : la volonté de protéger les victimes du trafic humain ou de prostitution forcée pourrait justifier tout au plus l'expulsion pour cause de proxénétisme. Autre exemple : aucun Etat ne revendiquerait de nos jours une expulsion pour cause de maladie, quelles que soient la nature et la gravité de celle-ci. Au contraire, plusieurs associations de défense des droits de l'homme réclament que l'état de maladie soit une cause de non-expulsion, surtout lorsque le malade ne peut bénéficier des soins appropriés dans son pays ou celui vers lequel il est expulsé⁵⁰⁸. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu le 27 mai 2008 un arrêt dans lequel elle estime que la Grande-Bretagne, en expulsant de son territoire une Ougandaise atteinte du VIH/SIDA, ne violait pas les droits de l'homme; cette expulsion ne constitue pas, selon la Cour un « traitement humiliant ou dégradant » au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais la Cour n'a voulu en aucune manière légitimer le motif d'expulsion pour cause de maladie, même grave; c'est le comportement à risque de l'intéressée présentant un danger pour autrui qui a servi de motif à l'expulsion, et c'est ce comportement que la Cour a voulu pour ainsi dire « sanctionner ». C'est pourquoi elle considère que les mêmes principes qui ont prévalu dans cette espèce doivent s'appliquer à l'expulsion de toute personne atteinte d'une maladie physique ou mentale « survenant naturellement ». L'idée qu'une maladie ne saurait constituer en soi un motif d'expulsion est corroborée par le droit interne de certains pays. Ainsi, le rapport 2003 de l'*Observatoire du Droit à la santé des Etrangers* (ODSE) relevait : » C'est en 1997 qu'a été inscrite, pour la première fois dans la loi, l'inexpulsabilité d'étrangers « atteints de pathologie grave » (Debré). Depuis la loi de 1998 (Chevènement), le dispositif législatif a élargi les conditions de protection contre l'éloignement (Art 25.8°) et s'est enrichi du droit au séjour, formalisé par la délivrance de plein droit d'une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale ».

207. Il est donc fort probable que les cas examinés ci-dessus ne couvrent pas tous les motifs d'expulsion contenus dans les différentes législations nationales. Mais n'est-ce pas illusoire de chercher à établir en la matière un catalogue exhaustif? Joseph-André Darut relevait à l'aube du XX^e siècle qu'à une proposition tendant à indiquer dans un texte législatif les hypothèses dans lesquelles le droit d'expulsion sera exercé, la Chambres des Représentants de Belgique répondit en 1865 par le rejet en justifiant sa décision de façon suivante : « Les faits empruntent souvent leur importance aux événements au milieu desquels ils se produisent, et, par cela même les circonstances varient, dès que la situation extérieure se modifie, tel acte peut être dangereux aujourd'hui qui ne le sera pas demain. Le gouvernement seul peut apprécier à chaque heure ce que réclame l'intérêt public »⁵⁰⁹. Dès 1878 déjà, Pradier-Fodéré écrivait dans ce sillage : « L'appréciation des motifs appartient à l'Etat, et à son gouvernement, qui sont seuls appelés à exercer la souveraineté dans les limites du territoire ». Suivront le professeur Laîné et le docteur Haenel. Lorsqu'à la même période l'Avocat général A. Desjardin s'interroge, dans un texte paru en 1893, en ces termes : » Comment préciser toutes les circonstances, où

⁵⁰⁷ « Dans certains pays d'Amérique latine, la formulation d'une réclamation diplomatique injustifiée, si elle ne fait pas l'objet d'un règlement à l'amiable, peut être un motif d'expulsion. » E. M. BORCHARD, op. cit., p. 52, note 3 (Constitution du Nicaragua, art. 12).

⁵⁰⁸ Voir A. LENOIRE, « L'Europe et les expulsions des étrangers malades », www.cn-feux.com/billets/leurope-et-les-expulsions-detrangers-malades.php.

⁵⁰⁹ Cité par J.-A. DARUT, op. cit. p. 64.

l'ordre et la tranquillité publics se trouveront compromis », il répondra en reprenant presque mot pour mot l'argument invoqué par la Chambre des Représentants belge⁵¹⁰. Dans le même sens, Martini écrira : « (...) il nous paraît *impossible*, pratiquement parlant de cataloguer, de façon précise, les cas dans lesquels l'expulsion devra être encourue »⁵¹¹. Comme Darut, Piédelièvre dit : qu' «[e]lle est affaire de circonstances; il convient de laisser l'autorité compétente seule appréciatrice des nécessités qui peuvent la déterminer »⁵¹².

208. Ainsi, la doctrine, unanime, de la fin du XIX^e siècle qui s'est penchée sur la question de l'expulsion des étrangers, mais aussi la pratique contemporaine des tribunaux internationaux en la matière, admettent-elles que l'Etat conserve toute la latitude dans l'appréciation étant donné les circonstances. Toutefois, l'Etat ne dispose pas d'un blanc-seing à cet égard. S'agissant d'un acte affectant les relations entre Etats et l'ordre juridique international, le droit international ne saurait être indifférent à la manière dont l'Etat motive l'expulsion; il est le référentiel par rapport auquel s'appréciera la validité internationale de l'acte d'expulsion.

209. Le droit moderne ouvre à cet égard des moyens de contrôle juridictionnels de tels actes. En effet, l'expulsion n'entre pas dans ce que certains droits internes appellent les « actes de gouvernement »⁵¹³ insusceptibles de tout contrôle juridictionnel du fait qu'elle met en jeu les règles de protection des droits de l'homme. Elle ne relève pas non plus de ce que le droit international considère comme le domaine réservé de l'Etat, échappant au contrôle international. Les critères entrant dans la détermination d'un motif d'expulsion sont susceptibles d'être appréciés par un juge, pour en vérifier la conformité d'abord au propre droit interne de l'Etat, ensuite aux règles pertinentes du droit international. A cet égard, on a vu que l'ordre public et la sécurité publique sont établis dans les droits nationaux et consacrés en droit international comme motifs légitimes d'expulsion des étrangers, le droit communautaire européen, en particulier sa jurisprudence, offre des éclaircissements et des critères d'appréciation pouvant être d'un grand secours aux fins de la codification et du développement progressif des règles régissant les motifs d'expulsion des étrangers. Tous autres motifs peuvent être invoqués par l'Etat expulsant, à condition qu'ils ne heurtent pas des règles de droit international.

210. Au regard des développements qui précèdent, il y a lieu de proposer le projet d'article, unique, ci-après sur les motifs d'expulsion, l'essentiel des analyses y ayant conduit pouvant être reflété dans les commentaires afin d'éclairer la portée de ses dispositions :

⁵¹⁰ Tous ces auteurs sont cités par A. MARTINI, op. cit., pp 86-87.

⁵¹¹ A. MARTINI, op. cit., p. 86.

⁵¹² PIEDELIEVRE, *Précis de droit international*, t. 1, n° 210, p. 182.

⁵¹³ Voir notamment, dans le cas de la France, M. HAURIOU, note sous C.E. 18 déc. 1891, *Vandeleet et Faraud*, Sirey 1893, 3, p. 129.

Projet d'article 9

Motifs d'expulsion

1. **Toute décision d'expulsion doit être motivée**
2. **Un Etat peut, en particulier, expulser un étranger pour des motifs d'ordre public ou de sécurité publique, conformément à la loi**
3. **Un État ne peut expulser un étranger pour un motif contraire au droit international**
4. **Le motif d'expulsion doit être apprécié de bonne foi et de manière raisonnable, en tenant compte de la gravité des faits et de l'actualité de la menace qu'ils génèrent, à la lumière des circonstances et du comportement de la personne concernée**

E. Conditions de détention de la personne en cours d'expulsion

211. Commençons par une clarification sémantique. Les législations nationales n'utilisent pas toujours un même concept pour exprimer la situation de l'étranger qui est maintenu en un lieu déterminé, conçu à cette fin en attendant son expulsion effective. Si la plupart des pays désignent cette situation par le terme « détention », le vocabulaire juridique français préfère parler dans ce cas de « rétention » voire de « maintien ». En effet, le terme « détention » est réservé, en France, aux situations de privation de liberté d'origine strictement répressive qui s'exécute dans un établissement pénitentiaire sur une période longue ou très longue, tandis que la « rétention » ou la « retenue » évoque un enfermement, relativement bref, relevant de la compétence d'une autorité répressive⁵¹⁴, mais aussi para-répressive⁵¹⁵ ou administrative⁵¹⁶. Dans le cas des étrangers « retenus » ou « maintenus » aux frontières, il ne s'agit pas de sanctionner une infraction pénale mais de prendre une mesure de sûreté, dans le cadre d'une procédure administrative d'admission sur le territoire ou d'éloignement du territoire; ce qui a pour conséquence, notamment, que la « rétention » n'a pas lieu dans les locaux pénitentiaires, mais dans des installations dépendant des services de police⁵¹⁷.

212. Pourtant, comme on l'a relevé, la « pudeur sémantique exprimée par la notion de « rétention » ou de « retenue » dissimule mal que, dans tous les cas de figure, la personne fait l'objet d'une « privation de liberté » *stricto sensu* directement attentatoire au droit à la sûreté, garanti par l'article 5 [de la Convention européenne des droits de l'homme] »⁵¹⁸. C'est la raison pour laquelle, dans les développements qui suivent, le mot « détention » sera utilisé de manière générique comme renvoyant également au terme « rétention », l'un et l'autre désignant une situation de privation de liberté.

⁵¹⁴ Par exemple la « retenue » du mineur de 10 à 13 autorisée par l'article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945.

⁵¹⁵ Par exemple la « retenue douanière ».

⁵¹⁶ Par exemple le placement en rétention d'un étranger en situation irrégulière organisée par l'article 5. 555-I du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

⁵¹⁷ Voir F. JULIEN-LAFERRIERE, « La rétention des étrangers aux frontières françaises », publié sur Internet : <http://www.conflicts.org/index2270.html>; Référence papier : *Cultures et Conflits* n° 23 (1996), pp. 7-43.

⁵¹⁸ R. VOERING-JOULIN, « Droit à la sûreté », *JurisClasseur Libertés* Fasc. 620, 20 septembre 2007, p. 11.

213. Les conditions de détention des étrangers en vue de leur expulsion est un des aspects les plus décriés de la pratique des Etats en matière d'expulsion. C'est généralement pendant cette phase que sont perpétrées certaines atteintes des plus graves aux droits de l'étranger en cours d'expulsion. On illustrera ces mauvaises conditions par quelques exemples tirés des pratiques relevées dans certains Etats avant d'examiner les dispositions de quelques législations nationales ainsi que les règles internationales en la matière.

1. Illustrations des conditions de détention attentatoires aux droits des étrangers en cours d'expulsion

214. Le Rapporteur spécial tient à souligner que les cas présentés ici ont un caractère purement exemplatif. Leur choix a été imposé uniquement par la disponibilité de l'information et non par des préférences personnelles. Cette présentation ne vise donc ni à stigmatiser les pays cités, ni ne prétend naturellement à l'exhaustivité.

215. *Allemagne*. L'idée d'interner les personnes à expulser dans des endroits spécifiques semble avoir fait lentement son chemin dans l'esprit des dirigeants prussiens et allemands. Les premiers cas de rétention en vue de l'expulsion étaient des arrangements *de facto*, « les expulsés étant rassemblés dans des lieux précaires » car leur expulsion était bloquée par le refus de réadmission dans leur pays d'origine. Il en fut ainsi lors des expulsions massives des années 1885-1890 lorsque les autorités refusèrent d'admettre sur leurs territoires des Polonais et des Juifs, sujets russes⁵¹⁹. Dans une note du Ministère des Affaires étrangères prussien, il était proposé de « placer les éléments en camp d'internement, car ainsi, il est possible d'endiguer la crise du logement et de décourager toute nouvelle immigration non autorisée »⁵²⁰. L'arrivée au pouvoir d'Adolf Hitler et l'instauration de la dictature nazie entraîneront, comme on sait, un changement d'échelle et de but de ces idées d'internement. Il n'y a pas lieu ici de s'attarder sur la pratique de la rétention sous ce régime dont les dérives sont bien connues. Après le décret sur la police des étrangers de 1938 demeurant le principal texte juridique en la matière jusqu'à la loi de 1965, le placement en centre de rétention est réglementé par les lois sur les étrangers du 9 juillet 1990 et du 30 juin 1993. On n'a pu cependant accéder aux informations sur les conditions dans de tels centres.

216. *Espagne*. Ce pays est apparu, au cours des années récentes, comme la destination privilégiée de nombreux immigrés, dont certains sont légaux et la majorité constituée de clandestins. On y dénombrait en janvier 2007 quelques 10 centres d'internement d'étrangers « officiels », situés dans les provinces de Barcelone (Zone Franche), Las Palmas (Matorral à Fuerteventura, Barranco Seco à Gran Canaria et Lanzarote), Tenerife (Hoya Fria), Malaga (Capuchinos), Madrid (Carabanchel), Valence (Zapadores), Murci (Sangonera la Verde) et Algésiras (La Pinera), et 2 Centres de Séjour Temporaire pour Immigrés (CETI), Melilla et Ceuta, outre des Centres de Rétention Informels de légalité douteuse comme ceux du Détroit notamment celui de Tarifa Isla Paloma, où sont internés les ressortissants subsahariens, celui de Las Heras à Algesiras, une ancienne caserne de l'armée, celui d'Almeria, un hangar industriel, ancien lieu de cuisson de crustacés placé dans le port de pêche ou 113 immigrés se sont soulevés en novembre 2006 face à leurs

⁵¹⁹ Voir P. WEBER, « Expulsion : genèse et pratique d'un contrôle en Allemagne (partie 1) », *Cultures et Conflits* n° 23 (1996), pp. 107-153 ; publié sur le site Internet : [http : www.conflicts.org/index350.html](http://www.conflicts.org/index350.html). Consulté le 31 mai 2009.

⁵²⁰ Cité par P. WEBER, art. précité.

conditions de détention, ou encore ceux des Iles Canaries. Voici reproduits en leurs principaux extraits les griefs articulés à l'encontre de la plupart de ces centres par une association espagnole de défense des droits de l'homme⁵²¹ qui dénonce la violation des droits fondamentaux de ces centres :

– *Valence : Centre de Zapadores (une ancienne caserne) :*

« De nombreuses ONG ont dénoncé la violation du règlement d'Immigration, les conditions hygiéniques et de salubrité, l'absence d'un médecin et de travailleurs sociaux à l'intérieur de la structure et aussi, fréquemment le haut degré d'occupation. En août 2006, 50 immigrés se sont mutinés dans le Centre ».

– *Murcie : Centre de Sangonera la Verde :*

« Entassement endémique dû au fait qu'il y a seulement 60 places. Celui-ci est le plus grand problème du Centre, qui crée de fait d'autres problèmes très graves pour la santé et la sécurité des détenus : le Centre a eu une histoire assez difficile ces dernières années et a dû souffrir des émeutes de détenus, suicide d'une étrangère en attendant son expulsion vers la Russie, évasion de deux internes en mars 2005... »

– *Barcelone : Centre de la Zone Franche :*

Il a remplacé le « tristement célèbre de « La Verneda » dans le commissariat du même nom. Il est décrit comme « une cave sans lumière naturelle, faible ventilation, sans cour... » et a été « dénoncé par toutes les ONGs et même par le Défenseur du Peuple » pour la pratique fréquente des mauvais traitements qui y a cours; « ce centre a accentué des caractéristiques pénitentiaires : fermeture électromagnétique, espaces communs et cellules, visites de parents à travers des écrans, surveillance par caméras, cellules à barreaux... »

– *Malaga : Centre de Capuchinos (ancienne caserne) :*

Il s'agit sans doute de l'un des Centres qui a reçu le plus de plaintes et qui dispose d'une histoire plus sinistre. Le Centre de Capuchinos est entré en fonctionnement en 1990, avec une capacité de 80 personnes, et en 1992 le Trésorier Général de l'Etat avait déjà dénoncé les mauvaises conditions de ses installations⁵²². L'été passé, le scandale des abus contre des internes a obligé les moyens de communication à découvrir une longue liste d'irrégularités accumulées pendant toute son histoire et dénoncées par diverses organisations sociales dans de multiples occasions : repas en mauvais état, entassement, absence d'assistance sanitaire, médicaments fournis par les policiers face à l'absence de personnel sanitaire, absence d'interprètes, graves problèmes d'hygiène et état ruineux des installations. Depuis son ouverture se sont produits deux « prétendus » suicides, cinq incendies (trois d'entre eux documentés) et, en dépit de sa courte existence, il a dû fermer à deux reprises pour la réalisation de réformes d'aménagement sans que les plaintes pour mauvaises conditions ne diminuent.

⁵²¹ Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (adresse : c. Blanco White n°5, 41018 Seville, España 9 Tfno. (34) 954536270, e-mail : andalucia@alpha.org, site Internet : www.apdha.org): « *Procedés d'expulsion et centres d'internement et de rétention en Espagne* », janvier 2007.

⁵²² Nous reproduisons littéralement le récit sur Capuchinos de l'article déjà cité de Decio Machado publié au *Diagonal* (note contenue dans le rapport de l'Association précitée sous le n°3).

En 1994 déjà, 46 internes menaient la première grève de la faim, pour dénoncer les conditions du centre. En 1995, une brésilienne internée effectuait la première des nombreuses dénonciations pour abus sexuels. Cette même année, depuis « l'Hotel capuchinos », comme aiment l'appeler certains fonctionnaires, 103 immigrés sont partis calmés préalablement avec du halopéridol, et transportés dans cinq avions militaires vers le Mali, le Sénégal, le Cameroun et la Guinée Conakry. Aznar, qui avait ainsi transgressé tout type de normes internationales, a affirmé : « Nous avons un problème et nous l'avons résolu ».

Au mois de juin passé, le Commissariat Provincial de Malaga n'a pas pu dissimuler plus longtemps la découverte de faits qu'eux-mêmes ont défini comme étant d'une gravité considérable, « consistant en des festivités nocturnes auxquelles des internes participaient et qui pourraient être arrivées à maintenir des relations sexuelles avec les fonctionnaires ». Six femmes internées ont manifesté avoir été victimes d'abus sexuels. Sept fonctionnaires du Corps National de la Police ont été détenus, et six d'entre eux sont passés à disposition judiciaire (trois accusés d'agression sexuelle et trois autres d'omission au devoir poursuivre le délit). Selon un acte judiciaire, les immigrées qui n'allaient pas aux rencontres étaient insultées et étaient menacées. Ils allaient « boire, dîner et baiser », a rapporté une des victimes. Le chef de sécurité du CIE a été démis de ses fonctions, ainsi que le directeur du centre, Luis Enrique Lopez Moreno, qui reste en liberté avec charges. Deux mois après un nouvel incident se produisait : une immigrée témoin de ces abus sexuels a souffert un avortement dans le CIE. La femme, d'origine brésilienne, n'a pas été soignée jusqu'à plus d'une heure après que les agents soient informés par d'autres internes, comme l'a rapporté la seule immigrée qui a assisté aux faits et qui n'a pas été déportée cette même aube. De son côté, la victime de l'avortement ne pourra plus être présente lors du jugement pour abus puisqu'elle a été postérieurement déportée, tout comme le reste des femmes témoins des agressions sexuelles. Son avocat accuse les agents de commettre un délit « d'omission du devoir de secours ». Enfin, une délégation d'ONGs a accompagné le député des Verts, Francisco Garrido, en effectuant un nouveau rapport sur la situation dans le Centre⁵²³ ».

– *Algesiras : Centre de la Pinera*

« L'APDHA a constaté les mêmes problèmes dans la majorité des centres : déficiences dans les installations, dans la dotation pour les conditions des personnes, entassement par saisons, irrégularités juridiques, déficiences dans le service d'assistance juridique et d'interprétation, système de visites très restrictif, difficultés de communication avec l'extérieur... En tout cas, en tant qu'ancien centre pénitentiaire, il présente toutes les caractéristiques d'une prison ».

– *Centre de l'Île Paloma à Tarifa :*

« C'est un Centre d'« accueil » aux immigrés irréguliers situé dans l'ancienne base militaire de Tarifa, des installations désuètes et en ruine, et de désastreuses conditions d'habitabilité (les installations ont été repeintes pour la visite de la Rapporteuse de l'ONU en 2003). Ce centre dépend de la Garde Civile et l'identification/gestion de l'expulsion est de la compétence de la Police Nationale.

L'utilisation de cet espace a été une mesure provisoire prise en 2002 par le gouvernement d'Aznar face à l'importante arrivée d'immigrés aux côtes de Cadix,

⁵²³ Peut être consulté à <http://www.malaga.acoge.org/docs/sensibilizacion/camp/informecie.pdf> (Ibid. n° 4).

mais de provisoire elle s'est transformée dans la pratique en un prolongement du CIE d'Algésiras.

Selon la confédération espagnole de la Police « le Ministère de l'intérieur trompe l'opinion publique, la Croix Rouge, la citoyenneté et les fonctionnaires en essayant de dissimuler la situation de ce centre d'internement clandestin ». La caserne fonctionne comme une extension du centre d'internement d'Algésiras, mais ne remplit aucune des conditions exigées pour ce type d'installations.

Les immigrés dorment dans deux cellules avec des matelas à même le sol; il y a seulement un thermos avec 200 litres d'eau chaude pour qu'environ 120 personnes se douchent, et quand la pompe tombe en panne ils restent sans eau courante ».

– *Fuerteventura : Centre de Matorral :*

« C'est probablement le plus grand CIE d'Espagne. Il a remplacé l'ancien centre situé dans les installations de l'aéroport, qui avait été à l'origine d'une forte dénonciation de la part de HRW entre autres durant l'année 2002 à propos des terribles conditions des détenus⁵²⁴.

Selon la visite effectuée par des parlementaires européens, le Centre ressemble à une authentique prison, la situation est ruineuse et les immigrés se plaignaient du manque d'aliments ».

– *Las Palmas : Centro de Barranco Seco*

On a dénoncé devant la Rapporteuse Spéciale de l'ONU le fait que quelques migrants avaient seulement trois minutes par semaine pour parler avec l'avocat et qu'ils ne connaissaient pas l'état de leurs dossiers.

– *Tenerife : Caserne de las Raices*

« La caserne de las Raices a été habilitée, de manière « provisoire » en mars 2006 sur la base de tentes de camping⁵²⁵ pouvant loger ainsi jusqu'à 1.300 personnes, mais cette quantité de personnes a été dépassée pratiquement tout au long de l'année. Située près de l'aéroport de las Raices, il s'agit d'un lieu extrêmement froid et désagréable et avec de faibles conditions d'habitabilité. En septembre, quelque 150 immigrés ont réussi à s'enfuir de las Raices, et furent ensuite détenus dans les localités voisines, certains d'eux cachés dans des containers d'ordures ».

– *Gran Canaria : campement militaire de La isleta*

« Comme l'a dénoncé le Syndicat Unifié de la Police, en août [2006], les rats campent à leur aise dans les installations et les ordures apparaissent partout. Les installations « étaient remplies d'excréments, de mouches et d'insectes de tout type, puisque l'eau avec laquelle les internes se douchent et lavent leurs peu de vêtements stagnait et formait des rivières de boue, parce qu'aucune zone du campement n'est asphaltée, ce qui suppose que la poussière est constante dans les magasins de l'armée ». Les immigrés sont obligés d'uriner dans des bouteilles vides et de restes d'emballages en carton que les immigrés doivent traverser pour pouvoir se laver. Il

⁵²⁴ Voir www.hrw.org/spanish/informes/2002/inmigrantes.html (Ibid. n° 5).

⁵²⁵ Voir le Rapport de l'audience des parlementaires européens en avril 2006 : http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pv/623/623483/623483es.pdf
Voir aussi le rp d'Amnesty International de juin 2006/
www.es.amnesty.org/organisation/uploads/txuseraitypdb/MisionCanarias O1.pdf (Ibid., n° 6)

s'agit d'une situation inhumaine pour toutes ces personnes entassées dans cette installation ».

217. *États-Unis.* Dans ce pays, la « *border patrol* » comme le Service de l'Immigration et de la Naturalisation (INS), chargés d'arrêter les immigrants sans papiers ont à leur disposition différents centres de traitements et de détention de ces derniers. Il existe 34 points de passages à la frontière entre les États-Unis et le Mexique, chacun ayant son propre centre de traitement des immigrés sans papiers. Sur les 17 centres de détention que compte le pays, 7 se trouvent à la frontière avec le Mexique, dont un dans un camp militaire, sur une base de la garde côtière de Boston⁵²⁶. Selon un auteur, « on raconte que nombre de rapatriés sont détenus plus de cinq fois en un jour et même souvent plus... De plus, si l'on réalise que la plupart de ces immigrants sont extrêmement pauvres il semble complètement invraisemblable de penser qu'il puisse recourir à l'assistance d'une aide légale. A tel point que nombre de victimes des abus de la « *border patrol* » ou de l'INS sont prises en charge par des organisations philanthropiques ou politiques »⁵²⁷.

218. *France.* Avant le 1^{er} janvier 2009, on dénombrait 27 centres de rétention dans ce pays; il était prévu que 30 de ces centres seraient en fonctionnement à partir de cette date⁵²⁸. Les conditions déplorables de détention dans ces centres des étrangers à expulser ont fait l'objet d'une proposition de résolution par dix huit députés à l'Assemblée Nationale française en 2008, « tendant à la création d'une commission d'enquête afin d'évaluer et d'analyser le cadre légal mis en place dans les centres de rétention visant à l'enfermement de femmes, d'hommes et d'enfants migrants »⁵²⁹. L'exposé des motifs de cette proposition de résolution du grondement de la révolte dans différents centres de rétention, que ce soit au Mesnil-Amelot à Vincennes ou dans celui de Satolas près de Lyon est écrit ainsi qu'il suit: « Des retenus protestent contre le sort qui leur est réservé et contre la véritable chasse à l'homme dont ils sont l'objet. Ces enfants, femmes et hommes vivent dans un climat de peur inadmissible. Chaque étranger devient un délinquant potentiel. Cette politique de stigmatisation des « étrangers », au mépris de toute solidarité, développe la xénophobie, et, à ce titre, gangrène la société française toute entière »⁵³⁰. Il poursuit un peu plus loin : « Les conditions de vie à l'intérieur des centres de rétention sont difficiles. Au Mesnil-Amelot, où se trouvent essentiellement des jeunes hommes, il faut noter un suivi médical insuffisant, ainsi un retenu souffrant de problèmes cardiaques n'est plus suivi depuis son arrivée; une assistance juridique insuffisante au regard des besoins exprimés et indispensables; une situation morale dégradée pour nombre d'entre eux avec un grand sentiment de solitude et d'abandon – les visites des proches ne durent que 15 minutes »⁵³¹. Selon le Rapport 2006 de la Commission Intermouvements des Evacués (CIMADE) qui était jusqu'en 2007 la

⁵²⁶ Les autres centres se répartissent comme suit : Arizona 1, Californie 2, Texas 4, Colorado 1, Floride 1, Louisiane 1, Massachussets 1, New York 2, Porto Rico 1, Washington D.C. 1. Source : US Department of Justice, Immigration and Naturalization Service, INS, Fact Book, US. ; et S. SCHMIDT, «Détentions et déportation à la frontière entre le Mexique et les États-Unis (partie 2) », *Cultures et Conflits* n° 23 (1996), pp. 155-185.

⁵²⁷ S. SCHMIDT, art. précité.

⁵²⁸ Voir « Centres de rétention – Le juge met un coup d'arrêt à la réforme Hortefeux », publié sur le site internet : <http://tf1.lci.fr/inos/France/societe/0,,4143397,00-le-juge-met-un-coup-d-arret-a-la-reforme-hortefeux-.html>

⁵²⁹ Voir Doc. N°175, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 février 2008 et mis en distribution le 20 février 2008.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 3.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 6.

seule ONG mandatée par l'Etat pour veiller à l'exercice des droits des étrangers : » L'enfermement de milliers de femmes et d'hommes se fait de manière quasi clandestine du fait de la très faible exigence d'informations de l'absence de regard extérieurs, peu encadré juridiquement dans les textes comme dans la pratique, et dans des conditions matérielles mauvaises qu'elles constituent parfois un traitement inhumain et dégradant »⁵³². Bien plus, il existe des « chambres d'isolements » pour les retenus considérés comme difficiles. L'isolement se fait dans des conditions humiliantes : les personnes en isolement « sont menottées à un banc, derrière le local de garde des policiers, à côté des salles de fouille et de visite »⁵³³. De manière générale, l'enfermement concerne aussi bien les parents que les mineurs et les femmes enceintes. Or, comme l'a constaté la CIMADE, l'« enfermement a des répercussions sur les petits qui n'ont pas leur place dans un CRA ». Par ailleurs, constate cette ONG, « [a]u local de rétention de Choisy-le-Roi, les femmes retenus restent confinées pendant 48 heures dans une petite pièce de 4,5 m², non éclairée, comportant deux lits superposés, n'offrant aucune intimité (porte vitrée). La pièce est très sale. Des femmes enceintes de 6 mois ont même été retenues dans ce local à l'hygiène plus que douteuse »⁵³⁴. Cette organisation n'hésite pas à dénoncer la « démesure de la politique d'expulsion » et à affirmer que « certains centres ont été transformés en véritables camps », car il y « est instituée la privation de la liberté comme mode de gestion des personnes migrantes »⁵³⁵. Les députés auteurs de la proposition de résolution peuvent alors déclarer : » La politique du gouvernement donne lieu à toutes les dérives et devient source potentielle de pratiques inadmissibles et inacceptables »⁵³⁶.

219. La situation est d'autant plus préoccupante que certains étrangers à expulser sont détenus dans des pénitenciers. Comme le disait l'ancien ministre de la Justice français, Robert Badinter résumant le Rapport Louis Mermaz à l'Assemblée Nationale, « il convient également de prendre en compte la présence très forte d'étrangers dans les maisons d'arrêt, qui est souvent la conséquence d'un dévoilement de l'utilisation de l'institution pénitentiaire qui devient une sorte de centre de rétention généralisés. (...) La question des centres de rétention et des conditions de vie dans ces centres, dénoncées dans les rapports internationaux, en liaison avec la politique pénitentiaire, ne peut être éludée. On a un peu trop transformé des politiques administratives en politiques répressives avec les conséquences qui en découlent pour les maisons d'arrêt. Il convient d'étudier cette question de très près »⁵³⁷. Dans son *Etude* de 2004, la Commission consultative des droits de l'homme relève que « [l]e placement en rétention à la sortie de prison est souvent très mal vécu par les étrangers « qui considèrent cette nouvelle privation de liberté comme une vexation supplémentaire ». Elle ajoute : » Cette situation est d'autant plus grave lorsque l'éloignement d'un étranger entraîne le placement d'enfants en rétention. Les conditions matérielles de rétention ne permettent pas aujourd'hui que celle-ci se fasse dans le respect des conventions internationales de protection des droits de l'enfant »⁵³⁸.

⁵³² Cité dans *op. cit.*, p. 8.

⁵³³ *Ibid.*, p. 11.

⁵³⁴ Rapport CIMADE 2006, cité dans *op. cit.*, p. 12.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 13.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 8.

⁵³⁷ Cité dans Commission Consultative des droits de l'homme : *Etude sur les étrangers détenus. Propositions*, adoptée par l'assemblée plénière du 18 novembre 2004, p. 21

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 25.

220. *Grande-Bretagne*. On relève qu'aujourd'hui dans ce pays, « les étrangers en attente d'expulsion connaissent une grande insécurité juridique »; certains d'entre eux sont passés par plusieurs camps et « totalisent parfois jusqu'à 17 mois de détention »⁵³⁹. Dans un centre comme celui de Dungavel situé à une trentaine de km de Glasgow, sont « ainsi détenus plus des hommes majeurs pour la plupart, mais également des femmes, parfois des familles et aussi des mineurs isolés. Les conditions de détention des personnes en cours d'expulsion ou des demandeurs d'asile ont connu dans certains cas un dénouement dramatique. En 2004, les faits suivants ont, par exemple, été constatés : “A Ukrainian asylum seeker at Harmondsworth Removal Centre was found hanged last Monday 19th July. There was subsequently a significant disturbance at Harmondsworth and detainees were transferred to other Removal Centres and to main-stream prisons. Days later on Friday 23rd July, a Vietnamese detainee who had been moved from Harmondsworth to Dungavel Removal Centre hung himself – he was taken to Hairmyres Hospital in East Kilbride, where he later died. A fellow Dungavel detainee is reported to have said that the Vietnamese man had been detained for over a year and simply gave up hope of being released”⁵⁴⁰. A propos des demandeurs d'asile détenus, en vertu de la loi sur l'immigration de 1971, une étude publiée en 1996 relevait qu'ils « sont placés dans les centres de rétention pour immigrés, dans les prisons pour criminels ou dans les cellules des postes de police. La loi sur l'Immigration de 1971 donne le droit à la police et aux services de l'immigration d'arrêter les personnes sans mandat. Dans les cellules de la police et dans les prisons de Sa Majesté, les détenus sont traités comme des prisonniers en détention provisoire. Ils peuvent être enfermés dans des petites cellules, privés de moment de détente ou d'exercice vingt heures sur vingt-quatre. La différence majeure qui existe entre les criminels de droits commun et ces détenus est que ces derniers peuvent être retenus indéfiniment sans jugement »⁵⁴¹.

221. *Grèce*. Les affaires *Dougoz* (arrêt du 6 mars 2001) et *Peers* (19 avril 2001) portées devant la Cour européenne des droits de l'homme ont permis d'avoir un aperçu des conditions de détention des personnes à expulser dans ce pays. A la suite des arrêts de la CEDH dans ces affaires, le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe a adopté, le 7 avril 2005, une résolution intérimaire sur lesdites conditions de détention dans laquelle il invite les autorités compétentes grecques « à continuer et intensifier leurs efforts afin d'aligner les conditions de détention sur les exigences de la Convention [européenne sur les droits de l'homme], ainsi qu'énoncées en particulier dans les arrêts de la Cour et à examiner la question des recours internes effectifs à cet égard »⁵⁴². Dans les informations communiquées par le Gouvernement grec lors de l'examen des affaires précitées par le Constitution des ministres, on trouve confirmation, *a contrario*, de l'état déplorable des structures de détention en Grèce. Le gouvernement de ce pays écrit notamment : « S'agissant des centres de détention de la police et de la prison en cause dans ces affaires, le Gouvernement signale d'une part que le Commissariat central de l'avenue Alexandras n'est plus utilisé pour la détention d'étrangers en attente d'expulsion et, d'autre part, que le

⁵³⁹ E. MICHARD, « Etrangers en Grande Bretagne : prisonniers à durée indéterminée », 19 octobre 1994 publié sur le site Internet : [http : //www.echanges-partenariats.org-ep@reseau-ipam.org](http://www.echanges-partenariats.org-ep@reseau-ipam.org).

⁵⁴⁰ Voir “Two deaths in UK Immigration Removal Centres” publié sur les sites Internet : www.racism.net.

⁵⁴¹ B. HARRELL-BOND, « la rétention des demandeurs d'asile dans la forteresse britannique (partie 1) », *Cultures et conflits* n° 23 (1996, pp. 87-106) p. 93 publiée sur le site Internet : [http : //www.conflicts.org/index260.html](http://www.conflicts.org/index260.html)

⁵⁴² ResDH (2005) 21.

centre de détention de la police de Drapetsona a été réhabilité pour offrir les meilleures conditions possibles d'hygiène et de vie décente aux détenus. Enfin, s'agissant de la prison de Koridallos, le plus grand établissement pénitentiaire de Grèce, des travaux de maintenance indispensables y sont effectués régulièrement »⁵⁴³. Il indique par ailleurs que depuis 1998, les procédures de régularisation des immigrés en situation irrégulière en Grèce ont considérablement allégé « le surpeuplement des centres de détention car beaucoup de ces immigrés ont été libérés pour pouvoir formuler leur demande, dès lors qu'ils remplissaient les conditions prescrites par la loi »⁵⁴⁴. Dans l'affaire *Tabesh c. Grèce*, la Cour Européenne des droits de l'homme s'est prononcée largement sur les conditions de détention en vue de son expulsion du requérant. Le requérant arguait que ses conditions de détention n'étaient pas conformes à l'article 3 de la convention (européenne des droits de l'homme) et aux standards définis par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants⁵⁴⁵. Il relevait notamment le manque total d'exercice physique et de contact avec l'extérieur, le surpeuplement des cellules, les problèmes d'hygiène et les insuffisances quant à la restauration. En particulier, il affirmait que la somme de 5,87 euros qui lui était allouée chaque jour aux fins de restauration n'était pas suffisante pour avoir trois repas par jour d'une valeur nutritionnelle adéquate. Avant d'apprécier les conditions de détention proprement dites, la Cour a d'abord réaffirmé le fait que l'article 3 de la Convention consacre l'une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques puisqu'il prohibe en termes absolus la torture et les traitements ou peines inhumains ou dégradants quels que soient les circonstances. Elle a précisé en outre que : « les mesures privatives de liberté s'accompagnent inévitablement de souffrance et d'humiliation. Il s'agit là d'un état de fait inéluctable qui, en tant que tel et à lui seul n'emporte pas violation de l'article 3, cette obligation impose néanmoins à l'Etat de s'assurer que toute personne est détenue dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités de sa détention ne la soumettent pas à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à une telle mesure et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, sa santé et son bien-être sont assurés de manière adéquate »⁵⁴⁶. La Cour ajoute que « si les Etats sont autorisés à placer en détention des immigrés potentiels en vertu de leur « droit indéniable de contrôler (...) l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire » (*Amuur c. France*, 25 juin 1996, § 41, *Recueil 1996-III*), ce droit doit s'exercer en conformité avec les dispositions conventionnelles »⁵⁴⁷. Pour apprécier la véracité des allégations du requérant relatives aux conditions de détention dans les locaux de la sous-direction de la police des étrangers de Thessalonique où il a séjourné du 31 décembre 2006 au 28 mars 2007, la Cour a noté que ces allégations étaient corroborées par les constats du rapport publié par le médiateur de la République en mai 2007 et aux rapports publiés par le CPT suite à ses visites effectuées en 2007 et 2008 dans plusieurs poste de police et centre de détention pour étrangers en Grèce. La Cour relève que le « rapport afférent à la visite de 2008 se réfère aux conditions de détention dans les locaux de la police des étrangers à Thessalonique, soulignant que les personnes détenues dormaient sur des matelas sales posés par terre et relevant aussi l'absence d'espace pour se promener et faire l'exercice physique. Ledit rapport confirme enfin, le fait que chacun des détenus

⁵⁴³ Annexe à la Résolution intérimaire ResDH (2005) 21.

⁵⁴⁴ Ibid.

⁵⁴⁵ CEDH, v. Arrêt du 26 novembre 2009, par. 33.

⁵⁴⁶ Ibid., par. 36.

⁵⁴⁷ Ibid., par. 39.

avait droit à 5,87 euros par jour pour commander des repas qui leur étaient livrés de l'extérieur »⁵⁴⁸. Un tel constat a amené la Cour à déclarer que « mis à part les problèmes de promiscuité et d'hygiène, tels qu'ils sont relevés par les rapports précités, elle [la Cour] estime que le régime afférent à la possibilité de loisirs et à la restauration dans les locaux de police où le requérant a été détenu pose en soi problème par rapport à l'article 3 de la convention. En particulier, l'impossibilité même de se promener ou de pratiquer une activité en plein air pourrait faire naître chez le requérant des sentiments d'isolement du monde extérieur, avec des conséquences potentiellement négatives sur son bien-être physique et moral »⁵⁴⁹. La Cour a noté que « les insuffisances quant aux activités récréatives et à la restauration appropriée du requérant résultent du fait que les locaux de police de Thessalonique n'étaient pas des lieux appropriés pour la détention que le requérant a dû y subir. De par leur nature même, il s'agit des lieux destinés à accueillir des personnes pour de très courtes durées. Par conséquent, ils n'étaient en rien adaptés aux besoins d'une détention de trois mois imposée, de plus à une personne qui ne purgeait pas une peine pénale mais se trouvait en attente de l'application d'une mesure administrative »⁵⁵⁰. La Cour a conclu que «...le fait de maintenir le requérant en détention pendant trois mois dans les locaux de la sous-direction de la police des étrangers de Thessalonique s'analyse en un traitement dégradant au sens de l'article 3 de la convention.»⁵⁵¹.

222. La situation est parfois pire en Afrique où rares sont les pays disposant de centres de détention des étrangers en vue de l'expulsion.

223. - En *Afrique du Sud* par exemple, où l'on a assisté à une montée de la xénophobie en 2005, beaucoup d'étrangers ont fait, selon certaines associations, « l'objet de brimades, de violences ou d'humiliations avant de fuir dans le train qui les rapatriera. Des abus qui seraient le lot des clandestins, mais aussi des immigrés, réfugiés ou demandeurs d'asile en règle »⁵⁵². Certains étrangers arrêtés par la police sont conduits à Lindela, centre de rapatriement où les étrangers, clandestins ou en cours de régularisation, sont conduits en vue de l'expulsion. On parle de personnes arrêtées alors que leur titre de séjour n'est pas périmé, de papiers détruits ou confisqués; rapporte le journal sud-africain *The Sunday Independent* »⁵⁵³. La coordonnatrice de l'éducation aux droits humains à Amnesty International Afrique du Sud, Sarah Motha, rapporte : « Les policiers arrêtent tous les immigrés sans discrimination. Ils ne font pas attention au statut de demandeur d'asile. On nous a rapporté plusieurs cas lors desquels les policiers faisaient mine de ne pas voir le papier attestant d'une demande d'asile en cours ». « Plusieurs témoignages expliquent que les policiers sud-africains demandent des pots de vin et des faveurs sexuelles aux demandeurs d'asile pour qu'ils ne les envoient pas à Lindela »⁵⁵⁴ comme le relève l'auteur de l'article paru sur *AFRIK.COM*, citant *The Sunday Independent* du 9 avril 2000, les conditions de vie à Lindela « sont extrêmement déplorables, selon un reportage du *The Sunday Independent*, datant du 9 avril 2000. Des intervenants décrivent pêle-mêle les couches crasseuses, la nourriture « qui n'est même pas assez bonne pour la donner à un chien » ou encore l'absence criante

⁵⁴⁸ *Ibid.*, par. 40.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, par. 41.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, par. 43.

⁵⁵¹ *Ibid.*, par. 44.

⁵⁵² H. BANGRE, « Afrique du Sud : expulsion d'étrangers par dizaines de milliers. La xénophobie au cœur de cette politique », 15 novembre 2005, *AFRIK.COM*.

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ *Ibid.*

d'un médecin. La surpopulation est un autre problème : le centre a une contenance de 4004 places, or il accueille souvent bien plus d'étrangers. Une situation qui a peut-être bien atteint son paroxysme avec l'opération de répression des immigrants clandestins lancée la mi-mars 2000. « Au plus fort des raids, plus de 7 000 personnes étaient détenues à Lindela, et des milliers auraient été déportés, bien que des médias rapportent que beaucoup se sont échappés de la détention pendant le processus d'expulsion », indique la lettre envoyée aux deux ministres sud-africains. Certains « détenus » se plaignent par ailleurs de rester plus longtemps dans le centre que la loi ne le permet. Un constat que font aussi certaines associations. Toutefois, « les gens ne sont pas détenus plus d'un mois dans le centre, sauf sur ordre de la Haute cour et que ce n'est que dans les cas extrêmes que le ministère de l'intérieur étend la période de détention à un maximum de 90 jours », résume *The Sunday Independent*, se basant sur une lettre que lui a envoyée par fax Lindie Gouws, une administratrice de Lindela. Le plus tragique reste sans doute la mort inexplicée de réfugiés dans le centre. « Depuis le mois de janvier 2005, environ cinquante personnes sont mortes », explique Sarah Motha, d'Amnesty International. Le Forum des exilés zimbabwéens (ZEF) a dénoncé, en août dernier, la mort de 28 réfugiés à Lindela, entre les mois de janvier et juillet. Des morts qui seraient pour la plupart zimbabwéens, selon ZEF »⁵⁵⁵.

224. En *Guinée Equatoriale* où la pratique de l'expulsion en masse des étrangers est récurrente ces dernières années, de nombreux africains dont une grande majorité de Camerounais, suivis de Maliens, ont été expulsés sans distinction entre les résidents légaux et ceux en situation irrégulière, dans des conditions déplorables souvent pourchassés par la police, ils sont livrés à eux-mêmes ou déportés à la frontière entre la Guinée équatoriale et le Cameroun dans des conditions inhumaines. Ces expulsions ont eu lieu après l'expiration de l'ultimatum du ministère équato-guinéen des Affaires étrangères, de la Coopération et de la Francophonie du 12 mai 2009 qui enjoignait à tous les étrangers en situation irrégulière de quitter le pays avant le 26 mai. Selon un site d'information sur internet : « Quelque 300 Camerounais vivant en Guinée Equatoriale ont regagné leur pays natal. Contraints et forcés. Ils sont arrivés à bord de pirogues de fortune, jeudi dernier, au port de Limbé, à 320 km à l'ouest de Yaoundé. Beaucoup à moitié nus, vêtus d'un seul caleçon, après la perte de leur argent et de leurs biens. Ce retour au pays fait suite à la vaste opération de rapatriement des étrangers camerounais, mais aussi nigériens, ghanéens ou congolais, déclenchée le 6 mars dernier par les autorités équato-guinéennes et qui a touché l'ensemble de l'île de Bioko.

225. Une version corroborée par l'AFP, qui livre différents témoignages de Camerounais expulsés. Comme celui de Moïse Bessongo, commerçant installé depuis plusieurs années, interpellé à minuit alors qu'il rentrait chez lui. Son domicile a été pillé. Son passeport, sa carte de séjour, sa carte d'identité camerounaise et ses diplômes ont été déchirés par les policiers. Il a passé trois jours en cellule avant d'être rapatrié mercredi dans la nuit. De nombreux Camerounais arrêtés les 6 et 7 mars ont passé cinq jours enfermés dans la base militaire de Malabo. En plus des vols et rackets, de nombreuses personnes font état de tortures, marques et cicatrices à l'appui »⁵⁵⁶.

226. Interrogé sur ces événements, l'Ambassadeur du Cameroun en Guinée Equatoriale s'est déclaré « touchés par la situation ». Et de poursuivre : « Nous ne sommes pas fiers de voir des Camerounais maltraités. Notre rôle n'est pas de remuer

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ Voir « Chasse aux étrangers. La Guinée Equatoriale fait le ménage » *AFRIK. COM*.

le couteau dans la plaie. Je ne dénie pas ces choses qui sont faites par des individus et qui ne sont pas connues et acceptées par les autorités équato-guinéennes. Ces Camerounais, qui ont des difficultés, doivent venir à l'ambassade et au consulat car nous pouvons trouver le moyen de les aider. Malgré ces tracasseries, les Camerounais iront toujours en Guinée Equatoriale, mais il faut qu'on organise ces départs pour leur permettre de vivre dignement »⁵⁵⁷.

227. Dans l'affaire *Diallo*, la Guinée s'est plainte des conditions d'arrestation et de détention de son ressortissant en *République démocratique du Congo (RDC)* avant son expulsion. Elle a allégué que le 5 novembre 1995, M. Diallo a été « mis clandestinement aux arrêts sans aucune forme de procès ou même d'interrogatoire »; qu'il est resté enfermé pendant une période de deux mois, puis relâché le 10 janvier 1996 suite à l'intervention du Chef de l'Etat zaïrois en personne, pour être ensuite « immédiatement repris et emprisonné durant deux semaines de plus avant d'être expulsé. Pendant sa détention d'une durée totale de soixante quinze jours, M. Diallo aurait subi de mauvais traitements en prison et aurait été privé du bénéfice de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires⁵⁵⁸. La R.D.C. a rejeté, sans argumenter, ces allégations, se contentant de dire que « la durée et les conditions de la détentions de M. Diallo dans le cadre de la procédure d'expulsion ont été conformes au droit zaïrois »⁵⁵⁹.

2 Conditions d'exécution de l'expulsion

228. L'expulsion peut être rendue illégale par la façon dont elle est exécutée⁵⁶⁰. L'expulsion des étrangers doit en particulier s'effectuer en conformité avec le droit international des droits de l'homme et notamment avec l'interdiction de la torture et autres traitements inhumains ou dégradants⁵⁶¹. L'obligation de ne pas soumettre les

⁵⁵⁷ *Cameroon Tribune* (quotidien gouvernemental), 12 juin 2009.

⁵⁵⁸ C.I.J., affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo) Exceptions préliminaires*, arrêt du 24 mai 2007, par. 17.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, par. 19.

⁵⁶⁰ « La reconduite à la frontière par ailleurs tout à fait légale peut être rendue illégale si elle est exécutée de manière injuste ou brutale. La force physique qui causerait ou pourrait causer des lésions corporelles ou des blessures ne devrait pas être employée pour exécuter la décision d'expulsion. », L. B. SOHN et T. BUERGENTHAL (eds.) *op. cit.*, p. 96. « Chaque État est autorisé à expulser, pour motifs d'ordre public, les étrangers qui résident temporairement sur son territoire. Mais lorsqu'un État expulse un étranger sans cause et avec des formes blessantes, l'État dont cet étranger est citoyen a le droit de réclamer contre cette violation du droit international. », R. PLENDER, « The Uganda Crisis and the Right of Expulsion under International Law », *op. cit.*, p. 25 (citation tirée du *Dictionnaire du droit international public et privé* de Calvo). Les développements sous ce 2- sont tirés de : *Expulsion des étrangers. Mémoire du Secrétariat*, *op. cit.*, par. 703-709 ;

⁵⁶¹ « L'expulsion ne doit pas être menée à bien avec dureté ou violence ou dommage inutile à l'égard de l'étranger qui en fait l'objet. », S. ODA, *op. cit.*, p. 483. « Qu'il existe ou non un droit illimité d'expulser les étrangers, le mauvais traitement, l'expulsion soudaine ou agressive d'un étranger est une infraction aux normes minimales de droit international dont l'État d'origine de l'étranger escompte qu'elles seront respectées. Si un État souhaite exercer son pouvoir souverain en contrevenant à cette règle, il n'abuse pas de ce pouvoir souverain, il enfreint simplement une règle d'interdiction qui limite sa compétence exclusive. », G. SCHWARZENBERGER, *op. cit.*, p. 309 et 310 (voir également G. SCHWARZENBERGER, *International Law and Order*, London, Stevens & Sons, 1971, p. 89 et 90). « Une expulsion amplement justifiée en principe n'en est pas moins délictuelle en droit international si elle est conduite d'une manière qui ne tient pas dûment compte de la sécurité et du bien-être de l'étranger. Une fois encore, ce constat vaut soit que l'expulsion équivaille à une atteinte aux droits de l'homme soit qu'elle constitue une violation de la "norme minimale". Cette

étrangers à la torture ou à des traitements cruels, inhumains ou dégradants est énoncée dans la résolution 40/144 de l'Assemblée générale⁵⁶². Ce type d'agissement commis à l'occasion de l'expulsion d'un étranger a suscité de nombreuses plaintes⁵⁶³. Cette restriction au droit d'expulsion est consacrée par la pratique diplomatique⁵⁶⁴ et par les tribunaux internationaux⁵⁶⁵.

229. La Convention relative à l'aviation civile internationale dispose à son annexe 9 que :

constatation est tellement évidente qu'elle se passe quasiment d'explication... », R. PLENDER, op. cit., p. 24, 25 et 26. « [L]'État qui exécute un arrêté d'expulsion ou de reconduite à la frontière doit agir en conformité avec les normes consacrant les droits de l'homme et la dignité humaine. Ces normes ont une incidence directe sur le pouvoir de l'État d'expulser ou de reconduire à la frontière tout étranger ... [II] existe d'autres normes et principes concernant les droits de l'homme et la dignité humaine qui sont consacrés dans des instruments multilatéraux et sont acceptés par la grande majorité des nations. Au nombre de ces principes figure le droit de chacun de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants. », L. B. SOHN et T. BUERGENTHAL (dir. publ.), op. cit., p. 95. Voir également B. CHENG, op. cit., p. 36.

⁵⁶² Résolution 40/144, art. 6.

⁵⁶³ « La majorité des cas concerne l'exercice trop agressif du droit d'expulsion. Il est indispensable que ce type de mesure ne vise que son objet direct à savoir se débarrasser de l'étranger indésirable. Toute dureté inutile est donc réputée justifier une réclamation. Même lorsque l'expulsion est considérée comme justifiée, elle doit être exécutée de façon à entraîner un préjudice minimal pour l'étranger et pour ses biens tout en étant compatible avec la sécurité et les intérêts de l'État expulsant. », E. M. BORCHARD, op. cit., p. 59 et 60. « Le droit de refoulement ou d'expulsion est certes discrétionnaire, mais s'il est exercé de manière brutale, arbitraire ou inutilement préjudiciable, il donne souvent lieu à réclamation. », B. O. ILUYOMADE, op. cit., p. 85. « Calvo soutenait que lorsqu'un gouvernement expulse un étranger sans cause et avec des formes blessantes, l'État dont cet étranger est le citoyen a le droit de réclamer contre cette violation du droit international. », R. PLENDER, *International Migration Law*, op. cit., p. 469 à 471 (citation reprise du *Dictionnaire de droit international public et privé*). « [L]'État engage sa responsabilité internationale lorsqu'il expulse un étranger ... de manière inutilement préjudiciable. », R. PLENDER, op. cit., p. 459.

⁵⁶⁴ « La pratique diplomatique elle aussi prouve amplement le principe selon lequel une expulsion exécutée sans tenir dûment compte du bien-être de l'étranger est contraire au droit international. », R. PLENDER, « The Ugandan Crisis and the Right of Expulsion under International Law », op. cit., p. 24, 25 et 26. « Les expulsions arbitraires ... exécutées avec dureté ou violence d'une façon inutilement préjudiciable pour les personnes qui en font l'objet ont donné lieu à des réclamations diplomatiques... », E. M. BORCHARD, op. cit., p. 57. « D'autres cas se sont produits plus récemment où la procédure appliquée au cours de l'expulsion s'est caractérisée par une dureté de traitement contre laquelle les États-Unis se sont sentis obligés de protester énergiquement. », C. C. HYDE, op. cit., p. 233 (références omises).

⁵⁶⁵ « Le principe qui veut qu'une expulsion soit exécutée de la façon la moins préjudiciable pour la personne qui en fait l'objet a été énoncé à plusieurs reprises par des tribunaux internationaux. Ainsi, les expulsions sommaires à l'occasion desquelles les personnes visées ont été soumises à des indignités, une dureté ou une oppression inutiles ont toutes été considérées par les commissions internationales comme justifiant une indemnisation. », E. M. BORCHARD, op. cit., p. 60 [citant *Maal (Pays-Bas) c. Venezuela*, op. cit.; et *Boffolo (Italie) c. Venezuela*, op. cit.; se référant également à *Jaurett (U.S.) v. Venezuela*, Sen. Doc. 413, 60th Cong. 1st Sess., 20 et seq., 559 et seq. (régulé par accord du 13 février 1909, For. Rel., 1909, 629)]. « Les expulsions arbitraires ... exécutées avec dureté et violence d'une façon inutilement préjudiciable pour les personnes qui en font l'objet ont donné lieu à des sentences arbitrales... », E. M. BORCHARD, op. cit., p. 57. « Ainsi dans les affaires concernant l'expulsion d'étrangers, le tribunal international accepterait normalement comme suffisantes les raisons sérieuses avancées par les États pour justifier de tels actes. Il considérerait toutefois comme illégales les mesures d'expulsion exécutées avec une dureté inutile. », B. CHENG, op. cit., p. 133 (références omises).

« 5.2.1 Durant la période pendant laquelle un passager non admissible ou une personne qui doit être expulsée est sous leur garde, les agents de l'État en cause protégeront la dignité de la personne en question et ne prendront aucune mesure susceptible d'y porter atteinte. »⁵⁶⁶.

230. Plusieurs exemples tirés de la pratique vont dans le sens de l'obligation d'exécuter les expulsions avec humanité et avec le respect dû à la dignité humaine des personnes expulsées.

231. L'existence d'une telle obligation ressort implicitement de l'affaire *Lacoste* encore que l'on ait jugé que le requérant n'avait pas été traité avec dureté :

« Lacoste demande également réparation pour son arrestation, son emprisonnement, la dureté et la cruauté avec lesquelles il a été traité et son expulsion du pays. L'expulsion ne semble toutefois pas avoir été exécutée avec dureté et, à sa demande, le requérant a obtenu un report de la date à laquelle il était obligé de quitter le pays. »⁵⁶⁷.

De même, dans l'affaire *Boffolo*, l'arbitre a dit en termes généraux que :

« [L]’expulsion [...] doit être exécutée de la façon la moins préjudiciable possible pour la personne concernée... »⁵⁶⁸

232. Dans l'affaire *Maal*, l'arbitre a souligné le caractère sacré de la personne humaine et l'obligation d'exécuter l'expulsion sans indignité ni préjudice inutile :

« [Si] l'exclusion du requérant avait été exécutée sans indignité ou rigueur inutile, l'arbitre n'aurait pas d'autre choix que de le débouter de sa demande. Toutes les preuves indiquent qu'il était un homme de bien et qu'il était en droit tout au long de son audition et de son expulsion d'être traité comme un homme de bien et, que nous le considérions comme un homme de bien ou simplement comme un homme, le droit de voir sa personne respectée et de ne pas faire l'objet d'atteintes à sa sensibilité était un des plus importants de ses droits fondamentaux et un des privilèges sans prix de la liberté.

L'arbitre a été invité à considérer la personne d'autrui comme quelque chose de sacré auquel il ne fallait pas attenter de quelque façon que ce soit sous l'emprise de la colère et sans motivation en l'absence de consentement et que, si atteinte il y avait, on pouvait considérer qu'il s'agissait de voies de fait donnant lieu à une indemnisation proportionnelle à l'esprit et à la nature de l'atteinte et à la qualité de l'homme qui en avait été victime. »⁵⁶⁹.

233. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est déclarée fortement préoccupée par le nombre d'incidents et de mauvais traitements résultant de l'exécution des procédures d'expulsion forcée⁵⁷⁰. Elle a également souligné le caractère subsidiaire de l'expulsion forcée et la nécessité de respecter la sécurité et la dignité des expulsés en toutes circonstances.

« 7. L'Assemblée est d'avis que l'expulsion ne doit intervenir qu'en tout dernier ressort, qu'elle ne saurait concerner que les personnes opposant une

⁵⁶⁶ Convention relative à l'aviation civile internationale, p. 295.

⁵⁶⁷ Affaire *Lacoste c. Mexique* (Commission mexicaine), op. cit., pp. 3347 et 3348.

⁵⁶⁸ Affaire *Boffolo*, op. cit., p. 534 (arbitre Ralston).

⁵⁶⁹ Affaire *Maal*, op. cit., p. 732.

⁵⁷⁰ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, recommandation 1547 (2002) : Procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, 22 janvier 2002, par. 6.

résistance manifeste et persistante, et qu'elle peut être évitée par un véritable travail d'accompagnement et de préparation au départ, dans le cadre d'une prise en charge individuelle et suivie.

8. L'Assemblée souligne avec force que les principes fondamentaux du Conseil de l'Europe sont menacés si l'on n'agit pas contre le climat d'hostilité qui se crée à l'égard des réfugiés, des demandeurs d'asile et des immigrants, et pour encourager le respect de leurs sécurité et dignité en toutes circonstances. »⁵⁷¹.

234. Le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) a également souligné que la force employée lors de l'exécution d'un arrêté d'expulsion devait être limitée à ce qui était strictement nécessaire et a précisé les moyens et méthodes d'expulsion qui ne devraient pas être utilisés. Il a insisté en outre sur la nécessité de mettre en place des systèmes de contrôle interne et externe et de documenter soigneusement les opérations d'éloignement.

« Le CPT reconnaît que faire quitter le territoire d'un État à un étranger qui fait l'objet d'un ordre d'éloignement et qui est déterminé à rester se révélera souvent une tâche difficile. Les membres des forces de l'ordre peuvent, à l'occasion, être contraints de recourir à la force pour procéder à un tel éloignement. Toutefois, la force employée devrait être limitée à ce qui est strictement nécessaire. Plus particulièrement, il serait totalement inacceptable que des personnes faisant l'objet d'un ordre d'éloignement soient agressées physiquement pour les persuader de monter à bord d'un moyen de transport ou pour les punir de ne pas l'avoir fait. De plus, le CPT se doit de souligner que bâillonner une personne est une mesure éminemment dangereuse. »⁵⁷².

Le même Comité a estimé que :

« [II] est totalement inacceptable que des personnes faisant l'objet d'un ordre d'éloignement soient agressées physiquement ou fassent l'objet de menaces en vue de les persuader de monter à bord d'un moyen de transport ou pour les punir de ne pas l'avoir fait. Le CPT se félicite que des dispositions en ce sens apparaissent dans de nombreuses instructions dans les pays visités.

Certaines instructions dont le CPT a eu connaissance interdisent, par exemple, l'utilisation de moyens de contrainte ayant pour but de punir l'étranger en raison de sa résistance ou qui provoquent inutilement la douleur.

[...] la force employée et les moyens de contrainte utilisés devraient être limités à ce qui est strictement nécessaire. Le CPT se félicite que, dans certains pays, l'utilisation de la force et des moyens de contrainte lors des procédures d'éloignement fasse l'objet d'un examen détaillé, sous l'angle des principes de légalité, de proportionnalité et d'opportunité.

[...] Le CPT a quant à lui clairement indiqué que l'utilisation de la force et/ou de moyens de contrainte susceptibles de provoquer une asphyxie posturale ne devrait constituer qu'un ultime recours et qu'une telle utilisation, dans des

⁵⁷¹ Ibid., par. 7 et 8.

⁵⁷² Conseil de l'Europe, Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, septième rapport général d'activités du CPT couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 1996, CPT/Inf (97) 10 [FR], 22 août 1997, « Personnes retenues en vertu de législations relatives à l'entrée et au séjour des étrangers », par. 36.

circonstances exceptionnelles, doit faire l'objet de lignes directrices, afin de réduire au minimum les risques pour la santé de la personne concernée.

Outre la réduction des risques d'asphyxie posturale dont il est question ci-dessus, le CPT a systématiquement recommandé l'interdiction absolue de l'utilisation de moyens susceptibles d'obstruer, partiellement ou totalement, les voies respiratoires (nez et/ou bouche). [...] Il note que cette pratique est maintenant interdite, de manière explicite, dans de nombreux États Parties et invite les États qui ne l'auraient pas encore fait à prendre, sans plus attendre, des dispositions ayant force obligatoire en la matière.

Il est impératif que le sauvetage d'une personne faisant l'objet d'une opération d'éloignement ne soit pas compromis si une situation d'urgence survient lors du vol. Il en découle que tout moyen limitant la liberté de mouvement de la personne éloignée doit pouvoir être immédiatement enlevé sur ordre de l'équipage.

[...] De l'avis du CPT, aucune considération de sécurité ne peut être invoquée pour justifier le port d'un masque par les personnels d'escorte lors des opérations d'éloignement. Une telle pratique est hautement indésirable, car elle pourrait rendre très difficile l'examen des responsabilités en cas d'allégations de mauvais traitements.

Le CPT a également les plus grandes réserves s'agissant du recours aux gaz incapacitants ou irritants pour maîtriser un détenu récalcitrant afin de l'extraire de sa cellule, lors de son transfèrement vers l'avion.

[L']importance qu'il convient d'accorder à la possibilité, pour l'étranger retenu, de bénéficier d'un examen médical préalable avant la mise en œuvre de la décision d'éloignement du territoire a été mise en évidence. Cette précaution s'avère particulièrement nécessaire lorsque l'utilisation de la force et/ou de moyens spéciaux est envisagée.

La mise en œuvre d'opérations d'éloignement d'étrangers doit être précédée de mesures visant à préparer la personne concernée à organiser son retour, notamment sur le plan familial, professionnel et psychologique.

De même, toute personne ayant fait l'objet d'une opération d'éloignement avortée devrait faire l'objet d'un examen médical, dès son retour en détention.

L'on ne saurait trop insister sur l'importance des mécanismes de contrôle interne et externe qui doivent être mis en place dans un domaine particulièrement sensible, comme celui des opérations d'éloignement forcé par la voie aérienne.

Les opérations d'éloignement doivent être soigneusement documentées.

Enfin, le CPT souhaite insister sur le rôle à jouer par les autorités de contrôle externe, judiciaires ou autres, nationales ou internationales, dans le cadre de la prévention des mauvais traitements lors d'opérations d'éloignement. Il convient que celles-ci soient attentives à tous développements en la matière, en particulier sur le plan de l'utilisation de la force et des moyens de contrainte et de la préservation des droits fondamentaux des personnes faisant l'objet d'une mesure d'éloignement par la voie aérienne. »⁵⁷³.

⁵⁷³ Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 26 novembre 1987, entrée en vigueur le 1er février 1989. Sur le Comité

235. Le respect de la dignité humaine est également inscrit dans la législation de l'Union européenne concernant l'éloignement des ressortissants de pays tiers. La décision du Conseil du 23 février 2004 dispose dans son préambule que :

« La présente décision respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sous-tendent notamment la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle vise en particulier à garantir le plein respect de la dignité humaine en cas d'expulsion et d'éloignement, comme il ressort des articles 1er, 18 et 19 de cette charte. »⁵⁷⁴.

236. Dans ses Règles sur l'admission et l'expulsion des étrangers, l'Institut de droit international a énoncé le principe selon lequel :

« L'expulsion, n'étant pas une peine, doit être exécutée avec tous les ménagements possibles, en tenant compte de la situation particulière de la personne. »⁵⁷⁵.

3. Conditions de détention de l'étranger en cours d'expulsion

237. La pratique est dans certains cas favorable au point de vue selon lequel la détention dans l'attente de l'expulsion n'est pas illégale dès lors qu'elle est en conformité avec certaines exigences⁵⁷⁶.

238. Dans l'affaire *Ben Tillett*, l'arbitre a reconnu le droit de l'État expulsant de détenir un étranger de façon à garantir son expulsion. Il a également été d'avis que, compte tenu des circonstances de l'espèce et, en particulier, du danger que représentait l'étranger pour l'ordre public, l'État peut en toute légalité le garder à vue avant même qu'une mesure d'expulsion ait été prise à son encontre. Il a estimé en outre que l'État ne pouvait être tenu d'affecter des installations spéciales à la détention des expulsés :

« Attendu qu'en reconnaissant à l'État le droit d'expulser on ne saurait lui dénier les moyens d'assurer l'efficacité de ses injonctions; qu'il doit pouvoir surveiller les étrangers dont la présence lui paraît dangereuse pour l'ordre

européen créé par cette Convention, voir J.-M. LARRALDE, « La protection du détenu par l'action du Comité européen pour la prévention de la torture », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2004, n° 3, numéro spécial « Surveiller et punir / Surveiller ou punir ? », pp. 29-41.

⁵⁷⁴ Décision du Conseil du 23 février 2004 définissant les critères et modalités pratiques de la compensation des déséquilibres financiers résultant de l'application de la directive 2001/40/CE relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, 2004/191/CE, *Journal officiel* no L 060 du 27 février 2004 p. 55 à 57. Voir Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Journal officiel* no C 364, du 18 décembre 2000, p. 1 à 22, art. 1er (« Dignité humaine – La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée. »), art. 18 (« Droit d'asile – Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du Protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au Traité instituant la Communauté européenne. ») et art. 19 (« Protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition – 1. Les expulsions collectives sont interdites. 2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants. »).

⁵⁷⁵ *Règles internationales...*, *ibid.*, art. 17.

⁵⁷⁶ Voir en revanche S. ODA, *op. cit.*, p. 483 (« La détention obligatoire de l'étranger faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion est à éviter sauf dans les cas où ce dernier refuse de partir ou essaie d'échapper à la surveillance des autorités de l'État. »). Les développements de ce 3- sont tirés de *Expulsion des étrangers. Mémoire du Secrétariat*, *op. cit.*, pars. 715-726.

public, et, s'il craint que ceux auxquels il interdit son territoire n'échappent à cette surveillance, les garder à vue⁵⁷⁷;

Attendu que, les arrêtés d'expulsion ne précédant pas en général les événements qui les motivent, si l'on ne peut employer des moyens de coercition pour garder à vue pendant quelques heures, jusqu'à ce que la mesure soit officiellement prise, un étranger dont la conduite est devenue une cause de trouble, ce personnage aura le temps de se dérober à la police et le Gouvernement se trouvera désarmé⁵⁷⁸;

Attendu, d'autre part, en droit, qu'il est impossible d'astreindre un État souverain soit à construire des établissements particuliers exclusivement affectés à la détention provisoire des étrangers depuis leur arrestation jusqu'au moment où la mesure d'expulsion peut être exécutée, soit même à leur réserver dans les maisons déjà construites un quartier spécial, que le Gouvernement belge, en isolant Ben Tillett, par suite en l'empêchant de subir le contact des prévenus, a satisfait aux exigences de la courtoisie internationale. »⁵⁷⁹.

239. L'arbitre a également conclu que, vu les circonstances de la cause, la Belgique n'avait pas agi de manière illégale en détenant Ben Tillett 26 heures⁵⁸⁰ et que les conditions de détention étaient acceptables⁵⁸¹.

240. La Commission saisie de l'affaire *Daniel Dillon* s'est intéressée à la question de la norme minimale imposée par le droit international en matière de traitement pendant la détention de l'étranger en attente d'expulsion. Elle a estimé que la longue période de détention et le défaut d'informer le requérant du motif de sa détention constituaient des mauvais traitements incompatibles avec le droit international.

« Sur la question du mauvais traitement, la Commission juge qu'il n'est pas suffisamment prouvé que les locaux dans lesquels le requérant a été détenu étaient inférieurs à la norme minimale conforme au droit international. De même, les preuves apportées au sujet de la nourriture qui lui a été servie et de l'absence de lit et de literie étaient insuffisantes. En revanche, le fait que le requérant ait été détenu pendant longtemps, qu'il ait été mis au secret et qu'il n'ait pas été informé des motifs de sa détention constituait de l'avis de la Commission un mauvais traitement et un préjudice qui ne se justifiaient pas au regard de l'objet de son arrestation et étaient de nature à engager la responsabilité des États-Unis du Mexique au regard du droit international. »⁵⁸².

241. Dans son commentaire sur l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, mentionné plus haut dans la partie VIII, le Comité des droits de l'homme a fait remarquer que, si la procédure comporte l'arrestation, les garanties prévues par le Pacte en cas de privation de liberté (art. 9⁵⁸³ et 10⁵⁸⁴) peuvent aussi être applicables⁵⁸⁵.

⁵⁷⁷ Affaire *Ben Tillett*, op. cit., p. 269.

⁵⁷⁸ Ibid., p. 270.

⁵⁷⁹ Ibid., p. 271.

⁵⁸⁰ Ibid.

⁵⁸¹ Ibid., p. 271 et 272.

⁵⁸² *Daniel Dillon (États-Unis d'Amérique) c. États-Unis du Mexique*, op. cit., p. 369.

⁵⁸³ L'article 9 du Pacte dispose que : « 1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi. 2. Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui.

242. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacre expressément le droit de l'État de détenir tout étranger contre lequel une procédure d'expulsion est en cours. L'article 5, par. 1, dispose en effet que :

« Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

[...]

f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne

[...] contre laquelle une procédure d'expulsion [...] est en cours. »

243. Dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, la Cour européenne des droits de l'homme a éclairci de nombreux aspects de l'alinéa f) du paragraphe 1 de l'article 5. Elle a rappelé que « cette disposition n'exige pas que la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours soit considérée comme raisonnablement nécessaire, par exemple pour l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir »⁵⁸⁶. Elle a toutefois indiqué que seul le déroulement de la procédure d'expulsion justifiait la privation de liberté et à condition que la durée de cette procédure ne soit pas excessive.

« La Cour rappelle cependant que seul le déroulement de la procédure d'expulsion justifie la privation de liberté fondée sur cette disposition [art. 5, par. 1 f)]. Si la procédure n'est pas menée avec la diligence requise, la détention cesse d'être justifiée au regard de l'article 5 par. 1 f). Il faut dès lors déterminer si la durée de la procédure d'expulsion a été excessive. »⁵⁸⁷ (*CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, Chahal c. Royaume-Uni*).

244. En outre, d'après la Cour, la détention dans l'attente de l'expulsion devait être régulière et soumise à un contrôle juridictionnel. À cet égard, la « régularité » de la détention renvoie à l'obligation d'observer les normes de la législation nationale,

3. Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, à tous les autres actes de la procédure et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement. 4. Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. 5. Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégales a droit à réparation. »

⁵⁸⁴ L'article 10 du Pacte dispose que : « 1. Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. 2. a) Les prévenus sont, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparés des condamnés et sont soumis à un régime distinct, approprié à leur condition de personnes non condamnées; b) Les jeunes prévenus sont séparés des adultes et il est décidé de leur cas aussi rapidement que possible. 3. Le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social. Les jeunes délinquants sont séparés des adultes et soumis à un régime approprié à leur âge et à leur statut légal. »

⁵⁸⁵ Comité des droits de l'homme, Commentaire général n° 15 : Situation des étrangers au regard du Pacte, 11 avril 1986, par. 9.

⁵⁸⁶ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Chahal c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, op. cit., par. 112. La Cour a réaffirmé cette position dans l'affaire *Conka c. Belgique*, op. cit., p. 38.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, par. 113.

mais exige de surcroît « la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 : protéger l'individu contre l'arbitraire »⁵⁸⁸. Par ailleurs, le contrôle juridictionnel devrait être « assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables à la régularité de la détention d'un individu au regard du paragraphe 1 » (art. 5, par. 1)⁵⁸⁹.

245. On se reportera utilement aussi à l'*Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement* figurant en annexe à la résolution 43/173 du 9 décembre 1988 de l'Assemblée générale des Nations Unies (581) et en particulier au Principe 8 concernant la détention dans l'attente d'une expulsion. De manière générale, parmi les trente-six Principes contenus dans l'annexe en question, les dix-neuf ci-après nous paraissent pertinents aux fins de l'examen des conditions de détention d'une personne en vue de l'expulsion⁵⁹⁰ :

Premier principe : « Toute personne soumise à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine »;

Principe 2 : « Les mesures d'arrestation, de détention ou d'emprisonnement ne sont appliquées qu'en stricte conformité avec les dispositions de la loi et par les autorités compétentes ou les personnes habilitées à cet effet. ».

Principe 3 : « Si une personne est soumise à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, il ne peut être admis à son égard aucune restriction ou dérogation aux droits de l'homme reconnus ou en vigueur dans un Etat en application des lois, de conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Ensemble de principes ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré. ».

Principe 5 : « 1. Les présents principes s'appliquent à toutes les personnes se trouvant sur le territoire d'un Etat donné, sans distinction aucune, qu'elle soit fondée sur la race la couleur le sexe la langue, la religion ou les croyances religieuses, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale la fortune la naissance ou sur tout autre critère.

Principe 6 : « Aucune personne soumise à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement ne sera soumise à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Aucune circonstance quelle qu'elle soit ne peut être invoquée pour justifier la torture ou tout autre peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant. ».

Principe 8 : « Les personnes détenues sont soumises à un régime appropriée à leur condition de personnes non condamnées. Elles sont donc, chaque fois que possible, séparées des personnes emprisonnées. ».

Principe 9 : « Les autorités qui arrêtent une personne, la maintiennent en détention ou instruisent l'affaire doivent exercer strictement les pouvoirs qui leur sont conférés par la loi, et l'exercice de ces pouvoirs doit pouvoir faire l'objet d'un recours devant une autorité judiciaire ou autre. ».

⁵⁸⁸ Ibid., par. 118. Voir également affaire *Conka c. Belgique*, op. cit., par. 39.

⁵⁸⁹ Ibid., par. 127.

⁵⁹⁰ Voir résolution 43/173 relative à l'*Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*, adoptée à la 43^e session de l'Assemblée générale de l'ONU.

Principe 10 : « Toute personne arrêtée sera informée des raisons de cette mesure au moment de son arrestation et sera avisée sans délai de toute accusation portée contre elle. ».

Principe 11 : « 1. Une personne ne sera pas maintenue en détention sans avoir la possibilité effective de se faire entendre sans délai par une autorité judiciaire ou autre. Une personne détenue a le droit d'assurer sa propre défense ou d'être assistée d'un conseil conformément à la loi. »

2. La personne détenue et, le cas échéant, son conseil reçoivent sans délai et intégralement communication de l'ordre de détention ainsi que des raisons l'ayant motivé.

3. Une autorité judiciaire ou autre sera habilitée à contrôler selon qu'il conviendra le maintien de la détention. ».

Principe 12 : « 1. Seront dûment consignés :

- a) Les motifs de l'arrestation
- b) L'heure de l'arrestation, l'heure à laquelle la personne arrêtée a été conduite dans un lieu de détention et celle de sa première comparution devant une autorité judiciaire ou autre;
- c) L'identité des responsables de l'application des lois concernés;
- d) Des indications précises quant au lieu de détention.

2. Ces renseignements seront communiqués à la personne détenue ou le cas échéant, à son conseil, dans les formes prescrites par la loi. »

Principe 13 : « Toute personne se verra fournir, au moment de l'arrestation et au début de la détention ou de l'emprisonnement ou peu après, par les autorités responsables de l'arrestation, de la détention ou de l'emprisonnement, selon le cas des renseignements et des explications au sujet de ses droits ainsi que de la manière dont elle peut les faire valoir ».

Principe 14 : « Toute personne qui ne comprend ou ne parle pas suffisamment bien la langue utilisée par les autorités responsables de son arrestation, de sa détention ou de son emprisonnement a le droit de recevoir sans délai, dans une langue qu'elle comprend les renseignements visés par le principe 10, le paragraphe 2 du principe 11, le paragraphe 1 du principe 12 et le principe 13 et de bénéficier de l'assistance, gratuite si besoin est, d'un interprète dans le cadre de la procédure judiciaire qui fait suite à son arrestation. ».

Principe 15 : « Nonobstant les exceptions prévues au paragraphe 4 du principe 16 et au paragraphe 3 du principe 18, la communication de la personne détenue ou emprisonnée avec le monde extérieur, en particulier avec sa famille ou son conseil, ne peut être refusée pendant plus de quelques jours ».

Principe 16 : « 2. S'il s'agit d'une personne étrangère, elle sera aussi informée sans délai de son droit de communiquer par des moyens appropriés avec un poste consulaire ou la mission diplomatique de l'Etat dont elle a la nationalité ou qui est autrement habilité à recevoir cette communication conformément au droit international, ou avec le représentant de l'organisation internationale compétente si cette personne est réfugiée ou est, d'autre façon, sous la protection d'une organisation intergouvernementale ».

Principe 17 : « 1. Toute personne détenue pourra bénéficier de l'assistance d'un avocat. L'autorité compétente l'informerá de ce droit promptement après son arrestation et lui fournira des facilités raisonnables pour l'exercer».

Principe 21 : « Il est interdit d'abuser de la situation d'une personne détenue ou emprisonnée pour la contraindre à avouer, à s'incriminer de quelque autre façon... ».

Principe 22 : « Aucune personne détenue ou emprisonnée ne pourra, même si elle consent, faire l'objet d'expériences médicales ou scientifiques de nature à nuire à sa santé. ».

Principe 24 : « Toute personne détenue ou emprisonnée se verra offrir un examen médical approprié dans un délai aussi bref que possible après son entrée dans le lieu de détention ou d'emprisonnement; par la suite elle bénéficiera de soins et traitements médicaux chaque fois que le besoin s'en fera sentir. Ces soins et traitements seront gratuits. ».

Principe 33 : « Toute personne détenue ou emprisonnée, ou son conseil, a le droit de présenter une requête ou une plainte au sujet de la façon dont elle est traitée, en particulier dans le cas de tortures ou d'autres traitements cruels inhumains ou dégradants aux autorités chargées de l'administration du lieu de détention et aux autorités supérieures, et, si nécessaire, aux autorités de contrôle ou de recours compétentes...».

246. La question de la détention dans l'attente de l'expulsion a été soulevée par la Rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme des migrants, Gabriela Rodríguez Pizarro, qui évoque notamment la nécessité d'un contrôle périodique des décisions de placement en détention; l'existence d'un droit d'appel, le caractère non punitif de la détention administrative; le fait que la détention ne doit durer que le temps nécessaire pour procéder au refoulement et qu'il doit être mis fin à la détention lorsque l'ordre de refoulement ne peut pas être mis à exécution pour des raisons qui ne sont pas imputables au migrant.

« ... Le droit à l'examen judiciaire ou administratif de la légalité de la détention et le droit de faire appel de la décision de mise en détention ou de l'ordre de refoulement ou de demander la mise en liberté sous caution ou autre mesure non privative de liberté ne sont pas toujours garantis en cas d'internement administratif⁵⁹¹.

La privation de liberté sur décision administrative ne devrait durer que le temps nécessaire pour procéder au refoulement ou à l'expulsion. La privation de liberté ne devrait jamais être d'une durée illimitée⁵⁹².

... La Rapporteuse spéciale est particulièrement préoccupée par l'adoption récente de lois antiterroristes qui autorisent la mise en détention de migrants fondée sur de vagues allégations de menace pour la sécurité nationale, qui risquent d'aboutir à une détention d'une durée illimitée lorsque les migrants ne peuvent pas être refoulés sur-le-champ parce que leur sécurité et leurs droits de l'homme seraient en danger⁵⁹³ (référence omise).

⁵⁹¹ Commission des droits de l'homme, Travailleurs migrants, Rapport présenté par la Rapporteuse spéciale, Mme G. RODRIGUEZ PIZARRO, op. cit., par. 20.

⁵⁹² Ibid., par. 35.

⁵⁹³ Ibid., par. 37.

... L'internement administratif ne devrait jamais avoir un caractère punitif. »⁵⁹⁴.

247. La Rapporteuse spéciale a ensuite formulé la recommandation suivante; il faut d'après elle :

« g) Veiller à ce que la loi fixe une limite à la durée de la détention en attendant le refoulement, et à ce que cette durée ne soit en aucun cas indéfinie.

[...] La décision relative à la mise en détention devrait faire l'objet d'un examen périodique automatique fondé sur des critères précis définis dans la loi. Il devrait être mis fin à la détention lorsque l'ordre de refoulement ne peut pas être mis à exécution pour des raisons qui ne sont pas imputables au migrant. »⁵⁹⁵.

248. Il faut signaler qu'en 1892, l'Institut de droit international avait estimé que si l'expulsé était en liberté, il ne devait pas être privé de sa liberté dans l'attente de sa reconduite à la frontière⁵⁹⁶. Une telle opinion paraît aujourd'hui bien irréaliste dans la plupart des cas, et il est douteux qu'il la maintiendrait telle quelle de nos jours.

249. Les dispositions concernant la légalité et les conditions de la détention dans l'attente de l'expulsion varient fortement d'une législation nationale à l'autre⁵⁹⁷. L'État peut détenir l'étranger avant de l'expulser dans le cadre normal de la procédure d'expulsion⁵⁹⁸ ou bien encore 1) lorsque l'étranger s'est soustrait ou a tenté de se soustraire à l'expulsion ou a violé les conditions fixées lors de sa remise en liberté provisoire⁵⁹⁹; 2) lorsque l'étranger a commis certaines infractions pénales ou autres ou constitue une menace pour l'ordre public ou la sécurité nationale de l'État⁶⁰⁰; 3) pour permettre aux autorités compétentes d'établir l'identité ou la nationalité de l'étranger ou pour garantir la sécurité de l'étranger après sa remise⁶⁰¹;

⁵⁹⁴ Ibid., par. 43.

⁵⁹⁵ Ibid., par. 75 g).

⁵⁹⁶ « Si l'expulsé est en liberté, on ne doit pas user de contrainte envers lui pendant ce délai. » Institut de droit international, *Règles internationales*, ... , ibid., art. 32.

⁵⁹⁷ L'examen des législations et de la jurisprudence nationales sur ce point est tiré de *l'Etude sur l'expulsion des étrangers. Mémoire du Secrétariat*, op. cit., par. 726-737.

⁵⁹⁸ Argentine, loi de 2004, art. 35, 70 à 72; Australie, loi de 1958, art. 196, 253 et 255; Autriche, loi de 2005, art. 3.76(2); Bélarus, loi de 1998, art. 30; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 28(3), 43(5) et 68(1); Brésil, loi de 1980, art. 60; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241(a)(2), 507(b)(1), (2)(C), (c); Fédération de Russie, loi n° 115-FZ (2002), art. 31(9) et 34(5); Kenya, loi de 1967, art. 12(2); Madagascar, loi de 1962, art. 17; Malaisie, loi de 1959-1963, art. 31, 34(1) et 35; et Nigeria, loi de 1963, art. 23(2). Ce type de détention est prévue spécialement dans le cas d'un étranger soupçonné de terrorisme et peut couvrir la période que dure le procès au pénal et l'exécution de la peine en résultant [États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 507(b)(1), (2)(C), (c)].

⁵⁹⁹ Allemagne, loi de 2004, art. 62(2); Bélarus, loi de 1993, art. 26; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 68(2); Colombie, décret de 1995, art. 93; Grèce, loi de 2001, art. 44(3); Hongrie, loi de 2001, art. 46(1)(a)-(b); Italie, loi n° 40 (1998), art. 11(6), décret-loi de 1996, art. 7(3); Japon, ordonnance de 1951, art. 55(1); Pologne, loi n° 1775 (2003), art. 101(1); République de Corée, loi de 1992, art. 66, décret de 1993, art. 80; République tchèque, loi de 1999, art. 124(1); et Suisse, loi fédérale de 1931, art. 13b(1)(c).

⁶⁰⁰ Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 68(2); Colombie, décret de 1995, art. 93; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241(a)(6); Grèce, loi de 2001, art. 44(3); Hongrie, loi de 2001, art. 46(1)(c)-(e), (2), (9); et République tchèque, loi de 1999, art. 124(1).

⁶⁰¹ Autriche, loi de 2005, art. 3.80(4)(1); Brésil, loi de 1980, art. 60; Chine, dispositions de 2003, art. 184; Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 14(1), loi n° 40 (1998), art. 12(1), décret-loi de 1996, art. 7(3); et Nigeria, loi de 1963, art. 31(3).

ou 4) lorsque cela est jugé nécessaire pour exécuter l'ordre d'expulsion notamment pour prendre des dispositions aux lois de transport⁶⁰². L'État peut :

1) interdire la détention de l'étranger qui a reçu l'ordre de partir volontairement⁶⁰³; ou

2) autoriser la détention de l'étranger ou toute autre restriction à sa liberté de résidence ou de circulation avant son départ volontaire⁶⁰⁴.

250. Telle législation peut fixer la durée de la détention, les formalités à accomplir, les droits et les recours ouverts à l'étranger⁶⁰⁵. L'État peut autoriser expressément la détention des mineurs⁶⁰⁶, des personnes susceptibles de bénéficier d'une protection⁶⁰⁷, ou des étrangers soupçonnés de terrorisme⁶⁰⁸. Il peut également autoriser l'étranger à verser une caution pour être remis en liberté provisoire⁶⁰⁹. Il peut imposer des restrictions au droit de résidence de l'étranger ou à ses activités, ou le mettre sous surveillance au lieu de le placer en détention, sans avoir expressément prévu la possibilité d'une détention⁶¹⁰. Il peut prendre des dispositions en vue de la remise de l'étranger à un autre État⁶¹¹. Il peut exiger de l'étranger qu'il

⁶⁰² Allemagne, loi de 2004, art. 62(1); Chine, dispositions de 2003, art. 184; Croatie, loi de 2003, art. 58; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241(a)(1)(C); France, Code, art. L551-1; Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 14(1), loi n° 40 (1998), art. 12(1); Japon, ordonnance de 1951, art. 13-2, 52(5); Kenya, loi de 1967, art. 8(2)(b), (3)-(4); Malaisie, loi de 1959-1963, art. 34(1); Nigeria, loi de 1963, art. 31(3), 45; Panama, décret-loi de 1960, art. 59, 83; Pologne, loi no 1775 (2003), art. 101(4); Portugal, décret-loi de 1998, art. 22(4) et 124(2); République de Corée, loi de 1992, art. 63(1); et Suisse, loi fédérale de 1931, art. 13 b(1)(a)-(b). Ce type de détention peut être expressément prévu en temps de guerre (Nigeria, loi de 1963, art. 45).

⁶⁰³ Portugal, décret-loi de 1998, art. 100(1).

⁶⁰⁴ Japon, ordonnance de 1951, art. 55-3(3); et Portugal, décret-loi de 1998, art. 123(2).

⁶⁰⁵ Allemagne, loi de 2004, art. 62(1)-(3); Argentine, loi de 2004, art. 70 à 72; Australie, loi de 1958, art. 196, 253-54, 255(6); Autriche, loi de 2005, art. 3.76(3)-(7), 3.78-80; Bélarus, loi de 1998, art. 30, loi de 1993, art. 26; Bosnie-Herzégovine, loi de 2003, art. 65(4), 69-71; Brésil, loi de 1980, art. 60; Croatie, loi de 2003, art. 58; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241(g), 507(b)(2)(D), (c)(2), (d)-(e); Fédération de Russie, loi No. 115-FZ (2002), art. 31(9), 34(5); France, Code, art. L551-2, L551-3, L552-1, L552-2, L552-3, L552-6, L552-7, L552-8, L552-9, L552-10, L552-11, L552-12, L553-1, L553-2, L553-3, L553-4, L553-5, L553-6, L554-1, L554-2, L554-3, L555-1, L555-2, L561-1; Grèce, loi de 2001, art. 44(3); Hongrie, loi de 2001, art. 46(3)-(7); Italie, décret-loi no 286 (1998), art. 14(1)-(5bis), (7), (9), loi n° 40 (1998), art. 12(1)-(7), (9), décret-loi de 1996, art. 7(3); Japon, ordonnance de 1951, art. 2(15)-(16), 13-2, 54, 55(2)-(5), 61-3, 61-3-2, 61-4, 61-6, 61-7; Malaisie, loi de 1959-1963, art. 34(1), (3), 35; Nigeria, loi de 1963, art. 31; Panama, décret-loi de 1960, art. 59; Pologne, loi n° 1775 (2003), art. 101(1)-(2), (3)(1), (4)-(7); République de Corée, décret de 1993, art. 77(1), 78; République tchèque, loi de 1999, art. 124(2); Suède, loi de 1989, art. 6.18 à 31; et Suisse, loi fédérale de 1931, art. 13b(2)-(3), 13c-d.

⁶⁰⁶ Autriche, loi de 2005, art. 3.79(2)-(3); et Suède, loi de 1989, art. 6.19 et 6.22.

⁶⁰⁷ Autriche, loi de 2005, art. 3.80(5); et Suisse, loi fédérale de 1931, art. 6.19 et 6.22.

⁶⁰⁸ États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 507(b)(2)(D), (c)(2), (d)-(e).

⁶⁰⁹ Bélarus, loi de 1998, art. 30; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241(c)(2)(C); Japon, ordonnance de 1951, art. 54(2)-(3), 55(3); Malaisie, loi de 1959-1963, art. 34(1); et République de Corée, loi de 1992, art. 65, 66(2)-(3), décret de 1993, art. 79 et 80.

⁶¹⁰ Chine, règles de 1986, art. 15; États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 241(a)(3); France, Code, art. L513-4, L552-4, L552-5, L552-6, L552-7, L552-8, L552-9, L552-10, L552-11, L552-12, L555-1; Hongrie, loi de 2001, art. 46(8); Japon, ordonnance de 1951, art. 52(6); Madagascar, loi de 1962, art. 17; Nigeria, loi de 1963, art. 23(2); et République de Corée, loi de 1992, art. 63(2), décret de 1993, art. 78(2)-(3).

⁶¹¹ Australie, loi de 1958, art. 254.

prenne à sa charge ses frais de détention⁶¹² ou s'engager expressément à les payer lui-même⁶¹³. Il peut déclarer expressément que l'éloignement de l'étranger ne constitue pas une détention⁶¹⁴.

251. L'Assemblée parlementaire du conseil de l'Europe, dans sa Recommandation 1547 (2002), Procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, a recommandé au Comité des Ministres d'inviter instamment les États membres à adapter sans délai leurs législations et leurs pratiques en matière de rétention préalable à l'expulsion, afin:

a. De limiter la durée de rétention en zone d'attente ou de transit à un maximum de quinze jours;

b. De limiter la durée de rétention dans les commissariats de police au temps strictement nécessaire à l'éventuelle procédure d'arrestation, et de séparer les étrangers visés par l'expulsion des personnes interpellées pour des faits de droit commun;

c. De restreindre la rétention en prison aux personnes représentant un danger avéré pour l'ordre public ou la sécurité, et de séparer les étrangers visés par l'expulsion des détenus de droit commun;

d. D'éviter de détenir les étrangers devant être expulsés dans un environnement carcéral, et, en particulier:

- De mettre fin à la détention en cellule;
- De prévoir l'accès à l'air libre ainsi qu'à des espaces privés et à des espaces de communication avec l'extérieur;
- De ne pas entraver les contacts avec la famille et les organisations non gouvernementales;
- De garantir l'accès aux moyens de communication avec l'extérieur, tels que le téléphone et la poste;
- D'assurer que, pendant la détention, les étrangers puissent travailler, en dignité et avec une rémunération adéquate, et participer à des activités sportives et culturelles;
- De garantir le libre accès à la consultation et à la représentation juridique indépendante;

e. De garantir, sous contrôle régulier du juge, la stricte nécessité et la proportionnalité du placement et du maintien en détention pour l'exécution de l'expulsion, et de fixer la durée de la détention à un maximum d'un mois;

f. De privilégier les alternatives à la rétention moins restrictives de liberté, telles que l'assignation à résidence ou d'autres formes de contrôle ou de suivi, comme l'obligation de s'inscrire; et de mettre en place des centres d'accueil ouverts;

⁶¹² Ibid., art. 209 et 211.

⁶¹³ États-Unis d'Amérique, loi sur l'immigration et la nationalité, art. 103(a)(11), 241(c)(2)(B); Italie, décret-loi n° 286 (1998), art. 14(9), loi no 40 (1998), art. 12(9); et Suisse, ordonnance de 1999, art. 15(2)-(3);.

⁶¹⁴ Australie, loi de 1958, art. 198A(4).

g. D'organiser l'encadrement des centres de rétention par des personnes spécialement sélectionnées et formées au soutien psychosocial, et d'y assurer la présence permanente, ou au moins régulière, de « médiateurs interculturels », d'interprètes, de médecins, de psychologues ainsi que la protection juridique par des conseillers juridiques;

252. Certains tribunaux internes ont reconnu le droit de détenir l'étranger en instance d'expulsion⁶¹⁵. S'agissant de la durée de la détention, nombre de tribunaux nationaux ont jugé que l'étranger ne pouvait être détenu que le temps raisonnablement nécessaire pour prendre des dispositions en vue de sa reconduite à

⁶¹⁵ « Cela étant, la Cour a également reconnu que la détention dans le cadre d'une procédure d'expulsion était un aspect de ladite procédure qui était validé par la Constitution. » *Charles Demore, District Director, San Francisco District of Immigration and Naturalization Service, et al., v. Hyung Joon Kim*, United States Supreme Court, 29 April 2003 [no 001-1491], 538 U.S. 510; « En vertu de l'article 22 (par. 2) de la Constitution de la Fédération de Russie, un étranger ou un apatride présent sur le territoire peut, en cas d'éloignement forcé du territoire, dans l'attente de la décision du juge, être placé en détention le temps nécessaire pour que la procédure d'expulsion aboutisse, mais pas plus de 48 heures. » Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, *Arrêt n° 6, Contrôle de la constitutionnalité d'une disposition du paragraphe 2 de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1981 de l'URSS « Du statut légal des étrangers en URSS » en relation avec la plainte de Yahya Dashti Gafur*, Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, 17 février 1998; « Par souci de prudence, la Cour d'appel estime que si, de l'avis de l'État, il serait dans l'intérêt de l'ordre public ou de la sécurité nationale que M ne puisse pas être remis en liberté dans l'attente d'une éventuelle expulsion vers un pays autre que la Yougoslavie, ou que toute autre mesure restrictive soit prise à son endroit, il relève de la responsabilité dudit État de prendre les mesures nécessaires en conformité avec la loi. » *SM c. Ministre de la justice*, Cour d'appel de La Haye (Pays-Bas), 29 mai 1980; « Il est admis que, dès lors que l'intérêt public le commande, la détention d'un expulsé est légale le temps nécessaire pour prendre les arrangements requis en vue de son acheminement ou son envoi à l'étranger. » *In re de Souza*, Cour suprême fédérale, 29 octobre 1934, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1933-1934*, H. LAUTERPACHT (dir. publ.), affaire no 139, p. 334; « L'argument selon lequel il faudrait laisser l'étranger en liberté le temps que sa cause soit entendue est manifestement incompatible avec les vues précitées; un tel argument reviendrait à restreindre ou interdire l'exercice du pouvoir reconnu plus haut. Si les services de l'immigration décident de pas expulser l'étranger ou si le requérant décide ne pas opter pour une telle solution, il n'y a pas d'alternative au placement en garde à vue dans un lieu de détention pour immigrants le temps que les formalités nécessaires à son admission sur le territoire aient été accomplies. » *In re Grunblatt*, Cour Suprême, Argentine, 7 avril 1948, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1948*, H. LAUTERPACHT (dir. publ.), affaire n° 84, p. 278; « Cette deuxième disposition autorise le pouvoir exécutif à ordonner le placement en garde à vue des étrangers les plus dangereux pendant la période précédant leur reconduite à la frontière lorsque la sécurité nationale l'exige. » *In re Bernardo Groisman*, op. cit., p. 346; « Dans l'affaire *R v. Governor of Durham Prison, ex p Singh* [1984] 1 All ER 983, [1984] 1 WLR 704, il a été jugé, dans un arrêt qui n'a jamais été contesté (et qui a même été repris par le Privy Council dans l'affaire *Tan Te Lam v. Superintendent of Tai A Chau Detention Centre* [1996] 4 All ER 256, [1997] AC 97), qu'une telle détention n'était permise que le temps raisonnablement nécessaire pour que la procédure d'expulsion aboutisse. » *A et al. v. Secretary of State for the Home Department*, United Kingdom House of Lords, [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, [2005] 3 All ER 169, 16 December 2004 (Lord Bingham of Cornhill); *Rex v. Governor of H.M. Prison at Brixton and the Secretary of State for Home Affairs*, ex parte *Sliwa*, Court of Appeal of England, 20 décembre 1951, *International Law Reports, 1951*, H. Lauterpacht (dir. publ.), affaire no 95, p. 310 à 313; *Aronowicz v. Minister of the Interior*, op. cit., p. 258 et 259; et *Al-Kateb v. Godwin*, High Court of Australia, [2004] HCA 37, 6 août 2004.

la frontière⁶¹⁶. Dans certains cas, les tribunaux ont jugé excessives les longues détentions infligées en instance d'expulsion⁶¹⁷.

253. Dans une série d'affaires récentes⁶¹⁸, les tribunaux internes se sont demandé si l'étranger pouvait être détenu indéfiniment lorsque l'expulsion ne pouvait pas être

⁶¹⁶ Voir par exemple, *In re de Souza*, op. cit., p. 334 « Il est admis que la détention de l'expulsé est licite si l'intérêt public l'exige et aussi longtemps que nécessaire pour prendre les dispositions voulues en vue de son acheminement ou de son renvoi hors du territoire. Pour répondre à cette question, le tribunal d'appel chargé de l'affaire doit se demander si la détention est d'une durée excessive par rapport au temps nécessaire pour faire les préparatifs en vue du renvoi de l'étranger. » *Kestutis Zadvydas, Petitioner, v. Christine G. Davis, United States Supreme Court*, 533 U. S. 678, 28 juin 2001; « Quelque justifiables que soient les raisons d'ordre public qui ont amené le pouvoir exécutif à décider du renvoi d'un habitant du territoire, il ne fait aucun doute que la privation de liberté opérée à cette fin ne doit pas se prolonger au-delà de la période au terme de laquelle cette mesure conservatoire devient une sanction imposée sans le bénéfice de la loi. » *In re Flaumebaum*, Cámara Criminal de la Capital, 24 juin 1941, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, H. LAUTERPACHT (dir. publ.), affaire n° 94, p. 313.

⁶¹⁷ Voir par exemple Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, arrêt n° 6, op. cit. « Il n'est pas possible d'interpréter cette décision (dans l'affaire *Groisman*) comme reconnaissant le droit du pouvoir exécutif de prolonger la détention dans le pays où la personne est domiciliée même en vue de rendre effectif l'arrêté d'expulsion dont elle fait l'objet au-delà de la période au terme de laquelle cette mesure conservatoire prend un caractère de sanction non autorisée par la loi, en l'espèce au terme de dix-neuf mois sans jugement ni comparution et sous la responsabilité d'une branche du pouvoir qui même dans un état de siège n'est pas habilité à ce faire (Constitution nationale, art. 23, 29 et 95). Au contraire, il appartient au juge dans chaque affaire de se demander si la durée de la détention ne dépasse pas les limites raisonnables ». *In re Cantor*, Cour suprême fédérale (Argentine), 6 avril 1938, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, H. LAUTERPACHT (dir. publ.), affaire n° 143, p. 392 et 393; *In re Hely*, Cour fédérale de cassation du Venezuela, 16 avril 1941 (tiré de ILR, 1941-42, p. 313) (l'étranger devrait être remis en liberté puisqu'il a déjà passé plus de temps en détention que s'il avait exécuté la peine prévue (six mois à un an) par la loi pour l'infraction qu'il avait commise); *In re de Souza*, op. cit., p. 333 et 334 (une détention de sept mois est contraire à la loi). Mais voir également *In re Bernardo Groisman*, op. cit., p. 345 et 347 (la détention pouvait durer plus de trois jours); « De ce fait, les négociations en vue de l'accueil de l'expulsé avaient eu tendance à se prolonger et les sept semaines de détention auxquelles avait été soumis Aronowicz ne pouvaient pas être jugées excessives. Il n'est pas prouvé que le Ministre a agi de mauvaise foi et partant il n'a pas outrepassé ses prérogatives. » *Aronowicz v. Minister of the Interior*, op. cit., p. 258 et 259; *Re Janoczka*, Cour d'appel du Manitoba (Canada), 4 août 1932, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1931-1932, H. LAUTERPACHT (dir. publ.), affaire no 154, p. 291 et 292 (pas de retard excessif pour une détention de neuf mois pendant les négociations en vue de l'admission dans un autre État); « Les juges ont estimé qu'une détention d'une durée allant d'un à quatre mois était raisonnable en temps de paix. Une durée plus longue pouvait se justifier en temps de guerre. » *United States Ex Rel. Janivaris v. Nicolls*, États-Unis d'Amérique, District Court, District of Massachusetts, 20 octobre 1942, *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1941-1942, H. LAUTERPACHT (dir. publ.), affaire n° 95, p. 317 (références omises).

⁶¹⁸ Dans les affaires précédentes lors desquelles a été abordée la question de la détention des étrangers pour une durée indéfinie dans l'attente de l'expulsion, les conclusions ont été les suivantes : « Le droit d'arrêter et de détenir ou emprisonner un étranger n'est qu'une conséquence naturelle du droit d'expulser ou éloigner. Ni ce tribunal ni aucune juridiction de ce pays n'a le droit de maintenir en détention indéfiniment un citoyen ou un étranger sain d'esprit sauf à titre de sanction pour une infraction. L'esclavage a été aboli par le treizième amendement à la Constitution. Il est clair que l'éloignement ou l'expulsion ne sont pas des peines imposées à titre de sanction. » *Petition of Brooks*, United States District Court, District of Massachusetts, 28 avril 1925, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1927-1928, A. D. McNAIR et

exécutée dans un avenir proche. Dans une affaire jugée en 1998⁶¹⁹, la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie a examiné, à l'occasion de l'expulsion d'un étranger apatride, la constitutionnalité d'une loi qui aurait permis la détention de cet étranger pour une durée illimitée. La Cour a déclaré ceci :

« 6. En vertu de l'article 22, paragraphe 2, de la Constitution de la Fédération de Russie, l'étranger ou l'apatride présent sur le territoire de la Fédération peut, en cas d'éloignement forcé de ce territoire, être gardé à vue, sur décision judiciaire, jusqu'à 48 heures dans l'attente de son expulsion. Il ne peut être détenu plus longtemps que sur décision judiciaire et que si l'exécution de l'arrêté d'expulsion le concernant dépend de sa détention.

Une décision judiciaire est donc requise pour protéger cette personne contre tout prolongement arbitraire de sa période de détention au-delà du délai légal de 48 heures mais aussi contre toute détention illégale à proprement parler du fait que, dans tous les cas, le juge apprécie la légalité et le bien-fondé du recours à la détention contre la personne concernée. Il découle de l'article 22 de la Constitution de la Fédération de Russie, rapproché de l'article 55 (par. 2 et 3), que la détention de durée illimitée ne peut être considérée comme une restriction admissible au droit de chacun à la liberté et à la sûreté de sa personne et est en fait un déni de ce droit. C'est pourquoi la disposition de la loi sur le statut juridique des étrangers en URSS, qui concerne la détention nécessaire dans l'attente de l'expulsion, que conteste le requérant ne doit pas être considérée comme justifiant la détention pour une durée indéterminée même lorsque l'exécution de l'arrêté d'expulsion pris contre un apatride est retardée car aucun État n'accepte de recevoir l'expulsé.

Autrement, la détention en tant que mesure nécessaire pour assurer l'exécution de la décision d'expulsion deviendrait une forme de châtement distincte qui n'est pas envisagée dans la législation de la Fédération de Russie et violerait les normes susmentionnées de la Constitution de la Fédération de Russie. »⁶²⁰.

254. Dans l'affaire *Zadvydas* contre *Davis*⁶²¹, la Cour suprême des États-Unis a été appelée à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi autorisant la détention illimitée d'un étranger présent sur le sol des États-Unis d'Amérique⁶²² dans l'attente de son expulsion⁶²³. Au lieu d'invalider la loi, la Cour a fait observer que :

H. LAUTERPACHT (dir. publ.), affaire no 232, p. 340; « La détention pour une durée indéterminée ne trouve toutefois aucune justification dans la loi car elle est contraire aux principes de la défense de la liberté et aux impératifs de la justice qui sont consacrés dans notre législation ». *In re de Souza*, op. cit., p. 333 et 334; in *re Forster*, Tribunal fédéral suprême du Brésil, 28 janvier 1942 (la loi précédente qui limitait la durée de la détention avait été abrogée et depuis aucune limite n'était actuellement imposée sauf à la discrétion du Ministère de la justice).

⁶¹⁹ Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, arrêt n° 6, op. cit.

⁶²⁰ La Cour a également jugé que, dans la mesure où elle autorisait la détention pendant plus de 48 heures sans décision judiciaire, la disposition en question était anticonstitutionnelle. Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, arrêt n° 6, op. cit.

⁶²¹ *Kestutis Zadvydas, Petitioner, v. Christine G. Davis and Immigration and Naturalization Service v. Kim Ho ma*, U.S. Supreme Court, 28 juin 2001, nos 99-7791 et 00-38.

⁶²² Et non pas celle d'un étranger demandant son admission aux États-Unis d'Amérique. Voir *supra* *Clark v. Martinez*, *infra*. Dans l'affaire *Zadvydas*, la Cour n'est pas arrivée à la même conclusion que dans d'autres affaires où elle avait apparemment autorisé la détention pour une durée indéfinie comme dans *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953) (concernant un étranger entré légalement aux États-Unis, qui avait quitté ce pays, y était rentré

« C'est un principe cardinal d'interprétation des lois, que lorsque la constitutionnalité d'une loi du Congrès soulève de sérieux doutes, la Cour commence par rechercher si la loi en cause est susceptible d'une interprétation constitutionnelle. »⁶²⁴.

Et la Cour d'ajouter que :

« Une loi autorisant la détention d'un étranger pour une durée illimitée poserait un grave problème constitutionnel. Le cinquième amendement à la Constitution, qui garantit un procès équitable, interdit au Gouvernement de priver quiconque de sa liberté sans procédure légale régulière. Le droit de ne pas être soumis à l'emprisonnement – la garde à vue, la détention ou toute autre forme de contrainte physique – est au cœur de la liberté que cette disposition consacre. Voir *Foucha v. Louisiana*, 504 U.S. 71, 80 (1992). [...] »

D'après le Gouvernement, la loi vise deux objectifs réglementaires :

“garantir la comparution de l'étranger lors de futures procédures d'immigration”. Mémoire des défendeurs n°99-7791, p. 24. Mais, par définition, la première raison invoquée – empêcher la fuite – est peu convaincante dès lors que la probabilité d'un renvoi semble, dans le meilleur des cas, faible. Comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire *Jackson c. Indiana* [406 U.S. 715 (1972)], lorsque le but de la détention ne peut plus être atteint, la détention n'a plus aucun rapport raisonnable avec la finalité recherchée lors du placement en garde à vue de l'étranger. *Idem*, page 739. »⁶²⁵.

La Cour a donc conclu que :

« Pour répondre à la question fondamentale [de savoir si le fait qu'un ensemble particulier de circonstances équivaut à une détention d'une durée inférieure ou supérieure à la période raisonnablement nécessaire à l'exécution de l'arrêté d'expulsion détermine si la détention est ou non imposée en vertu d'un pouvoir conféré par la loi], le tribunal saisi de la demande d'*habeas corpus* doit rechercher si la détention en question est d'une durée qui dépasse la période raisonnablement nécessaire à l'exécution de l'arrêté d'expulsion. Il doit apprécier le caractère raisonnable de la durée de la détention en premier lieu au regard de l'objectif premier de la loi qui est de s'assurer de la présence de l'étranger au moment de l'expulsion. Si l'expulsion n'est pas raisonnablement prévisible, le tribunal doit alors conclure que le maintien en détention n'est pas raisonnable et n'est donc plus autorisé par la loi. En ce cas,

après un voyage à l'étranger, n'avait pas été admis et avait été détenu indéfiniment à Ellis Island parce que le Gouvernement n'avait pas pu trouver un autre pays prêt à le recevoir) sur cette base.

⁶²³ « La loi ne fixe pas de limite à la durée de la détention de l'étranger qui relève de l'une des catégories prévues par l'article 1231(a)(6), au-delà de la période nécessaire à l'exécution de la décision d'expulsion. » Kestutis Zadvydas, *op. cit.* p. 689.

⁶²⁴ *Ibid.* (renvoyant à l'affaire *Crowell v. Benson*, 285 U.S. 22,62 (1932); voir également *United States v. X-Citement Video, Inc.*, 513 U. S. 64, 78 (1994); *United States v. Jin Fuey Moy*, 241 U. S. 394, 401 (1916); cf. *Almendarez-Torres v. United States*, 523 U. S. 224, 238 (1998) (l'interprétation donnée à une loi pour éviter son invalidation reflète au mieux la volonté du Congrès).

⁶²⁵ La Cour a toutefois limité la portée de sa décision à l'expulsion des étrangers en situation régulière et a déclaré expressément « ne pas considérer le terrorisme ou d'autres circonstances particulières dans lesquelles des arguments spéciaux peuvent être invoqués pour justifier des formes de détention préventive ou privilégier des décisions du pouvoir politique concernant des questions de sécurité nationale. » Kestutis Zadvydas, *Ibid.* p. 690 et 696.

bien entendu, la libération de l'étranger peut et devrait être subordonnée à différentes formes de remise en liberté sous surveillance qui tiennent compte des circonstances, l'étranger pouvant certainement être replacé en détention s'il enfreint une de ces conditions. [...]

Nous n'ignorons pas que les tribunaux devront faire des choix difficiles pour tenir compte de la latitude nécessaire qui doit être laissée à l'exécutif.

Pour limiter les occasions où ils seront appelés à ce faire, nous pensons qu'il est souhaitable, pour des raisons pratiques, de fixer une période de détention a priori raisonnable [...]

Bien que l'on puisse faire valoir qu'il faut s'en tenir au délai prévu qui est de 90 jours, nous doutons que lorsque, en 1996 le Congrès a limité à 90 jours la durée de la période de rétention, il était convaincu que toutes les expulsions raisonnablement prévisibles pourraient être exécutées dans ce délai.

Nous avons en revanche lieu de penser que ce même Congrès avait par le passé mis en doute la constitutionnalité d'une détention de plus de six mois.

(Voir Juris. Statement of United States in *United States v. Witkovich*, O. T. 1956, n° 295, p. 8 et 9). Par conséquent, par souci d'uniformisation de l'administration de la justice par les cours fédérales, nous retenons ce délai.

Après cette période de six mois, lorsque l'étranger donne des raisons de penser qu'il ne pourra probablement pas être renvoyé dans un avenir raisonnablement prévisible, le Gouvernement doit produire des éléments de preuve suffisants pour réfuter cette thèse. Et pour que la détention demeure raisonnable, et si la détention après la période nécessaire à l'exécution de la décision d'expulsion se prolonge, l'échéance à laquelle renvoie « l'avenir raisonnablement prévisible » doit être raccourcie d'autant. Cette période de six mois présumée raisonnable ne signifie pas bien entendu que tous les étrangers doivent être remis en liberté au bout de six mois. Au contraire, l'étranger peut être maintenu en détention tant qu'il n'a pas été déterminé que son renvoi avait peu de chances de se produire dans un avenir raisonnablement prévisible. »⁶²⁶.

255. Plus tard, dans l'affaire *Clark c. Martinez*⁶²⁷, la Cour suprême fédérale des États-Unis d'Amérique a estimé que sa décision selon laquelle l'étranger ne pouvait être maintenu en détention qu'aussi longtemps qu'il était raisonnablement nécessaire pour exécuter l'ordre d'expulsion le concernant, s'appliquait également aux étrangers faisant l'objet d'un arrêté de refoulement. En conséquence, la Cour a conclu que :

« Comme le Gouvernement n'a avancé aucune raison pour justifier le fait que la période raisonnablement nécessaire à l'exécution de l'ordre d'expulsion était plus longue pour un étranger faisant l'objet d'une décision de non admission, la période de détention de six mois présumée raisonnable dans l'affaire *Zadvydas* s'applique en l'espèce (voir 533 U.S., p. 699 à 701). *Martinez* et *Benitez* ont tous les deux été maintenus en détention pendant bien plus que six mois après l'arrêté définitif de refoulement. Le Gouvernement n'ayant donné aucune indication de ce qu'il était fort probable qu'ils puissent être refoulés bien que six mois se soient écoulés (de fait, il a même reconnu ne

⁶²⁶ Ibid., p. 699 à 701.

⁶²⁷ Seattle, *Immigration and Customs Enforcement, et al. v. Martinez*, U.S. Supreme Court, 12 janvier 2005, no 03-878.

plus être en négociation avec Cuba en vue de leur rapatriement), et le District Court ayant dans les deux cas jugé que le refoulement n'était pas raisonnablement prévisible, les demandes de remise en liberté auraient dû être acceptées. »⁶²⁸.

256. La Haute Cour australienne, appelée à trancher une question similaire dans l'affaire *Al-Kateb c. Godwin*⁶²⁹, s'est demandée si la détention administrative d'étrangers en situation irrégulière pouvait être prolongée indéfiniment. Elle a tenu pour constitutionnelle la loi contestée, le juge McHugh faisant observer que :

« Toute loi exigeant la détention d'un étranger tire sa raison d'être de l'objet de la détention. Tant que l'objet de la détention est de tenir l'étranger à disposition en vue de son expulsion ou de l'empêcher d'entrer en Australie ou dans la communauté australienne, la détention n'est pas une sanction. »⁶³⁰.

257. Plusieurs des juges de cette cour ont évoqué les arrêts rendus dans les affaires *Zadvydas c. Davis*⁶³¹ par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *R. c. Governor of Durham Prison*, ex parte *Hardial Singh*⁶³², par la Queen's Bench Division du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, et *Tan Te Lam c. Superintendent of Tai A Chau Detention Centre*⁶³³, par le Privy Council pour Hong Kong, dans lesquelles la détention d'une durée indéfinie a été jugée illégale. Ils ont fait remarquer que ce type de détention avait déjà été attaqué sans succès devant les tribunaux dans les affaires *Lloyd c. Wallach*⁶³⁴, concernant la loi *War Precautions Act* de 1914 (Cth), et ex parte *Walsh*⁶³⁵, concernant les National Security (General) Regulations de 1939 (Cth).

258. Dans l'affaire *Al-Kateb*, on a également argué que bien que la loi soit constitutionnelle, la question de sa conformité avec les obligations internationales de l'Australie n'avait pas été tranchée. La Cour a expressément réglé l'argument selon lequel la Constitution devait être interprétée en conformité avec les principes du droit international public en déclarant que les normes du droit international existant à l'époque de l'adoption de la Constitution pouvait, dans certains cas éclairer le sens d'une disposition de celle-ci⁶³⁶.

⁶²⁸ Ibid., p. 15.

⁶²⁹ *Al-Kateb v. Goodwin*, High Court, 6 août 2004, 2004 HCA 37.

⁶³⁰ Ibid.

⁶³¹ Kestutis Zadvydas, op. cit.

⁶³² « Bien que le pouvoir que le Secrétaire d'État tire du paragraphe 2 en matière de détention ne soit pas soumis à des limites expresses dans le temps, je suis parfaitement convaincu qu'il est soumis à des limites. Tout d'abord, il ne peut autoriser la détention que si l'individu est détenu soit dans l'attente d'un arrêté d'expulsion soit dans l'attente de l'exécution d'un tel arrêté. Deuxièmement, comme ce pouvoir lui est conféré pour permettre la mise en route du processus d'expulsion, je considère ce pouvoir de détention comme implicitement limité à une période jugée raisonnablement nécessaire pour ce faire. » *Regina v. Governor of Durham Prison*, ex parte *Hardial Singh*, [1984] 1 WLR 704; [1984] 1 All ER 983.

⁶³³ *Tan Te Lam v. Superintendent of Tai A Chau Detention Centre*, Privy Council of Hong Kong, [1997] AC 97.

⁶³⁴ *Lloyd v. Wallach*, 20 CLR 299 (1915).

⁶³⁵ Ex parte *Walsh*, [1942] ALR 359.

⁶³⁶ « Enfin, contrairement au point de vue du juge Kirby, les tribunaux ne sauraient interpréter la Constitution en se référant aux dispositions du droit international qui ont été reconnues depuis que celle-ci a été adoptée en 1900. Les normes du droit international existant à cette époque peuvent dans certains cas éclairer le sens d'une disposition de la Constitution. » Ex parte *Walsh*, [1942] ALR 359. (Gleeson, C. J.).

259. Dans l'affaire *A et consorts c. Secretary of State for the Home Department*⁶³⁷, la question était de savoir si l'on peut en vertu d'une dérogation à l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, placer indéfiniment en détention tout étranger faisant l'objet d'un ordre d'expulsion dont le renvoi était impossible.

260. L'on a fait observer que, conformément à l'arrêt rendu précédemment par la Chambre des Lords dans l'affaire *R. c. Governor of Durham Prison ex parte Singh*, les personnes sous le coup d'un arrêté d'expulsion ne pouvaient être détenues qu'aussi longtemps qu'il était raisonnablement nécessaire pour que l'arrêté d'expulsion puisse être mis à exécution⁶³⁸. Il a toutefois été rappelé que, conformément à l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Chahal*, certains individus impliqués dans le terrorisme international ne pouvaient pas être expulsés du Royaume-Uni. Une demande officielle de dérogation à l'article 5 de la Convention avait donc été soumise.

261. La Chambre des Lords a conclu que les dispositions contestées de la loi autorisant la détention d'étrangers pendant une durée illimitée sans inculpation ni jugement étaient illégales en dépit de la demande de dérogation. Elle les a jugé disproportionnées et discriminatoires du fait qu'elles s'appliquaient de façon différente aux non-nationaux et aux nationaux soupçonnés de terrorisme. Lord Bingham de Cornhill a fait observer que :

« L'article 15 stipule que les dérogations à ces dispositions ne sont autorisées que dans la stricte mesure où la situation l'exige et l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité ou la situation au regard de l'immigration n'a souffert aucune dérogation. L'article 14 demeure pleinement en vigueur. Toute mesure discriminatoire affecte forcément un groupe plus restreint que large mais ne saurait se justifier du fait qu'elle aurait des répercussions sur davantage de personnes si elle était appliquée de façon plus large. Il ne s'agit pas ici de justifier la mesure en cause mais la différence de traitement entre plusieurs personnes ou plusieurs groupes. On ne saurait justifier ici la décision de placer en détention un groupe soupçonné de terrorisme international, à cause de sa nationalité ou de sa situation au regard de l'immigration, et pas un autre. »⁶³⁹.

4. Durée de la détention

262. La durée de détention a un impact indéniable sur les conditions de détention. La durée de la détention est la période qui s'écoule entre le jour du placement en détention d'une personne en vue de son expulsion et le jour de sa remise en liberté ou de son expulsion effective. Il n'existe pas de conventions internationales qui fixent avec précision la durée autorisée d'une détention en vue de l'expulsion. La jurisprudence internationale, si elle recommande une durée *raisonnable* de la détention et juge certaines périodes de *détention excessives*, n'en précise pas avec exactitude les limites. Il faut relever cependant que la durée de détention ne peut être calculée que lorsque la procédure d'expulsion est régulière. Dans l'affaire

⁶³⁷ *A and others v. Secretary of State for the Home Department*, United Kingdom House of Lords, [2004] UKHL 56, [2005] 2 AC 68, [2005] 3 All ER 169, 16 décembre 2004.

⁶³⁸ Ibid., par. 8 (Lord Bingham de Cornhill). Lord Nicholls de Birkenhead a fait observer que « la détention d'une durée indéfinie sans inculpation ni procès est une abomination pour tout pays respectueux de l'état de droit. Elle prive le détenu de la protection qu'un procès au pénal est censé lui offrir. Une mesure aussi extrême ne peut se justifier qu'en présence de circonstances tout à fait exceptionnelles ».

⁶³⁹ Ibid., par. 68.

Hokic et Hrustic c. Italie, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que « [u]ne période de détention est en principe régulière si elle a lieu en exécution d'une décision judiciaire. La constatation ultérieure d'un manquement par le juge peut ne pas rejaillir, en droit interne, sur la validité de la détention subie dans l'intervalle. »⁶⁴⁰.

263. La plupart des législations nationales limitent la durée de la détention en vue de l'expulsion. Les délais varient d'un Etat à un autre et sont susceptibles de prorogation. Mais il est difficile que ces prescriptions soient respectées dans la pratique car, comme le dit un auteur : « Le temps a deux fonctions en centre de rétention. D'une part il comprend la durée qui est nécessaire pour établir l'identité de l'étranger détenu et lui délivrer les documents correspondants (passeport, laisser-passer...). D'autre part le temps sert à essayer de modifier le comportement de la personne détenue vis-à-vis de son expulsion, afin que, par exemple, il aide à l'organisation de sa propre expulsion, en donnant, par exemple, des indications sur sa personne (état-civil, pays de transit...) »⁶⁴¹. Le placement en détention d'un étranger en vue de son expulsion peut faire l'objet d'appréciations divergentes entre les autorités d'un même Etat. Dans les législations internes, il peut y avoir détention d'un étranger à la suite d'une décision administrative ou à la suite d'une décision judiciaire. En général, il s'agit des décisions assorties d'une clause d'exécution directe. Habituellement, il revient à l'autorité ayant prononcé la mise en détention de la limiter dans le temps et de la proroger.

264. *En Allemagne*, l'article 57 (4) 3) des lois sur les étrangers du 9 juillet 1990 et du 30 juin 1993 dispose que « [l]a détention de sûreté [*Sicherungshaft*] peut être ordonnée pour une durée de six mois ». Cette loi prévoit une possibilité de prolongation de cette durée de douze mois lorsque l'étranger « fait obstacle » à son expulsion, de sorte que la durée totale de la rétention peut atteindre dix-huit mois. Les décisions de prolongation doivent être prises selon la même procédure que les décisions initiales de placement en rétention. En pratique, comme les tribunaux d'instance ne sont pas spécialisés dans le droit des étrangers⁶⁴², ils épousent en général la position de l'administration et prononcent des décisions de placement en rétention valables pendant trois mois et qui sont prolongées en cas de besoin. Le placement en centre de rétention est réglementé par l'article 57 des lois sur les étrangers du 9 juillet 1990 et du 30 juin 1993.

265. *En Belgique*, la durée de la détention est en principe limitée à 5 mois par la loi du 15 décembre 1980, avec une possibilité de l'étendre à huit mois lorsque des raisons touchant à l'ordre public ou à la sécurité nationale le justifient. De plus, en pratique, l'enfermement n'est limité par aucun délai en Belgique puisqu'un nouveau délai recommence à courir lorsqu'une personne s'oppose à son expulsion. Toutefois, une durée d'un an paraît exceptionnelle⁶⁴³. Cependant, les chiffres de la durée de détention avancés par le ministère de l'Intérieur ne correspondent qu'à une vision partielle de la réalité. Ceci est induit par le mode de calcul des durées de détention. Les seuls chiffres communiqués par l'Office des étrangers sont les durées de

⁶⁴⁰ CEDH, affaire *Hokic et Hrustic c. Italie*, arrêt du 1^{er} décembre 2009, par. 22.

⁶⁴¹ F. P. WEBER, « Expulsion : genèse et pratique d'un contrôle en Allemagne (partie 1) », *Cultures & Conflits*, 23, automne 1996, [En ligne], mis en ligne le 15 mars 2006, <http://www.conflicts.org/index350.html>. Consulté le 31 mai 2009.

⁶⁴² Le contentieux des étrangers relève en effet des tribunaux administratifs.

⁶⁴³ Cf. Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, Rapport de la délégation de la commission LIBE sur la visite aux centres fermés pour demandeurs d'asile et immigrés de Belgique du 11 octobre 2007, Rapporteur: Giusto CATANIA, p. 3.

détention moyennes par centre et non pas les durées moyennes par détenu. Il n'est donc pas tenu compte de la durée totale de détention qu'une personne aura réellement subie, les transferts entre centres n'étant pas comptabilisés. Et il y a beaucoup de transferts entre les centres. A titre d'exemple, le rapport 2006 du centre « 127 bis » note que : « Parmi les 2 228 personnes inscrites, 126 provenaient d'autres centres: En 2006, 176 résidents ont été transférés vers un autre centre fermé »⁶⁴⁴. Un détenu qui aura passé 2 mois au centre « 127 », puis 3 mois au centre « 127 bis » et 24 heures à l'« INAD » avant le rapatriement apparaîtra dans les statistiques à 3 reprises. Pour l'administration, il ne s'agira pas d'une personne qui aura passé plus de 5 mois en détention. Bien au contraire, au niveau statistique il s'agira de 3 individus, dont les durées de détention qui apparaissent par centre seront respectivement de 2 mois, 3 mois, 24 heures. Paradoxalement, ce détenu qui aura passé 5 mois en centres fermés permettra à l'administration de faire baisser considérablement les statistiques de durées de détention⁶⁴⁵. Selon les ONG, en Belgique, malgré une durée de détention maximale de 5 mois inscrite dans la loi, les détentions sont parfois, dans les faits, beaucoup plus longues. Certaines personnes ont ainsi déjà passé plus d'un an, sans discontinuer, dans divers centres fermés. Les effets psychologiques des détentions aussi longues sont dévastateurs sur les personnes⁶⁴⁶.

266. *Au Danemark*, la durée totale de la détention n'est pas limitée. Les décisions de prolongation sont prises selon la même procédure que les décisions initiales de placement en rétention. Elles doivent respecter le principe de proportionnalité : le juge doit vérifier que les formalités nécessaires à l'expulsion progressent et que l'expulsion est envisageable dans un délai « *raisonnable* ».

267. *En Espagne*, la durée de la rétention, limitée au minimum nécessaire, ne peut dépasser 40 jours. La décision de placement en rétention peut faire l'objet d'un recours en modification devant le juge qui l'a prise dans les trois jours et, à titre subsidiaire, d'une demande de révision auprès de la juridiction supérieure. Ces recours n'ont pas d'effet suspensif. Au bout de 40 jours, les étrangers qui n'ont pas pu être expulsés – par exemple parce qu'ils n'ont pas de papiers ou parce que les autorités de leur pays refusent de coopérer – sont remis en liberté. Ils ne peuvent être placés en rétention une nouvelle fois pour les mêmes motifs, mais l'ordre d'expulsion qui leur est remis les enferme dans la marginalité, car il les empêche de trouver un logement et de travailler légalement.

268. *En Italie*, la Cour constitutionnelle a estimé, dès 2001, que la rétention constituait une privation de liberté incompatible avec l'article 13 de la Constitution, selon lequel « aucune restriction de la liberté individuelle n'est admise, si ce n'est par un acte motivé de l'autorité judiciaire et dans les cas et les seules formes prévus par la loi. » Par conséquent, les décisions de placement en rétention doivent être validées par un juge. La durée de la rétention est limitée à trente jours. Elle peut, à la demande de la police, être prolongée de trente jours par le juge. Cette décision de prolongation peut également faire l'objet d'un recours non suspensif en cassation. Le recours doit être présenté dans les 60 jours.

269. *En Suisse*, l'article 76 de la loi sur les étrangers dispose à propos de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion, que :

⁶⁴⁴ *Ibid.*

⁶⁴⁵ *Ibid.* 5.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 7.

« 2 – La durée de la détention visée à l'al. 1, let. b, ch. 5, ne peut excéder 20 jours.

3 – La durée de la détention visée à l'al. 1, l et. a et b, ch. 1 à 4, ne peut excéder trois mois; si des obstacles particuliers s'opposent à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion, la détention peut, avec l'accord de l'autorité judiciaire cantonale, être prolongée de quinze mois au plus et de neuf mois au plus pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans. Le nombre de jours de détention visé à l'al. 2 doit être comptabilisé dans la durée de détention maximale. ».

270. L'Article L554-1 du Code d'entrée et de séjours des étrangers en France dispose qu'«[u]n étranger ne peut être placé ou maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ. L'administration doit exercer toute diligence à cet effet.» Il serait donc important que l'administration publie les durées de détention par détenu et non seulement par centre, ce qui semble possible techniquement. L'intervention à la fois des autorités administratives et des juges en matière de détention des personnes en cours d'expulsion crée la confusion et la non-maîtrise des délais de détention. De plus, la possibilité d'une prorogation de la détention entraîne inévitablement un difficile calcul de la durée de la détention.

271. Pour calculer la durée de la détention, les juridictions internationales, en l'occurrence la Cour européenne des droits de l'homme, considèrent la période qui s'écoule entre le jour du placement en détention de l'étranger en vue de son expulsion et le jour de sa remise en liberté⁶⁴⁷. La computation des délais de détention ne peut avoir lieu lorsqu'une procédure d'expulsion est irrégulière ou lorsqu'une autorité abuse de ses pouvoirs.

272. Outre la jurisprudence et la doctrine, les institutions internationales s'accordent également sur la nécessité de la limitation de la détention en vue de l'expulsion dans une période relativement brève afin de ne pas prolonger l'enfermement de l'expulsé. La recommandation 1547(2002), de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative aux Procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, en son point 13, recommande au Comité des Ministres d'inviter instamment les Etats membres,

« à adapter sans délai leurs législations et leurs pratiques en matière de rétention préalable à l'expulsion, afin: « a. de limiter la durée de rétention en zone d'attente ou de transit à un maximum de quinze jours.

b. de limiter la durée de rétention dans les commissariats de police au temps strictement nécessaire à l'éventuelle procédure d'arrestation, et de séparer les étrangers visés par l'expulsion des personnes interpellées pour des faits de droit commun ».

273. La durée de la détention doit être conforme à ce qui est prévu par la loi. C'est ce qu'a relevé la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Shamsa*, concernant deux ressortissants libyens qui séjournaient illégalement en Pologne et qui firent l'objet d'une décision d'expulsion pour atteinte à l'ordre public. Ils furent détenus en vue de leur expulsion et, après plusieurs tentatives infructueuses de les expulser, la police des frontières les garda en détention à l'aéroport de Varsovie dans la zone de transit. Sur le caractère arbitraire de cette privation de liberté et donc sur son incompatibilité avec l'article 5 par.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour a fait remarquer que le principe général de sécurité juridique doit

⁶⁴⁷ CEDH, affaire *Hokic et Hrustic c. Italie*, arrêt du 1^{er} décembre 2009, § 18.

être respecté et qu' « il est [donc] essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de “légalité” fixé par la Convention (...) »⁶⁴⁸. En l'espèce, les requérants ont été détenus pendant une période dépassant celle prévue par la loi polonaise, laquelle ne précise pas si une telle détention est possible. La Cour a donc jugé que la loi nationale ne remplissait pas la condition de « prévisibilité » aux fins de l'article 5 par. 1 de la Convention et que, la décision d'expulsion ayant continué à être exécutée en l'absence de toute base légale⁶⁴⁹, la privation de liberté n'avait pas eu lieu selon « les voies légales » au sens de cet article.

274. En ce qui concerne la prolongation d'une détention, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'elle doit être décidée par une juridiction ou une personne pouvant exercer des fonctions judiciaires⁶⁵⁰. Au point 59 de l'arrêt *Shamsa*, elle a déduit cette règle de l'intégralité de l'article 5, et en particulier du paragraphe 1 c)⁶⁵¹ ainsi que du paragraphe 3⁶⁵². La Cour se réfère également à « la garantie d'*habeas corpus* » contenue dans l'article 5 par. 4 de la Convention pour « appuyer l'idée que la détention qui est prolongée au-delà de la période initiale envisagée au paragraphe 3 appelle l'intervention d'un “tribunal” comme garantie contre l'arbitraire »⁶⁵³. Dans sa proposition de directive sur le retour du 1er septembre 2005, la Commission des Communautés européennes a prévu à l'article 14 par. 3 que « la garde temporaire [à des fins d'éloignement] peut être prolongée par les autorités judiciaires », sa durée ne pouvant excéder six mois⁶⁵⁴.

275. L'article 7 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 interdit la détention et l'arrestation arbitraires et prévoit à ce titre des garanties procédurales⁶⁵⁵. Sur cette base, la Commission interaméricaine des droits de

⁶⁴⁸ CEDH, arrêt du 27 novembre 2003, *Shamsa contre Pologne*, par. 49.

⁶⁴⁹ Ibid., par. 53. Pour un autre exemple de détention dépourvue de base légale, voir CEDH, arrêt du 23 mai 2001, *Denizci e.a. contre Chypre*, recueil 2001-V (détention de ressortissants chypriotes en vue de leur expulsion de la République de Chypre vers la partie nord de l'île).

⁶⁵⁰ Ibid.

⁶⁵¹ L'article 5 par. 1 c) se lit comme suit : « [Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf (...)] s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ».

⁶⁵² L'article 5 par. 3 établit que : « Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience ».

⁶⁵³ CEDH, arrêt du 27 novembre 2003, *Shamsa*, par. 59.

⁶⁵⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM(2005) 391 final.

⁶⁵⁵ Selon l'article 7 par. 1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969 : « Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne » ; § 3 : « Nul ne peut faire l'objet d'une détention ou d'une arrestation arbitraires » ; § 4 : « Toute personne arrêtée ou détenue sera informée des raisons de l'arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de l'accusation ou des accusations portées contre elle » ; § 5 : « Toute personne arrêtée ou détenue sera traduite dans le plus court délai devant un juge ou un autre fonctionnaire habilité par la loi à exercer des attributions judiciaires, et devra être jugée dans un délai raisonnable ou libérée sans préjudice de la poursuite de l'instance. La mise en liberté peut être conditionnée à des garanties assurant sa comparution à l'audience ».

l'homme a considéré qu'il n'existe « aucune norme dans l'ordre juridique international qui justifie la détention prolongée, sur la base des pouvoirs d'exception, et à plus juste titre, pour maintenir en prison des personnes sans formuler des charges à leur encontre pour des violations présumées à des lois de sécurité nationale ou d'autres types et sans qu'elles aient le droit d'exercer les garanties propres à un procès juste et équitable »⁶⁵⁶.

276. À la lumière des analyses qui précèdent, il y a lieu de proposer le projet d'article ci-après dont les dispositions se dégagent de divers instruments juridiques internationaux, d'une jurisprudence internationale – en particulier arbitrale – bien établie, des législations et des jurisprudences nationales abondantes et concordantes, le tout appuyé par la doctrine :

Projet d'article B : Obligation de respecter les droits de l'homme de l'étranger au cours de l'expulsion ou pendant la détention en vue de l'expulsion

1. **L'expulsion d'un étranger doit s'effectuer en conformité avec le droit international des droits de l'homme. Elle doit être exécutée avec humanité, sans rigueur inutile et dans le respect de la dignité de la personne concernée**
2. a) **La détention d'un étranger en vue de son expulsion doit se faire dans un lieu approprié distinct de celui où sont détenus les personnes condamnées à des peines privatives de liberté, et dans le respect des droits de l'homme de la personne concernée**
 - b) **La détention d'un étranger expulsé ou en cours d'expulsion ne doit pas avoir un caractère punitif**
3. a) **La durée de la détention ne peut être illimitée. Elle doit être limitée u laps de temps qui est raisonnablement nécessaire à l'exécution de la décision d'expulsion. Toute détention d'une durée excessive Est interdite**
 - b) **La prolongation de la durée de la détention ne peut être décidée ue par une juridiction ou par une personne pouvant exercer les fonctions Judiciaires**
4. a) **La décision de mise en détention doit faire l'objet d'un examen périodique à échéances déterminées fondé sur des critères précis définis par la loi**
 - b) **Il est mis fin à la détention lorsque la décision d'expulsion ne peut pas être mise en exécution pour des raisons qui ne sont pas imputables à la personne concernée**

⁶⁵⁶ Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Diez años de actividades - 1971-1981*, Organisation des États américains, Washington, 1982, p. 320, référence citée par la FIDH, rapport n° 429 d'octobre 2005 « L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'homme : les clés de la compatibilité », <http://www.fidh.org/IMG/pdf/ onu429f.pdf>/ Ce rapport fut complété par un second rapport rendu le mois suivant, sur les « Violations des droits de l'homme en Afrique subsaharienne au motif de la lutte contre le terrorisme : une situation à hauts risques », rapport n° 429-A, novembre 2005.