UNIVERSITE LILLE 2 – DROIT ET SANTE
FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET SOCIALES
ECOLE DOCTORALE N° 74

Thèse

En vue de l'obtention du grade de Docteur en Droit
Doctorat de Droit public - nouveau régime

L'EXPULSION DES ÉTRANGERS EN DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

Mademoiselle Anne-Lise DUCROQUETZ

Sous la direction de Monsieur Patrick MEUNIER

Présentée et soutenue publiquement le 1er décembre 2007

JURY

Monsieur Jean-Yves CARLIER, Professeur à l'Université catholique de Louvain
(Suffragant)

Monsieur Olivier LECUCQ, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
(Rapporteur)

Madame Danièle LOCHAK, Professeur à l'Université Paris X – Nanterre
(Rapporteur)

Monsieur Patrick MEUNIER, Professeur à l'Université Lille 2
(Directeur de thèse)

Madame Hélène TIGROUDJA, Professeur à l'Université d'Artois
(Suffragant)

Je tiens à remercier mes parents et mes sœurs pour leur soutien indéfectible pendant toutes ces années d'études, ainsi que Sylvain pour sa patience et les nombreuses heures passées à la relecture de cette thèse.

J'adresse également toute ma reconnaissance à Mme Anne-Marie Girardin et Melle Carine Dumez pour leur aide dans mes activités de recherche et d'enseignement.

Enfin, je souhaite exprimer toute ma gratitude envers mon directeur de thèse, Mr le Professeur Patrick Meunier, pour m'avoir proposé un sujet de thèse en accord avec mes aspirations, et pour ses conseils avisés qui m'ont permis de mener à bien ces travaux.

SOMMAIRE

Introduction générale ……..... 6

PREMIERE PARTIE – LA LÉGITIMITÉ DE L'EXPULSION……. 47

TITRE PREMIER – LES MOTIVATIONS ÉTATIQUES DE L'EXPULSION ……... 51

Chapitre I – Les motifs d'expulsion des étrangers en droit international et communautaire ……. 54

Chapitre II – Les motifs d'expulsion des non-nationaux en droit communautaire ……104

TITRE SECOND – LES LIMITES AU DROIT D'EXPULSION DES ÉTATS ……169

Chapitre I – Le non-renvoi vers un pays à risque ……. 172

Chapitre II – Le respect de la vie familiale ……... 224

SECONDE PARTIE – LES MODALITÉS DE L'EXPULSION ……. 287

TITRE PREMIER – LA DÉCISION D'EXPULSION ET LES GARANTIES PROCÉDURALES ……... 289

Chapitre I – L'étendue des garanties procédurales en droit international et européen des droits de l'Homme ……..……. 293

Chapitre II – L'étendue des garanties procédurales en droit communautaire …….……. 338

TITRE SECOND – LA DÉCISION D'EXPULSION ET SA MISE EN ŒUVRE …… 371

Chapitre I – Les difficultés posées par l'exécution des décisions d'expulsion ……. 374

Chapitre II – La coopération européenne en matière d'exécution des décisions d'expulsion …… 416

Conclusion générale ……. 488

TABLE DES ABRÉVIATIONS

I – Abréviations des revues citées

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJIL	American Journal of International Law
Annuaire fr. dr. int.	Annuaire français de droit international
Bull. CE	Bulletin des Communautés européennes
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
CMLR	Common Market Law Review
EHRLR	European Human Rights Law Review
EJIL	European Journal of International Law
EJML	European Journal of Migration and Law
Eur. Law Rev.	European Law Review
Eur. Publ. Law	European Public Law
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP	Juris-Classeur Périodique (Edition générale)
JDI	Journal du droit international
LPA	Les Petites Affiches
RBDI	Revue belge de droit international
RDE	Revue du droit des étrangers
RDIDC	Revue de droit international et de droit comparé
RD pén. crim.	Revue de droit pénal et de criminologie
RD publ.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDUE	Revue du droit de l'Union européenne
Rev. aff. eur.	Revue des affaires européennes
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

RFD adm.	Revue française de droit administratif
RGDI publ.	Revue générale de droit international public
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RMC	Revue du marché commun
RMCUE	Revue du marché commun et de l'Union européenne
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'Homme

II – Sigles et abréviations à caractère bibliographique

aff.	Affaire
al.	Alinéa
AUF	Agence universitaire de la francophonie
c/	Contre
cf.	Confer
chap.	Chapitre
coll.	Collection
comm.	Commentaire
DEA	Diplôme d'études approfondies
dir.	Direction, sous la direction de
doc.	Document
D. R.	Recueil des décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'Homme
ed.	Editeurs
etc	Et cetera
Fasc.	Fascicule
ibid.	Ibidem
id.	Idem
JO	Journal officiel (des Communautés européennes)
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes

JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
jtes.	Jointes
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
loc. cit.	Loco citato
n°	Numéro(s)
op. cit.	Opere citato
p.	Page
§	Paragraphe
§§	Paragraphes
Passim	ça et là
pp.	Pages
pt.	Point
pts.	Points
PUF	Presses universitaires de France
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
Rec.	Recueil
req.	Requète
RSA	Recueil des sentences arbitrales
sp.	Spécialement
sqq.	Et sequentes
ss.	Sous
suppl.	Supplément
t.	Tome
v.	Versus
vol.	Volume
voy.	Voyez

III – Abréviations utilisées dans le texte (et dans les notes)

ACP	Afrique Caraïbes Pacifique
AELE	Association européenne de libre-échange
CAHAR	Comité ad hoc d'experts sur les aspects juridiques de l'asile territorial, des réfugiés et des apatrides
CAWG	Control Authorities Working Group
CE	Communauté européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEE	Communauté économique européenne
CEJEC	Centre d'études juridiques européennes et comparées
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
Comm.EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
Conv.EDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CPI	Cour pénale internationale
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants
CREDHO	Centre de recherches et d'études sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire
CREDOF	Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux
EEE	Espace économique européen
EU	European Union
EUI	European University Institute
FIDH	Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme

GISTI	Groupement d'Intervention et de Soutien aux Travailleurs Immigrés
HCR	Haut Commissariat pour les réfugiés
IATA	International Air Transport Association
ICAO	International Civil Aviation Organisation
IEDDH	Initiative Européenne pour la Démocratie et les Droits de l'Homme
ITF	Interdiction du territoire français
JAI	Justice et affaires intérieures
MRAX	Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie
NEIO	Nouveaux Etats Indépendants de l'Ouest
O.A.C.I.	Organisation de l'aviation civile internationale
OEA	Organisation des Etats américains
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMS	Organisation mondiale de la santé
O.N.U.	Organisation des Nations Unies
OUA	Organisation de l'unité africaine
PEV	Politique européenne de voisinage
RFA	République fédérale d'Allemagne
S.D.N.	Société des Nations
SIS	Système d'information Schengen
TCE	Traité instituant la Communauté europénne
TPI(CE)	Tribunal de première instance (des Communautés européennes)
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
U.N.	United Nations
URSS	Union des républiques socialistes soviétiques
USA	United States of America
VIS	Système d'information sur les visas

INTRODUCTION GENERALE

> « (…) *il faut prendre en compte tout à la fois le fait que, d'abord, il n'est pas possible (ou du moins pas absolument) de fermer ses frontières en ne recevant personne et en ne laissant personne voyager ailleurs, et que, de plus, ce serait aux yeux du reste de l'humanité une mesure sauvage et cruelle qui vaudrait, à quiconque l'applique, les noms fâcheux que l'on attribue à ceux qui pratiquent les expulsions d'étrangers, sans parler de la réputation d'être dur et intolérant dans sa manière d'être* »[1].

1. Au cours du XIXe siècle, les pratiques d'expulsion ont pris de l'ampleur suite à l'immense développement de la migration, dû en majeure partie à la révolution industrielle. Depuis, sauf lors des deux guerres mondiales où la mobilité humaine a naturellement ralenti, le phénomène n'a eu de cesse de s'accentuer.

Les mouvements internationaux de populations font actuellement partie des grandes préoccupations de la communauté internationale[2]. D'après le rapport sur les migrations internationales, publié en 2002 par les services de l'O.N.U.[3], le nombre de migrants dans le monde est d'environ « *175 millions de personnes, soit 3% de la population mondiale* »[4]. Ce nombre a ainsi été multiplié par deux en 25 ans[5]. Aujourd'hui, six migrants sur dix vivent dans les régions développées, tandis que les autres résident dans les pays moins développés[6].

---

[1] PLATON, *Les lois*, ~ 347 avant J.-C., 949 e.

[2] Pour une étude sur l'ampleur du phénomène que sont les flux migratoires, voir VERACHTEN (I.), *La gestion des flux migratoires et la stabilisation de l'espace européen*, thèse, Lille 2, ss. la dir. de PIROTTE (O.), 1999, 645 p.

[3] Organisation des Nations Unies, Division de la population du Département des affaires économiques et sociales, planche murale sur les « *migrations internationales (2002)* », publiées le 28 octobre 2002, http://www.unpopulation.org/. En plus de cette planche murale, la Division a publié un rapport sur les migrations internationales à l'échelle des régions, des pays et du monde pour les années 1990 et 2000. Ce rapport peut être consulté sur le site indiqué précédemment.

[4] Communiqué de presse du 29 octobre 2002 réalisé à l'occasion de la publication de la planche murale sur les « *migrations internationales (2002)* » : http://www.un.org/esa/population/publications/ittmig2002/press-release-fr.htm

[5] *Ibid.*

[6] *Ibid.*

Cette population migrante s'est majoritairement établie en Europe, en Asie et en Amérique du Nord[7].

2. Les raisons de ces migrations internationales sont multiples[8]. Et s'il n'est nullement question de remettre en cause le fait que les migrants peuvent contribuer de manière positive et importante à l'enrichissement économique et culturel des pays d'accueil, il ne faut pas oublier que, d'une part, ils peuvent « *susciter des tensions politiques, économiques ou sociales* » dans ces mêmes pays et, d'autre part, ils vident leur pays d'origine de ressources humaines[9]. La tendance actuelle des gouvernements des pays de destination est par conséquent d'adopter des politiques visant à réduire les niveaux d'immigration[10], surtout depuis les attentats du 11 septembre 2001 qui ont touché le territoire américain. Les Nations Unies observent ainsi que de nombreux pays restreignent « *leurs politiques à l'égard des immigrants, des réfugiés et des demandeurs d'asile* »[11]. La problématique relative au principe de la souveraineté des Etats et à sa traduction immédiate qu'est l'exercice de prérogatives comme l'expulsion se pose avec d'autant plus d'acuité.

3. Si la pratique de l'expulsion apparaît dès l'Antiquité grecque puis romaine (**A**), elle restera par la suite arbitraire, le droit canon ne traitant pas par exemple de cette question (**B**). Il faut attendre le XIXe siècle et l'essor du droit international pour qu'un début d'encadrement de cette pratique soit défini (**C**). Par ailleurs, quelles que soient les différences terminologiques posées par les ordres juridiques nationaux et internationaux (**D**), l'expulsion s'appliquera rapidement de façon distincte en fonction du critère de nationalité (**E**).

---

[7] *Ibid.* Respectivement 56 millions, 50 millions et 41 millions de migrants. Selon le rapport sur les migrations internationales de 2002, la proportion des personnes migrantes se trouvant dans les régions les plus développées est de 10 %, contre 1,43 % « *dans les pays en développement* ».

[8] Les causes des mouvements internationaux de populations sont majoritairement liées au développement (travail, bien-être économique), mais restent le plus souvent la fuite d'un pays natal politiquement hostile. Néanmoins, les migrations ont de plus en plus fréquemment pour objectif le rapprochement familial. Pour le cas spécifique de la France, voy. Haut Conseil à l'Intégration, Observatoire statistique de l'immigration et de l'intégration, Groupe permanent chargé des statistiques, Rapport statistique 2002-2004, 109 p. : ce rapport traite de la question de l'entrée régulière sur le territoire français, et notamment des différents motifs de l'immigration, ainsi que du parcours d'intégration.

[9] Voir le rapport sur les migrations internationales 2002, consultable sur le site cité supra, note n° 3.

[10] *Ibid.*

[11] *Ibid.*

A. L'expulsion dans l'Antiquité grecque et romaine

4. La pratique de l'expulsion est très ancienne. Elle est d'une universalité non seulement géographique mais aussi historique. Ce phénomène se retrouve, en effet, « *dans toutes les sociétés humaines* », passées et actuelles[12].

Au Ve siècle avant J.-C., l'expulsion est une pratique déjà suffisamment courante pour que le terme fasse partie du langage commun[13]. Aussi, les premiers travaux permettant de mieux appréhender la problématique de l'expulsion dans les temps anciens se sont attachés à l'étude de l'Antiquité grecque et romaine.

5. En Grèce, à l'époque archaïque[14], les raisons expliquant le bannissement sont essentiellement de nature politique. Lorsque les luttes entre factions (groupes d'élites) perturbent trop gravement la vie d'une cité, le chef d'une de ces factions est éloigné, exilé[15]. Au VIe siècle avant J.-C., siècle qui voit naître et se consolider la démocratie à Athènes[16], le bannissement est légalisé par Solon et sanctionne celui qui « *ne* [prend] *pas parti dans une lutte de factions* » puis frappe celui qui cherche à mettre en place une tyrannie[17].

6. A la fin du VIe siècle, le bannissement est toujours pratiqué à Athènes et ne peut frapper que les membres de la cité : entre -508 et -507, Clisthène[18] entreprit, une fois porté au

---

[12] GILISSEN (J.), *Le statut des étrangers à la lumière de l'histoire comparative*, *in* Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions, *L'étranger, Foreigner*, Paris, Dessain et Tolra, tome IX, 1ère partie, 1984, 405 p., pp. 5-57, sp. p. 5.

[13] VATIN (C.), *Citoyens et non citoyens dans le monde grec*, Paris, CDU et SEDES, 1984, 266 p., p. 145.

[14] Les historiens ne s'accordent pas sur la chronologie de l'histoire de la Grèce antique. Toutefois, la majorité d'entre eux retient les dates suivantes pour les différentes périodes de cette histoire : la période archaïque s'étend du VIIIe siècle avant J.-C (marqué notamment par les premiers Jeux Olympiques en - 776) à ~ - 500, l'époque classique de ~ - 500 à - 323 (mort d'Alexandre le Grand), et l'époque hellénistique de - 323 à - 30 (mort de Cléopâtre VII et début de la dépendance romaine de l'Egypte). Certains auteurs font débuter l'époque archaïque à - 900 et la période hellénistique à l'avènement d'Alexandre le Grand, à savoir en - 336 : voy. par exemple BASLEZ (M.-F.), *L'étranger dans la Grèce antique*, Paris, les Belles lettres, 1984, 361 p., Fasc., 40 p.

[15] *Id.*, p. 64.

[16] Voir http://www.chronicus.com. Aristote précise, dans son œuvre *Constitution d'Athènes,* que Solon, archonte éponyme et législateur athénien de -594 à -593, a jeté les bases de la démocratie à Athènes : ARISTOTE, *Constitution d'Athènes,* entre -330 et -320. Cet écrit est publié chez Paris, les Belles lettres, 2002, 182 p.

[17] BASLEZ (M.-F.), *L'étranger dans la Grèce antique*, *op. cit.*, supra note n° 14, p. 64.

[18] Clisthène est membre de la grande famille athénienne des Alcméonides dont sont issus, notamment, Périclès et Hipparque (Ve siècle avant J.-C.). Il gouverna la cité d'Athènes après avoir combattu Isagoras, partisan « *des tyrans et soutenu par Sparte* » (*cf.* http://www.chronicus.com). Aux Ve et IVe siècles, Athènes et Sparte étaient les deux plus puissantes cités du monde grec. Elles s'affrontèrent de 431 à 404 lors de la guerre du Péloponnèse.

pouvoir par le peuple, de démocratiser les institutions athéniennes par d'importantes réformes[19] dans les domaines civique et politique, puis mit en place la procédure[20] dite d'ostracisme[21]. Cette procédure permettait non seulement d'éloigner « *un citoyen jugé dangereux pour la cité* »[22], mais également de « *se débarrasser d'un* [adversaire] *politique* »[23] : elle consistait à condamner à un exil[24] d'une durée de dix ans[25] les citoyens dont l'ambition personnelle était de rétablir la tyrannie ou menaçait les libertés publiques et la démocratie, et ceux qui avaient trop d'influence et de pouvoir[26]. Pour les mêmes raisons,

---

[19] Pour une étude approfondie de ces réformes, voir FRANCOTTE (H.), *L'organisation de la cité athénienne et la réforme de Clisthène*, extrait du tome XLVII des Mémoires couronnés et autres mémoires publiés par l'Académie royale de Belgique, 1892, 127 p., pp. 60-127.

[20] La procédure d'ostracisme, « *première loi d'importance après les réformes* » et spécifique à la cité d'Athènes, est attribuée à Clisthène mais « *sa paternité est (…) contestée* » (http://www.chronicus.com). Voir également BASLEZ (M.-F.), *op. cit.*, supra note n° 14, p. 62. Cette procédure consistait pour le citoyen participant à l'Ecclésia (assemblée du peuple) à inscrire sur un tesson de terre cuite le nom de la personne qu'il souhaitait voir ostracisée (http://www.eeb1.org). Une seule personne par an était ostracisée. Pour plus de détails sur le déroulement de cette procédure, voy. « Le monde de Clio », site consacré au monde antique : http://www.chez.com/clio/grece/ostraci/ostra2.htm, ainsi que VANNIER (F.), *Le Ve siècle grec*, Armand Colin, 1999, 236 p., p. 33 sqq. et p. 100 sqq.

[21] Ce terme vient du grec *ostrakismos*, de *ostrakon*, qui signifie « coquille » ou « tesson de poterie », *objet sur lequel les athéniens inscrivaient les sentences* (expression des suffrages) : http://grece.ancienne.free.fr. Voir également ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, 2ème édition, pp. 420-421 ; MIRHADY (D.), *The ritual background of Athenian ostracism*, The ancient History bulletin, vol. 11.1, 1997, pp. 13-19, source citée par l'Encyclopédie de l'Agora, http://agora.qc.ca ; ainsi que LABESSE (J.), *Initiation à l'histoire de la Grèce antique*, ellipses, 1999, 208 p., p. 78 sqq. et p. 93 sqq.

[22] Site de l'école européenne de Bruxelles 1 http://www.eeb1.org, et tout particulièrement la page http://www.eeb1.org/ProjetsInternationaux/Cliomath/clio/web/textes%20Grece%20htlm. Le premier citoyen ostracisé fut Hipparque en - 487, puis Mégaclès en - 486 et vers - 470 : voir PAYEN (P.), *Ostracisme, amnisties, amnésie : Athènes au Vème siècle avant J.-C.*, http://www.univ-tlse2.fr/histoire/mirehc/Bulletin1999/payen.htm ; ou encore McKECHNIE (P.), *Outsiders and exiles : establishment perceptions*, *in* « Outsiders in the greek cities in the fourth century BC », New York, Routledge, 1989, 231 p., pp. 16-33.

[23] http://www.eeb1.org. Un certain nombre de magistrats militaires, alors même qu'ils tiraient leur légitimité du peuple athénien, furent de ce fait ostracisés. Il en fut ainsi d'Aristide, Cimon, et Thémistocle : *cf.* GLOTZ (G.), *Histoire Grecque*, Paris, PUF, 1948, tome 2 : « La Grèce au Ve siècle », 800 p., pp. 52-57 et pp. 279-281. De nombreux *ostraca*, sur lesquels sont gravés les noms de Cimon et de Thémistocle, ont été retrouvés à Athènes.
Concernant l'ostracisme, le lexique sur le site http://logos.muthos.free.fr/glossaire précise que les athéniens eurent toutefois peu recours à ladite procédure, qui, au cours du Ve siècle, devint de plus en plus rare. La dernière personne ostracisée fut Hyperbolos, vers - 415. Les athéniens préféraient l'atimie, qui fut instituée avant l'ostracisme et qui consistait en une privation des droits de citoyen (droits politiques). Pour des renseignements supplémentaires sur l'atimie, voir VATIN (C.), *Citoyens et non citoyens dans le monde grec*, *op. cit.*, supra note n° 13, pp. 92-94.

[24] Le lexique cité à la note précédente nous renseigne sur cette notion : l'exil est en réalité différent de l'ostracisme en ce sens qu'il est une « *mesure punitive faisant suite à un délit criminel* ». A Athènes, l'exil frappait obligatoirement l'auteur d'un homicide involontaire et, parfois, sanctionnait la trahison.

[25] Certes, le banni n'avait aucun recours, mais, dans la pratique, la plupart des ostracisés revoyaient leur cité avant l'expiration de ces dix années. Sur le site http://www.chez.com/clio/grece/ostraci/ostra2.htm, il est précisé que ce retour anticipé pouvait résulter d'une amnistie générale, comme ce fut le cas en - 481 : « *comme Xerxès traversait la Thessalie et la Boétie pour envahir l'Attique, les athéniens votèrent le retour des exilés* », PLUTARQUE, *Vie d'Aristide*, *in* « Les vies des hommes illustres », Paris, P. Dupont, 1825-1826, tome 3.

[26] Voir la définition de l'ostracisme sur http://logos.muthos.free.fr/glossaire ainsi que http://www.chronicus.com. Aristote donne de l'ostracisme cette description : « *Les cités démocratiques instituent l'ostracisme pour une raison de ce genre : ces Etats, en effet, semblent rechercher l'égalité avant toute chose ; en conséquence, les gens qui paraissent avoir trop d'influence à cause de leur richesse ou du nombre de leur relations ou de toute*

d'autres cités s'inspirèrent de cette procédure athénienne et adoptèrent des lois similaires. Tel fut ainsi le cas à Ephèse, Argos, Milet et même Syracuse[27]. L'ostracisme n'est donc pas « *une mesure punitive* [et judiciaire], *mais une simple démarche politique provisoire* »[28].

7. Par la suite, et le problème « *atteint son apogée au IVe siècle* », les bannissements pouvaient être collectifs et touchaient alors soit des groupes dans le cadre des « *luttes entre factions* », soit des « *communautés entières* » lorsque la cité était intégralement détruite[29]. En outre, le plus souvent, ils ne résultaient plus de la décision de citoyens agissant dans le cadre d'une assemblée comme c'était le cas au Ve siècle, mais de « *l'intervention* [de] *puissances étrangères* »[30].

8. Par ailleurs, les expulsions d'étrangers[31] (*xénélasie*) étaient pratiquées dans les cités grecques[32]. Néanmoins, alors que Sparte est traditionnellement considérée comme ayant été

---

autre forme de puissance politique, on les frappait d'ostracisme et on les bannissait de la cité pour une période déterminée… l'ostracisme a, de cette manière, le même effet que de retrancher les citoyens qui dépassent les autres et de les exiler. », ARISTOTE, *Politique*, III, 1284a. Aussi, la loi sur l'ostracisme montre le danger que présentait alors l'élite politique. Il est vrai que la démocratie athénienne parvint à contrôler les chefs politiques tout au long du Ve siècle ; cependant, Bertrand DE JOUVENEL met en relief qu'un chef naturel écarté de ses responsabilités propageait le désordre, celui-là même que l'ostracisme avait pour fonction de régler : JOUVENEL (B.) (de), *Du pouvoir, Histoire naturelle de sa croissance*, Genève, Constant Bourquin, 1947, 607 p., source citée par l'Encyclopédie de l'Agora, http://agora.qc.ca.

[27] C. VATIN précise qu'à Syracuse l'ostracisme était appelé *petalismos* et indique que Diodore, historien grec, en fit mention dans un écrit, VATIN (C.), *Citoyens et non citoyens dans le monde grec*, *op. cit.*, supra note n° 13, p. 91. Diodore décrit en effet clairement cette imitation : « *Comme des hommes aspiraient à la tyrannie, le peuple fut amené à imiter les Athéniens et à instituer une loi très semblable à celle d'Athènes sur l'ostracisme* » ; Diodore rappelle en quoi consistait la procédure d'ostracisme à Athènes et ajoute qu' « *à Syracuse, on écrivait sur une feuille d'olivier le nom du plus puissant des citoyens, on comptait les feuilles et celui qui était désigné par le plus grand nombre de feuilles était banni pour cinq ans. Ils pensaient, de cette façon, rabaisser l'ambition des plus puissants dans leurs patries respectives* », Diodore, XI, 86-87.

[28] http://logos.muthos.free.fr/glossaire. A l'expiration du délai de dix ans, le citoyen ostracisé recouvrait ses droits civiques ainsi que ses biens : voir AMOURETTI (M.-C.) et RUZE (F.), *Le monde grec antique*, Hachette, 2003, 346 p., pp. 136-140 et p. 145 sqq.

[29] BASLEZ (M.-F.), *op. cit.*, supra note n° 14, p. 172. Autre différence avec le siècle précédent, au IVe siècle les bannis se faisaient confisquer leurs biens.

[30] *Ibid*. Selon l'auteur, « *la mise hors-la-loi* [était alors généralement] *imposée par un pouvoir extérieur qui* [s'immisçait] *dans la vie politique locale :* [ainsi Athènes ordonna] *le bannissement de révoltés ou de factions hostiles hors de tout le territoire de la Confédération (…)* » (p. 172).

[31] Les Grecs ont rapidement établi une distance entre le citoyen et « l'étranger » (*xenos*) : ce dernier est celui qui ne fait partie ni de la cité, ni d'une famille connue de celle-ci, *cf.* GILISSEN (J.), *Le statut des étrangers à la lumière de l'histoire comparative*, et AYMARD (A.), *Les étrangers dans les cités grecques aux temps classiques*, *in* Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions, *L'étranger, Foreigner*, Paris, Dessain et Tolra, tome IX, 1ère partie, 1984, 405 p., sp. pp. 10-16 et pp. 119-139. Toutefois, il faut distinguer l'étranger de l'extérieur (le barbare), dont la langue et les usages étaient méconnus des citoyens, et l'étranger de l'intérieur ou résident (le métèque), *cf.* BASLEZ (M.-F.), *op. cit.*, supra note n° 14, pp. 17-22. Les métèques étaient des étrangers privilégiés et ont pu se voir attribuer le droit de cité (naturalisation) dans la plupart des grandes cités, sauf à Sparte.

une structure sociale immobile[33] qui expulsait de façon assez systématique « *les étrangers, considérés (…) comme indésirables* »[34], Athènes était connue pour son accueil hospitalier de ces derniers, surtout en raison de l'importance du commerce et de la circulation maritime.

La cité a également accueilli des étrangers réfugiés[35]. Leur présence était plutôt bien acceptée[36], mais s'ils s'avéraient dangereux, ils étaient alors expulsés. Hormis l'expulsion, les grecs utilisaient aussi, comme dans nos sociétés modernes, d'autres procédures permettant d' « *écarter un réfugié politique* »[37]. Le refoulement existait « *sous la forme d'une interdiction d'accueil* »[38]. Cette dernière était soit pratiquée par certaines cités qui, par convention, s'étaient accordées pour ne pas accueillir les réfugiés politiques de l'autre

---

Sur la condition des étrangers dans les cités grecques, l'essentiel des données et références utiles peuvent être trouvées dans les ouvrages suivants : FRANCOTTE (H.), *Mélanges de droit public grec*, Paris, Honoré Champion, et Liège, H. Vaillant-Carmanne, 1910, 336 p., pp. 169-218, et GAUTHIER (P.), *Symbola, les étrangers et la justice dans les cités grecques*, Nancy, 1972, 402 p.

[32] VATIN (C.), *op. cit.,* supra note n° 13, p. 145. Selon l'auteur (pp. 143-144), un Grec était « *un étranger dans une autre cité que la sienne* » mais ne suscitait pas *a priori* de réaction hostile. Il ajoute que le fossé était beaucoup plus grand entre Hellènes et barbares.

A propos de la représentation que les Romains se faisaient de ces derniers, voir l'étude de DAUGE (Y.-A), *Le barbare : recherches sur la conception romaine de la barbarie et de la civilisation*, Bruxelles, Latomus, 1981, 859 p.

[33] Sparte était dite xénophobe : en effet, dès le IXe avant J.-C., des mesures y sont prises afin, d'une part, d'interdire aux Lacédémoniens (Spartiates) de voyager à l'étranger, et d'autre part, d'expulser les étrangers, immigrés résidants ou « *visiteurs de passage* » (FENNICUS-BERGER (P.), *Plutarque et les étrangers*, Les Cahiers de Clio, 1995, n° 123, pp. 3-14). Ces mesures sont le fait du législateur Lycurgue, qui percevait l'étranger comme mauvais et différent, donc nuisible et dangereux : PLUTARQUE, *Vie de Lycurgue*, *in* « Les vies des hommes illustres », *op. cit.*, supra note n° 25, tome 1. Ce sentiment de peur et de rejet face à l'extranéité se retrouvera dans les lois spartiates au cours des siècles suivants. Jusqu'au IIIe siècle, très peu d'étrangers se trouvent sur le territoire de Sparte, et ceux qui y séjournent peuvent être expulsés lorsque cela est jugé nécessaire. A ce titre, Maiandrios, tyran réfugié à Sparte fut expulsé vers - 517 pour tentative de corruption sur les dirigeants spartiates, voir ROISMAN (J), *Maiandrios de Samos*, Historia, XXXIV, 1985, pp. 257-277.

[34] VATIN (C.), *op. cit.*, supra note n° 13, pp. 146-150. Pourtant, l'auteur fait remarquer qu'il est notoire que Lacédémone (autre nom donné à Sparte) entretenait aussi d'importantes relations commerciales avec les étrangers. On peut donc douter du rattachement traditionnel qui est fait entre la cité spartiate et l'hostilité permanente à la présence d'étrangers. La méfiance à l'égard de ces derniers existait bel et bien et peut notamment s'expliquer par la situation géographique de Sparte et la crainte de mauvaises moeurs, mais la fermeture de la cité n'était pas totale. Cet état de fait est également défendu par P. GAUTHIER : GAUTHIER (P.), *Métèques, périèques et paroikoi : bilan et points d'interrogation*, *in* LONIS (R.) (dir.), « L'étranger dans le monde grec », Actes du colloque organisé par l'Institut d'Etudes Anciennes de Nancy II en mai 1987, Presses universitaires de Nancy, 1988, 191 p., pp. 23-46, sp. p. 38 note n° 5. En dépit des mesures prises par Lycurgue et de l'expulsion de Maiandrios, il n'y a pas de preuve indiquant que les expulsions d'étrangers aient été pratiquées en très grand nombre à Sparte.

[35] M.-F. BASLEZ précise à ce sujet qu'à la différence du *« noble déclassé de l'époque archaïque, l'exilé du IVe siècle est un misérable, au point que l'aide aux réfugiés, condamnée au Ve siècle, est admise au siècle suivant* ». Ces exilés vont fréquemment venir grossir « *le rang de mercenaires* » : BASLEZ (M.-F.), *op. cit.*, supra note n° 14, p. 173.

[36] *Id.*, pp. 188-192. Cependant, d'après l'auteur, une crise, comme par exemple une invasion ou « *la chute* [d'un] *royaume* », pouvait éclater et entraîner « *des exodes en masse* » et l'extermination des réfugiés.

[37] LONIS (R.), *Extradition et prise de corps des réfugiés politiques*, *in* LONIS (R.) (dir.), « L'étranger dans le monde grec », *op. cit.*, supra note n° 34, pp. 69-88, sp. p. 69.

[38] *Ibid.*

partie[39], soit imposée « *dans le cadre d'une alliance hégémonique* » par une cité plus puissante[40].

9. Parallèlement aux cités grecques, la Rome antique a également été amenée à connaître du sort des étrangers et des citoyens jugés indésirables.

10. Rome, dès l'origine (VIIIe-VIe siècles avant J.-C.), est en lutte contre toute forme de péril qui viendrait à menacer la conservation de l'Etat[41]. Aussi, entre autres peines[42], le bannissement est un mode de répression souvent utilisé et est désigné, au cours de l'histoire du monde romain, par les termes d'*exilium*, de *relegatio*, et de *deportatio*.

11. A l'époque républicaine, l'*exilium*[43] n'est pas une peine[44]. Il n'est pas l'acte de la communauté mais du citoyen romain lui-même. Autrement dit, l'accusé d'un crime, qui ne peut espérer gagner son procès et qui veut échapper aux « *conséquences personnelles d'une condamnation* », ou encore le « *criminel menacé d'accusation* », préfèrent s'exiler volontairement pour se soustraire à la condamnation pénale[45]. L'*exilium* est donc le fait, pour le citoyen romain, de sortir de la cité.

---

[39] *Ibid.*

[40] Dans ce cas, l'interdiction d'accueil devenait une interdiction de séjour, ce qui supposait l'expulsion des réfugiés se trouvant déjà dans la cité.

[41] JHERING (R.) (VON), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Bologna, Forni Editore, 1969, 4 volumes, tome 1, 3e édition, 360 p., pp. 226-232. P. THIBAULT explique qu'au 1er siècle après J.-C., la peur des barbares (le terme « barbare » désigne aussi bien les peuples primitifs, tels les nomades iraniens, que civilisés comme les Egyptiens ou les Perses.) est telle que les Romains, « *s'identifiant sur le plan politique et culturel aux grecs (…), rejettent hors du monde civilisé tous les peuples qui ne participent pas à la civilisation gréco-romaine mais qui se pressent aux portes de l'Empire et dont ils convoitent les richesses* » : *cf.* THIBAULT (P.), voir « barbares », *in* La Grande Encyclopédie, Paris, Larousse, 1972, tome 3, 1880 p., pp. 1465-1467. Voir également CHARLES-PICARD (G.) et ROUGĒ (J.), *Textes et documents relatifs à la vie économique et sociale dans l'Empire romain*, Paris, SEDES, 1969, 272 p., ainsi que CHASTAGNOL (A.), *L'évolution politique, sociale et économique du monde romain, de Dioclétien à Julien*, Paris, SEDES, 1994, 3e édition, 394 p.

[42] Le droit romain primitif connaît deux types de peines : la peine de mort et l'amende fixe. Puis, à l'époque républicaine (de 509 à 27 avant J.-C.), apparaissent la restriction des droits civiques, les travaux forcés, l'internement et le bannissement. Existent également la prison et les peines corporelles : MOMMSEN (T.), *Le droit pénal romain*, Paris, Albert Fontemoing, tome 3, livre 5 : « Les peines », 1907, 420 p., pp. 229-412, sp. pp. 244-245.

[43] T. MOMMSEN précise qu'étymologiquement, il s'agit de l' « *acte de sauter hors de quelque chose* » ; *exsilium* ou *exilium* signifie exil, bannissement (*loc. cit.*, p. 309).

[44] L'exil n'apparaît, en tant que peine, dans aucun texte législatif de l'ancien temps. A ce propos, Cicéron, lui-même exilé pendant près d'un an, écrit dans une de ses publications : *exilium nulla in lege nostra reperietur* : cité par MOMMSEN (T.), *op. cit.*, supra note n° 42, p. 309, note (1).

[45] *Id.*, p. 311.

Les citoyens, comme les non-citoyens, peuvent également être bannis. En l'occurrence, la cité de Rome intervient en prenant, par l'intermédiaire d'un magistrat, la décision d'interdiction dite « *du toit, de l'eau et du feu* »[46]. Par cet acte administratif, le non-citoyen ou le citoyen sorti de la communauté a pour interdiction, « *sous peine de mort, de pénétrer sur le territoire romain* »[47].

12. Vers la fin de la République, Sylla[48] introduit l'internement et le bannissement, qui joueront un rôle majeur sous l'Empire romain. Ces derniers ont pour origine la *relegatio*[49] : cette peine, à durée déterminée ou infligée à perpétuité, permet à l'autorité compétente d'imposer le lieu de séjour du citoyen ou du non-citoyen. Plus précisément, elle consiste en un bannissement, à savoir « *un ordre de quitter une localité déterminée et de ne plus y revenir* »[50], ou en un internement, à savoir une obligation « *de se rendre* » dans une circonscription précise et « *de ne* [plus] *la quitter* »[51]. De plus, la *relegatio* présente une graduation dans la gravité de cette restriction du choix de son lieu de séjour, la catégorie la plus grave étant la *deportatio*[52].

13. Plus tard, dans le droit pénal de l'Empire, le sens originaire de l'*exilium* n'existe plus. En effet, la notion évolue dans un sens très large. Désormais, elle englobe toutes les formes de bannissement, depuis l'interdiction du toit, de l'eau et du feu jusqu'à la relégation, et perd ainsi sa valeur juridique. Toutefois, quand les jurisconsultes entendent utiliser cette expression pour l'opposer à d'autres, l'*exilium* désigne les « *peines légères privatives de liberté* », c'est-à-dire la *relegatio*[53].

---

[46] *Id.*, p. 316. Pour plus de détails sur cette interdiction, voir MOMMSEN (T.), *Le droit pénal romain*, Paris, Albert Fontemoing, tome 1, « La personne », 1907, 401 p., sp. pp. 82-84.
[47] MOMMSEN (T.), *Le droit pénal romain*, tome 3, livre 5 : « Les peines », *op. cit.*, supra note n° 42, pp. 309-310.
[48] Homme politique romain, vers 88 avant J.-C.
[49] La relégation signifie « l'exil dans un lieu désigné ». Elle est employée en tant qu'émanation et caractéristique de la plénitude de l'*imperium* : MOMMSEN (T.), *Le droit pénal romain*, tome 3, livre 5 : « Les peines », *op. cit.*, supra note n° 42, pp. 310 et 314.
[50] *Id.*, p. 310.
[51] *Idem.* L'auteur précise que le plus souvent, le lieu choisi était une île ou une oasis égyptienne, parce que difficile à quitter. Il ajoute que, dans le langage juridique, *relegare* est donc utilisé à la fois pour le bannissement (*relegare ex loco*) et pour l'internement (*relegare in locum*).
[52] *Id*, p. 313. T. MOMMSEN rappelle que « *cette peine fut introduite par Tibère* » en l'an 23 après J.-C. et se caractérise par la relégation, l'internement, la peine de mort pour le cas de rupture de ban, la privation du droit de cité et la confiscation des biens. Pour un historique des différentes catégories de relégation, voir pp. 313-326.
[53] *Id.*, pp. 312-313.

B. L'expulsion en droit canon

14. En ce qui concerne le droit canonique, la question de l'expulsion est ignorée, dans la mesure où la problématique de la reconnaissance de droits aux étrangers n'a pas été soulevée par les canonistes du Moyen-Âge[54]. Le seul sujet dont traitent ces derniers est celui de savoir quelle est la loi particulière à laquelle l'étranger est soumis[55].

15. Par la suite, pendant très longtemps, dans les systèmes féodaux puis étatiques, l'exercice de l'expulsion fut rigoureux et arbitraire[56]. Cela s'explique par le fait qu' « *en tant que prérogative régalienne*, [elle n'avait guère] *de fondement juridique* » et il n'était nullement envisagé d'y apporter des limites[57]. L'expulsion ne fut réglementée « *qu'à une date relativement récente par le droit interne des Etats* »[58]. Si, dans un premier temps, les législations nationales n'ont donné qu'une base légale à « *des pratiques préexistantes* »[59], elles ont, dans un second temps, assorti la prérogative de l'expulsion d'un certain nombre de garanties. Ce récent encadrement est essentiellement dû à la pacification des relations interétatiques et à l'adoption de conventions internationales motivées, en grande partie, par « *l'idéologie des droits* [fondamentaux de la personne humaine] »[60].

---

[54] Bien que l'Eglise soit, par définition, la « *société universelle des fidèles* », le droit canonique a défini et conféré un statut à l'étranger. Celui-ci, appelé *péregrinus*, était celui qui n'a pas de domicile ou a un quasi-domicile dans une paroisse ou un diocèse. Le droit canon se différencie ainsi du droit romain « *qui avait rattaché les effets juridiques principalement à l'origo, la nationalité* » : ONCLIN (W.), *Le statut des étrangers dans la doctrine canonique médiévale*, *in* Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions, *L'étranger, Foreigner*, Paris, Dessain et Tolra, tome X, 2ème partie, 1984, 598 p., pp. 37- 64, sp. pp. 37-42.

[55] *Ibid*. La solution donnée par les canonistes est la suivante : l'étranger n'est pas soumis à la législation particulière du territoire où il est de passage, sauf exceptions (loi pénale, loi régissant les contrats et le régime des biens, loi gouvernant la forme des actes juridiques).

[56] LOCHAK (D.) et JULIEN-LAFERRIERE (F.), *Les expulsions entre la politique et le droit*, Archives de politique criminelle, 1990, n° 12, pp. 65-87, p. 66.

[57] *Ibid*.

[58] *Ibid*.

[59] *Id*., p. 67.

[60] *Id*., p. 66.

C. Le droit international face au principe de souveraineté des Etats

16. A l'Empire romain succède l'Europe féodale et monarchique, qui va adopter le principe de la souveraineté territoriale[61]. Il en résulte que, d'une part, pendant des siècles, aucune obligation ne s'imposera aux principautés vis-à-vis des étrangers[62]. Ainsi, bien que le principe de liberté de circulation des personnes connaisse peu d'exceptions, rien n'empêche les Etats féodaux de mettre en place des réglementations spécifiques pour ces derniers. D'autre part, les normes juridiques ayant trait à la situation des étrangers diffèrent souvent d'une province à une autre. L'étranger dispose non seulement d'un statut arbitraire, mais également précaire, puisque révocable[63].

Aussi, jusqu'au XIXe siècle, les Etats d'Europe ne « *pratiquent entre eux* [aucune] *restriction apparente* » à la libre circulation et au libre établissement des personnes[64]. Ces libertés ne sont limitées qu'à l'égard des populations des Etats colonisés[65]. Dès lors, les immigrés se déplacent sans entrave et contribuent le plus souvent au développement économique et culturel des pays d'accueil[66].

17. La réglementation de l'immigration est donc un phénomène tout à fait récent[67]. En effet, les premières règles juridiques nationales venant régir et restreindre l'immigration apparaissent aux Etats-Unis au milieu du XIXe siècle. A ce moment là, d'importantes mines

---

[61] SCELLE (G.), *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, partie II, 1934, 558 p., p. 85.

[62] C'est ainsi que, par exemple, la France du Moyen Age connaissait le droit de l'aubain ou droit d'aubaine, droit par lequel la succession de l'aubain était dévolue au souverain. Ce droit, dont les origines remontent au XIe siècle, fut tout d'abord seigneurial (XIVe-XVe), puis royal (XVIe). Sur cet usage médiéval, voir l'intéressante contribution de BOULET-SAUTEL (M.), *L'aubain dans la France coutumière du Moyen Age*, *in* Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions, *L'étranger, Foreigner*, Paris, Dessain et Tolra, tome X, 2ème partie, 1984, 598 p., pp. 65-97. L'ancien droit belge connaissait également le droit d'aubaine, du moins dans certaines provinces ; *cf.* GILISSEN (J.), *Le statut des étrangers en Belgique du XIIIe au XXe siècle*, *in* Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions, *L'étranger, Foreigner*, Paris, Dessain et Tolra, tome X, 2ème partie, 1984, 598 p., pp. 231-331, sp. pp. 266-283.

[63] Malheureusement, cette fragilité de la personnalité juridique de l'étranger a laissé ses traces dans la quasi-totalité des législations modernes, tant en droit public qu'en droit privé : SCELLE (G.), *Précis de droit des gens*, *op. cit.*, supra note n° 61, p. 85.

[64] RIGAUX (F.), *L'immigration : droit international et droits fondamentaux*, *in* Mélanges en hommage à Pierre Lambert, « Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire », Bruxelles, Bruylant, 2000, 1072 p., pp. 693-722, p. 695. Le Professeur F. RIGAUX rappelle qu'il n'en allait pas de même en ce qui concerne la liberté de religion. Cependant, les personnes persécutées en raison de leur religion, comme par exemple les Juifs espagnols et portugais, pouvaient obtenir l'asile auprès de populations ayant des convictions différentes des leurs.

[65] *Id.*, p. 694.

[66] *Id.*, p. 695.

[67] *Id.*, p. 694.

d'or sont découvertes en Haute-Californie. De nombreux immigrés chinois affluent alors afin d'aider à la construction de chemins de fer devenus nécessaires pour le transport des hommes et des marchandises. Vers la fin du siècle, leur présence dans l'Etat suscite peurs et confrontations et va jusqu'à provoquer un soulèvement populaire. Des dispositions législatives sont alors prises par le Congrés afin de lutter contre l'immigration des personnes de nationalité chinoise. Ces nouvelles dispositions prévoient leur refoulement, voire leur expulsion[68]. Bien que discriminatoires, elles sont fondées sur le principe de souveraineté de l'Etat[69].

Dans la lignée de cette loi, la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique adopte deux décisions relatives à l'immigration de travailleurs chinois. Dans l'une d'elles, elle juge que « *if the government of the US considers the presence of foreigners of a different race, who will not assimilate with us, to be dangerous to its peace and security, their exclusion is not to be stayed* »[70].

18. C'est également au XIXe siècle que se multiplient les conventions bilatérales venant réglementer le droit d'expulsion. Il s'agit de traités d'amitié, d'établissement ou encore de commerce, qui dressent une liste limitative des causes d'expulsion[71] ou qui contiennent une

---

[68] *Id,* pp. 696-699. Parmi cette législation, on peut citer par exemple le *Chinese Exclusion Act* de 1882. Voy. à ce sujet WRIGHT (Q.), *La condition des étrangers aux Etats-Unis*, bulletin de la société de législation comparée, 1921, pp. 210-227 ; HEALY (T. H.), *La condition juridique de l'étranger spécialement aux Etats-Unis*, RCADI, 1929-II, volume 27, pp. 397-496 ; et, cités par le Professeur F. RIGAUX dans son article précité en note n° 64, p. 698 : HENKIN (L.), *The Constitution and United States sovereignty : a century of Chinese Exclusion and its progeny*, 100 Harvard *LR*, 1987, pp. 853-859 ; TAKAKI (R.), *Strangers from a different shore : a history of Asian Americans*, New-York, Penguin Books, 1989, 570 p., pp. 21-75.

[69] Cette idée, selon laquelle l'entrée des étrangers sur le territoire d'un Etat relève de son pouvoir souverain et discrétionnaire, émerge dans la doctrine du XVIIIe siècle. *Cf.* VATTEL (E.) (de), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, III, 8, §§ 100-101. La doctrine de GROTIUS était beaucoup plus libérale. Selon lui, l'expulsion sans juste cause est barbare et incompatible avec le droit des nations civilisées : voir GROTIUS (H.), *De iure belli ac pacis*, Amsterdam, Apud Ioannem Ianssonium, 1632, L II, chapitre II, §5.

[70] Cour suprême des Etats-Unis, 13 mai 1889, *Chae Chan Ping v. United States*, US Reports, 1888 (130), pp. 581-611. Cet extrait est cité par BA (A.-B.), *Le droit international de l'expulsion des étrangers : une étude comparative de la pratique des Etats africains et de celle des Etats occidentaux*, thèse, Paris II, ss. la direction de COMBACAU (J.), 1995, 930 p., p. 408, note n° 94. La seconde décision est la suivante : Cour suprême des Etats-Unis, 15 mai 1893, *Fong Yue Ting v. United States*, US Reports, 1892 (149), pp. 698-763.
Nous traduisons : « *si le gouvernement des Etats-Unis considère la présence d'étrangers de races différentes, qui ne pourront être assimilés, comme représentant un danger pour sa paix et sa sécurité, leur exclusion* [refus d'admission] *n'a pas à être évitée* ».

[71] Sur ces traités, voy. par exemple l'article 4 du traité France-Bolivie en date du 9 décembre 1834, *in* NIBOYET (J.-P.) et GOULÉ (P.), *Recueil de textes usuels de droit international*, Paris, Sirey, 1929, tome 1, 774 p., p. 396 sqq. ; l'article 3-3° de l'accord France-Pérou du 9 mars 1861, *in* BASDEVANT(J.), *Recueil des traités et conventions en vigueur entre la France et les puissances étrangères*, Paris, imprimerie nationale, 1920, tome III, 770 p., p. 200 sqq. ; l'article 6 du titre I du traité conclu entre la France et l'URSS le 12 octobre 1925, S.D.N., *Recueil des traités*, 1926, tome L III, pp. 88-90.

ou plusieurs clauses établissant certaines règles relatives à l'expulsion des ressortissants réciproques des Etats parties. Ainsi, peut être insérée une clause de la nation la plus favorisée ou prévoyant que l'expulsion ne doit pas être contraire aux règles de l'humanité.

19. Jusqu'au début du XXe siècle, la violation de ces conventions, réglementant le droit d'expulsion, pouvait être portée devant les commissions ou tribunaux arbitraux[72]. Ainsi, le traitement des étrangers était l'objet de nombreuses sentences arbitrales[73].

Les arbitres reconnaissaient aux Etats le droit d'expulser les étrangers. Ainsi, dans l'affaire *Ben Tillett*, l'arbitre A. Desjardins admettait explicitement ce droit en soulignant qu' « *envisagé dans son principe* », le droit d'expulser ne saurait être contesté à un Etat sur son territoire[74]. Toutefois, les arbitres se sont rapidement inspirés de cette idée que ce droit n'était pas illimité[75]. Ils procédaient à l'examen au fond[76], en recherchant si l'éventuelle

---

[72] Par exemple, dans l'affaire *Orazio de Attelis*, était invoquée la violation du traité de 1831 conclu entre les Etats-Unis et le Mexique, qui garantissait aux nationaux de ces deux Etats et à leurs biens une protection spéciale : sentence arbitrale, *Orazio de Attelis*, Etats-Unis c/ Mexique, 25 février 1842, baron Rônne, Recueil des arbitrages internationaux, t. I, p. 472 sqq.

[73] Le recours à l'arbitrage, utilisé afin que soient examinées les réclamations élevées à l'encontre des Etats expulsant, nécessitait le consentement de ces derniers. Quant aux Etats d'origine des individus expulsés, ils prenaient fait et cause pour leurs nationaux : voir LAPRADELLE (A.) (de), *Théorie générale de la protection*, RD publ., 1906, pp. 530-552 ; ROOT (E.), *The base of protection to citizens residing abroad*, AJIL, 1910, p. 517 sqq.

Dans une décision du 30 août 1924, la Cour de La Haye a précisé que la protection diplomatique n'est pas un droit du national mais un droit propre aux Etats. D'après elle, « *c'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international* » : CPJI, arrêt du 30 août 1924, Grèce c/ France, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Rec. 1924, sp. pp. 12-13 ; pour un commentaire de cette décision, voir celui de KUHN (A.) dans l'AJIL, 1928, p. 383, de même que l'étude de TRAVERS (M.), *La Cour permanente de justice internationale et les intérêts privés*, JDI, 1925, tome 52, pp. 29-39. Cette décision fut confirmée à de nombreuses reprises par la Cour de justice, voir notamment CIJ, arrêt du 6 avril 1955, Liechtenstein c/ Guatemala, *Nottebohm*, Rec., p. 4.

Sur la protection diplomatique des ressortissants communautaires, voir le livre vert de la Commission des Communautés européennes sur « La protection diplomatique et consulaire du citoyen européen de l'Union dans les pays tiers », JOUE n° C 30 du 10 février 2007, p. 8.

[74] Sentence arbitrale, *Ben Tillett*, Royaume-Uni c/ Belgique, 26 décembre 1898, RGDI publ., 1899, pp. 46-55, p. 48.

[75] BOECK (C.) (de), *L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique*, RCADI, 1927, t. 3, 673 p., pp. 447-647, pp. 485 et 608 : cet auteur précise qu'au départ, cette règle est plus « *sous-entendue* » qu' « *expressément formulée* », puis, elle est « *nettement affirmée* ». Il remarque également que l'existence de cette règle est confirmée par le rejet de certaines réclamations pour absence de faute ou de préjudice (p. 610).

[76] POLITIS (N.), *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, RCADI, 1925, tome 1, pp. 5-117, p. 103.

violation d'une norme internationale engageait la responsabilité de l'Etat expulsant[77]. Les arbitres se basaient sur les circonstances de la cause et exigeaient que la décision d'expulsion ait été prise pour des motifs sérieux[78]. Dès lors, la responsabilité de l'Etat expulsant était engagée si l'arbitre concluait au caractère arbitraire de l'expulsion. Dans deux sentences arbitrales rendues en 1903, les arbitres ont ainsi estimé qu'une expulsion exécutée selon des procédés insultants et fondée sur de simples soupçons, ou prise sans aucune justification, devait donner lieu à réparation[79]. La majeure partie des sentences arbitrales était parfaitement motivée[80].

20. Le problème de l'expulsion des étrangers est également réglementé dans le cadre plus large du droit international général. En effet, la question de savoir si la matière de l'expulsion relève du droit international ou de la compétence exclusive des Etats, a assez tôt fait l'objet de discussions au sein de l'Institut de Droit international. En septembre 1888, à l'occasion de sa session de Lausanne, celui-ci fut amené à répondre à la question suivante : comment et selon quelles limites les Etats ont-ils le pouvoir d'user de leur droit d'expulsion contre les étrangers ? L'Institut adopta alors un « projet de déclaration internationale relative au droit d'expulsion des étrangers »[81], dans lequel il reconnut implicitement que la question de l'expulsion ne peut être laissée à l'appréciation souveraine et arbitraire des gouvernements et devrait être soumise à certaines règles internationales, permettant ainsi la prise en compte des lois de l'humanité[82].

---

[77] BLONDEL (A.), voir « expulsion », *in* LAPRADELLE (A.) (de) et NIBOYET (J.-P.), *Répertoire de droit international*, Paris, Sirey, tome 8 : Théorie générale de la condition des étrangers, 1930, 706 p., p. 160.

[78] Voir par exemple la sentence arbitrale, *Ben Tillett*, Royaume-Uni c/ Belgique, 26 décembre 1898, *op. cit.*, supra note n° 74.

[79] Sentence arbitrale, *Maal*, Pays-Bas c/ Venezuela, 28 février 1903, Plumley, *v.* J.-H. Ralston, Venezuelian arbitrations of 1903, n° 914 ; Sentence arbitrale, *Paquet*, Belgique c/ Venezuela, 7 mars 1903, Filz, *v.* J.-H. Ralston, Venezuelian arbitrations of 1903, n° 265.

[80] Toutefois, en 1849, la Commission mixte entre les Etats-Unis et le Mexique constata simplement l'absence de fondement de droit pour sanctionner des expulsions particulièrement violentes.

[81] Institut de Droit international, session de Lausanne, 8 septembre 1888, Annuaire de l'Institut, tome X, 1888-1889, pp. 244-246. Voir également dans ce volume ROLIN-JAEQUEMYNS (G.), *Rapport à l'Institut de Droit international sur cette question : de quelle manière et dans quelle mesure les gouvernements peuvent-ils exercer le droit d'expulsion à l'égard d'étrangers ?*, pp. 229-237.

[82] Le préambule du projet stipule que : « *L'Institut de droit international, considérant que l'expulsion comme l'admission des étrangers est une mesure de haute police à laquelle aucun Etat ne peut renoncer, (…) ; considérant qu'il peut être utile de formuler d'une manière générale quelques principes constants qui, tout en laissant aux gouvernements les moyens de remplir leur tâche difficile, garantissant à la fois, dans la mesure du possible, la sécurité des Etats, le droit et la liberté des individus ; (…), estime que l'admission et l'expulsion des étrangers devraient être soumises à certaines règles…* ».

21. La reconnaissance explicite de l'appartenance de cette matière au droit international fut plus longue et difficile[83]. Les débats débutèrent lors de la session de Hambourg, en 1891, pour aboutir à l'adoption des « règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers » en septembre de l'année suivante[84]. Désormais, l'Institut de Droit international, sans remettre en cause les principes de souveraineté et d'indépendance des Etats, considère que « *l'humanité et la justice* » obligent ces mêmes Etats à n'exercer le droit d'admission et d'expulsion des étrangers « *qu'en respectant, dans la mesure compatible avec leur propre sécurité, le droit et la liberté des étrangers qui veulent pénétrer sur* [leur territoire] *ou qui s'y trouvent déjà* »[85]. Cette déclaration, figurant dans le préambule, a le mérite d'affirmer pour la première fois la nécessité de poser des règles de droit international encadrant le problème de l'expulsion.

En outre, dans ce règlement, l'Institut estime utile de « *formuler, d'une manière générale et pour l'avenir, quelques principes constants* »[86] garantissant à la fois la sécurité des Etats et la liberté des individus. A ce titre, il propose un certain nombre de règles, dont les « *conditions auxquelles est subordonnée l'expulsion des étrangers* »[87].

Au fond, l'idée sous-jacente que l'on peut tirer de ces règles est que les Etats ne peuvent pas pratiquer l'expulsion sans limite aucune. Il transparaît en effet que le principe premier, en vertu duquel leur pouvoir d'expulsion serait absolu, est obsolète. La multiplication des pratiques arbitraires des Etats, elles-mêmes de plus en plus fréquemment accompagnées de réclamations portées devant un arbitre, a mis en exergue leur existence et a

---

[83] Les partisans de cette reconnaissance considéraient que la matière de l'expulsion « *touche incontestablement au droit international* » dans la mesure où elle peut causer de graves difficultés de nature internationale ; tandis que les opposants à cette thèse se fondaient sur l'incompétence de l'Institut en la matière au motif que « *les lois de sûreté publique sont une manifestation de la souveraineté intérieure d'un Etat* », qu'elles varient inévitablement d'un gouvernement à l'autre et qu'une règle générale est donc impensable : BOECK (C.) (de), *L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique*, *op. cit.*, supra note n° 75, sp. p. 455.

[84] 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.

[85] *Id.*, pp. 218-219. Voy. également la sentence arbitrale, *White*, Grande-Bretagne c/ Pérou, 13 avril 1864, Recueil des arbitrages internationaux, t. II, pp. 304-341 : l'arbitre avait estimé en l'espèce que la décision péruvienne d'expulsion ne portait pas atteinte « *aux exigences de la justice* (…) [et] *de l'humanité* ».

[86] *Id.*, p. 219.

[87] *Id.*, p. 223.

De manière plus générale, voy. à propos du rôle joué par l'Institut de Droit international dans la prise en compte progressive du principe fondamental des droits de l'Homme en droit international : VISSCHER (P.) (de), *La contribution de l'Institut de droit international à la protection des droits de l'homme*, *in* Mélanges M. Virally, « Le droit international au service de la paix et de la justice et du développement », Paris, Pedone, 1991, 611 p., pp. 215-224.

créé la nécessité d'instaurer des normes nouvelles d'ordre international[88]. Ces dernières, sans remettre en question le droit d'expulsion, vont subordonner l'engagement de la responsabilité des Etats à la commission par ceux-ci de griefs tels que l'excès de pouvoir ou la « *faute* »[89]. En 1933, H. LAUTERPACHT affirmait que « *le droit incontestable d'expulsion dégénère en un abus de droits chaque fois qu'un étranger, qui a été autorisé à s'établir dans le pays, (…) est expulsé sans raison valable (…)* »[90].

22. Cet ensemble de règles n'est donc que le résultat de l'application de la théorie de l'abus de droit, contribuant ainsi « *au progrès du droit des gens* »[91]. Comme le relève N. POLITIS, le recours à cette théorie permet de dégager des règles de droit, issues de la conscience juridique collective, dans les différentes « *matières du droit international où la liberté d'action des Etats n'a pas* [encore] *été (…) limitée par une réglementation coutumière ou conventionnelle* »[92]. Or, cela s'avérait nécessaire dans le domaine de l'expulsion[93].

23. L'objet de la présente réflexion étant l'analyse de cette prérogative étatique et de son application, il est également nécessaire de s'attarder sur la notion même d' « expulsion » [94]. Ce terme pose difficulté et mérite quelques éclaircissements préalables.

---

[88] N. POLITIS démontre, à travers l'augmentation du nombre des recours à l'arbitrage et l'apparition de règles internationales portant sur le problème de l'expulsion, que la faculté d'expulser ne saurait être illimitée : *cf.* POLITIS (N.), *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits …*, *op. cit.*, supra note n° 76, sp. pp. 101-107.

[89] Terme utilisé par l'arbitre A. Desjardins dans la sentence arbitrale *Ben Tillett*, concernant un sujet britannique venu en Belgique afin d'y organiser une grève et expulsé. En effet, ledit arbitre estime, quant à la surveillance exercée sur l'intérressé, que le gouvernement belge n'est pas sorti de son rôle et n'a pas outrepassé son droit, et quant à la durée de la détention qu'il *« n'a commis aucune faute* » : sentence arbitrale, *Ben Tillett*, Royaume-Uni c/ Belgique, 26 décembre 1898, A. Desjardins, Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée, 1899, tome 26, pp. 203-210, sp. p. 209. De même, dans la sentence *Paquet* de 1903, il fut reconnu que l'Etat expulsant qui refuse d'indiquer les raisons de l'expulsion d'un étranger est présumé avoir abusé de son pouvoir : Sentence arbitrale, *Paquet*, Belgique c/ Venezuela, 7 mars 1903, Filz, *v.* J.-H. Ralston, RSA 9, p. 323.

[90] Traduit par nous de l'anglais " *... the undoubted right of expulsion degenerates into an abuse of rights whenever an alien who has been allowed to take residence in the country, (...) is expelled without just reason...*": LAUTERPACHT (H.), 1933, p. 289, cité par PELLONPÄÄ (M.), *Expulsion in International Law, A study in International Aliens Law and Human Rights with special reference to Finland*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1984, 508 p., p. 73.

[91] POLITIS (N.), *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits …*, *op. cit.*, supra note n° 76, p. 108.

[92] *Id.*, p. 109.

[93] Cela ne va pas sans rappeler qu'au nom du droit des gens, Vattel avait affirmé que « *Le souverain ne peut accorder l'entrée de ses Etats pour faire tomber les étrangers dans un piège* » : VATTEL (E.) (de), *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, III, 8, § 104.

[94] Le terme « expulsion » vient du latin *expulsio*, de *expellere* qui signifie «chasser », « repousser », « bannir » : voir CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Association Henri Capitant, 2003, 4e édition, 951 p.,

D. La notion d'expulsion : analyse terminologique

24. Dans son acception usuelle, la notion d'expulsion est définie comme « *l'action de faire sortir une personne, en vertu* [d'une décision] *exécutoire et au besoin par la force, d'un lieu où elle se trouve sans droit* »[95]. En droit international, l'expulsion est l'acte par lequel l'autorité compétente d'un Etat somme et, éventuellement, « *contraint un ou plusieurs individus se trouvant sur son territoire d'en sortir* [sans délai ou à] *bref délai* »[96].

La plupart des auteurs opposent cette notion aux termes de refoulement, reconduite à la frontière, interdiction du territoire, bannissement ou encore extradition. Cependant, la distinction entre ces différentes procédures n'est pas évidente.

25. En ce qui concerne l'extradition, la confusion avec la notion d'expulsion est exclue[97], dans la mesure où cette « *procédure internationale, à fondement habituellement conventionnel* », a pour objet la remise par un Etat d'un individu, poursuivi ou condamné au titre d'une infraction pénale, à la disposition d'un autre Etat qui le réclame afin de le juger ou de lui faire subir sa peine[98]. Quant au bannissement, il s'agit bien d'une expulsion, mais qui ne frappe en réalité que les nationaux d'un Etat[99], soit pour des raisons de nature politique,

---

p. 378. L'expulsion est un terme de vieux français, *cf.* Dictionary of the English language, The American Heritage®, Houghton Mifflin Company, 2000, 4th edition, http://dictionary.reference.com/.

[95] CORNU (G.), *ibid*.

[96] Commission d'étude sur le droit d'admission et d'expulsion des étrangers de l'Institut de Droit international, *Projet de réglementation de l'expulsion des étrangers*, présenté par M. L.-J.-D. Féraud-Giraud, session de Hambourg, septembre 1891, Annuaire de l'Institut de Droit international, tome XI, 1889-1892, pp. 275-282, sp. p. 275 ; FAUCHILLE (P.), *Traité de droit international public*, Paris, Rousseau, tome 1 : « Paix », 1ère partie, 1922, pp. 974-975. Définition reprise notamment par BOECK (C.) (de), *L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique*, *op. cit.*, supra note n° 75, p. 447 ; et par ROUSSEAU (C.), *Droit international public*, Paris, Sirey, tome 3 : « Les compétences », 1977, 635 p., pp. 18-21, sp. p. 19.

[97] C'est sans compter sur les cas juridiquement épineux d'extradition déguisée qui font l'objet d'une étude et d'une attention toute particulière dans le cadre de ce sujet : voir ainsi partie II, titre II, chapitre I, section II, paragraphe II.

[98] *Cf.* ROUSSEAU (C.), *Droit international public*, *op. cit.*, supra note n° 96, p. 19, et CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, supra note n° 94, p. 380. Pour de plus amples développements sur cette procédure, voy. notamment, parmi les nombreuses références sur la question : voir « extradition », *in* LAPRADELLE (A.) (de) et NIBOYET (J.-P.), *Répertoire de droit international*, Paris, Sirey, 1930, tome 8 : Théorie générale de la condition des étrangers, 706 p., pp. 163-181, ou encore SIBERT (M.), *Traité de droit international public*, Paris, Dalloz, 1951, tome 1 : « Le droit de la paix », 992 p., pp. 628-639. Voir également SCELLE (G.), *Précis de droit des gens*, Paris, Editions du C.N.R.S., 1984, partie II, 563 p., pp. 101-104 ; INGEADI (A.), *Le régime juridique de l'extradition dans le cadre du Conseil de l'Europe*, thèse, Montpellier 1, ss. la dir. de SUDRE (F.), 1988, 604 p. ; NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 1999, 6e édition, 1455 p., pp. 507-509 et pp. 674-689. Et surtout PUENTE EGIDO (J.), *L'extradition en droit international*, La Haye, 1999, 524 p.

[99] Sur le cas particulier de l'expulsion des nationaux, voy. infra §§ 36-43.

« *soit par mesure administrative ou légale* » en période de troubles[100]. En matière d'éloignement des nationaux, les conventions internationales n'utilisent pas le terme de bannissement et lui préfèrent celui d'expulsion[101]. L'expulsion s'entend donc ici dans le sens traditionnel, et non « *dans son sens juridique habituel* » qui ne s'applique qu'aux étrangers[102].

26. Les notions de refoulement et de reconduite à la frontière posent davantage de problèmes. La première est sémantiquement ambiguë : le terme anglais « return » vise, en effet, l'éloignement du territoire d'un Etat[103], tandis que l'expression française de « refoulement » désigne « *la non-admission à l'entrée* »[104], c'est-à-dire, juridiquement, le refoulement à la frontière[105]. Toutefois, certains auteurs, comme D. ALLAND, estiment que la notion française de « refoulement » concerne tant l'étranger présent sur le territoire que celui qui n'y a pas encore pénétré[106].

Par ailleurs, en droit français, l'éloignement concerne des situations différentes pour l'étranger[107]. D'une part, peut être éloigné l'étranger qui a été admis sur le territoire et qui se

---

[100] BOECK (C.) (de), *L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique*, *op. cit.,* supra note n° 75, p. 447. Selon l'auteur, le bannissement n'existe plus que dans quelques Etats et ne frappe pénalement que des « *individus isolés, que les autres Etats (…) peuvent expulser* ». En effet, une collectivité ne peut imposer aux autres gouvernements d'accueillir « *des éléments indésirables* » (*cf.* SCELLE (G.), *op. cit.*, supra note n° 98, p. 105). Voy. également Comité d'experts en matière de droits de l'homme, commentaire du projet du quatrième Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme, *in* « Rapport explicatif sur les Protocoles n° 2 à 5 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Conseil de l'Europe, Strasbourg, Doc. H (71) 11, pp. 37-57, p. 47.

[101] Voy. notamment l'article 3 du protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui prévoit dans son paragraphe 1 que « *Nul ne peut être expulsé (…) du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant* » ; l'article 22 § 5 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme selon lequel « *Nul ne peut être expulsé du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant (…)* » ; ou encore l'article 22 de la Charte arabe des droits de l'homme du 15 septembre 1994 : « *Aucun citoyen ne peut être expulsé de son pays d'origine (…)* ».

[102] C'est ce que rappelle le Professeur D. LOCHAK dans son analyse de l'article 3 du protocole additionnel n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme : LOCHAK (D.), voir le commentaire de cet article *in* PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (dir.), « La convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article », Paris, Economica, 1999, 2ème édition, 1230 p., p. 1053.

[103] L'éloignement implique ici d'être physiquement présent sur le territoire : voy. ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, collection Droit fondamental, 2002, 693 p., p. 229.

[104] *Ibid.*

[105] Le Doyen et Professeur émérite G. CORNU définit le refoulement comme la « *mesure par laquelle un Etat interdit le franchissement de sa frontière à un étranger qui sollicite l'accès à son territoire* » : CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, supra note n° 94, p. 753.

[106] ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.,* supra note n° 103, p. 229.

[107] L'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 a réglementé l'entrée et le séjour des étrangers en France. Elle fut modifiée plusieurs fois de 1958 à 2004 (l'ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 abroge l'ordonnance de 1945 à l'exception de ses articles 35 septies et 37, JORF n° 274 du 25 novembre 2004, p. 19924. La nouvelle ordonnance est entrée en vigueur le 1er mars 2005). Voir sur ce sujet JULIEN-LAFERRIERE (F.), *L'éloignement du territoire, des lois Pasqua et Debré à la loi Chevènement*, *in* FULCHIRON (H.) (dir.), « Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et

trouve en situation régulière, mais qui est enjoint de le quitter par une mesure de police[108] ayant pour objet de prévenir ou de sanctionner une atteinte à l'ordre public. Il s'agira alors d'une expulsion[109]. D'autre part, peut être éloigné le clandestin qui a franchi la frontière d'un Etat en violation des règles nationales sur l'immigration et/ou qui est demeuré sur le territoire d'un Etat en toute irrégularité. En l'occurrence, il s'agira d'une reconduite à la frontière[110].

Ces deux expressions, ainsi que celle d'interdiction du territoire français (ITF), comportent de nombreuses « *zones de chevauchement* »[111], même si leur objet est sensiblement différent. Tout d'abord, « *la reconduite (…) se rapproche de l'expulsion* [en ce sens qu'elle peut elle-même] *être prononcée en cas de menace à l'ordre public* »[112], ce qui

---

des libertés fondamentales », Paris, LGDJ, 1999, 383 p., pp. 229-244. GISTI, *Entrée, séjour et éloignement des étrangers après la loi Chevènement*, hors série de Plein Droit, Les cahiers juridiques, novembre 1999, 3ème édition, 113 p. GUIMEZANES (N.), *La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, JCP, La semaine juridique Édition générale, n° 50, 10 décembre 2003, pp. 2169-2171.

[108] SALMON (J.) (dir.), voir « expulsion », *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, AUF, 2001, p. 488.

[109] COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, Montchrestien, 2001, 5e édition, 815 p., pp. 368-372. Voir aussi MORANGE (J.), *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 2000, 5e édition, 460 p., pp. 416-417. Dans notre droit positif interne, l'expulsion des étrangers a une origine très ancienne : elle est, en effet, pratiquée légalement dès le XVIIIe siècle (décret du 24 vendémiaire an II contre les étrangers manquant de civisme, puis loi des 28 et 29 vendémiaire an VI contre ceux menaçant l'ordre public) : *cf.* JULIEN-LAFERRIERE (F.) et SEZE (S.) (de), Rapport national – France, *in* NASCIMBENE (B.) (ed.), « Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries », Milan, Giuffrè, 2001, 602 p., pp. 183-221, sp. p. 185. De nombreux ouvrages et travaux ont trait pour tout ou partie à l'expulsion en France : voir notamment MARTINI (A.), *L'expulsion des étrangers*, thèse, Paris, 1909, 271 p. ; BOUMAKANI (B.), *Le juge administratif face au problème de l'expulsion et de l'extradition des étrangers*, thèse, Orléans, ss. la dir. de MAISL (H.), 1980, 309 p. ; DELMOTTE (L.-X.), *L'expulsion des étrangers dans les départements d'outre-mer*, RFD adm., 1986, p. 162. ; GUIMEZANES (N.), *Réflexion sur l'expulsion des étrangers*, *in* Mélanges dédiés à D. Holleaux, Paris, Litec, 1990, 436 p., pp. 167-190.

[110] Voy. l'ouvrage de COMBACAU (J.) et SUR (S.), ainsi que celui de MORANGE (J.), *ibid*. Pour des renseignements complémentaires sur les reconduites à la frontière et notamment sur l'évolution de la législation, *cf.* HAEM (R.) (d'), *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, Que sais-je ? , Paris, PUF, 1997, n° 3157, 127 p. ; RIVIERE (D.), *La reconduite à la frontière*, mémoire DEA, Paris II, 1998, 132 p. ; GISTI, *Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, Paris, la découverte, 2003, 5e édition, 282 p. ; s'agissant plus particulièrement de l'évolution de la jurisprudence sur la question, *cf.* GUYOMAR (M.) et COLLIN (P.), *Le contentieux de la reconduite à la frontière*, AJDA, 2000, p. 787. ; MANCIAUX (H.), *La mesure administrative de reconduite à la frontière, étude d'un imbroglio juridique*, thèse, Dijon, 2002, 523 p. : dans son étude, l'auteur précise que la reconduite à la frontière est le premier contentieux « *en volume* » devant le Conseil d'Etat.

[111] GUIMEZANES (N.), *Réflexions sur l'éloignement des étrangers du territoire français*, JDI, 1996, n° 1, pp. 69- 82, sp. p. 69.

[112] *Ibid.* La loi du 10 janvier 1980 permit de prononcer l'expulsion, non plus seulement pour atteinte à l'ordre public, mais aussi pour séjour irrégulier : loi n° 80-9 du 10 janvier 1980, JORF du 11 janvier 1980. Fortement critiquée par la doctrine, cette réforme fut supprimée en 1981 : loi n° 81-973 du 29 octobre 1981, JORF du 30 octobre 1981. Puis, la loi de 1986, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, créa la mesure administrative de reconduite à la frontière, pour sanctionner l'entrée et le séjour irrégulier : loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986, JORF du 12 septembre 1986. Aussi, la reconduite à la frontière est prévue par la loi, depuis 1993, si le titre de séjour de l'étranger est refusé pour menace à l'ordre public (*cf.* l'article L. 511-1 (7°) du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, entré en vigueur le 1er mars 2005, JORF

rend la distinction entre ces deux mesures peu claire. En outre, la notion de reconduite à la frontière est utilisée pour qualifier « *l'exécution matérielle de l'expulsion ou de l'ITF* »[113].

De même, l'expulsion se rapproche de l'interdiction du territoire français dans la mesure où celle-ci est parfois qualifiée d' « expulsion judiciaire »[114]. Cet imbroglio terminologique ne facilite pas véritablement la distinction entre ces trois mesures d'éloignement, et se retrouve dans d'autres ordres juridiques nationaux.

27. En Belgique, par exemple, on connaît trois mesures d'éloignement[115] : l'expulsion ou le renvoi, le refoulement à la frontière et l'ordre de quitter le territoire.

Une mesure d'*expulsion* peut être prise par arrêté royal à l'encontre de l'étranger ayant été autorisé à s'établir mais ayant porté une atteinte grave à l'ordre public ou à la sécurité nationale. Si l'étranger a été autorisé à séjourner plus de trois mois, mais qu'il n'a pas respecté les conditions posées pour son séjour, ou a porté atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale, il sera alors *renvoyé* sur décision adoptée par arrêté ministériel. Outre la différence de termes et de procédures pour des situations juridiques fort peu éloignées l'une de l'autre, la loi sème le trouble dans la compréhension de la mesure de renvoi en précisant que celle-ci peut être décidée contre certaines catégories d'étrangers[116] pour le même motif d'atteinte grave à l'ordre public ou à la sécurité nationale.

---

n° 274 du 25 novembre 2004, p. 19924, et modifié par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JORF n° 170 du 25 juillet 2006, p. 11047). On s'éloigne ici de l'objet premier de la reconduite pour se rapprocher de celui de l'expulsion. La différence entre les deux notions réside donc dans l'autorité qui prend la mesure (ministre ou préfet) et les garanties accordées à l'étranger : GUIMEZANES (N.), *Le droit des étrangers*, Armand Colin, 1987, 191 p., pp. 139-168.

[113] GUIMEZANES (N.), *Réflexions sur l'éloignement des étrangers du territoire français*, *op. cit.*, supra note n° 111, p. 71.

[114] *Id.*, p. 75. L'interdiction du territoire français peut être prononcée par le juge, à titre de peine complémentaire d'une condamnation (amende ou emprisonnement) pour infraction délictuelle ou criminelle, afin de prévenir le trouble à la sécurité publique que causerait une récidive. Cette crainte justifie également la mesure de l'expulsion (*id.*, p. 76).

[115] En Belgique, la loi du 15 décembre 1980 réglemente l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Il s'agit de la loi BEL-1980-L-35769 publiée au Moniteur belge du 31 décembre 1980 et dont le texte est disponible sur le site de l'Office des étrangers chargé d'assister le ministre belge de l'intérieur dans la gestion de la politique des étrangers http://www.dofi.fgov.be/fr/ accessible à partir du site du Service Public Fédéral Intérieur http://www.ibz.fgov.be/. Sur cette loi, *cf.* ANDERSEN (R.), *La police des étrangers en droit belge*, Archives de politique criminelle, 1990, n°12, pp. 90-119. Voy. également, dans les actes du colloque des 23 et 24 octobre 2002 organisé par l' Association pour le Droit Des Etrangers (ADDE), l'article suivant : BODART (S.), *Loi du 15.12.1980, bilan et perspectives*, RDE, n° 121, numéro spécial « Loi du 15.12.1980, bilan et perspectives », 2003, pp. 785-788. La loi du 15 décembre 1980 fut modifiée en dernier lieu par la loi du 12 janvier 2006, Moniteur belge du 21 février 2006.

[116] La loi de 1980 énumère ces catégories d'étrangers en son article 21.

Concernant *le refoulement*, il est pratiqué comme en France afin d'empêcher l'étranger de franchir irrégulièrement la frontière ; s'il l'a déjà franchie pour un séjour ne pouvant excéder trois mois et se trouve en situation irrégulière sur le territoire, l'autorité compétente peut lui notifier *un ordre de quitter le territoire*. La loi belge prévoit, cependant, que cet ordre peut être pris contre l'étranger ayant fait l'objet d'une décision judiciaire pour menace ou atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale[117].

28. On retrouve ici, par conséquent, le même risque de confusion dans les procédures d'éloignement qu'en France. Or, il est clair que, tant en France qu'en Belgique, ces mesures d'éloignement de l'étranger ont le même but et le même effet, à savoir son départ du territoire[118]. Il faut donc reconnaître, comme le souligne le Professeur N. GUIMEZANES, qu'il serait préférable, telles d'autres législations nationales, de prévoir un moyen unique d'éloignement[119].

29. Cette problématique touchant à l'emploi et à la signification de ces diverses notions se retrouve dans le droit international régional, notamment dans le droit communautaire et celui de la Convention européenne des droits de l'homme.

30. Le droit communautaire, qui voit se développer de manière croissante sa législation relative aux problèmes de l'immigration et principalement de l'immigration clandestine,

---

[117] En réalité, l'ordre de quitter le territoire peut intervenir pour une multitude de motifs énumérés par la loi de 1980. En dehors de ceux déjà présentés, font partie des motifs d'un tel ordre l'insuffisance des moyens de subsistance, le vagabondage, l'exercice d'une activité professionnelle sans autorisation, etc.

[118] GUIMEZANES (N.), *Réflexions sur l'éloignement des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 111, p. 71.

[119] *Ibid.* C'est le cas, par exemple, de la législation américaine qui utilise le procédé unique de *deportation* afin d'expulser l'étranger, que ce dernier soit en situation régulière ou non. Le terme *exclusion* est employé, quant à lui, pour désigner le refoulement à la frontière ; *cf.* GOLESTANIAN (V.-M.), *La police des étrangers aux Etats-Unis et en France*, thèse, Paris II, ss. la dir. de FOYER (J.), 1995. J.-M. HENCKAERTS estime que les termes *deportation* et *expulsion* sont quasi-identiques (HENCKAERTS (J.-M.), *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, The Hague, Kluwer Law International, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 257 p., pp. 4-7). Il rappelle que « *Most countries have enacted laws that define when an alien becomes deportable, for example after illegal entry, upon loss of legal status or upon the conviction for a major crime. Deportation as used in such legislation does not differ from what is meant by expulsion* », et que « *in modern practice both terms have become interchangeable* ». Selon G.J.L. COLES, *expulsion* est davantage un terme utilisé en droit international, alors que le terme *deportation* est principalement utilisé dans les droits internes : COLES (G.J.L.), *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*, Italy, San Remo, 1983, § 5.

contient différents actes juridiques traitant directement du problème de l'éloignement des étrangers, ou plutôt des ressortissants des Etats tiers à l'Union européenne[120].

Ainsi, à la lecture du texte même de la directive du Conseil de l'Union Européenne en date du 28 mai 2001 sur « la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers »[121], il faut remarquer que les notions employées diffèrent selon les versions linguistiques. Dans la version française, le terme d' « éloignement » est employé, alors que la version en anglais parle d' « expulsion »[122]. Or, la directive concerne tant l'étranger présentant une « *menace grave et actuelle pour l'ordre public ou la sécurité et sûreté nationales* », que celui n'ayant pas respecté les « *réglementations nationales relatives à l'entrée ou au séjour* »[123], maintenant ainsi la confusion entre ces deux notions. Il en est de même dans la 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 du 28 mai 2001[124]. La décision du Conseil comporte dans sa version française la notion d' « éloignement », celle d' « expulsion » n'étant utilisée qu'à l'occasion d'une référence faite aux articles 18 et 19 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[125], alors que la proposition de cette décision employait tantôt l'un, tantôt l'autre de ces deux termes[126]. La signification de la notion juridique d' « expulsion » reste par conséquent difficile à cerner[127].

---

[120] Sur la notion d' « étranger » en droit communautaire, voy. infra cette introduction § 45.

[121] Directive n° 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 sur la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JOCE n° L 149 du 2 juin 2001, p. 34.

[122] Council Directive 2001/40/EC on the mutual recognition of decisions on the *expulsion* of third country nationals. Il en va de même pour le texte espagnol : « (…) reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de *expulsión* de nacionales de terceros países ».

[123] Dans la version anglaise, l'article 3 de la directive prévoit en effet que : " the *expulsion* (…) shall apply to the following cases : (a) a third country national is the subject of an expulsion decision based on a serious and present threat to *public order* or to *national security and safety* (...)"; or "(b) (...) an expulsion decision based on failure to comply with *nationals rules on the entry or residence of aliens*" (Souligné par nous).

[124] Décision n° 2004/191/CE 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, JOUE n° L 060 du 27 février 2004, p. 55.

[125] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, JOCE n° C 364 du 18 décembre 2000, p. 1.

[126] Proposition de décision du Conseil du 3 février 2003 définissant les critères et modalités pratiques de la compensation des déséquilibres financiers résultant de l'application de la directive 2001/40/CE du Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, COM(2003) 49 final. Cette variation dans l'emploi de l'un ou l'autre terme va de l'exposé des motifs au texte même de la proposition. Une véritable assimilation semble donc être faite entre les deux notions.

[127] Une mauvaise traduction des textes communautaires peut avoir des conséquences malheureuses. Ce fut le cas pour l'affaire *Bonsignore* qui fut portée devant la Cour de justice des Communautés Européennes en 1975 : CJCE, arrêt du 26 février 1975, *Carmelo Angelo Bonsignore contre chef de l'administration municipale de la*

De son coté, la juridiction communautaire emploie cette notion d' « expulsion » à l'occasion de litiges portés devant elle pour infraction à la législation nationale sur l'immigration[128]. Quant à la Commission des Communautés européennes, elle a constaté ce problème de terminologie juridique dans son livre vert relatif à « une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier » du 10 avril 2002[129]. Elle souligne à ce sujet que « *la terminologie dans le domaine du retour varie beaucoup d'un Etat membre à l'autre, en raison des différences de systèmes juridiques. L'emploi de concepts différents en tant que synonymes est souvent source de confusion. À des fins de clarification, des définitions communes sont nécessaires de manière à éviter tout malentendu* »[130]. Dans ce cadre, elle propose donc une première liste de définitions[131]. La notion d'*expulsion* y est définie comme tout « *acte administratif ou judiciaire qui met fin à la régularité d'un séjour antérieur légal, par exemple, en cas d'infractions pénales* »[132]. On peut remarquer que cette définition communautaire se rapproche nettement de celle qu'en donne le droit français.

31. Par ailleurs, l'article 4 du protocole additionnel n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que « *les expulsions collectives d'étrangers sont interdites* ». La Commission des droits de l'homme a précisé cette notion d'expulsion, dans une décision du

---

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. Alors que le texte authentique de l'arrêt, en langue allemande, est rédigé avec les mots « öffentlichen ordnung und sicherheit », qui sont traduit en français par « ordre public et sécurité publique », la version anglaise contient les mots « breaches of the peace and public security » et non « public policy and public order » comme cela aurait du être le cas. Or, en droit anglais, « breach of the peace » a un sens tout à fait différent de celui de l'ordre public (public policy) et est une infraction pénale. Le service linguistique de la Cour aurait trouvé « *bizarre* » d'employer l'expression « threats to public policy » (menace à l'ordre public) alors même que celle-ci fut utilisée dans l'affaire Rutili de 1975. Ces remarques sont celles de l'avocat général J.-P. Warner : conclusions de l'avocat général J.-P. Warner, présentées le 28 septembre 1977, dans l'affaire C-30/77, Rec. p. 2015.

[128] C'est le cas par exemple de la CJCE dans une affaire de juillet 2002 : voir CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, *Mary Carpenter c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-60/00, Rec. I- p. 6305 ; Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, présentées le 13 septembre 2001, Rec. I- p. 6282.

[129] Livre vert de la Commission relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, 10 avril 2002, COM(2002) 175 final.

[130] *Ibid.*

[131] La proposition de définitions est jointe au livre vert en annexe, *loc. cit.*, p. 29. La Commission envisage que « *d'autres définitions pourraient y être ajoutées* ».

[132] *Ibid.* De caractère préliminaire et non contraignant, cette définition a, au même titre que les autres figurant dans cette liste, été modifiée dans le cadre d'une mise à jour effectuée par la même Commission dans sa communication du 14 octobre 2002. La notion d'expulsion y est ainsi définie en annexe : « Acte administratif ou judiciaire qui déclare - le cas échéant - que l'entrée, la présence ou le séjour sont illégaux ou met fin à la régularité d'un séjour antérieur légal, par exemple, en cas d'infractions pénales » ; Voy. Communication du 14 octobre 2002 de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2002) 564 final.

3 octobre 1975[133], en l'interprétant largement. Elle estime que l'expulsion doit être entendue « *comme incluant toute mesure,* [de la reconduite à la frontière au rapatriement,] *contraignant des étrangers à quitter* [le territoire de l'Etat sur lequel il se trouve], *et cela indépendamment du caractère régulier ou non de leur situation* »[134].

Toujours dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie a, dans un rapport du 10 septembre 2001, considéré que la notion englobe l'ensemble des cas dans lesquels « *les législations nationales organisent l'éloignement des étrangers* »[135]. Elle précise que cela concerne le refoulement à la frontière, la reconduite à la frontière et les renvois d'étrangers qui ont été ou qui sont en situation régulière sur le territoire de l'Etat d'accueil.

32. En droit international, la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, traite du problème de l'expulsion dans ses articles 32 et 33, et l'entend comme toute mesure prise à l'encontre d'un étranger se trouvant légalement ou illégalement sur le territoire de l'Etat en cause[136]. Dans le même sens, selon l'annexe 9 de la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale, une personne expulsée est une « *personne qui, ayant été admise légalement dans un Etat par ses autorités ou étant entrée dans un Etat illégalement, reçoit ultérieurement l'ordre formel des autorités compétentes de quitter cet Etat* ».

33. Il résulte de cet examen terminologique que la définition juridique de la notion d' « expulsion » demeure relativement floue et complexe en raison de ses variations d'un ordre juridique à un autre. Dès lors, dans le cadre de cette étude, il importe de prendre en compte les situations juridiques de l'expulsion telles qu'elles sont actuellement entendues en droit communautaire et européen ainsi qu'en droit international général, c'est-à-dire

---

[133] Comm.EDH, décision du 3 octobre 1975, *Becker c/ Danemark*, requête n° 7011/75, *DR* 4, p. 215.

[134] Voir LOCHAK (D.), commentaire de l'article 4 du protocole additionnel n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme, *in* PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (dir.), *op. cit.*, supra note n° 102, p. 1058.

[135] Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, rapport sur les procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, 10 septembre 2001, doc. n° 9196.

[136] STENBERG (G.), *Non-expulsion and non-refoulement : the prohibition against removal of refugees with special references to articles 32 and 33 of the 1951 Convention relating to the status of refugees*, Suède, Iustus Förlag, Uppsala University, 1989, 309 p., pp. 20-21.

indépendamment des définitions nationales. Autrement dit, le terme d' « expulsion » sera entendu comme étant la mesure imposant à un étranger, présent sur le territoire de l'Etat expulsant, de le quitter, que sa présence soit légale ou illégale[137].

34. Aujourd'hui, la pratique de l'expulsion touche principalement les étrangers. Pourtant, elle n'est pas limitée aux immigrants et immigrés. L'expulsion des nationaux est parfois pratiquée, bien qu'elle soit prohibée en droit international. Par conséquent, il faut évoquer cette problématique puis apporter quelques précisions sur ce qu'on entend par la notion d' « étranger ».

E. L'expulsion et le critère de la nationalité

35. Au regard du droit naturel, il serait logique de penser en raison de l'universalité, même relative, des Droits de l'Homme, que tant les étrangers que les nationaux peuvent « *se réclamer des droits fondamentaux* »[138] inhérents à la personne humaine. En conséquence, ces droits ne sauraient souffrir aucune restriction fondée sur la différence de culte, d'origine ou de nationalité[139]. Or, force est de constater que, dans les sociétés politiques, la réalité sociale ne consacre pas une égalité absolue entre les étrangers et les nationaux[140]. Au contraire, « *toute communauté est exclusive* » et n'exprime qu'une tolérance à la présence d'étrangers sur son territoire[141].

---

[137] La doctrine en droit international partage généralement cette définition, mais certains auteurs tentent en vain de la clarifier. Par exemple, A. PACURAR estime que l'expulsion « *recouvre toutes les mesures ayant pour résultat de placer le migrant "en dehors"* (en français dans le texte) *de la juridiction de l'Etat d'accueil* [et] *(…) comprend* [donc] *les différents cas dans lesquels les législations nationales prévoient l'éloignement des étrangers* », dont le refoulement (traduit par nous) : PACURAR (A.), *Smuggling, detention and expulsion of irregular migrants. A study on international legal norms, standards and practices*, EJML, 2003, vol. 5, n° 2, pp. 259-283, sp. p. 275.

[138] LOCHAK (D.), *L'étranger et les droits de l'homme*, *in* Mélanges offerts au Professeur R. E. Charlier, « Service public et libertés », Paris, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, 895 p., pp. 615-633, p. 615.

[139] *Ibid.*

[140] *Ibid.*

Les nationaux

36. En ce qui concerne les nationaux, la protection de leurs libertés est renforcée et la règle est celle de l'interdiction d'expulsion. Cette règle, posée dans un certain nombre de conventions internationales[142], est la conséquence principale de l'attribution de la nationalité[143]. Quand un Etat octroie « *souverainement sa nationalité* » à une personne, il marque sa volonté et son engagement à ne pas l'exclure de son territoire[144].

A la suite de l'adoption en 1948 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, les Nations Unies ont effectué une étude sur le thème de l'exil, défini comme « *le fait d'expulser une personne du pays dont elle est ressortissante ou de l'empêcher d'y rentrer* »[145]. L'interdiction pour l'Etat d'expulser ses nationaux a donc pour corollaire l'obligation de réadmettre ses propres ressortissants, dont ceux qui ont été expulsés par un

---

[141] *Id.*, p. 616.

[142] On peut citer le protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose en son article 3 § 1 que « *Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant* », et l'article 22 § 5 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « *Nul ne peut être expulsé du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant (…)* ». Rappelons aussi l'article 22 de la Charte arabe des droits de l'homme du 15 septembre 1994 qui prévoit qu' « *Aucun citoyen ne peut être expulsé de son pays d'origine (…)* ».

[143] G. SCELLE a affirmé sans ambages la valeur coutumière de l'interdiction d'expulsion des nationaux dans son *Précis de droit des gens, op. cit.*, supra note n° 98, p. 105. Pour A.-B. BA, l'interdiction d'expulsion des nationaux découle de la pratique des Etats, *cf.* BA (A.-B.), *Le droit international de l'expulsion des étrangers : une étude comparative de la pratique des Etats africains et de celle des Etats occidentaux*, thèse, Paris II, ss. la direction de COMBACAU (J.), 1995, 930 p., p. 91. Voy. aussi DOCQUIR (P.-F.), *Le droit de retour des réfugiés et personnes déplacées en Bosnie-Herzégovine*, Annuaire de droit international, 1998, vol. 11, pp. 67-82, p. 69. Pour certains auteurs, elle semble plutôt « *aller de soi* » : COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, *op. cit.*, supra note n° 109, p. 364. Voir aussi BLONDEL (A.), voir « expulsion », *in* LAPRADELLE (A.) (de) et NIBOYET (J.-P.), *Répertoire de droit international*, *op. cit.*, supra note n° 77, pp. 105-162. Aujourd'hui en Europe, ce privilège des nationaux est énoncé à l'article 3 du Protocole n° 4 à la Conv.EDH. La Cour de justice des Communaurés européennes a rappelé dans son arrêt *Van Duyn* qu' *« un principe de droit international (…) s'oppose à ce qu'un Etat refuse à ses propres ressortissants le droit d'avoir accès à son territoire et d'y séjourner* » : CJCE, arrêt du 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, aff. C- 41/74, pt. 22, Rec. p. 1337.

[144] BA (A.-B.), *Le droit international de l'expulsion des étrangers…*, *loc. cit.*, p. 105. Sur le lien que confère la nationalité entre un individu et son Etat, se reporter à la décision *Nottebohm* de la Cour internationale de justice : CIJ, arrêt du 6 avril 1955, Liechtenstein c/ Guatemala, *Nottebohm*, Rec. 1955, pp. 23 et 46. Dans cet arrêt, la Cour définit la nationalité comme le « *lien juridique ayant pour fondement un fait social d'attachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts et de sentiments, jointe à une réciprocité de droits et de devoirs* ».

[145] O.N.U., *Manuel des mesures internationales destinées à protéger les immigrants et les conditions générales à observer pour l'établissement des immigrants*, New York, 1953, section G.

autre Etat[146]. La violation de cette obligation crée une discrimination au regard de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme[147].

37. Par le passé, le « bannissement » caractérisait les civilisations antiques et était pratiqué pour des motifs politiques ou en raison de croyances religieuses différentes[148] ; aujourd'hui, cette pratique disparaît, après avoir été pendant longtemps appliquée dans les ordres juridiques internes[149].

38. Dès 1885, la question de l'expulsion est à l'ordre du jour de l'Institut de Droit international et une commission d'étude est créée pour en traiter. L.-J.-D. FÉRAUD-GIRAUD, membre de celle-ci, présente en 1891 un « projet de réglementation de l'expulsion des étrangers » lors de la session de Hambourg de l'Institut[150]. L'article 11 de ce projet prévoit qu'un Etat ne peut pas expulser « *ses propres nationaux, quelles que soient leurs différences* »[151]. D'après la commission, le principe d'interdiction de l'expulsion des nationaux semble donc incontestable.

Par ailleurs, un des rapporteurs de la commission, L. DE BAR, a présenté un « projet de règlement international »[152] dans lequel il propose de considérer que tout acte prohibant aux nationaux d'accéder ou de séjourner sur le territoire de l'Etat dont ils sont les ressortissants est contraire au droit international. Il ajoute qu'il en va de même concernant les

---

[146] Voir à ce sujet, Comité ad hoc d'experts sur les aspects juridiques de l'asile territorial, des réfugiés et des apatrides, « *Obligations incombant aux Etats en vertu du droit international au titre de la réadmission de leurs ressortissants et des étrangers* », Conseil de l'Europe, CAHAR (96) 12, 1996, pp. 3-44.

[147] Comm.EDH, décision du 17 mars 1981, req. n° 8008/77. L'article 14 de la Conv.EDH prévoit que « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, le religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

[148] Voir pour les développements à ce sujet, supra § 7.

[149] A.-B. BA indique que certains Etats africains pratiquent des expulsions à l'encontre de nationaux naturalisés. Cette distinction entre « *les nationaux de souche* » et « *les nationaux par naturalisation* » exista aux Etats-Unis jusqu'à l'*Immigration Act* de 1952 : BA (A.-B.), *Le droit international de l'expulsion des étrangers…*, *op. cit.*, supra note n° 143, pp. 79-82.

[150] Commission d'étude sur le droit d'admission et d'expulsion des étrangers de l'Institut de Droit international, *Projet de réglementation de l'expulsion des étrangers*, présenté par L.-J.-D. Féraud-Giraud, *op. cit.*, supra note n° 96, pp. 275-282.

[151] *Id.*, p. 278. M. Féraud-Giraud poursuit ensuite en soulignant que l'expulsion des nationaux « *constitue une grave atteinte au droit international* » quand elle a pour effet de « *rejeter sur d'autres territoires des individus frappés de condamnations, ou même placés seulement sous le coup de poursuites judiciaires* ».

[152] BAR (L.) (de), *Projet de règlement international*, session de Hambourg, septembre 1891, Annuaire de l'Institut de Droit international, tome XI, 1889-1892, pp. 282-291. M. Westlake a fait part de ses observations sur ce projet, *cf.* pp. 313-316.

individus « *qui, après avoir perdu leur nationalité, n'en ont pas acquis une autre* »[153]. Cependant, il admet la possibilité de l'expulsion d'un national dans certaines conditions bien particulières : « *si, dans une nécessité politique extrême, l'Etat bannit* » des nationaux, « *cela n'est admissible* » que s'il est assuré que d'autres Etats « *civilisés, qu'ils peuvent atteindre commodément et où ils peuvent vivre paisiblement* », leur ouvrent leurs territoires[154].

L. DE BAR insiste sur cette relative exception en précisant, dans un rapport accompagnant le projet de règlement international, que si le « *bannissement d'individus qui ont le droit de nationalité dans l'Etat expulsant est généralement contraire aux principes du droit des gens moderne* »[155], il peut néanmoins s'avérer nécessaire pour un Etat de bannir des personnalités politiques afin de prévenir tout trouble à la tranquillité publique. Le droit pour les nationaux d'être « *à l'abri de l'expulsion* »[156] paraît alors contestable.

Toutefois, le règlement de 1892, adopté par l'Institut de Droit international à Genève, va s'écarter, sur ce point litigieux, de l'avis de L. DE BAR et préciser, en son article deux, qu' « *en principe, un Etat ne doit pas interdire l'accès ou le séjour sur son territoire soit à ses sujets, soit à ceux qui, après avoir perdu leur nationalité dans ledit Etat, n'en ont point acquis une autre* »[157]. Cela ne va pas sans rappeler le droit, dont dispose toute personne, d'entrer dans son « propre pays ».

39. Le droit pour un individu de rentrer et de rester dans son propre pays figure dans un certain nombre d'instruments internationaux, aussi bien universels que régionaux, conclus après la seconde guerre mondiale. Il en va ainsi notamment du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, dont l'article 12 § 4 prévoit que « *nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays* »[158]. Trois ans plus tôt, le Protocole additionnel n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme, relatif à l'interdiction de l'expulsion des nationaux, disposait en son article 3 § 2 que « *nul ne peut être*

[153] *Id.*, p. 283.
[154] *Ibid.*
[155] *Id.*, pp. 291-313, sp. p. 295. L. de BAR considère qu'un tel acte constitue non une violation du droit des gens mais plutôt une atteinte au droit des individus bannis.
[156] *Ibid.*
[157] Institut de Droit international, session de Genève, 9 septembre 1892, *op. cit.*, supra note n° 84, p. 219.
[158] Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques fut adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. Il est entré en vigueur le 23 mars 1976.

privé du droit d'entrer sur le territoire de l'Etat dont il est le ressortissant »[159]. Il faut rappeler que ce protocole stipule également dans son article 3 § 1 que « *nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant* »[160]. La liberté d'entrer et de sortir des nationaux n'est donc pas consacrée de manière identique dans le Protocole additionnel et dans le Pacte international de 1966, qui n'interdit pas expressément l'expulsion.

De surcroît, tandis que l'article 12 § 4 de ce Pacte, par l'emploi du terme « arbitrairement », « *laisse entendre* » que des circonstances particulières pourraient justifier une privation du droit d'entrer[161], l'article 3 § 2 du Protocole ne semble pouvoir faire l'objet d'aucune restriction. Mais, si le mot « arbitrairement » n'a pas été inséré dans cet article 3 § 2 lors de son élaboration, il n'en demeure pas moins que selon les rédacteurs, le droit d'entrée pour une personne ne lui confère pas pour autant « *un droit absolu à demeurer sur le territoire* » de l'Etat dont elle est un des nationaux[162]. La loi britannique du 11 mars 2005, "The Prevention of Terrorism Act", prévoit la possibilité de prendre à l'encontre de tout individu impliqué dans des activités terroristes des mesures restrictives de ses libertés, et en particulier de sa liberté d'aller et venir. Dans le souci de protéger la population contre le

---

[159] L'Assemblée consultative proposait le texte suivant pour l'article 3 § 2 : « *Toute personne est libre d'entrer dans l'Etat dont elle est la ressortissante* ». S'inspirant de l'article 12 § 4 du projet du Pacte des Nations Unies, le Comité d'experts en matière de droits de l'homme, créé en 1960 au sein du Conseil de l'Europe par le Comité des Ministres, a modifié l'article 3 § 2 du projet de l'Assemblée. Il introduit clairement, dans le texte final, une obligation de l'Etat vis-à-vis de l'individu se prétendant son ressortissant (à charge éventuellement pour ce dernier d'apporter la preuve de sa qualité de ressortissant : *cf.* Comm.EDH, décision du 10 décembre 1984, *L. contre RFA*, req. n° 10564/83, *D. R.* 40, p. 262). Le protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, a été adopté à Strasbourg le 16 septembre 1963 et est entré en vigueur le 2 mai 1968.

[160] Comme le paragraphe 2, le premier paragraphe de l'article 3 du Protocole n° 4 est le résultat d'une modification apportée par le Comité d'experts au projet de l'Assemblée, dont la formule était la suivante : « *Nul ne peut être exilé de l'Etat dont il est le ressortissant* ». L'utilisation du terme « exil » a été, en effet, considérée par le Comité comme risquant de créer certains problèmes d'interprétation.

[161] LOCHAK (D.), *in* PETTITI (L.-E.), *op. cit.*, supra note n° 102, p. 1054. Pour autant, le Comité des droits de l'homme, dans son Observation Générale n° 27 du 2 novembre 1999 sur l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dit que les cas dans lesquels l'immixtion de l'Etat « *pourrait être raisonnable, s'ils existent, sont rares* ». Il ajoute que la mesure prise par l'Etat, qu'elle soit législative, administrative ou judiciaire, doit être prévue par la loi et conforme aux dispositions dudit Pacte. Le commentaire de l'article 12 peut être consulté sur le site du Haut Commissariat aux droits de l'homme : Comité des droits de l'homme, 67ème session, 18 octobre 1999, Observation Générale n° 27, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, http ://www.unhchr.ch/french/html/

[162] Comité d'experts en matière de droits de l'homme, commentaire de son projet du quatrième Protocole à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *op. cit.*, supra note n° 100, p. 46. Le Comité d'experts explique que « *par exemple, un délinquant qui, après avoir été extradé par l'Etat dont il est le ressortissant, se serait évadé d'une prison de l'Etat requérant, n'aurait pas un droit inconditionnel à trouver refuge dans son pays* » ; en effet, si tel était le cas, l'Etat ayant extradé se soustrairait à son obligation internationale (p. 49).

risque que représenterait un tel individu, les autorités compétentes peuvent notamment ordonner « *une interdiction ou une restriction de ses mouvements vers, à partir ou sur le territoire du Royaume-Uni* »[163]. On peut se poser la question de savoir si cette disposition est alors contraire à l'article 3 § 2 du Protocole additionnel n° 4.

En ce qui concerne l'article 3 § 1 de ce Protocole, il n'est assorti d'aucune disposition pouvant légitimer une éventuelle restriction à l'interdiction qu'il dicte[164]. Dès lors, un Etat ne peut pas retirer sa nationalité à l'un de ses ressortissants, dans le seul but ensuite de l'expulser[165]. La protection garantie par le Protocole n° 4 est donc plus vaste que celle assurée par le texte de l'O.N.U[166].

40. La violation de l'article 3 du Protocole n° 4 a été invoquée à plusieurs reprises devant la Commission européenne des droits de l'homme, sans qu'aucune requête n'aboutisse[167]. La jurisprudence en la matière de la Cour européenne est plus rare mais intéressante.

---

[163] *Cf.* les dispositions de la loi britannique de 2005 relatives aux "Control orders", 1 (4) (g): "*a prohibition or restriction on his movements to, from or within the United Kingdom (...)*". Traduit et souligné par nous.

[164] A l'inverse des articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme pour lesquels un second alinéa détermine les conditions nécessaires pouvant justifier, « *dans une société démocratique* », une ingérence des autorités de l'Etat.

[165] Dans cette hypothèse, il demeure néanmoins difficile de prouver que la privation de la nationalité a été intentionnellement effectuée dans un tel but. Pour mémoire, l'article 15 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme pose que « *nul ne peut être privé arbitrairement de sa nationalité* ».
On pense, par ailleurs, au projet américain de Patriot Act II de 2003, intitulé *Domestic Security Enhancement Act*, qui autorise l'expulsion des ressortissants américains considérés comme ayant eu l'intention de renoncer à leur nationalité en devenant membre de ou en soutenant un groupe qualifié d'organisation terroriste. La section 501 du projet prévoit en effet que « *(…) as an American can relinquish his citizenship by serving in a hostile foreign army, so can he relinquish his citizenship by serving in a hostile terrorist organization. Specifically, an American could be expatriated if, with the intent to relinquish nationality, he becomes a member of, or provides material support to, a group that the United States has designated as a "terrorist organization", if that group is engaged in hostilities against the United States. This provision also would make explicit that the intent to relinquish nationality need not be manifested in words, but can be inferred from conduct* ».

[166] Remarquons que c'est le cas pour d'autres textes internationaux régionaux. On citera pour exemple, l'article 22 § 5 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, selon lequel « *nul ne peut être expulsé du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant ni être privé du droit d'y entrer* » ; ou encore l'article 22 de la Charte arabe des droits de l'homme du 15 septembre 1994 qui prévoit qu' « *aucun citoyen ne peut être expulsé de son pays d'origine ou être empêché d'y retourner* ». Par contre, au texte des Nations Unies, peut être rapprochée la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 qui, pour le coup, est parfaitement claire. Son article 12 § 2 est ainsi rédigé : « *Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays. Ce droit ne peut faire l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques* ». Voir N'GOM (B.), *Les droits de l'homme et l'Afrique*, Paris, Silex, 1984, 113 p., pp. 99-109.

[167] LOCHAK (D.), commentaire de l'article 3 du protocole additionnel n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme, *in* PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (dir.), *op. cit.*, supra note n° 102, p. 1054. Pour l'article 3 § 1, voy. notamment Comm.EDH, décision du 13 octobre 1987, *Kilicarslan c/ France*, req. n° 11939/86 ; cet article fut invoqué ici en combinaison avec l'article 8 de la Convention, un national risquant d'être expulsé en raison de l'expulsion frappant son conjoint. La requête fut déclarée irrecevable pour non épuisement des voies de recours internes. Pour l'article 3 § 2, voir Comm.EDH, décision du 14 décembre 1989,

La délicate question du territoire chypriote cause des situations complexes pour les habitants du nord et du sud de l'île. C'est dans ce cadre que la Cour fut amenée à statuer sur la violation de cet article 3 à l'occasion du litige *Denizci c/ Chypre*[168]. Dans cette affaire, des résidents du sud invoquaient le fait d'avoir été éloignés de force vers la partie nord de Chypre. Cette partie n'étant pas considérée comme un Etat au sens du droit international par la Communauté internationale mais constituant, avec la partie sud, l'ensemble du territoire de la République de Chypre, la Cour refusa d'examiner l'allégation de violation de la disposition en cause, puisque l'expulsion suppose l'éloignement vers le territoire d'un autre Etat[169]. On peut légitimement estimer que cette solution est critiquable car elle vide de sens l'article 3 du Protocole pour les chypriotes expulsés vers la République turque de Chypre du nord[170].

41. En ce qui concerne l'article 12 § 4 du Pacte de 1966, le Comité des droits de l'homme a eu de rares occasions de se prononcer sur sa violation. Dans l'affaire *Stewart c/ Canada* de 1996, le Comité, qui doit statuer sur la conformité de l'expulsion d'un résident permanent, précise tout d'abord que l'article 12 § 4 ne porte pas directement sur l'expulsion, ni sur le renvoi d'une personne[171]. Puis, examinant la portée de l'expression « propre pays », le Comité constate que cette dernière est plus large que les termes de « pays de sa nationalité »[172] et conclut, à la lumière de l'article 13 du Pacte de 1966, qu'elle s'applique d'une part aux

---

Habsburg-Lothringen c/ Autriche, req. n° 15344/89, *D. R.* 64, p. 210 ; irrecevabilité de la requête en raison d'une réserve faite par l'Etat autrichien sur l'application de l'article 3 du Protocole n° 4.

[168] CEDH, arrêt du 23 mai 2001, *Denizci e.a. contre Chypre*, recueil 2001-V.
En 1999, la violation de l'article 3 § 2 de ce Protocole fut soulevée pour interdiction faite, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, aux descendants de sexe masculin de l'ancien roi de retourner en Italie ; l'interdiction fut levée en novembre 2002 et la déclaration du Gouvernement italien faite en mai 1982 lors du dépôt de l'instrument de ratification du Protocole 4 à la Convention (réserve à l'article 3) fut retirée. La requête fut radiée du rôle : CEDH, arrêt du 24 avril 2003, *Victor-Emmanuel De Savoie c/ Italie*.

[169] La République turque de Chypre du nord fut proclamée unilatéralement en 1983. Les Nations Unies ont refusé de reconnaître l'existence ce cet Etat.

[170] Voir ARDAULT (K.), *Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme - année 2001*, JDI, 2002, n° 1, pp. 284-286.

[171] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 1er novembre 1996, *Charles E. Stewart c/ Canada*, communication n° 538/1993 du 18 février 1993, CCPR/C/58/D/538/1993, 16 décembre 1996 – voir paragraphe 12.2 des délibérations du Comité. Dans cette affaire, le citoyen britannique, C. Stewart, vit dans l'Ontario depuis ses sept ans et fait l'objet d'un arrêté d'expulsion, pris en application de « la loi sur l'immigration », pour une multitude de condamnations pénales.

[172] Voy. les paragraphes 12.3 et 12.4 des constatations, *loc. cit.*, ainsi que l'observation générale n° 27 du Comité des droits de l'homme, *op. cit.*, supra note n° 161, pts. 19 à 21. Dans cette observation, le Comité rappelle que la notion de « propre pays » n'est pas « *limitée à la nationalité au sens strict du terme* » ; qu'au contraire, elle s'applique « *à toute personne qui, en raison de ses liens particuliers avec un pays ou de ses prétentions à l'égard d'un pays* », ne peut y être considérée « *comme un simple étranger* ». Le Comité cite en exemple le cas « *de nationaux auxquels la nationalité aurait été retirée* » au mépris des règles de droit international, celui d'individus « *dont le pays de nationalité aurait été intégré ou assimilé à une autre entité nationale dont* » ils « *se verraient refuser la nationalité* », ainsi que le cas des apatrides et résidents de longue durée.

nationaux, d'autre part à certains individus, non nationaux mais non étrangers, c'est-à-dire ayant des liens particuliers avec un pays déterminé[173]. En l'espèce, le Comité est d'avis que l'article 12 § 4 n'a pas été violé, aux motifs que M. Stewart n'a jamais cherché à acquérir la nationalité canadienne alors que « *le pays d'immigration facilite l'acquisition de la nationalité* »[174], et que, s'il en avait fait la demande, un refus aurait été la conséquence de ses actes. Au demeurant, le Canada ne peut pas être regardé comme le « propre pays » du demandeur.

Il faut préciser que le Comité a relevé, à plusieurs reprises, qu'au sens de l'article 12§4, les Etats parties au Pacte international ne doivent pas, en retirant sa nationalité à une personne, ou en l'expulsant, empêcher de façon arbitraire cette dernière de retourner dans son propre pays[175].

42. Un autre problème peut se poser lorsqu'une personne est déchue de sa nationalité ou y renonce[176]. A moins d'acquérir une nouvelle nationalité, il devient apatride[177]. La Convention relative au statut des apatrides, adoptée en 1954, définit la personne apatride comme celle « *qu'aucun Etat ne considère comme son ressortissant par application de sa législation* »[178]. Etranger pour l'ensemble des Etats, l'apatride ne bénéficie d'un droit de séjour absolu sur le territoire d'aucun d'entre eux. Le risque d'être refoulé de partout ou de faire l'objet de mesures d'expulsion successives est dès lors élevé[179]. La Convention de 1954 prévoit

---

[173] Le Comité des droits de l'homme a mis en exergue le lien particulier qui existe entre les articles 12 et 13, et interprète en conséquence le paragraphe 4 du premier au sens du second, lequel limite le pouvoir des Etats parties d'expulser les étrangers qui se trouvent légalement sur leur territoire. *Cf.* Comité des droits de l'homme des Nations Unies, 27ème session, 1986, Observation Générale n° 15, « Situation des étrangers au regard du Pacte », paragraphe 8, HRI/GEN/1/Rev. 1, 1994, p. 23.

[174] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 1er novembre 1996, *Charles E. Stewart c/ Canada*, *op. cit.*, supra note n° 171, §§ 12.5-12.9.

[175] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Observation Générale n° 27 du 2 novembre 1999, *op.cit.*, supra note n° 161, pt. 21. Voir également Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 2 novembre 2000, *M. Simalae Toala et consorts c/ Nouvelle Zélande*, communication n° 675/1995 du 19 octobre 1995, CCPR/C/70/D/675/1995, 22 novembre 2000, § 11.4, dont une synthèse peut être examinée dans L'Europe des libertés, « Actualité juridique de juillet 2000-décembre 2000 », janvier 2001, p. 47.

[176] La renonciation peut être expresse ou tacite : BA (A.-B), *Le droit international de l'expulsion des étrangers…*, *op. cit.*, supra note n° 143, pp. 97-99.

[177] En France, l'article 25 du code civil prévoit depuis la loi n° 73-42 du 9 janvier 1973 que « *l'individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'Etat, être déchu de la nationalité française* » ; la loi n° 98-170 du 16 mars 1998 est venue ajouter « *sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride* ». S'ensuit la liste des cas de déchéance de la nationalité française.

[178] Article 1 de la Convention relative au statut des personnes apatrides du 28 septembre 1954. Cette convention est entrée en vigueur le 6 juin 1960 et a été ratifiée la même année par la France.

[179] Les auteurs désignent ces individus comme des « outlaws », ou encore parlent de personnes « en orbite ».

toutefois que tout apatride peut, s'il en remplit les conditions, jouir de la protection de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951[180]. Elle dispose, par ailleurs, que les Etats parties ne peuvent expulser un apatride qui se trouve « *régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public* »[181]. Enfin, la Convention accorde à l'apatride frappé d'expulsion certaines garanties procédurales. Ces règles confortent l'idée que l'apatridie ne constitue en aucun cas un obstacle au droit d'expulsion.

Il faut dès lors convenir que l'apatridie entraîne pour l'individu des conséquences particulièrement négatives, et impose aux Etats d'importantes contraintes. Conscients de ce problème concernant la nationalité, ces derniers prennent régulièrement de nouvelles dispositions tendant à prévenir et réduire les cas d'apatridie. Le nombre de textes internationaux visant à promouvoir l'élimination de l'apatridie augmente donc de manière assez considérable[182].

La volonté du Conseil de l'Europe d'encadrer et d'endiguer le problème est telle que les études et travaux relatifs à la nationalité se succèdent, essentiellement depuis les années 70. En 1997, le Comité des Ministres a ainsi formulé des principes et des règles ayant trait à l'acquisition et la perte de la nationalité. La Convention adoptée[183] a ensuite inspiré la Recommandation sur l'apatridie de 1999[184]. L'objectif est notamment de sensibiliser les Etats membres, en sollicitant leur coopération et en les pressant d'améliorer leurs législations et pratiques en la matière.

---

[180] En 1936, l'Institut de Droit international reconnaissait déjà que « *les qualités d'apatride et de réfugié ne s'excluent pas* » : Institut de Droit international, Résolution du 24 avril 1936, « Statut juridique des apatrides et des réfugiés », session de Bruxelles, 1936, partie I, article 2 § 3.

[181] Article 31 § 1 de la Convention relative au statut des personnes apatrides du 28 septembre 1954.

[182] Parmi ces instruments, dont le but premier est d'éviter l'apparition de l'apatridie, on peut citer la Recommandation n° 87/1955 sur l'apatridie adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en octobre 1955 ; la Convention des Nations Unies du 30 août 1961 sur la réduction des cas d'apatridie, entrée en vigueur le 13 décembre 1975 ; la Convention de 1973 de la Commission internationale de l'état civil tendant à réduire le nombre de cas d'apatridie ; la Convention européenne sur la nationalité de 1997 (Série des Traités européens n° 166) ; la Recommandation n° R (1999) 18 du 15 septembre 1999 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la prévention et la réduction des cas d'apatridie.

[183] Convention européenne sur la nationalité de 1997, Série des Traités européens n° 166.

[184] Recommandation n° R (1999) 18 du 15 septembre 1999 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la prévention et la réduction des cas d'apatridie.

43. Cette question de la nationalité trouve, par ailleurs, une parfaite illustration dans les politiques de dénationalisation qui apparurent au début du XXe siècle.

La dénationalisation fut inaugurée par l'ex-URSS à partir de 1921. Cette pratique consiste pour l'Etat, non pas à retirer sa nationalité à l'un de ses ressortissants, mais à édicter une telle déchéance de manière massive, c'est-à-dire à l'encontre d'un ou plusieurs groupes d'individus[185]. Les lois de dénationalisation ont un caractère politique et ne sanctionnent pas la trahison envers la patrie mais l'opposition au gouvernement en place. La condition d'apatridie qui en résulte entraîne la grave conséquence qu'est l'expulsion.

Le protocole de La Haye, en date du 12 avril 1930, a imposé à l'Etat qui dénationalise l'obligation d'accueillir les ex-nationaux. Cependant, cette solution est difficilement envisageable dans la mesure où cela reviendrait pour ces anciens nationaux à rentrer en territoire ennemi[186].

La pratique de dénationalisation peut être rapprochée du devoir de loyauté, qui s'impose à tout ressortissant envers l'Etat de sa nationalité et qui figure dans un grand nombre de systèmes juridiques, principalement en Afrique et en Amérique latine.

Les étrangers

44. En 1892, l'Institut de Droit international prévoit dès les dispositions préliminaires des « règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers » que « *sont étrangers tous ceux qui n'ont pas un droit actuel de nationalité dans l'Etat, sans distinguer ni s'ils sont simplement de passage ou s'ils sont résidents ou domiciliés, ni s'ils sont des réfugiés ou s'ils sont entrés dans le pays de leur plein gré* »[187]. Lors des travaux préparatoires aux fins de l'article 4 du Protocole additionnel n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme,

[185] VISSCHER (C.) (de), *Théories et réalités en droit international public*, Paris, A. Pedone, 1970, 4ème édition, 450 p., pp. 191-199, p. 197.
[186] *Id.*, p. 198.
[187] Institut de Droit international, session de Genève, 9 septembre 1892, *op. cit.*, supra note n° 84, p. 219.

furent ajoutés à cette définition les termes suivants : « *ni s'ils sont apatrides ou possèdent une autre nationalité* »[188].

45. Parmi les étrangers, une distinction doit être faite entre les étrangers « *ordinaires* »[189] et ceux qui jouissent de quelques privilèges. Ces derniers sont les personnes bénéficiaires d'un droit diplomatique tels les diplomates et consuls, ou d'un droit « *para-diplomatique* » comme les militaires et les agents d'organisations internationales[190]. Il s'agit également des individus qui se voient appliquer des traités bilatéraux ou multilatéraux de commerce ou d'amitié comprenant des clauses réglementant le droit d'expulsion[191]. Certaines catégories de personnes bénéficient, enfin, de conventions reconnaissant les droits de libre circulation et d'établissement. C'est le cas des citoyens de l'Union européenne à qui s'appliquent les traités communautaires. Ces citoyens ne sont d'ailleurs pas considérés comme des « étrangers » par le droit communautaire. Ils sont désignés sous les termes de « ressortissants des Etats membres » ou encore « ressortissants communautaires », ce qui les opposent aux étrangers dits ressortissants d'Etats tiers à l'Union européenne[192]. Le ressortissant d'un Etat membre, sans être parfaitement assimilé aux nationaux d'un autre Etat membre, est favorisé par rapport aux ressortissants des Etats tiers. Pour l'ensemble de ces individus privilégiés, "l'immunité" contre l'éloignement n'est cependant pas absolue[193].

Quant aux étrangers "ordinaires", ils devront tenter de bénéficier de la protection d'une convention relative aux droits de la personne humaine, telles la Convention sur le statut des réfugiés et la Convention européenne des droits de l'homme, afin d'échapper à une éventuelle expulsion arbitraire.

---

[188] Direction des Droits de l'Homme, Recueil des travaux préparatoires du Protocole n° 4, 9 mars 1962, DH/Exp. (62) 11, p. 505. Dans une résolution de 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies a défini l'*étranger* en ces termes : « *tout individu qui ne possède pas la nationalité de l'Etat dans lequel il se trouve* » : résolution n° 40/144 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 13 décembre 1985, « Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent ».

[189] PELLONPÄÄ (M.), *Expulsion in International Law*, *A study in International Aliens Law and Human Rights with special reference to Finland*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1984, 508 p., p. 5.

[190] BA (A.-B.), *Le droit international de l'expulsion des étrangers…*, *op. cit.*, supra note n° 143.

[191] A titre d'exemple, on peut rappeler le traité d'amitié turco-allemand du 3 mars 1924. Voir également à ce propos GOODWIN-GILL (G. S.), *International law and the movement of persons between states*, Oxford, Clarendon Press, 1978, 324 p., pp. 147-159.

[192] Les ressortissants de la Suisse, du Liechtenstein, de l'Islande et de la Norvège sont assimilés à ces ressortissants des Etats membres de l'UE.

[193] Concernant les ressortissants communautaires, voy. la 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, JOUE n° L 158 du 30 avril 2004, p. 77 ; rectificatif au JOUE n° L 229 du 29 juin 2004, p. 35 ; rectificatif au rectificatif au JOUE n° L 197 du 28 juillet 2005, p. 34. De

46. Les Etats ont récemment multiplié le nombre d'accords multilatéraux de protection des droits des étrangers, mais ils n'édictent pas d'égalité absolue de traitement avec les nationaux. Certes, le droit international actuel tend, dans le domaine des droits de l'homme, à accorder de plus en plus aux étrangers une protection égale à celle des nationaux[194]. Mais ce changement d'orientation n'est pas radical dans la mesure où subsiste un certain nombre d'exceptions. C'est le cas en matière d'expulsion[195].

47. Certaines conventions internationales accordent aux étrangers le droit d'émigrer et le droit de circuler librement sur le territoire d'un Etat déterminé, mais aucune n'admet un quelconque droit d'immigrer[196]. On peut citer à titre d'exemples, l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme : « 1. Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien » ; ainsi que l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « 1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat. 2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ».

Autrement dit, les instruments internationaux consacrent le principe de la liberté de mouvement. Mais, ce principe n'est pas absolu puisqu'il est limité par les règles nationales relatives à l'entrée et au séjour des étrangers et qu'aucun de ces instruments n'accorde à ces derniers un droit réel à ne pas être expulsé[197].

48. Néanmoins, le pouvoir d'expulsion des Etats peut être limité. L'idée traditionnelle, selon laquelle la faculté d'expulsion est une prérogative composante de la souveraineté des

---

plus amples développements sont consacrés au traitement particulier de ces citoyens de l'Union européenne, *cf.* infra partie I, titre I, chapitre II, section I.

[194] Pour preuve, l'article 3 du Statut de 1949 du Conseil de l'Europe dispose que tout Etat membre « *reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel* <u>*toute personne*</u> *placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales* », refusant ainsi de faire figurer le critère de la nationalité (souligné par nous). Les Etats ont donc des obligations *erga omnes*, par exemple en ce qui concerne l'interdiction de l'esclavage.

[195] DRZEMCZEWSKI (A.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 8, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1993, réimpression de l'édition de 1984, 52 p., p. 9.

[196] LAMBERT (H.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 8 révisé, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2001, 80 p., p. 12.

[197] VILÁ COSTA (B.), *L'unité et l'universalité des droits de l'homme à l'épreuve du « fractionnement » du droit de l'Union européenne. A la recherche d'un ensemble cohérent de règles régissant le statut des étrangers (non communautaires)*, *in* ALSTON (P.) (dir.) avec le concours de BUSTELO (M.) et de HEENAN (J.), « L'Union européenne et les droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 2001, 983 p., pp. 429-462, sp. pp. 430-431.

Etats, dont ces derniers peuvent user arbitrairement, de manière discrétionnaire et absolue, est remise en cause depuis plus d'un siècle et demi par la pratique internationale[198].

49. Dès le XIXe siècle, les réclamations des expulsés ont pu être portées devant les tribunaux arbitraux, mais ce système de revendication est aujourd'hui dépassé. En outre, en raison du développement considérable des migrations et de la nouvelle nature des mouvements internationaux, il est devenu improbable de faire de ces « *problèmes individuels* [des] *affaires d'Etat* »[199].

Depuis la seconde guerre mondiale, de nombreuses instances internationales ont été créées et garantissent le respect des conventions protégeant les droits de la personne humaine. Il appartient dès lors aux étrangers s'estimant victimes d'une expulsion injustifiée de porter leurs revendications devant ces organes internationaux.

Délimitation du sujet et problématique

50. Si l'expulsion est juridiquement encadrée dans la plupart des droits internes, il arrive qu'elle soit utilisée de manière abusive, remettant ainsi en cause la protection due au regard des Droits de l'Homme. Son caractère politique, soulevé à juste titre par différents auteurs[200], rend la protection de la personne concernée d'autant plus fragile. Mais, forte de sa nature internationale, l'expulsion est de plus en plus réglementée par les textes multilatéraux, et plus particulièrement en droit européen. En effet, il faut noter que, dans le cadre plus restreint de l'Europe, les Etats ont élaboré des normes tendant directement à encadrer cette faculté. Ces dernières sont par exemple des clauses insérées dans certains protocoles additionnels à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ou encore dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.

---

[198] Voir C de cette introduction générale.

[199] LOCHAK (D.), *L'étranger et les droits de l'homme*, *op. cit.*, supra note n° 138, p. 624. Le recours à l'arbitrage est encore mais rarement utilisé aujourd'hui. Pour un exemple, sentence du 4 mars 1991, Libye contre Burundi, affaire *Lafico*, note de SALMON (J.-A.), RBDI, 1990, n° 23, pp. 542-543.

[200] Voir LOCHAK (D.) et JULIEN-LAFERRIERE (F.), *Les expulsions entre la politique et le droit*, *op. cit.*, supra note n° 56, pp. 65-87.

Cependant, malgré l'importance de cette question dans les contentieux nationaux, l'expulsion des étrangers ne fait pas l'objet de nombreux litiges devant les juridictions internationales. Toutefois, tant la juridiction du Conseil de l'Europe que la Cour de justice des Communautés européennes ont statué sur des questions mettant en cause des décisions d'expulsion et ont apporté de précieux éclaircissements quant aux garanties entourant la procédure de l'expulsion, confortant ainsi la protection des expulsés.

51. La mise en place d'un corpus juridique au niveau international intéressant la question de l'expulsion est relativement récente. L'apport des organes internationaux de contrôle dans cette matière l'est donc également. Sous cet angle, on constate que dans les ordres juridiques communautaire et européen a été développée une approche plus approfondie de la question que ce qui est traditionnellement prévu dans les instruments conventionnels. Allant au-delà de la protection *a minima* garantie par ces derniers, les dispositions de droit primaire et dérivé du droit communautaire, de même que celles issues des activités du Conseil de l'Europe, ont recherché un meilleur compromis entre la protection des intérêts des Etats et celle des droits des individus.

Face à cet intérêt croissant des juridictions et instances, notamment européennes, pour l'encadrement des pratiques nationales d'expulsion, il convient de s'interroger sur l'interaction des diverses sources juridiques internationales et européennes, et sur l'impact de celles-ci sur les législations nationales.

Il ne s'agit aucunement de dresser un quelconque tableau descriptif du droit positif de chaque Etat dans ce domaine. Cependant, les dispositions internationales réglementant l'expulsion tiennent une place plus ou moins importante dans les ordres juridiques nationaux. Par conséquent, pour comprendre la manière dont les règles du droit international et européen relatives à l'expulsion sont appliquées, les régimes internes feront également l'objet de quelques examens comparatifs.

52. C'est en raison de l'encadrement de l'expulsion dans les ordres juridiques internes et des multiples restrictions nationales à la liberté d'aller et venir des personnes que la nécessité est apparue en droit international conventionnel d'adopter des règles régissant le droit

d'expulsion. En effet, le but est d'atténuer les dispositions et décisions restrictives nationales par le biais d'une protection accrue des droits fondamentaux de la personne humaine[201].

L'intérêt de notre étude est précisément d'examiner comment le droit international, notamment européen, tente de concilier le droit d'expulsion des Etats et le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Ces tentatives de conciliation juridique se heurtent cependant à un obstacle majeur : le caractère politique de l'expulsion induit notamment que les législations traitant de celle-ci sont réceptives à l'actualité nationale et internationale. A cet égard, les attentats du 11 septembre 2001 ont entraîné une modification profonde de certaines législations.

L'étude de l'expulsion en droit international fait apparaître que les critères étatiques de nationalité et la mise en place de différents statuts de l'étranger aboutissent à un fractionnement des régimes juridiques applicables à cette matière. Les tentatives de dépassement de cet obstacle, notamment par la création d'une citoyenneté européenne dans le cadre de l'Union européenne ou les réflexions sur un statut du "quasi-national" en droit européen des droits de l'homme, ouvrent cependant certaines perspectives.

Plan de l'étude

53. Aujourd'hui, le droit d'expulsion est largement consacré et tire toujours sa légitimité du principe de souveraineté de l'Etat[202]. A ce titre, certaines juridictions, comme la Cour

[201] Dans les années 70, le Professeur A.-C. KISS développait l'idée que les règles internationales régissant la condition des étrangers et celles relatives au droit de l'homme poursuivent le même but de protéger les droits des individus, et que les premières finiraient en grande partie par être remplacées par les secondes au fur et à mesure de l'évolution du droit conventionnel : KISS (A.-C.), *La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme*, *in* Mélanges W. Ganshof Van der Meersch, Bruxelles, Bruylant, 1972, tome 1, 622 p., pp. 499-511.

[202] W.-G. WERNER s'est penché sur cette notion de « souveraineté », qu'il estime trompeuse (« *fallacieux* ») car trop imprécise. Il explique sa théorie en mettant en lumière la position de certains auteurs (comme Kelsen) qui considèrent que le terme de souveraineté est « *un mythe* » donc superflu, et la conception d'autres penseurs qui voient dans cette notion l'idée de liberté, ce qui est de plus en plus inexact au regard de la réalité : WERNER (W.-G.), *Speech Act theory and the concept of sovereignty ; a critique of the descriptivistic and the normativistic fallacy*, Hague yearbook of international law, 2001, vol. 14, pp. 73-82. Voir aussi HENKIN (L.), *An Agenda for the Next Century : the Myth and Mantra of State Sovereignty*, Virginia Journal of International Law, 1994, pp. 115-120.

européenne des droits de l'homme et la Cour suprême des Etats-Unis[203], ainsi que de nombreux auteurs demeurent profondément attachés au principe de souveraineté[204]. Si le droit pour chaque Etat d'admettre ou de ne pas admettre des étrangers sur son territoire ou de les en expulser est effectivement issu d'un principe de droit international bien établi lié à la souveraineté de l'Etat, il trouve néanmoins son fondement dans les exigences sécuritaires qui s'imposent aux Etats. Aussi, la doctrine, le droit conventionnel et la jurisprudence internationale, admettent, comme dans la pensée arbitrale du XIXe siècle, que l'expulsion est une matière à laquelle les Etats ne peuvent pas renoncer[205], à condition de respecter certaines règles garantissant les droits et libertés des individus. L'arbitrage et la diplomatie ont laissé place à des systèmes conventionnels et juridictionnels de plus en plus protecteurs des droits et libertés des non-nationaux.

Le droit international s'est considérablement développé. Dans le cadre des Nations Unies et des organisations régionales, les Etats adoptent des normes relatives aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales s'efforçant dans le même temps de légiférer sur l'expulsion et la condition des étrangers. Cependant, la protection assurée aux étrangers en matière d'expulsion diffère d'une convention à l'autre. Ainsi, le texte originaire de la Convention européenne des droits de l'homme ne comporte aucune règle concernant l'expulsion des étrangers. En revanche, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et la Convention américaine relative aux droits de l'homme prévoient des dispositions protectrices[206]. De même, ni la Convention européenne des droits de l'homme, ni le Pacte international de 1966 ne reconnaissent le droit d'asile à la grande différence, comme le fait remarquer le Professeur F. SUDRE, de la Charte africaine et de la Convention américaine[207]. Cette lacune de la

---

[203] Voir RIGAUX (F.), *L'immigration : droit international …*, *op. cit.*, supra note n° 64, pp. 696-708.

[204] Concernant la Cour européenne des droits de l'homme, le Professeur F. RIGAUX se pose la question de savoir si ce principe de souveraineté est un principe de droit international reconnu comme tel, ou s'il relève du pouvoir de police de l'Etat exercé selon le droit national : RIGAUX (F.), *L'immigration : droit international …*, *loc. cit.*, p. 720. Concernant les auteurs, voy. BROWNLIE (I.), *Principles of Public International Law*, New-York, Oxford University Press, 2003, 6ème édition, 742 p., pp. 519-521 ; PACURAR (A.), *Smuggling, detention and expulsion of irregular migrants. A study on international legal norms, standards and practices*, EJML, 2003, vol. 5, n° 2, pp. 259-283, sp. p. 275, l'auteur va même jusqu'à parler de « pleins pouvoirs » : « *It is recognised, internationally, that States retain* <u>*full powers*</u> *in relation to entry stay and exile of nationals of other States* » (souligné par nous).

[205] Voy. BLONDEL (A.), voir « expulsion », *in* LAPRADELLE (A.) (de) et NIBOYET (J.-P.), *Répertoire de droit international*, *op. cit.*, supra note n° 77.

[206] Respectivement aux articles 13, 12 et 22.

[207] SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, collection « Droit fondamental », 2003, 6ème édition, 665 p., p. 461.

Convention européenne disparaît progressivement grâce à l'adoption de protocoles additionnels. En effet, les protocoles 4 et 7 organisent, dans une certaine mesure, l'expulsion des étrangers[208]. De plus, la jurisprudence de la Cour européenne permet d'encadrer efficacement la matière de l'expulsion des étrangers en assurant à ces derniers la protection par ricochet d'un certain nombre de leurs droits et libertés. Cette construction prétorienne ne peut surprendre puisqu'elle rejoint l'objectif premier de la Convention, qui consiste à protéger les droits fondamentaux de tout être humain contre d'éventuelles violations par les Etats parties[209].

En l'état actuel du droit positif et de son application juridictionnelle, la protection des étrangers expulsés ou menacés d'expulsion assurée par le système du Conseil de l'Europe et par le droit de l'Union européenne est la plus aboutie.

54. L'analyse jusqu'à présent développée atteste qu'il faut envisager la question sous l'angle d'un droit d'expulsion, assorti de certaines conditions, et non d'une interdiction d'expulsion sauf exceptions[210]. Ce droit pour chaque Etat d'expulser les étrangers est assorti de devoirs, qui s'imposent non seulement au moment de l'adoption de la décision d'expulsion, mais aussi au moment de sa mise en œuvre. Par conséquent, la liberté des Etats dans l'exercice de leur pouvoir d'expulsion est limitée. Il est parfaitement reconnu que les Etats ont le droit d'expulser ceux des étrangers qui se trouveraient sur leur territoire en violation des règles nationales régissant leur entrée et séjour, et/ou qui troubleraient ou menaceraient de troubler gravement l'ordre public ou la sécurité nationale. Néanmoins, les Etats doivent prendre des mesures proportionnées destinées à protéger leurs propres intérêts tout en sauvegardant ceux des personnes expulsées (**Partie I**).

Si l'adoption de la mesure d'expulsion doit répondre à des exigences conventionnelles et juridictionnelles de plus en plus strictes et protectrices des droits et libertés individuels, il

---

[208] Respectivement aux articles 4 et 1.

[209] Rappelons que la Convention de Rome ne protège pas l'étranger en tant qu'étranger mais parce qu'il est, comme les nationaux et apatrides, un être humain. En ce sens, lors de l'adoption en 1948 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme par la 9e Conférence internationale américaine, il a été considéré que « *les droits essentiels de l'homme n'ont pas leur origine dans le fait que celui-ci est ressortissant d'un Etat déterminé, mais reposent avant tout sur les attributs de la personne humaine* ».

[210] Cette nuance est soulevée par PERRUCHOUD (R.), *L'expulsion en masse d'étrangers*, Annuaire fr. dr. int., 1988, vol. XXXIV, pp. 677-693, sp. pp. 679-680.

en va de même concernant son exécution. Dans cette perspective, le contrôle des décisions étatiques d'éloignement des étrangers sera exercé au moyen de garanties procédurales de plus en plus étendues (**Partie II**).

PREMIÈRE PARTIE
LA LÉGITIMITÉ DE L'EXPULSION

55. Pour J. RIVERO, « *au cœur du concept de droits de l'homme, il y a l'intuition de l'irréductibilité de l'être humain à tout son environnement social* »[211]. L'être humain bénéficie des Droits de l'Homme en tant que tel, indépendamment de son origine ou de son appartenance à un groupe particulier. Autrement dit, pour reprendre R. HIGGINS, les « *droits de l'homme sont des droits que l'on a pour la simple raison que l'on est un être humain* »[212]. Leur "universalité supposée" résulterait de l'idée que ces droits sont immuables et attachés à tout être humain, quel qu'il soit.

L'idée d'une application universelle de ces droits est expressément consacrée tant dans certains droits nationaux qu'en droit international. En France, l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame sans équivoque que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». En ce sens, « *les hommes* » ne sont pas seulement les citoyens français mais tous les êtres humains[213]. En ce qui concerne les instruments internationaux, on peut rappeler qu'en se référant à la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, proclamée le 10 décembre 1948, la Convention européenne des droits de l'homme s'applique « *sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou tout autre situation* » (article 14). La Convention européenne ne reprend donc pas la théorie classique de la nationalité[214]. Dans le même sens, le préambule de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 prévoit que « *les droits fondamentaux de l'homme ne découlent pas de son appartenance à un Etat donné, mais reposent sur les attributs de la personne humaine* »[215].

---

[211] RIVERO (J.), *Rapport général*, *in* « Les droits de l'homme, droits collectifs ou droits individuels ? », Colloque de Strasbourg – 1979, actes publiés chez Paris, LGDJ, 1980, 220 p., p. 23.

[212] HIGGINS (R.), *Problems and Process, International Law and how We use it*, Oxford : Clarendon press, 1995, 274 p., p. 96.

[213] LOCHAK (D.), *L'étranger et les droits de l'homme*, *in* Mélanges offerts au Professeur R. E. Charlier, « Service public et libertés », Paris, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, 895 p., pp. 615-633, p. 621. De nombreuses études abordent le problème des destinataires des droits fondamentaux : voir par exmeple TCHEN (V.), *Recherche sur les droits fondamentaux de l'étranger*, LPA, 22 mai 1995, n° 61, pp. 4-13.

[214] Sur les caractéristiques propres de cette Convention, voy. LAMBERT (H.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 8 révisé, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2001, 80 p., pp. 7-11.

[215] La Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969 est entrée en vigueur le 18 juillet 1978.

Curieusement, seul le continent asiatique ne dispose pas de convention régionale proclamant les droits de l'homme. Cette particularité des Etats d'Asie tend du même coup à affaiblir, sinon à relativiser cette universalité

Toutefois, les droits de l'homme doivent être reconnus par le pouvoir étatique pour que leur protection soit assurée[216]. En effet, ils doivent faire partie du droit positif de chaque Etat pour que les individus puissent en réclamer le respect. Certains Etats ont l'obligation, découlant de leurs engagements internationaux, de prendre en compte les droits de l'homme dans leur système juridique[217].

56. Il existe des conventions venant garantir le respect de droits au seul bénéfice des femmes ou des enfants, mais aucun texte analogue consacrant les droits des étrangers[218]. Un tel texte serait d'ailleurs voué à l'échec à partir du moment où, issu de la volonté des Etats, son contenu serait contrôlé par ces derniers[219]. En effet, il est probable qu'il prévoirait peu de droits et n'énoncerait que de simples principes[220].

Jusqu'à aujourd'hui, les Etats n'ont montré aucune intention d'adopter un texte international qui, au minimum, concéderait des droits aux étrangers. De plus, ce type d'engagement serait fragile puisque les Etats auraient la possibilité de le dénoncer à tout moment[221].

---

des droits de l'homme proclamée par les nations occidentales. Voir sur ce sujet ROULAND (N.), *La doctrine juridique chinoise et les droits de l'homme*, RUDH, 1998, n° 1-2, pp. 1-26 ; VALTICOS (N.), *Universalité et relativité des droits de l'homme*, *in* Mélanges en hommage à L.-E. Pettiti, Bruxelles, Bruylant, 1998, 791 p., pp. 737-750, sp. p. 742 ; ainsi que l'ouvrage suivant : ANGLE (S.C.), *Human Rights in Chinese Thought. A Cross-Cultural Inquiry*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2002, 304 p. La Déclaration universelle des droits de l'homme, qui incarne cette universalité, est d'inspiration européenne ; et dire, comme l'a affirmé René CASSIN, qu'elle est « *universelle* » (CASSIN (R.), *L'homme sujet de droit international et la protection universelle de l'homme*, *in* Mélanges Georges Scelle, « La technique et les principes du droit public », Paris, LGDJ, 1950, tome 1, 457 p., p. 77) revient à considérer que la position occidentale « doit » s'étendre à l'ensemble des Etats. Le Professeur F. SUDRE, reprenant les termes de P. WASCHMANN, estime, au contraire, que « *les droits de l'homme sont un universalisme (ils s'adressent à tous les hommes, sans distinction)* » mais « *ils ne sont pas universels* » : *cf.* SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, collection « Droit fondamental », 2003, 6ème édition, 665 p., pp. 42-45, et WASCHMANN (P.), *Les droits de l'homme*, Paris, Dalloz, collection « Connaissance du droit », 1999, 3ème édition, p. 50.

[216] LOCHAK (D.), *L'étranger et les droits de l'homme*, *op. cit.*, supra note n° 213, p. 615.

[217] Pour une réflexion plus large, voy. BEDJAOUI (M.), *La difficile avancée des droits de l'homme vers l'universalité*, RUDH, 1989, p. 5. Voir aussi Conseil de l'Europe, Colloque de Strasbourg sur « *L'universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste* » organisé en collaboration avec l'Institut international des droits de l'homme, 17 et 19 avril 1989, actes publiés chez N. P. Engel, 1990, 193 p.

[218] Certains auteurs parlent de « *morcellement de l'homme* » : voir surtout MOURGEON (J.), *Les droits de l'homme*, Paris, PUF, Que sais-je ? , n° 1728, 2003, 8ème édition, 127 p., p. 54. Il existe bien des textes traitant de l'asile ou de l'apatridie, mais ils ne s'adressent de fait qu'à une partie et non à l'ensemble des étrangers.

[219] BEAUD (O.), *Propos inactuels sur le droit d'asile : asile et théorie générale de l'Etat*, LPA, 13 octobre 1993, n° 123, pp. 18-21.

[220] TCHEN (V.), *Recherche sur les droits fondamentaux de l'étranger*, *op. cit.*, supra note n° 213, p. 5.

[221] *Id.*, p. 6.

Le droit international positif considère que les étrangers sont destinataires de droits fondamentaux. Toutefois, les législateurs nationaux demeurent exclusivement compétents pour préciser la portée de ces droits[222]. Par ailleurs, le droit international, même régional, limite l'étendue de certains droits en permettant aux Etats d'y apporter des restrictions pour des raisons touchant à l'ordre public, à la sécurité nationale ou à la santé publique. Les Etats conservent donc certaines de leurs prérogatives de puissance publique dans ce domaine. Pour autant, les obligations des Etats sont de plus en plus nombreuses. Les instruments internationaux et les organes internationaux de protection des droits de l'homme sont toujours plus protecteurs des individus et tendent, pour une partie d'entre eux, à assimiler davantage certains étrangers aux nationaux. Surtout, les exigences tirées de l'ordre public sont nettement encadrées afin de limiter les marges de manœuvre des Etats et d'éviter ainsi les abus.

57. Si les considérations d'ordre sécuritaire se durcissent depuis quelques années dans les législations nationales et le droit de l'Union européenne, la même sévérité est de rigueur dans la jurisprudence des organes internationaux et européens de contrôle eu égard au respect des droits et des libertés des individus.

Le droit international offre des garanties minimales aux étrangers expulsés, la mesure d'expulsion devant être légitimement motivée et rigoureusement proportionnée (**Titre I**). Quel que soit le motif de l'expulsion, le pouvoir de l'Etat est encadré dans le souci de protéger au mieux les droits et libertés individuels (**Titre II**).

[222] *Ibid.*

TITRE PREMIER
LES MOTIVATIONS ÉTATIQUES DE L'EXPULSION

58. Pour être valide, l'acte d'expulsion doit être motivé. Selon A. DECENCIERRE-FERRANDIERE, « *l'Etat qui expulse fournit, lorsqu'il est requis, des éclaircissements sur les motifs qui l'ont poussé à recourir à cet* acte »[223]. En effet, la décision d'expulsion doit être justifiée par un motif légitime. L'Etat ne doit pas exercer arbitrairement son pouvoir d'expulsion. Usuellement, le souci de préserver l'ordre public et la sécurité nationale ou de mettre fin à la situation irrégulière d'un étranger sont les raisons invoquées pour fonder l'acte d'expulsion. Ces motifs sont généralement prévus par les règles de droit interne.

Les législations nationales, qui réglementent l'immigration ou l'asile, contiennent des dispositions sanctionnant par l'éloignement ceux des étrangers qui ne respecteraient pas les conditions d'entrée et de séjour. L'expulsion est prévue en cas d'atteinte ou de menace d'atteinte à l'ordre public ou la sécurité nationale, commise par tout étranger, même en situation régulière. Il est en effet légitime pour chaque Etat de faire appliquer les lois relatives à l'admission ou l'établissement des étrangers sur son territoire, et d'attendre de ces derniers qu'ils respectent les règles de l'hospitalité, une fois que leur situation a été régularisée.

59. Les règles internes, qui s'appliquent aux étrangers, rappellent implicitement que ceux-ci ne font guère l'objet du même traitement que les nationaux et qu'ils sont soumis à un « *statut d'exception* »[224].

---

[223] DECENCIERRE-FERRANDIERE (A.), *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, Paris, Rousseau, 1925, 279 p., p. 12.

[224] LOCHAK (D.), introduction au colloque organisé par le Centre d'études juridiques européennes et comparées (CEJEC) et le Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), « *Droits de l'homme et droit des étrangers depuis le 11 septembre 2001 : approche comparée France, Europe, Etats-Unis* », Colloque de Nanterre, 20 mai 2003, actes publiés à la Gazette du Palais, 19-21 octobre 2003, n° 292 à 294, pp. 2-24, sp. pp. 3-5, p. 3.

Les Etats légifèrent donc sur l'immigration et la condition des étrangers en prévoyant systématiquement des restrictions aux droits et libertés qui leur sont reconnus. La crainte qu'inspire la présence d'étrangers se reflète dans la prise en compte, par les législations nationales, du danger qu'ils peuvent représenter pour l'ordre, la sécurité, ou encore la santé publique. Une préoccupation majeure des Etats consiste à garantir la sécurité nationale. Ce phénomène s'est accentué depuis les attentats du 11 septembre 2001 sur le sol américain. La prise de conscience de la dangerosité latente de certains étrangers a engendré un grave problème d' « *amalgame entre l'immigration et le terrorisme* »[225]. En effet, de nombreux Etats ont adopté des règles relatives à l'immigration et/ou à la lutte contre le terrorisme ou modifié leurs législations existantes dans ces matières, et accordé de nouveaux pouvoirs aux instances policières augmentant ainsi le risque d'atteinte aux libertés individuelles des étrangers. L'expulsion figure parmi les mesures violant le respect de ces libertés fondamentales.

Les récentes mesures d'exception applicables aux étrangers pour lutter contre le terrorisme contribuent à la remise en cause de l'Etat de droit et à la mise en place de l'Etat de police[226]. Elles montrent aussi que les exigences sécuritaires peuvent évoluer en fonction de considérations d'ordre événementiel ou politique et varier d'un ordre juridique à l'autre.

60. Par ailleurs, les Etats manifestent également une réelle volonté de lutter efficacement contre l'immigration illégale. Tout d'abord parce qu'ils ont le droit légitime de faire respecter les règles nationales concernant l'admission ou l'établissement des étrangers, mais aussi parce que l'immigration clandestine cache souvent des problèmes de première importance tels la traite des êtres humains. Parfois, ce type d'immigration peut devenir pour certains Etats une menace pour leur sécurité[227]. En l'occurence, la mesure la plus fréquente permettant d'y mettre fin est celle de l'éloignement.

---

[225] *Id.*, p. 4.
[226] *Id.*, p. 3.
[227] *Id.*, p. 4. Le Professeur D. LOCHAK cite en exemple la loi française d'orientation et de programmation sur la sécurité de 1995 qui englobait parmi les objectifs de la politique de sécurité la lutte contre l'immigration clandestine.

61. Le terme même d'« étranger » pose cependant problème en droit communautaire, puisque celui-ci n'envisage pas de règles s'adressant aux « étrangers ». Il évoque plutôt les ressortissants des Etats tiers. Dans ce sens, l'« étranger » ne peut en aucun cas désigner pour un Etat membre le national d'un autre Etat membre[228]. Sont donc "étrangers" ou ressortissants des Etats tiers à l'Union les personnes n'ayant pas la nationalité d'un Etat membre de l'Union européenne.

Dès lors, les "étrangers" et les ressortissants de l'UE jouissent de droits et d'obligations sensiblement différents en matière d'entrée et de séjour sur le territoire des Etats membres. De ce fait, les raisons des mesures d'expulsion que ces derniers peuvent adopter afin de limiter le déplacement et le séjour ne sont pas exactement les mêmes.

Le droit communautaire amoindrit toutefois cette dichotomie en accordant une protection spéciale à certains ressortissants d'Etats tiers. En effet, ces derniers peuvent bénéficier d'un statut privilégié lorsqu'ils ont une attache familiale avec un ressortissant de l'Union ou lorsqu'ils tirent profit de règles spécifiques issues d'accords conclus entre la Communauté et leur Etat d'origine. Un statut de "quasi-national" tend ainsi à apparaître en droit communautaire.

62. Afin de permettre une mise en œuvre effective des objectifs qui lui ont été fixés, l'Union européenne a ainsi développé un corpus juridique tout à fait spécifique afin d'accorder des droits préférentiels à certains « non-nationaux », c'est-à-dire à des personnes n'ayant pas la nationalité du pays dans lequel elles se déplacent ou résident[229]. S'il convient donc d'étudier les motifs d'expulsion des étrangers en droit international et communautaire (**Chapitre I**), il importe de s'attarder ensuite sur les règles spécifiques définies par l'Union européenne à l'endroit de ces « non-nationaux » (**Chapitre II**).

---

[228] Les ressortissants des Etats membres de l'Union sont des citoyens européens. Voir à ce sujet l'importante contribution de Mme PÉREZ VERA (E.), *Citoyenneté de l'Union européenne, nationalité et condition des étrangers*, RCADI, 1996, volume 261, pp. 243-425.

[229] La notion de non-national est utilisée de façon usuelle par les Institutions communautaires. Pour exemple, voir la directive n° 93/109/CE du Conseil du 6 décembre 1993 fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen pour les citoyens de l'Union résidant dans un Etat membre dont ils ne sont pas ressortissants, JOCE n° L 239 du 30 décembre 1993, p. 34. Voy. également les conclusions de l'avocat général M. D. Ruiz-Jarabo Colomer, présentées le 3 juillet 2001, dans les affaires C- 367/98, C- 483/99 et C- 503/99, Rec. I- p. 4731.

CHAPITRE I
LES MOTIFS D'EXPULSION DES ÉTRANGERS EN DROIT INTERNATIONAL ET COMMUNAUTAIRE

63. A la fin du XIXe et au XXe siècles, le droit international et certaines législations internes ont cherché à établir des listes énumérant limitativement les différentes causes d'expulsion[230]. Celles-ci comprenaient généralement la condamnation pour faits de droit commun, la mendicité et le vagabondage, les maladies contagieuses et des raisons politiques comme l'espionnage ou les complots contre l'Etat[231]. Ces nombreuses tentatives de classification ont échoué puisque les causes d'expulsion pouvant évoluer, toute liste était destinée à ne pas être exhaustive. Pour cette raison, les règles nationales et internationales utilisent des expressions vagues, comme l' « ordre public », la « sécurité nationale », la « sécurité publique » ou la « sûreté de l'Etat ». De telles formules permettent d'englober de multiples motifs.

Ces notions figurent dans la majorité des systèmes juridiques. En droit administratif français, la notion d'ordre public comprend la tranquillité publique, la salubrité publique et la sécurité publique ou sûreté[232]. En droit des étrangers, l'expulsion peut être prononcée pour menace à l'ordre public. Plus précisément, elle peut être justifiée par la grave menace que représente l'intéressé pour l'ordre public ou par des raisons impérieuses de sécurité publique ou de sûreté de l'Etat[233]. Ces raisons impérieuses sont invoquées lorsque l'intéressé est l'auteur de faits dont la gravité est supérieure à celle de la menace grave à l'ordre public, comme par exemple des crimes ou délits particulièrement graves – trafic de drogues,

---

[230] Ce fut le cas de la loi des Etats-Unis d'Amérique du 20 février 1907, la loi italienne sur la sûreté générale du 30 juin 1889 ou encore la loi brésilienne du 7 janvier 1907 (source : BOECK (C.) (de), *L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique*, RCADI, 1927, tome 3, 673 p., pp. 447-647, p. 534).

[231] L'Institut de Droit international a repris une grande partie de ces causes consacrées par les lois nationales, allant même jusqu'à les qualifier de « *coutume internationale* » (*cf.* BOECK (C.) (de), *ibid.*, pp. 532-577, sp. p. 577).

[232] RIVERO (J.) et WALINE (J.), *Droit administratif*, Précis Dalloz, 1996, 16e édition, 503 p., p. 391. C'est également la définition donnée par le Conseil Constitutionnel français : voir Conseil Constitutionnel, *Libertés et ordre public – Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle*, 8e séminaire des Cours constitutionnelles tenu à Erevan du 2 au 5 octobre 2003, dossier consultable sur la page suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/notes/libpub.htm

[233] VANDENDRIESSCHE (X.), *Le droit des étrangers*, Paris, Dalloz, collection « Connaissance du droit », 2005, 3e édition, 175 p., pp. 145-155.

terrorisme - ou la commission répétée d'infractions[234]. En droit communautaire, il apparaît implicitement que la notion d' « ordre public » comprend au minimum la sûreté et la sécurité publique[235]. La notion semble donc englober ces divers éléments que sont la sécurité publique et la sûreté de l'Etat.

64. La motivation d'ordre public apparaissant donc floue[236], sa signification et son contenu méritent d'être analysés (**Section I**). Compte-tenu des difficultés d'interprétation posées par cette notion, les motifs de l'expulsion sont aujourd'hui strictement contrôlés, notamment par les organes internationaux de protection des droits de l'homme (**Section II**).

SECTION I

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC : DÉFINITION D'UN MOTIF DE L'EXPULSION

65. Les notions d'ordre public et de sécurité nationale sont fréquemment utilisées pour motiver une expulsion. Leur analyse suppose d'en rechercher la définition (**Paragraphe I**). Cependant, la notion d'ordre public restant difficile à cerner, il est nécessaire de s'attacher également à ses diverses fonctions (**Paragraphe II**).

[234] *Id.*, pp. 152-153.
[235] Voir les conclusions de l'avocat général J.-P. Warner, présentées le 28 septembre 1977 pour l'affaire *Régina contre Bouchereau*, aff. C- 30/77, Rec. p. 2015.
[236] Voy. MALAURIE (P.), *L'ordre public et le contrat – Etude de droit civil comparé France, Angleterre, URSS*, Reims, Matot-Braine, 1953, 278 p.

<u>PARAGRAPHE I</u> : Tentatives de définition

66. « *Pour être indispensablement tenu de laisser aborder les Etrangers qui nous en demandent la permission, il faut que l'on n'ait vraisemblablement à appréhender aucune suite fâcheuse de leur entrée dans le pays* »[237]. Ces propos de Samuel PUFENDORF démontrent que depuis longtemps les Etats peuvent craindre la présence d'étrangers sur leur territoire. Que celle-ci soit régulière ou pas, les Etats peuvent y mettre un terme s'ils estiment que l'intéressé a perturbé ou risque de perturber gravement l'ordre ou la sécurité intérieure de leur pays. L'idée de nuisance est donc à l'origine de la raison d'ordre public, de sûreté ou de sécurité pouvant motiver l'acte d'expulsion[238].

67. Le trouble à l'ordre public et l'atteinte à l'intérêt de la sécurité nationale font partie des motifs dérogatoires aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales généralement admis en droit international et dans les législations internes. La Convention européenne d'établissement de 1955 prévoit en son article 3 § 1 que les ressortissants des Etats parties peuvent être expulsés du territoire des autres parties, où ils résident régulièrement, s'ils « *menacent la sécurité de l'Etat ou ont contrevenu à l'ordre public* »[239]. Le protocole de cette convention donne quelques éclaircissements sur la signification de la notion d'ordre public. La première section énonce 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 (…)* [et] *3. les circonstances qui constituent une menace à la sécurité de l'Etat ou qui portent atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». La section III précise alors que « *a) la notion d'ordre public doit être entendue dans l'acception large qui est, en général, admise dans les pays continentaux* ». La notion peut englober par exemple des raisons politiques.

---

[237] PUFENDORF (S.), *Le droit de la nature et des gens*, tome I, 1732, publié par le Centre de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1989, 613 p., livre III, chapitre III, p. 334, § 8.

[238] Samuel PUFENDORF affirmait, à propos "des devoirs communs de l'Humanité", que « *(…) si l'on a une fois donné entrée aux Etrangers, on ne saurait après cela les chasser (…) à moins qu'on n'ait lieu vraisemblablement de craindre qu'un plus long séjour sur nos terres ne nous soit nuisible à nous-mêmes* » : *id.*, p. 337, § 9.

[239] Convention européenne d'établissement du 13 décembre 1955, Série des Traités européens n° 19. Entrée en vigueur le 23 février 1965.

Le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques prévoient que certains droits et libertés peuvent faire l'objet de restrictions qui sont notamment nécessaires à la sauvegarde de la sécurité nationale ou de l'ordre public. Aussi, des raisons impérieuses de sécurité nationale peuvent conduire à la privation pour l'étranger menacé d'expulsion de son droit à des garanties procédurales. En 1994, la Commission des droits de l'homme a précisé que la sécurité nationale est en danger « *dans les cas les plus graves de menace politique ou militaire directe contre la nation tout entière* »[240]. Concernant la notion d'ordre public, la Commission admet qu'elle « *est assez vague* », mais qu' « *on peut y inclure l'idée plus restrictive de "défense de l'ordre" (…) qui figure (…)* [dans] *la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »[241]. Elle ajoute que la notion « *peut également englober les principes fondamentaux universellement acceptés sur lesquels repose une société démocratique et qui concordent avec le respect des droits de l'homme* »[242].

L'article 32 § 1 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés dispose que *« les Etats contractants n'expulseront un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public* »[243]. Ces deux dernières notions ne sont pas définies dans le texte de la Convention. Selon N. BERGER, la première « *recouvre (…) toute menace susceptible de mettre en péril l'indépendance d'un Etat, sa souveraineté, ou de porter atteinte à ses institutions ou aux libertés démocratiques* »[244]. Quant à la seconde notion, celle d'ordre public, N. BERGER la définit comme recouvrant « *des délits particulièrement graves* »[245].

68. Ces définitions de l'ordre public sont empruntes de relativité[246], ce qui peut s'expliquer pour deux raisons. D'une part, les justifications d'ordre public évoluent dans le temps, d'autre part, elles évoluent dans l'espace, c'est-à-dire qu'elles varient d'un Etat à un autre, d'un ordre juridique à un autre. Il appartient aux Etats de déterminer les agissements

---

[240] Commission des droits de l'homme des Nations Unies, « Question des droits de l'homme de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement », 51e session, 14 décembre 1994, E/CN.4/1995/32.
[241] *Ibid.*
[242] *Ibid.*
[243] Convention relative au statut des réfugiés, adoptée le 28 juillet 1951.
[244] BERGER (N.), *La politique européenne d'asile et d'immigration - Enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 269 p., sp. p. 197, note de bas de page n° 125.
[245] *Ibid.*
[246] Voir GHESTIN (Y.), *L'ordre public, notion à contenu variable*, *in* PERELMAN (C.) et VANDER ELST (R.), « Les notions à contenu variable du droit », Bruxelles, Bruylant, 1984, 377 p., pp. 77-97.

qu'ils considèrent comme pouvant être qualifiés d'attentatoires à l'ordre public ou à la sécurité nationale. A ce sujet, on peut rapporter l'observation de l'arbitre A. Desjardins dans l'affaire Ben Tillett de 1898 : « *on ne saurait contester à un Etat la faculté d'interdire son territoire à des étrangers quand leurs menées ou leur présence lui paraissent compromettre sa sécurité ; il apprécie (…), dans la plénitude de sa souveraineté, la portée des faits qui motivent cette interdiction* »[247].

Les instances internationales de protection des droits de l'homme considèrent que les exigences de l'ordre public relèvent de l'appréciation souveraine des Etats et leur laissent dès lors le soin et la liberté d'en déterminer le contenu. Cependant, il va de soi que ces mêmes instances, chargées de contrôler la réalité du bien fondé des mesures ayant justifié l'atteinte à une ou plusieurs libertés individuelles, vont s'autoriser à examiner si les Etats n'ont pas outrepassé leurs droits et franchi les frontières de l'arbitraire en adoptant lesdites mesures. En effet, la mesure d'expulsion suppose un juste équilibre entre la sauvegarde de l'ordre public et la protection d'un droit fondamental. De ce fait, les instances internationales, et notamment les juridictions régionales, sont amenées à préciser cette notion.

69. Par ailleurs, la liberté accordée aux Etats, somme toute logique et en parfaite adéquation avec leur souveraineté, entretient les imprécisions qui entourent le sens de la notion d'ordre public. La marge d'appréciation des Etats doit donc être limitée aux circonstances leur permettant de recourir à cette notion. C'est d'ailleurs la solution retenue en droit communautaire.

Le droit communautaire originaire a recours au motif d'ordre public pour autoriser des limitations à la circulation des nationaux des Etats membres des Communautés européennes. Le Traité de Paris du 18 avril 1951 instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier disposait dans son article 69 § 1 du chapitre VIII, relatif aux mouvements de la main-d'œuvre, que « *les Etats membres s'engagent à écarter toute restriction, fondée sur la nationalité, à l'emploi dans les industries du charbon et de l'acier, à l'égard des travailleurs nationaux d'un des Etats membres de qualification confirmée dans les professions du charbon et de l'acier, sous réserve des limitations qui résultent des nécessités fondamentales de santé*

[247] Sentence arbitrale, *Ben Tillett*, Royaume-Uni c/ Belgique, 26 décembre 1898, M. Grivaz, RGDI publ., 1899, pp. 46-55, p. 48.

et d'ordre public »[248]. Quant au Traité de Rome de 1957 sur la Communauté économique européenne, ses articles 48 et 56 prévoyaient que des raisons d'ordre public pouvaient justifier certaines limitations aux libertés de circulation et d'établissement des ressortissants communautaires. Ces dispositions ont été reprises dans le TCE aux nouveaux articles 39 et 46[249]. Pour autant, les traités communautaires ne définissent pas la notion d'ordre public. C'est dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui a communautarisé ladite notion, que l'on peut en déceler les premiers éléments de définition. Dans l'affaire *Van Duyn* du 4 décembre 1974, la Cour souligne, à propos de l'interprétation à donner à ce terme au sens de l'article 39 CE, que « *la notion d'ordre public dans le contexte communautaire (…) doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des Etats membres sans contrôle des institutions de la Communauté* »[250]. Elle poursuit en indiquant que « *les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre, et qu'il faut ainsi reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité* [et les dispositions prises pour son application] »[251]. Cette jurisprudence fut confirmée dans les affaires *Régina contre Bouchereau*[252] et *Olazabal*[253].

L'affaire *Régina* concernait un ressortissant de nationalité française, qui travaillait au Royaume-Uni et qui fut, à plusieurs reprises, trouvé en possession illégale de certains stupéfiants, infraction illicite selon la loi alors en vigueur dans ce pays. Considéré comme perturbant l'ordre public, l'intéressé était menacé d'expulsion. La question de la signification de la notion d'ordre public au sens de ce même article 39 CE fut à nouveau posée. L'ordre public inclut-il les raisons d'Etat, les menaces d'atteinte à la paix, à la sûreté et à la sécurité

---

[248] En vertu du paragraphe 2 de l'article 69 du traité de Paris, les Etats membres déterminaient d'un commun accord les limitations prévues au paragraphe 1.
Le 23 juillet 2002, le traité de Paris est arrivé à expiration. Les éléments du patrimoine actif et passif de la CECA ont été tranférés à la CE à partir du 24 juillet 2002. Un protocole annexé au traité de Nice règle les conséquences financières de la disparition de la CECA.

[249] Le TCE, en son article 297, permet aussi aux Etats membres de prendre des mesures affectant le fonctionnement du marché commun en cas de « *troubles intérieurs graves affectant l'ordre public* ».

[250] CJCE, arrêt du 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, aff. C- 41/74, Rec. p. 1337, pt. 18.

[251] *Ibid.* Voir DRUESNE (G.), *La réserve d'ordre public de l'article 48 du traité de Rome*, RTD eur., 1976, pp. 231-258.

[252] CJCE, arrêt du 27 octobre 1977, *Régina contre Pierre Bouchereau*, aff. C- 30/77, pts. 33 et 34, Rec. p. 1999.

[253] CJCE, arrêt du 26 novembre 2002, *Ministre de l'intérieur contre Aitor Oteiza Olazabal*, aff. C- 100/01, Rec. I- p. 11000. Cette affaire fait l'objet d'une étude approfondie, *cf.* infra chapitre II, section I, paragraphe II de ce titre premier.

publique ? Son contenu est-il plus étendu ? Dans ses conclusions, l'avocat général J.-P. Warner proposait à la Cour de justice d'être plus précise que ce que suggérait le gouvernement du Royaume-Uni[254]. Ce dernier estimait que la Cour devait décider que le terme d'ordre public, visé à l'article 39 CE, « *ne se limite pas à une menace d'une atteinte à la paix, à la sûreté ou à la sécurité publique* »[255]. La Cour n'a pas cherché à déterminer les composantes de l'ordre public et a décidé que pour justifier les atteintes à la liberté de circulation des personnes, les autorités nationales ne peuvent recourir à la notion d'ordre public qu'à partir du moment où il y a « *une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* »[256]. Ainsi, la Cour a précisé que des objectifs économiques ne constituent pas des raisons d'ordre public[257]. Finalement, pour reprendre F. HUBEAU, « *d'une réserve de souveraineté illimitée, soumise à la discrétion absolue des autorités et juridictions nationales, typiques des traités d'établissement classiques, la réserve d'ordre public dans le droit des traités instituant les Communautés européennes est devenue une réserve de souveraineté limitée et conditionnelle* »[258]. De jurisprudence constante, la CJCE estime que « *pour l'essentiel, les Etats membres restent libres de déterminer conformément à leurs besoins nationaux les exigences de l'ordre public* », mais qu'il lui appartient de contrôler l'exercice de cette liberté[259]. Ainsi, sur le fondement d'une application uniforme du droit communautaire, la juridiction communautaire a développé sa propre interprétation de la notion d'ordre public[260].

La démarche de la CJCE consiste seulement à contrôler les définitions étatiques de cette notion[261]. A aucun moment la Cour ne cherche à livrer sa propre définition, en dépit des

---

[254] Conclusions de l'avocat général J.-P. Warner, présentées le 28 septembre 1977, aff. C- 30/77, Rec. p. 2015.
[255] *Id.*, p. 2029.
[256] CJCE, arrêt du 27 octobre 1977, *Régina*, *op. cit.*, supra note n° 252, pt. 35. Solution confirmée en ces termes dans CJCE, arrêt du 26 novembre 2002, *Olazabal*, *op. cit.*, supra note 253, pt. 39 ; CJCE, arrêt du 27 avril 2006, *Commission contre RFA*, aff. C- 441/02, pt. 35, Rec. I- p. 3506 (Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, présentées le 2 juin 2005, Rec. I- p. 3452).
[257] CJCE, arrêt du 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn*, *op. cit.*, supra note n° 250, pts. 27 et 28.
[258] HUBEAU (F.), *L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire – Etude de la jurisprudence de la Cour de justice*, Cah. dr. eur., 1981, pp. 207-256, p. 219.
[259] CJCE, arrêt du 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur de la République française*, aff. C- 36/75, pt. 26, Rec. p. 1221 ; Conclusions de l'avocat général H. Mayras, présentées le 14 octobre 1975, Rec. p. 1237.
Voy. sur cette affaire SIMON (D.), *Ordre public et libertés publiques dans les Communautés. A propos de l'arrêt Rutili*, RMC, 1976, pp. 201-223.
[260] Il faut ici rappeler que la Communauté européenne constitue un ordre juridique de droit international distinct avec ses propres définitions et notions.
[261] BOUTARD LABARDE (M.-C.), *L'ordre public en droit communautaire*, étude présentée à l'occasion d'un Colloque sur « *L'ordre public à la fin du XXe siècle* », tenu à Avignon le 7 octobre 1994, et dont les actes ont

sollicitations de certains avocats généraux[262]. Malgré ce refus, elle confectionne de nombreuses « *directives d'interprétation* » de la notion d'ordre public, ce qui, selon M.-C. BOUTARD LABARDE, vaut « *bien une définition* »[263]. L'ordre public est interprété strictement et la mesure nationale prise en son nom, telle une décision d'expulsion, doit être proportionnée[264].

La Cour de justice a donc non seulement communautarisé la notion d'ordre public, mais a également contribué au développement d'une certaine définition communautaire de celle-ci[265].

70. Les autres acteurs institutionnels communautaires n'ont jamais vraiment cherché à définir ladite notion. Dans la directive n° 2003/86 du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, le Conseil a toutefois tenté d'en préciser le contenu[266]. Le considérant (14) prévoit que le regroupement familial peut être refusé aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire des Etats membres de l'Union pour des raisons dûment justifiées, notamment lorsque ces ressortissants constituent « *une menace pour l'ordre public et la sécurité publique* »[267]. A cet égard, la directive précise que « *la notion d'ordre public peut couvrir la condamnation pour infraction grave* [et que] *dans ce cadre, (…) les notions d'ordre public et de sécurité publique couvrent également les cas où un ressortissant d'un pays tiers appartient à une association qui soutient le terrorisme, qui soutient une association*

---

fait l'objet d'une publication rassemblant BEIGNIER (B.), BÉNABENT (A.) et BOUTARD LABARDE (M.-C.) (et al.) sous la direction et la coordination de REVET (T.), Paris, Dalloz, 1996, 111 p., pp. 83-88, sp. p. 85.

[262] *Ibid.* A l'inverse, certains avocats généraux, comme F. Capotorti, refusent de demander à la Cour de définir l'ordre public : conclusions de l'avocat général F. Capotorti, présentées le 16 février 1982, Rec. p. 1714, sur CJCE, arrêt du 18 mai 1982, *R. Adoui contre Etat belge et ville de Liège et D. Cornuaille contre Etat belge*, aff. jtes C- 115 et 116/81, Rec. p. 1668.

[263] BOUTARD LABARDE (M.-C.), *L'ordre public en droit communautaire*, *op. cit.*, supra note n° 261, p. 86. Voir également sur cette réserve d'ordre public en droit communautaire l'analyse faite par DRUESNE (G.), *Puissance publique et libertés : les limites à la liberté de circulation des personnes dans la Communauté économique européenne*, *in* Mélanges offerts au Professeur R. E. Charlier, « Service public et libertés », Paris, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, 895 p., pp. 711-726.

[264] BOUTARD LABARDE (M.-C.), *L'ordre public en droit communautaire*, *op. cit.*, supra note n° 261, p. 87.

[265] Sur ce thème, voy. CASTILLO (M.) et CHEMAIN (R.), *La réserve d'ordre public en droit communautaire*, *in* REDOR (M.-J.) (dir.), « L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux », actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, publiés chez Bruylant, Nemesis, collection « Droit et Justice », 2001, 436 p., sp. pp. 133-166, pp. 161-166.

[266] Directive n° 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JOUE n° L 251 du 3 octobre 2003, p. 12.

[267] *Ibid.*

de ce type ou a des visées extrémistes »[268]. Cette définition a le mérite, dans un texte de droit communautaire dérivé, d'apporter des précisions sur la notion d'ordre public mais se révèle insuffisante. En effet, la directive laisse la porte ouverte à d'autres éléments constitutifs présentant notamment un moindre degré de gravité que les cas cités.

71. Il ressort de ce qui précède que la recherche d'une définition de « l'ordre public » est une tâche mal aisée. Le Professeur G. LYON-CAEN a analysé la notion à l'époque de l'Europe des Six, et a noté que les décisions d'expulsion prises sur ce fondement à l'encontre des ressortissants communautaires présentent un caractère exceptionnel. Il précise que les libertés dont bénéficient ces ressortissants communautaires ne peuvent être limitées, voire supprimées, qu'en raison « *d'exigences supérieures* »[269]. Par contre, en ce qui concerne les ressortissants d'Etats tiers, l'ordre public devient la règle. Finalement, le Professeur G. LYON-CAEN estime que la notion d'ordre public est à ce point large qu'elle en est devenue exempte de toute clarté. Il fait observer, à ce titre, que le terme ne peut quasiment pas être expliqué en se référant au sens des droits nationaux[270].

72. Les différentes versions linguistiques du texte de la Convention européenne des droits de l'homme apportent une preuve supplémentaire de cette constatation. Dans la version française de l'article 1 du Protocole n° 7 à cette convention, le terme utilisé au second paragraphe est celui d'ordre public[271]. Dans la version anglaise, ce terme est traduit par « public order »[272]. Cette expression, correspondant à la traduction littérale d'ordre public, n'a pourtant aucun sens dans la terminologie juridique anglaise[273]. Dans la Common Law, « public order » est un terme apparu très rarement et pour la première fois en droit écrit (« statute law »), dans le « Public Order Act » de 1936[274]. Entendu en droit français, « public

---

[268] *Ibid.* La Cour européenne des droits de l'homme estime aussi que la notion d'ordre public couvre la condamnation pour infraction grave : *cf.* infra § 72.
[269] LYON-CAEN (G.), *La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation*, RTD eur., 1966, pp. 693-705.
[270] *Ibid.*
[271] L'article 1 § 2 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme énonce qu' « *un étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés au paragraphe 1.a, b et c de cet article lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale* ».
[272] Il en va de même pour les articles 6 et 9 de la Conv.EDH.
[273] WARNER (J.-P.), conclusions présentées le 28 septembre 1977 dans l'affaire *Régina* portée devant la Cour de justice des Communautés européennes, *op. cit.*, supra note n° 254, p. 2025.
[274] *Ibid.* L'avocat général précise que cette loi de 1936 devait permettre de « *prendre des mesures contre les activités menées par le mouvement fasciste britannique dans les années 30* » ; ces mesures devant notamment empêcher que des individus créent des « *associations à caractère militaire* ».

order » signifie « sûreté publique ». Or, la notion de sûreté publique est plus restrictive que celle d'ordre public. Il est étonnant que la version anglaise de l'article 1 § 2 du Protocole n° 7 n'utilise pas le terme de « public policy ». Le texte anglais de l'article 39 du TCE emploie ce terme, qui correspond à celui d'ordre public dans le texte français[275]. La notion de « public policy » est utilisée en droit anglais pour autoriser des restrictions à certaines règles[276]. Il est tout aussi curieux que la notion française d'ordre public ne figure pas dans la version anglaise de l'article 1 § 2 du Protocole n° 7. En effet, elle est reprise stricto sensu dans la version anglaise de l'article 2 § 3 du Protocole n° 4 à la Convention, article relatif à la liberté de circulation[277]. L'idée de faire figurer les termes en français dans le texte de cet article 2 § 3 s'est-elle imposée pour qu'ils soient interprétés conformément à la portée de la notion en droit français ? En réalité, dans le projet de l'Assemblée, la traduction en langue anglaise de cette expression « ordre public » était "law and order". Ces mots furent modifiés par le Comité d'experts dans son projet du protocole. Selon son rapport explicatif[278], le Comité « *a décidé de remplacer dans la version anglaise les mots law and order par les mots ordre public écrits entre guillemets et en langue française* »[279]. Il ajoute qu' « *il a été entendu par ailleurs qu'au sens de cet article la notion d'ordre public devrait être comprise dans l'acception large généralement admise dans les pays continentaux* ».

Ni la Convention europénne des droits de l'homme, ni la Cour européenne des droits de l'homme ne définissent la notion d'ordre public[280]. Les Etats contractants sont autorisés à porter atteinte à certains droits et libertés individuels[281] à condition que leur ingérence soit

[275] LYON-CAEN (G.), *La réserve d'ordre public en matière de liberté …*, *op. cit.*, supra note n° 269.
[276] *Ibid.* Sur la notion de « public policy », voy. TALLON (D.), *Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais*, *in* Mélanges R. Savatier, Paris, Dalloz, 1965, 972 p., pp. 883-891, sp. p. 887 sqq.
[277] " *No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of ordre public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others* " (souligné par nous).
[278] Comité d'experts en matière de droits de l'homme, Rapport explicatif de février 2003 concernant le Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention (Série des Traités européens n° 46), http://conventions.coe.int/Treaty/Fr/
[279] Souligné par nous.
[280] L'ordre public n'est pas compris ici comme « l'ordre public européen », défini comme l'ensemble des droits et libertés fondamentaux protégés par la Conv.EDH. La notion d'ordre public est entendue comme la justification avancée par les Etats aux restrictions à certains de ces droits et libertés. Voir SUDRE (F.), *l'ordre public européen*, *in* REDOR (M.-J.) (dir.), « L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux », actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, publiés chez Bruylant, Nemesis, collection « Droit et Justice », 2001, 436 p., sp. pp. 109-131.
[281] Voir les articles 8 à 11 de la Conv.EDH, ainsi que l'article 2 § 3 du Protocole n° 4 à cette Convention.

prévue par la loi, qu'elle soit nécessaire dans une société démocratique et qu'elle poursuive un but légitime. La sauvegarde de l'ordre est un des motifs pouvant justifier des restrictions à l'exercice de ces droits et libertés[282]. La Cour estime que *« l'idée que l'on se fait des exigences* [d'un semblable motif] *varie dans le temps et l'espace* » et que « *les autorités de l'État (…) se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences* »[283]. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme, se retrouvant « *confrontée aux paragraphes 2 des articles 8 à 11* [de la Convention, a été] *appelée à définir ce qu'elle acceptait, à la lumière de la Convention, en présence de l'invocation de l'ordre public national par l'Etat défendeur* »[284]. La Cour vérifie que la mesure nationale restrictive d'un droit ou d'une liberté garantis par la Convention est justifiée et est proportionnée au but légitime poursuivi, tel la protection de l'ordre public[285]. La Cour a reconnu que l'ordre public peut être perturbé par la commission d'infractions graves[286]. Elle a considéré à plusieurs reprises 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* »[287]. Autrement dit, les faits reprochés doivent être suffisamment graves pour que l'ordre public soit réellement troublé et la restriction à la liberté ou au droit concernés n'est admise « *que si l'ordre public reste effectivement menacé* »[288].

73. Au regard de ces développements, on peut observer que le trouble à l'ordre public permet aux Etats de restreindre certains droits et libertés garantis par les textes communautaires et par la Convention européenne des droits de l'homme. Mais, ce motif légitime fait l'objet d'un contrôle de la part de la CJCE et de la CEDH. Comme le souligne

---

[282] Les articles 8, 10 et 11 parlent de « défense de l'ordre », tandis que l'article 9 envisage la « protection de l'ordre » et l'article 2 § 3 du Protocole n° 4 le « maintien de l'ordre public ».

[283] CEDH, arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside*, série A n° 24, § 48 ; CEDH, arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, série A n° 45, § 52. Ces deux arrêts concernaient la protection de la morale, mais les considérations de la Cour européenne des droits de l'homme peuvent être reprises pour certains autres buts légitimes, comme la protection de l'ordre, permettant de restreindre l'exercice d'un droit individuel.

[284] PETTITI (L.-E.), *Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention – De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui*, *in* PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (dir.), « La convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article », Paris, Economica, 1999, 2ème édition, 1230 p., pp. 27-40, sp. p. 31.

[285] Voir par exemple CEDH, arrêt du 13 février 2001, *Ezzouhdi contre France*, §§ 32 et 33.

[286] Voir entre autres CEDH, arrêt du 26 mars 1992, *Beldjoudi contre France*, série A n° 234 A ; CEDH, arrêt du 13 février 2001, *Ezzouhdi*, *loc. cit.*, § 34.

[287] CEDH, arrêt du 26 juin 1991, *Letellier contre France*, série A n° 207, § 51. Voir aussi CEDH, arrêt du 27 novembre 1991, *Kemmache contre France*, série A n° 218, § 52.

[288] *Ibid.*

G. S. GOODWIN-GILL, « *l'ordre public ne peut pas être un concept déterminé uniquement en référence aux critères nationaux* », si bien qu'il « *ne représente pas un domaine relevant de la seule discrétion* »[289] des Etats, permettant à ces derniers de se dispenser d'exécuter leurs obligations internationales.

Il apparaît donc que, la notion d'ordre public étant relative, il est très difficile, voire impossible, de la définir par son contenu. Lorsqu'elle est définie par celui-ci, elle ne peut être « [décrite que] *dans une société donnée, à un moment donné* »[290]. Or, pareille définition se révèle insatisfaisante et insuffisante. Pour mieux comprendre ce qu'est l'ordre public, il faut également en rechercher le rôle.

PARAGRAPHE II : Les fonctionnalités de l'ordre public

74. Même si la définition de l'ordre public n'est pas une tâche particulièrement facile, comme le souligne A.-B. BA, le terme apparaît « *utile* » car nécessaire dans la mesure où il « *comble les lacunes* » des lois internes et du droit international, en ce qu'il permet de « *concrétiser* » le large éventail des motifs et causes d'expulsion[291]. Sa souplesse fait qu'il s'adapte facilement aux faits et aux situations les plus divers[292]. Le Professeur G. LYON-

[289] Traduit par nous, extraits du texte original de GOODWIN-GILL (G. S.), *The limits of the power of expulsion in public international law*, The british year book of international law 1974-1975, Oxford University Press – UK, vol. XLVII, 1977, 525 p., pp. 55-156, sp. p. 154.

[290] PICHERAL (C.), *L'ordre public européen – Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, 2001, 426 p., p. 220. Le Professeur E. PICARD estime qu' « *en son contenu, l'ordre public rassemble (…) toutes les exigences considérées comme les plus vitales au sein d'un ordre juridique* » : PICARD (E.), *Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique*, *in* REDOR (M.-J.) (dir.), « L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux », actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, publiés chez Bruylant, Nemesis, collection « Droit et Justice », 2001, 436 p., sp. pp. 17-61, p. 60.

[291] BA (A.-B.), *Le droit international de l'expulsion des étrangers : une étude comparative de la pratique des Etats africains et de celle des Etats occidentaux*, thèse, Paris II, ss. la direction de COMBACAU (J.), 1995, 930 p., pp. 313 et 314.

[292] *Id.*, p. 314. Voy. pour une critique de cette notion standard : RIALS (S.), *Les standards, notions critiques du droit*, *in* PERELMAN (C.), et VANDER ELST (R.), *op. cit.*, supra note n° 246, pp. 39-75, sp. p. 56 sqq.

CAEN qualifie la notion de « *clause d'adaptation à l'imprévu* »[293], la plupart des affaires étant uniques. Au fond, l'ordre public est fonctionnel.

L'ordre public a diverses fonctions qui varient elles-mêmes selon les ordres juridiques. La complexité de cette notion d'ordre public se traduit aussi bien dans les ordres juridiques nationaux qu'internationaux et régionaux. En ce sens, la doctrine a tenté de clarifier les éléments constitutifs et le rôle de cette notion[294]. L'ordre public, à partir duquel sont adoptées certaines règles, est ainsi considéré comme une variable à part entière et serait lié à l'intérêt public[295].

De manière constante, l'ordre public a un rôle d'éviction. En effet, il « *constitue une exception à l'autonomie de la volonté en droit civil (…), aux libertés publiques et droits de l'homme en droit administratif et droit constitutionnel* »[296]. Le Professeur émérite G. CORNU considère que les règles tirées de l'ordre public, en raison de leur caractère fondamental, « *imposent d'écarter l'effet* » dans un ordre juridique donné « *non seulement de la volonté privé, mais aussi des lois étrangères …* »[297]. Ainsi, en droit international privé, l'ordre public est une « *exception à l'application de la loi étrangère* »[298]. Dans le domaine de la police et de la condition des étrangers, « *l'ordre public intervient à titre d'exception à une norme générale (…)* »[299]. Cette fonctionnalité pourrait être rapprochée de celle existant en

[293] LYON-CAEN (G.), *La réserve d'ordre public en matière de liberté …*, *op. cit.*, supra note n° 269. Expression reprise par DOMESTICI-MET (M.-J.), *Recherches sur le concept d'ordre public en droit international public*, thèse, Nice, ss. la dir. de DUPUY (R.-J.), 1979, 1368 p., p. 17.

[294] Voy. Colloque sur « *L'ordre public à la fin du XXe siècle* », Avignon, octobre 1994, *op. cit.*, supra note n° 261.

[295] Voir les points de vue de CARBONNIER (J.) et TERRÉ (F.) dans leur intervention respective lors de ce colloque (*loc. cit.*).

[296] PICHERAL (C.), *L'ordre public européen – Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, supra note n° 290, p. 14.

[297] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Association Henri Capitant, 2003, 4e édition, 951 p.

[298] KARYDIS (G.), *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable*, RTD eur., janvier-mars 2002, n° 1, pp. 1-26, p. 2. Sur ce point, se référer aussi à la thèse de LAGARDE (P.), *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, thèse, Paris, LGDJ, 1959, 254 p., et celle plus récente de BODEN (D.), *L'ordre public, limite et condition de la tolérance : recherches sur le pluralisme juridique*, thèse, Université Panthéon Sorbonne, ss. la dir. de Horatia Muir Watt, 2002, 993 p. Voy. aussi RUIZ FABRI (H.), *L'ordre public en droit international*, *in* REDOR (M.-J.) (dir.), « L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux », actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, publiés chez Bruylant, Nemesis, collection « Droit et Justice », 2001, 436 p., pp. 85-108, sp. p. 86.

[299] HUBEAU (F.), *L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire – Etude de la jurisprudence de la Cour de justice*, Cah. dr. eur., 1981, pp. 207-256, p. 253.

droit communautaire, où des considérations d'ordre public permettent de suspendre le bénéfice des libertés de circulation[300].

75. La Cour de justice des Communautés européennes rappelait, dans son arrêt du 27 octobre 1977, que le recours à la notion d'ordre public implique à la base l'existence d'un « *trouble pour l'ordre social résultant de l'infraction à la loi* »[301]. Il est clair que l'une des fonctions premières de l'ordre public est de protéger l'ordre social, qui est défini par A. HAURIOU comme « *une organisation de la société en vue d'assurer la protection du groupe, sa subsistance, la paix dans les relations sociales et la réalisation d'un idéal de civilisation* »[302]. Par ailleurs, en droit international, le terme d'ordre public engloberait l'ensemble des principes irréductibles dont l'irrespect menacerait le fondement même de l'ordre social[303]. Il est évident que le recours à l'ordre public a pour fonction de contribuer à la stabilité des grandes structures étatiques[304]. Autrement dit, il a pour but essentiel la protection des « *intérêts fondamentaux (…)* [qui fondent] *l'existence même de l'Etat, le régime démocratique et l'ordre social* »[305]. Aussi, la Cour de justice estime que la menace pour l'ordre public est une menace « *affectant un intérêt fondamental de la société* »[306].

Ces deux fonctions, que sont la protection de l'ordre social et la défense des intérêts fondamentaux de la société, sont celles qui caractérisent la notion d'ordre public telle qu'elle est entendue en droit communautaire.

Aussi, la CJCE a jugé, dans un arrêt du 29 octobre 1998, que le motif de l'ordre public a pour objet d'accorder aux Etats membres le pouvoir de s'opposer à l'entrée ou au séjour, sur leur territoire national, des individus dont la présence « *constituerait, en tant que telle, un*

---

[300] KARYDIS (G.), *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable*, *op. cit.*, supra note n° 298, p. 2. Toutefois, les « *libertés auxquelles [l'ordre public] permet de déroger ou qu'il autorise à restreindre (…) ne cessent pas d'être prises en compte parce que lui-même est invoqué* » : PICHERAL (C.), *L'ordre public européen …*, *op. cit.*, supra note n° 290, p. 149.

[301] CJCE, arrêt du 27 octobre 1977, *Régina c/ Bouchereau*, *op. cit.*, supra note n° 252, pt. 35.

[302] HAURIOU (A.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 1972, 5ème edition, 978 p., sp. p. 116, cité par KARYDIS (G.), *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire …*, *op. cit.*, supra note n° 298, p. 2. Cet ouvrage de A. HAURIOU fut réédité de manière régulière par la suite : voir en particulier la 7ème édition, datant de 1980, qui fut remaniée en collaboration avec GICQUEL (J.) et la participation de GÉLARD (P.), 1194 p.

En marge de cet ordre politique et social, se développe un ordre public économique.

[303] DOMESTICI-MET (M.-J.), *Recherches sur le concept d'ordre public …*, *op. cit.*, supra note n° 293, p. 17.

[304] KARYDIS (G.), *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire …*, *op. cit.*, supra note n° 298, p. 4.

[305] *Ibid.*

danger pour l'ordre public »[307]. La mesure d'expulsion doit frapper un individu qui présente toutefois un certain niveau de danger pour l'ordre public ou la sécurité, et ne se justifie que si les agissements de l'étranger ont été suffisamment attentatoires.

76. Les difficultés relevées pour définir et appréhender la notion d'ordre public[308] peut en partie expliquer qu'une interprétation restrictive de celle-ci ait été effectuée. Cette interprétation stricte obéit avant tout à des considérations relatives aux droits fondamentaux.

SECTION II

L'INTERPRÉTATION STRICTE DES MOTIFS D'EXPULSION

77. La sécurité est un besoin qui a nécessité de passer de l'état de nature à l'état de société[309]. L'Etat doit alors assurer la sécurité de ses citoyens en veillant notamment au maintien de la paix et de l'ordre publics[310]. Par conséquent, la sécurité est une condition de l'exercice des libertés individuelles, si bien qu'un étranger qui la troublerait porterait atteinte à l'intérêt général et pourrait dès lors être expulsé du territoire de l'Etat ayant subi le préjudice.

---

[306] Voir par exemple CJCE, arrêt du 27 octobre 1977, *Régina c/ Bouchereau*, *op. cit.*, supra note n° 252, pt. 35 et CJCE, arrêt du 19 janvier 1999, *Donatella Calfa*, aff. C- 348/96, pt. 25, Rec. I- p. 21 ; Conclusions de l'avocat général A. La Pergola, présentées le 17 février 1998, Rec. I- p. 13.

[307] CJCE, arrêt du 29 octobre 1998, *Commission contre Royaume d'Espagne*, aff. C- 114/97, pt. 42, Rec. I- p. 6732 ; Conclusions de l'avocat général M. S. Alber, présentées le 7 mai 1998, Rec. p. I- 6719.

[308] Pour une étude approfondie de cette notion en droit des étrangers, voir le remarquable ouvrage de NÉRAUDAU-D'UNIENVILLE (E.), *Ordre public et droit des étrangers en Europe – La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 791 p. : l'auteur défend la thèse selon laquelle l'ordre public national constitue le fondement du droit des étrangers, lequel sert de fondement à un "ordre public européen".

[309] Thomas HOBBES considérait en effet que l'état de nature est avant tout « *un état de guerre de chacun contre chacun* ». Selon lui, les hommes inquiets d'une mort violente comprennent la nécessité de quitter l'état de nature pour accéder à l'état de société. Celui-ci est caractérisé par un serment mutuel d'obéissance, légitimant ainsi le pouvoir absolu du souverain qui garantira leur protection et leur droit à la vie : *cf.* HOBBES (T.), *Léviathan*, 1651.

[310] Ce devoir fut inscrit dans la loi française d'orientation et de programmation relative à la sécurité, loi n° 95/73 du 21 janvier 1995, JORF du 24 janvier 1995, p. 1249.

L'immigration illégale est également une justification légitime de l'expulsion. Si cette infraction est d'une toute autre nature que le trouble à l'ordre ou à la sécurité publics, elle est parfois considérée elle-même comme un « *problème de sécurité* »[311] dans certaines législations.

L'étranger est donc logiquement « *soumis à la compétence territoriale de l'Etat d'accueil* »[312], que seul le droit international, coutumier et/ou conventionnel, peut venir encadrer. C'est la raison pour laquelle le régime de l'expulsion est mixte, c'est-à-dire « *mi interne, mi international* »[313].

78. Le droit international conventionnel détermine précisément, pour certaines catégories d'étrangers, les raisons légitimes d'une possible expulsion du territoire de leur Etat d'accueil. Il ne fixe pas réellement de règle générale de conduite ; les organes internationaux de protection des droits de l'homme s'y attardent plus volontiers (**Paragraphe I**).

En revanche, le droit communautaire a progressivement posé, en termes beaucoup plus clairs, les conditions et motifs entourant les mesures d'éloignement. La spécificité de l'ordre juridique de l'Union européenne tient notamment dans la distinction pour chaque Etat membre entre les "étrangers" ressortissants des autres Etats membres et les étrangers ressortissants de pays tiers.

79. Dans les années soixante-dix, la législation communautaire visait les ressortissants des Etats tiers en tant qu'ils étaient membres de la famille de ressortissants des Etats membres ; dès lors, il s'agissait d'assurer « *le bénéfice effectif des libertés économiques instituées par les traités* »[314], et non pas de réglementer les conditions de circulation et de séjour des étrangers.

Il faut attendre le milieu des années quatre-vingt pour que la question d'une harmonisation des législations nationales relatives aux étrangers soit envisagée plus

---

[311] LOCHAK (D.), introduction au colloque « *Droits de l'homme et droit des étrangers depuis le 11 septembre 2001* …, *op. cit.*, supra note n° 224, p. 4.
[312] COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2001, 5e édition, 815 p., pp. 368-372.
[313] *Ibid.*
[314] BERGER (N.), *La politique européenne d'asile et d'immigration - Enjeux et perspectives*, *op. cit.*, supra note n° 244, p. 4.

sérieusement par la Commission ainsi que par les gouvernements des Etats membres. Ces derniers créent divers comités ou groupes *ad hoc* chargés principalement de développer et de présenter les grandes lignes d'une politique commune visant les ressortissants des Etats tiers ou de proposer un corpus de règles permettant la promotion et la réalisation de la libre circulation des personnes. En 1985, le Comité *ad hoc* « Europe des citoyens » présente au Conseil européen de Bruxelles un rapport[315] dans lequel il propose la mise en œuvre progressive d'une telle politique, devant notamment « *régir* » à terme « *l'expulsion des étrangers* »[316].

Mais c'est dans les années quatre-vingt-dix que l'idée d'une politique communautaire d'asile et d'immigration va se concrétiser, avec le traité de Maastricht et surtout le traité d'Amsterdam[317].

80. L'article 14 du TCE dispose que « *le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures* » dans lequel est notamment assurée la libre circulation des personnes. Il vise tant les citoyens de l'Union que les ressortissants des Etats tiers. Le droit de l'Union tend donc à conforter la situation des étrangers se trouvant régulièrement dans l'espace européen, en facilitant le franchissement des frontières et leur déplacement sur le territoire des Etats membres[318]. Toutefois, le rapprochement du statut des ressortissants de pays tiers avec celui des citoyens de l'Union tarde à se mettre en place et paraît, en l'état du droit positif, assez limité. Par ailleurs, les règles s'appliquant aux étrangers en situation irrégulière sont particulièrement strictes et de nature essentiellement sécuritaire (**Paragraphe II**).

---

[315] Rapport du Comité *ad hoc* présenté au Conseil européen de Bruxelles des 29 et 30 mars 1985, *Bull. CE*, Suppl. 7/85, p. 9. Rapport cité par N. BERGER dans l'article précité, sp. p. 5.

[316] BERGER (N.), *La politique européenne d'asile et d'immigration - Enjeux et perspectives*, *op. cit.*, supra note n° 244, p. 6.

[317] N. BERGER explique ce soudain changement de stratégie à l'égard des étrangers : « *l'évolution du contexte géopolitique en Europe de l'Est ainsi que le conflit en ex- Yougoslavie sont à l'origine de phénomènes migratoires massifs en direction des Etats de l'Europe de l'Ouest. L'immigration clandestine augmente dans des proportions considérables* ». Le phénomène devient d'une telle ampleur que le traitement des étrangers dans le cadre d'une politique européenne commune s'avère, au-delà des questions de compétences et de souveraineté, urgente et fondamentale.

[318] Voir l'article 62 du TCE.

PARAGRAPHE I : Les règles internationales applicables aux étrangers

81. La loi française du 28 Vendémiaire an VI prévoyait que « *tous les étrangers sont mis sous la surveillance du Directoire exécutif qui pourra les enjoindre de sortir du territoire s'il juge leur présence susceptible de troubler l'ordre et la sécurité publique* »[319]. En 1892, l'Institut de Droit international rappelait, dans le second considérant de ses « règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers », qu'une décision d'expulsion doit être prise dans la mesure compatible avec la propre sécurité de l'Etat[320].

La justice internationale exige depuis longtemps des conséquences particulièrement néfastes pour la communauté. Dans la sentence arbitrale dite « *Paquet* » du 7 mars 1903, l'arbitre affirmait que le droit pour un Etat d'expulser un étranger ne pouvait être exercé qu'à partir du moment où il considérait cet individu dangereux pour l'ordre public ou pour des motifs de haute politique[321]. On décèle nettement que l'attitude de l'étranger doit emporter des effets très négatifs, si on déduit de la solution arbitrale que la dangerosité pour l'ordre public doit équivaloir à des motifs de haute politique.

82. Aujourd'hui, les dispositifs nationaux prévoient généralement l'éloignement des étrangers, quels qu'ils soient, en cas d'infractions de droit commun ou en cas de violation des règles nationales relatives à l'immigration[322]. Le problème est néanmoins délicat concernant les étrangers se trouvant en situation régulière sur leur territoire dans la mesure où la décision d'expulsion devra « *répondre à une véritable nécessité* » et « *obéir à des motifs sérieux* »[323].

---

[319] Disposition citée par ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.) dans leur ouvrage *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, 2002, 693 p., p.641.

[320] Institut de Droit international, session de Genève, 9 septembre 1892, Annuaire de l'Institut, tome XII, 1892-1894, p. 218 sqq.

[321] Sentence arbitrale, *Paquet*, Belgique c/ Venezuela, 7 mars 1903, Filz, *v.* J.-H. Ralston, Venezuelian arbitrations of 1903, n° 265.

[322] La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés interdit aux Etats contractants de sanctionner les réfugiés et demandeurs d'asile qui sont entrés ou séjournent irrégulièrement sur leur territoire ; voy. l'article 31 § 1 : « *les Etats contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée (…), entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières* ». La Convention de Genève est entrée en vigueur le 22 avril 1954.

[323] POLITIS (N.), *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, RCADI, 1925, tome 1, pp. 5-117, sp. p. 103.

De manière générale, les Etats autorisent l'éloignement de ces étrangers pour des raisons tenant à la sécurité nationale ou à l'ordre public. Autrement dit, ils peuvent mettre un terme à la présence sur leur territoire de ceux d'entre eux qui seraient jugés "indésirables" (**A**). Ceci étant, depuis les événements du 11 septembre 2001, on assiste à un durcissement des législations relatives à l'asile et l'immigration ou à la police des étrangers, de même qu'à un vif changement dans l'application par les Etats des règles internationales sur le traitement des étrangers au mépris des normes de protection des droits de l'Homme (**B**).

A. L'expulsion pour motif d'ordre ou de sécurité publics

83. La question de l'expulsion des étrangers est profondément liée, en droit international, au droit et à l'obligation qu'ont les Etats de garantir le maintien de l'ordre public sur leur territoire et d'assurer leur sécurité intérieure et extérieure. Or, parmi les instruments universels qui comprennent des règles encadrant les motifs des mesures nationales d'éloignement, aucun ne s'applique aux étrangers ordinaires. En effet, dans le cadre des Nations Unies, les quelques textes assez clairs sur les motifs d'expulsion ne s'adressent qu'à certaines catégories d'étrangers.

Selon l'article 32 § 1 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, « *les Etats contractants n'expulseront un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public* »[324]. La Convention relative au statut des apatrides, en son article 31, pose la même interdiction pour ce qui concerne les apatrides[325]. Ce type de disposition n'est pas nouveau : l'article 3 de la Convention du 28 octobre 1933, relative au statut international des réfugiés russes, arméniens et assimilés, préludait à l'article 32 de la Convention relative au statut des réfugiés. En effet, il disposait que « *chacune des Parties contractantes s'engage à ne pas éloigner de son territoire par application de mesures de police, telles que l'expulsion ou le refoulement, les réfugiés ayant*

[324] Convention relative au statut des réfugiés, adoptée le 28 juillet 1951.
[325] Convention relative au statut des apatrides, adoptée le 28 septembre 1954.

été autorisés à y séjourner régulièrement, à moins que lesdites mesures ne soient dictées par des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public »[326].

Ce genre de clause se justifie par l'obligation positive qui pèse sur les réfugiés, comme tout étranger, de respecter l'hospitalité qui leur est accordée par l'Etat d'accueil. D'ailleurs les rédacteurs de la Convention de Genève ont tenu à préciser que « *tout réfugié a, à l'égard du pays où il se trouve, des devoirs qui comportent notamment l'obligation de se conformer aux lois et règlements ainsi qu'aux mesures prises pour le maintien de l'ordre public* »[327]. Ce libellé est repris par l'article 3 de la Convention de l'OUA de 1969 sur les problèmes des réfugiés en Afrique, qui indique que « [le réfugié] *doit en outre s'abstenir de tous agissements subversifs dirigés contre un Etat membre de l'OUA* »[328]. Pour autant, l'éventuel irrespect de ce devoir par le réfugié n'entraîne pas automatiquement son expulsion sur la base de l'article 32 § 1 de la Convention de Genève. Le réfugié devient expulsable « *s'il se rend indigne de l'asile qui lui est offert en devenant un danger réel soit pour l'Etat qui l'a accueilli, soit pour la Communauté dont il fait partie* »[329].

84. Si la raison d'ordre public est généralement prévue dans les droits nationaux pour justifier l'expulsion des étrangers, elle ne peut pas être interprétée à l'égard des réfugiés comme à l'égard des étrangers "ordinaires". Si tel était le cas, cela reviendrait à assimiler la situation fragile des réfugiés à celle de n'importe quel étranger. Or, l'objectif de la Convention de 1951 est bien de protéger des individus se trouvant dans des situations d'une extrême vulnérabilité[330]. Le critère d' « ordre public » tel que repris dans le texte de l'article 32 § 1 de ladite Convention doit donc être interprété strictement. Autrement dit, les motifs de l'expulsion doivent être interprétés de manière restrictive et « *à la lumière de l'objet et du but*

---

[326] Cette convention fut ratifiée par un petit nombre d'Etats seulement, dont la Belgique, le Danemark, la Bulgarie, la Tchécoslovaquie, la Norvège, l'Italie et le Royaume-Uni (source : STENBERG (G.), *Non-expulsion and non-refoulement : the prohibition against removal of refugees with special references to articles 32 and 33 of the 1951 Convention relating to the status of refugees*, Suède, Iustus Förlag, Uppsala University, 1989, 309 p., p. 41). En Amérique latine, seul le traité de Montevideo de 1889 relatif au droit pénal international stipulait dans son article 16 que « *political refugees shall be afforded an inviolable asylum* », cité par STENBERG (G.), *loc. cit.*, p. 45.

[327] Article 2 de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés.

[328] Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, adoptée le 10 septembre 1969 à Addis-Abeba en Ethiopie et entrée en vigueur le 20 juin 1974.
Sur cette convention, voy. spécialement BA (A.), BRUNO (K.) et SAHLI (F.), *L'OUA : de la charte d'Addis-Abeba à la convention des droits de l'homme*, Paris, Silex, 1984, 712 p.

[329] Déclaration du Père Braun (Caritas international), document A/Conf. 2/sr . 15, cité par CHASSIN (C.-A.), *Le droit d'asile en France*, thèse, Paris II, ss. la dir. de ALLAND (D.), 2000, 513 p., p. 374.

[330] STENBERG (G.), *Non-expulsion and non-refoulement …*, *op. cit.*, supra note n° 326, p. 145.

de la Convention de Genève destinée à conférer un statut effectif et durable en faveur de cette catégorie particulière d'étrangers »[331]. Le libellé de l'article 32 § 1 est le résultat d'un compromis décidé à l'occasion de la réunion du Comité *ad hoc* et de la Conférence des Plénipotentiaires[332]. Le Comité considérait alors que, tandis que « *les étrangers peuvent, s'ils sont frappés d'expulsion être renvoyés dans le pays dont ils ont la nationalité, les réfugiés ne peuvent l'être. C'est pourquoi l'expulsion d'un réfugié est une mesure particulièrement grave* »[333]. Le fait est qu'un réfugié qui se rend coupable d'une infraction mineure ne porte pas atteinte à l'ordre public au sens de l'article 32 § 1. Les Etats contractants interprèteront donc la notion d'ordre public plus sévèrement que ne l'impose « *la lettre de l'article 32 § 1, en exigeant une atteinte grave à l'ordre public* »[334]. Le Comité exécutif du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a d'ailleurs recommandé dans une Conclusion de 1977 que, selon les termes de cet article, les mesures d'expulsion contre un réfugié devraient seulement être prises dans des « *circonstances exceptionnelles* »[335].

85. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 s'intéresse à la matière de l'expulsion mais il ne garantit aux étrangers qu'une protection contre les expulsions arbitraires[336]. L'article 13 ne régit directement que la procédure et ne porte pas sur les motifs de fond justifiant l'expulsion[337]. De même, l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 traite de l'éloignement des personnes mais n'en expose pas les raisons légitimes[338]. En effet, il prévoit qu' « *aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers*

---

[331] CHETAIL (V.), *Le principe de non refoulement et le statut de réfugié en droit international*, *in* CHETAIL (V.) (dir.), « La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives », publication de l'Institut international des droits de l'Homme, Bruxelles, Bruylant, 2001, 456 p., pp. 3-61, sp. p. 47.

[332] STENBERG (G.), *Non-expulsion and non-refoulement …*, *op. cit.*, supra note n° 326, p. 146.

[333] Document N.U., E/1618, E/AC 32/5, cité par V. CHETAIL, article précité, p. 47.

[334] CHETAIL (V.), *Le principe de non refoulement …*, *op. cit.*, supra note n° 331, p. 48.

[335] Conclusion n° 7 (XXVIII) (1977) du Comité exécutif du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, citée par G. STENBERG, *Non-expulsion and non-refoulement …*, *op. cit.*, supra note n° 326, p. 165.

[336] Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. Il est entré en vigueur le 23 mars 1976.

[337] L'article 13 du Pacte international de 1966 dispose qu' « *un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin* ».

un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ». Dans la grande majorité de ses constatations, le Comité contre la torture n'examine pas, lorsqu'il prend sa décision, les motifs ayant conduit un Etat contractant à adopter une mesure d'expulsion. Cela s'explique par le fait que l'interdiction énoncée à l'article 3 présente un caractère absolu et que, dès lors, analyser les raisons ayant motivé la mesure nationale à l'origine du litige est parfaitement inutile car, quelles qu'elles soient, elles sont inopposables. Dans ses constatations du 28 avril 1997, le Comité a considéré que « *le critère énoncé à l'article 3 de la Convention est absolu* » et que « *la nature des activités auxquelles l'intéressé s'est livré n'est pas une considération pertinente quand on prend une décision conformément* » à cet article[339].

Toutefois, le Comité contre la torture a parfois fait état de ces raisons, sans pour autant les examiner. C'est ainsi que concernant la communication *T.P.S. contre Canada*, il constate que « *d'après l'Etat partie un des facteurs de l'expulsion rapide était que "la présence continue de l'auteur au Canada représente un danger d'ordre public". Le Comité n'est cependant pas convaincu qu'une prolongation de son séjour au Canada pour quelques mois supplémentaires aurait été contraire à l'intérêt public. A cet égard, le Comité se réfère à une décision de la Cour européenne des droits de l'homme (…) dans laquelle la Cour soutient que l'examen de la requête "doit être effectué sans considération aucune pour ce que la personne aurait fait pour justifier une expulsion ou pour quelque menace que ce soit à la sécurité nationale perçue par l'Etat expulsant"* »[340].

La règle selon laquelle, chaque Etat est en droit d'éloigner un non-national de son territoire pour des raisons d'ordre public ou tenant à sa sécurité, paraît donc être d'une nature à la fois conventionnelle et coutumière. En Europe, elle semble d'ailleurs communément admise.

---

[338] Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution n° 39/46 du 10 décembre 1984 et entrée en vigueur le 26 juin 1987.

[339] Constatations du Comité contre la torture des Nations Unies du 28 avril 1997, concernant la Communication n° 39/1996, *Gorki Ernesto Tapia Paez contre Suède*, présentée le 19 janvier 1996, CAT/C/18/D/39/1996, 28 avril 1997, pt. 14(5). Ces termes sont rapidement confirmés dans les constatations du 9 mai 1997, concernant la Communication n° 34/1995, *Seid Mortesa Aemei contre Suisse*, présentée le 26 octobre 1995, CAT/C/18/D/34/1995, 29 mai 1997, pt. 9(8).

[340] Constatations du Comité contre la torture des Nations Unies du 16 mai 2000, concernant la Communication n° 99/1997, *T.P.S. contre Canada*, présentée le 19 septembre 1997, CAT/C/24/D/99/1997, 4 septembre 2000, pt. 15(3).

86. L'article 3 § 1 de la Convention européenne d'établissement de 1955, adoptée par les membres du Conseil de l'Europe, précise ainsi les motifs d'expulsion en ce que « *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'Etat ou ont contrevenu à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* »[341]. En outre, ceux d'entre eux qui résident régulièrement depuis plus de dix ans sur le territoire de l'une des Parties « *ne peuvent être expulsés que pour des raisons touchant à la sécurité de l'Etat ou si les autres raisons mentionnées au paragraphe 1 (…) revêtent un caractère particulier de gravité* ». Les traités communautaires permettent également aux Etats parties de limiter le déplacement et le séjour des non-nationaux pour des motifs notamment tirés de la sécurité et de l'ordre public[342].

87. La question de l'éloignement des étrangers n'est abordée dans la Convention européenne des droits de l'homme que pour interdire leur expulsion collective et pour leur assurer un minimum de garanties procédurales. Ni la Convention, ni ses protocoles ne précisent les motifs d'éloignement. Par contre, la Cour européenne des droits de l'homme a régulièrement l'occasion de rappeler qu' « *il est de la prérogative des Etats contractants d'assurer l'ordre public* »[343] et que dans ce contexte, ils ont aussi « *le droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux* »[344]. Les termes de cette formule varient parfois légèrement. Ainsi, lors de leur réunion du 4 mai 2005, les Délégués des Ministres au Conseil de l'Europe ont rappelé que « *les Etats membres ont le droit, en vertu du droit international établi et sous réserve de leurs obligations conventionnelles, d'exercer un contrôle sur l'entrée et la résidence des étrangers sur leur territoire* »[345]. A ce titre, les Etats « *ont la faculté d'expulser les délinquants parmi ceux-ci* »[346]. La Cour considère donc que l'expulsion des étrangers délinquants est parfaitement

[341] Convention européenne d'établissement du 13 décembre 1955, *op. cit.*, supra note n° 239. Pour plus d'informations sur cette convention, voy. GROENENDIJK (K.), *Long-Term Immigrants and the Council of Europe*, *in* GUILD (E.) et MINDERHOUD (P.), « Security of Residence and Expulsion : Protection of Aliens in Europe », The Hague, Kluwer Law International, 2001, 250 p., pp. 7-22, sp. pp. 8-10.
[342] *Cf.* chapitre II du présent titre.
[343] CEDH, arrêt du 13 février 2001, *Ezzouhdi contre France*, § 32.
[344] Voir par exemple CEDH, arrêt du 26 mars 1992, *Beldjoudi contre France*, § 74, série A n° 234 A.
[345] Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoption de vingt principes directeurs sur le retour forcé, 925e réunion des Délégués des Ministres, 4 mai 2005, documents CM, CM(2005) 40 final 9 mai 2005.
[346] CEDH, arrêt du 13 février 2001, *Ezzouhdi*, *op. cit.*, supra note n° 343, § 32.

légitime à partir du moment où leurs activités nuisent au « *bon ordre et à la tranquillité publique* »[347].

Le rappel récurrent de cette compétence étatique permet d'insister sur le fait que selon « *un principe de droit international bien établi* » et sous réserve des limites imposées par les traités et le droit coutumier, « *l'accès au territoire relève de la souveraineté de chaque Etat* »[348]. De même, il souligne l'intérêt manifeste de la Cour à l'égard des considérations sécuritaires des Etats. Or cela n'a pas toujours été le cas. Afin d'expliquer ce revirement jurisprudentiel, il faut rappeler que la faculté des Etats de former des décisions d'expulsion au nom de l'ordre public ou de leur sécurité nationale ne prive pour autant pas les étrangers concernés des droits et libertés prévus par la Convention. De fait, la Cour a pour tâche de déterminer si la mesure litigieuse a respecté un juste équilibre entre la protection des intérêts étatiques et le droit individuel du requérant.

88. Le droit au respect de la vie privée et familiale et le droit à ne pas être soumis à la torture sont les droits individuels les plus fréquemment invoqués.

89. En ce qui concerne le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, garanti par l'article 8 § 1, la Cour a pendant un temps développé une jurisprudence assez "laxiste" ne prenant pas suffisamment en compte l'intérêt général et les impératifs d'ordre public. L'intérêt public l'emportait rarement sur les droits des individus. A compter de 1996, elle a adopté une position plus rigoureuse, en recherchant un meilleur équilibre entre les différents intérêts en présence. Toutefois, il faudrait plutôt parler d'une « *inversion* »[349] de l'équilibre entre les divers intérêts. En effet, le juge européen a pris beaucoup plus sérieusement en compte la gravité du comportement de l'étranger. Depuis 2001, il est revenu à une jurisprudence plus protectrice des droits individuels.

L'ingérence des autorités dans ce droit au respect de la vie privée et familiale n'est licite que dans les conditions posées à l'article 8 § 2. Elle peut ainsi être justifiée par des

---

[347] VISSCHER (C.) (de), *Théories et réalités en droit international public*, Paris, A. Pedone, 1970, 4ème édition, 450 p., p. 198.
[348] SUR (S.), *Relations internationales*, Paris, Montchrestien, 1995, 587 p., p. 186 (une troisième édition de cet ouvrage est parue en 2004).
[349] LABAYLE (H.), *Le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale*, *in* FULCHIRON (H.) (dir.), « Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

motifs tenant « *à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Dans sa jurisprudence, la Cour européenne a reconnu, pour des étrangers en situation irrégulière, que la défense de l'ordre et le bien-être économique sont des raisons légitimes d'expulsion[350]. Quant aux étrangers en situation régulière, si le motif d'expulsion est généralement la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la Cour a également estimé, lorsque l'étranger a été condamné pour trafic de drogues, que ce motif peut être la protection de la santé[351].

90. Concernant l'interdiction de la torture garantie par l'article 3 de la Convention, la Cour a jugé qu'elle ne souffre aucune exception. Rien ne l'oblige donc à s'étendre sur les considérations d'ordre public invoquées systématiquement par les Etats contractants pour justifier les restrictions à cet article. Pourtant, la Cour s'y attarde dans la mesure où « *l'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. La Cour est parfaitement consciente des énormes difficultés que rencontrent à notre époque les Etats pour protéger leur population de la violence terroriste. Cependant, même en tenant compte de ces facteurs, la Convention prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles et il ne souffre nulle dérogation d'après l'article 15 même en cas de danger public menaçant la vie de la nation* »[352]. A ce titre, la Cour déclare que « *l'interdiction des mauvais traitements énoncée à l'article 3 est tout aussi absolue en matière d'expulsion. Ainsi, chaque fois qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'une personne courra un risque réel d'être soumise à des traitements contraires à l'article 3 si elle est expulsée vers un autre Etat, la responsabilité de l'Etat contractant est engagée en cas d'expulsion. Dans ces conditions, les agissements de la personne considérée, aussi indésirables ou dangereux soient-ils, ne sauraient entrer en ligne de compte* »[353].

---

fondamentales », Actes de la journée de travail organisée à Lyon les 14 et 15 novembre 1997, Paris, LGDJ, 1999, 383 p., p. 86.

[350] Concernant le bien-être économique du pays, voy. CEDH, arrêt du 21 juin 1988, *Berrehab contre Pays-Bas*, série A n° 138.

[351] Voir notamment CEDH, arrêt du 30 novembre 1999, *Baghli contre France*, § 40, recueil 1999-VIII et CEDH, arrêt du 13 février 2001, *Ezzouhdi*, *op. cit.*, supra note n° 343, § 29.

[352] CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal contre Royaume-Uni*, § 79, recueil 1996-V.

La Cour européenne est parfaitement claire : la protection de la sécurité nationale ne peut faire échec à l'interdiction prévue à l'article 3 de la Convention. Dès lors, même si elle a pleinement conscience de l'énorme difficulté qui pèse sur les Etats quant à la prévention et la répression des activités criminelles comme le terrorisme ou le trafic de drogue, la Cour n'opère aucune mise en balance des intérêts en présence lorsque le respect de l'article 3 est en jeu.

Le raisonnement de la Cour est cependant surprenant. Comme le remarque le Professeur H. LABAYLE, « *autant de considérations* » par rapport aux problèmes des Etats dans leur lutte pour protéger leurs sociétés « *étonne, au vu du caractère absolu de la protection tirée de l'article 3 : à quoi bon stigmatiser le comportement criminel de l'individu pour aussitôt souligner très justement que l'on ne saurait l'éloigner parce qu'il n'y a pas ici de marge d'appréciation ?* »[354].

91. Au final, il est communément admis en droit international que la menace que constitue la présence de l'étranger doit être certaine et non hypothétique, imminente et non passée ou aléatoire, ainsi que vraiment grave[355].

92. Il est soutenu que les infractions heurtant la sécurité nationale d'un Etat sont celles pouvant mettre en péril sa souveraineté, son indépendance ainsi que ses institutions. Elles comprennent toute une série d'actes des plus violents ou dangereux, comme les activités terroristes ou liées à l'espionnage, aux simples activités de manifestation politique. Le terrorisme est un acte dont la menace qu'il revêt pour l'ordre et les intérêts fondamentaux de l'Etat peut constituer une raison permettant à elle seule d'expulser n'importe quel étranger, auteur ou complice d'actes de cette nature. Cependant, la menace terroriste a récemment pris une ampleur telle qu'elle a mené certains Etats à interpréter de manière fortement abusive, au

---

[353] *Id.*, § 80.

[354] LABAYLE (H.), *L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme*, RFD adm., septembre-octobre 1997, n° 5, pp. 977-998, sp. p. 991.

[355] SIBERT (M.), *Traité de droit international public*, Paris, Dalloz, 1951, tome 1 : « Le droit de la paix », 992 p., p. 621 ; BA (A.-B.), *Le droit international de l'expulsion des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 291, p. 287.
On retrouve ces termes contraignants, tels « menace grave », dans la plupart des législations ou jurisprudences nationales en la matière, par exemple en droit français dans l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945

nom de la sécurité nationale, les dispositions internationales permettant de prendre exceptionnellement des mesures restrictives des droits et libertés individuels.

B. Le cas particulier des infractions terroristes

93. Parfois, la menace pour l'ordre public ne suffit pas à pouvoir expulser un étranger si, par exemple, celui-ci remplit certaines conditions de résidence[356]. Seuls des comportements plus graves constituant une menace pour la communauté ou la sécurité nationale du pays d'accueil, comme l'accomplissement d'activités terroristes, justifient alors d'expulser un étranger se trouvant dans une telle situation. L'imputation d'actes terroristes permet donc d'aller jusqu'à expulser les étrangers bénéficiant d'un statut privilégié. Il est par conséquent une infraction qui mérite une certaine attention.

Le terrorisme n'est pas clairement défini ce qui rend difficile l'encadrement des mesures ayant pour but de le combattre. La première loi française réglementant ce crime le définit comme mettant son auteur « *en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* »[357]. En

---

(codifiée en 2004 par l'ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004, JORF n° 274 du 25 novembre 2004, p. 19924 ; voir en particulier l'article L. 521-1).

[356] C'est le cas en droit français, *cf.* les articles 23, 25 et 25 bis de l'ordonnance tels que modifiés par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, JORF n° 274 du 27 novembre 2003, p. 20136, ainsi que l'article 26 modifié par la loi n° 2004-735 du 26 juillet 2004, JORF n° 173 du 28 juillet 2004, p. 13418. Cette ordonnance étant abrogée, voir les articles L. 521-2 à L. 521-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, entré en vigueur le 1er mars 2005 et modifié par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JORF n° 170 du 25 juillet 2006, p. 11047.

Sur le problème de compatibilité entre ces articles 25 et 26 de l'ordonnance, tels que modifiés par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, et la directive n° 2001/40/CE du 28 mai 2001 du Conseil (sur la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JOCE n° L 149 du 2 juin 2001, p. 34), voy. JULIEN-LAFERRIERE (F.), *France – Rapport sur la transposition de la directive sur la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement*, *in* CARLIER (J.-Y.) et DE BRUYCKER (P.) (dir.), « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates – Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », Bruxelles, Bruylant, 2005, 681 p., sp. pp. 210-216, p. 213.

[357] Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 sur la lutte contre le terrorisme, citée par le Professeur LOCHAK (D.), *in* introduction au colloque sur les droits de l'homme depuis le 11 septembre 2001, organisé par le CEJEC et le CREDOF …, *op. cit.*, supra note n° 224, p. 3.

Le Conseil de l'Europe donne une définition très floue de la notion de terrorisme. Il entend par « *"infraction terroriste" l'une quelconque des infractions (…) telles que définies dans l'un des traités énumérés en annexe* », à savoir, notamment, la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile du 23 septembre 1971, la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997 et la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du

1994, l'Assemblée générale des Nations-Unies regroupe sous la notion de terrotisme « *les actes criminels qui, à des fins politiques, sont conçus ou calculés pour provoquer la terreur dans le public, un groupe de personnes ou chez des individus (…) quels que soient les motifs de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou autre que l'on puisse invoquer pour les justifier* »[358].

94. L'ensemble des infractions qui ont pour effet de perturber gravement la sécurité nationale des Etats est appréhendé de manière éminemment politique. Ce constat a pris tout son sens avec les événements du 11 septembre 2001. Depuis les attentats perpétrés sur le sol américain, le danger que représentent les infractions terroristes a eu des effets considérables sur certaines politiques nationales d'asile et d'immigration en Europe et outre-Atlantique. Les étrangers sont en effet les premières et principales victimes des modifications juridiques nationales destinées à lutter contre le terrorisme. Il faut comprendre que celles-ci ont malheureusement des répercussions sur le droit des étrangers[359].

95. Les conséquences préoccupantes pour les demandeurs d'asile et, de façon générale, pour les immigrés, concernent tout spécialement les législations américaines et britanniques[360]. Ces dernières, au nom de la menace terroriste, prennent des mesures en totale violation avec les principes démocratiques, tels le principe de non discrimination et le respect de la dignité de la personne humaine.

A partir de 1996, la combinaison des normes américaines relatives l'une au terrorisme, l'autre à l'immigration avait déjà mené, entres autres pratiques, à l'accroissement du nombre

---

9 décembre 1999 : Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, signée à Varsovie le 16 mai 2005, Série des Traités du Conseil de l'Europe n° 196.

[358] Résolution n° 49/60 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 9 décembre 1994, « Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international ».

[359] CHAMPEIL-DESPLAT (V.), *Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers : perspective comparative*, colloque organisé par le Centre d'études juridiques européennes et comparées (CEJEC) et le Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), « *Droits de l'homme et droit des étrangers depuis le 11 septembre 2001 : approche comparée France, Europe, Etats-Unis* », Colloque de Nanterre, 20 mai 2003, actes publiés à la Gazette du Palais, 19-21 octobre 2003, n° 292 à 294, pp. 2-24, sp. pp. 12-19, p. 12 ; le Professeur souligne en particulier que l'événement du 11 septembre 2001 ne saurait être ni surévalué, ni sous-estimé (p.12).
Sur la discrimination à l'égard des étrangers aux USA, voy. plutôt ROBERTS (A.), *Righting Wrongs or Wronging Rights ?The United States and Human Rights Post-September 11*, EJIL, septembre 2004, vol. 15, n° 4, pp. 721-750.

[360] Les législations canadiennes, danoises et allemandes ont également été l'objet de profondes réformes.

de mesures d'éloignement des étrangers[361]. L'adoption de pareilles mesures était facilitée par la « *suppression des recours (…) contre* [certains ordres] *d'éloignement* », par l'énorme accroissement des infractions justifiant de telles mesures, ou encore par « *des procédures expéditives d'éloignement pour certaines catégories de cas* »[362]. Les règles adoptées récemment aux Etats-Unis font état d'un plus grand nombre de catégories de personnes pouvant être éloignées pour cause de terrorisme. Ainsi, le Patriot Act du 26 octobre 2001, relatif à la surveillance et l'immatriculation de certains ressortissants étrangers, prévoit que les non-citoyens qui sont engagés dans des activités terroristes ou des activités menaçant la sécurité nationale sont exposés à l'éloignement du territoire américain[363]. Beaucoup plus sévères et explicites, les nouvelles normes énoncent clairement que l'éloignement fait partie des solutions premières et extrêmes pour sanctionner la moindre infraction, même légère. En ce sens, le Patriot Act prévoit que si les personnes de nationalité étrangère ne se plient pas à certaines obligations, telles le relevé de leurs empreintes digitales, elles seront expulsées : sont essentiellement concernés les nationaux d'une « *vingtaine d'Etats arabo-musulmans* »[364].

96. Les réformes, qui ont eu lieu aux Etats-Unis et au Royaume-Uni après les attentats du 11 septembre 2001, touchent autant les étrangers qui demandent à entrer sur leur territoire que ceux qui s'y trouvent déjà. Elles portent atteinte à bon nombre de droits fondamentaux, et en premier lieu aux droits de la défense et à la présomption d'innocence. Cet irrespect de certains droits individuels serait justifié s'il était proportionné et conforme aux obligations découlant

---

[361] LOCHAK (D.), introduction au colloque sur les droits de l'homme depuis le 11 septembre 2001, *op. cit.*, supra note n° 224, p. 4. Voir Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (AEDPA), Pub. L. n° 104-132, 110 Stat. 1214 (1996), et Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act (IIRIRA), Pub. L. n° 104-208, 110 Stat. 3009-546 (1996).
Parmi les autres mesures contestables prises à l'encontre des étrangers, quels qu'ils soient, il faut compter des détentions et incarcérations pour infractions mineures, le non respect des règles sur les garanties procédurales, etc.

[362] KANSTROOM (D.), *Vivre dans une "nation d'immigrés" ? Les Etats-Unis après le 11 septembre 2001*, Colloque de Nanterre du 20 mai 2003, *op. cit.*, supra note n° 359, Gaz. Pal., 19-21 octobre 2003, n° 292 à 294, pp. 2-24, sp. pp. 6-11, p. 7.

[363] USA Patriot Act, *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*, 26 octobre 2001, Pub. L. n° 107-56, 115 Stat. 272 (2001). Sur cette loi, voir, par exemple, NAZAROVA (I.), *Alienating "Human" from "Right": U.S. and UK non-compliance with Asylum Obligations under International Human Rights Law*, Fordham International Law Journal, vol. 25, juin 2002, n° 5, pp. 1335-1417, sp. p. 1387.

[364] CHAMPEIL-DESPLAT (V.), *Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 359, p. 14. L'auteur cite en p. 16 l'article de JARREAU (P.), *Immatriculation obligatoire pour des milliers d'étrangers aux Etats-Unis*, Le Monde, 20 décembre 2002, p. 4. Pour une vue d'ensemble, voir STRAWSON (J.), *Law After Ground Zero*, London : Glasshouse Press, 2002, 256 p.

pour ces Etats des Conventions internationales auxquelles ils ont librement adhéré[365]. En effet, l'Assemblée générale des Nations Unies a, à maintes reprises dans ses résolutions, réaffirmé que toutes les mesures ayant pour but de combattre le terrorisme doivent être strictement conformes aux règles de droit international, notamment aux obligations et standards internationaux relatifs aux droits de l'homme ainsi qu'au droit humanitaire[366]. Elle rappelle, en outre, le respect de l'article 2 § 1 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[367]. Ce dernier dispose que « *dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation (…), les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve* [qu'elles] *ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale* ». Le même article prévoit que certains droits et obligations ne sont susceptibles de dérogation en aucune circonstance. Parmi ces droits et obligations figurent le droit à la vie et l'interdiction de soumettre quiconque à la torture, à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Le Pacte autorise donc les Etats parties à déroger à certaines dispositions en cas d'urgence, à la condition que les mesures soient strictement nécessaires. De même, le Conseil de sécurité a, dans sa résolution n° 1456 (2003), déclaré que « *quelles que soient les mesures qu'ils prennent pour combattre le terrorisme, les Etats doivent veiller au respect de toutes les obligations qui leur incombent en vertu du droit international, en particulier aux instruments relatifs aux droits de l'homme (…) ainsi qu'au droit humanitaire* »[368]. Force est de constater que les mesures nationales indiquées précédemment heurtent clairement ces règles du droit international. En revanche, certains pays n'ont absolument pas modifié leur législation, mais

[365] La disproportion de la réaction législative britannique est traitée par FENWICK (H.), *The Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 : a proportionate Response to 11 september ?*, The Modern Law Review, vol. 65, septembre 2002, n° 5, pp. 724-762.

[366] Résolution n° 58/174 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 22 décembre 2003, « Droits de l'homme et terrorisme ». Résolution n° 58/187 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 22 décembre 2003, « Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste ».

[367] Résolution n° 58/187 de l'Assemblée générale des Nations Unies, citée ci-dessus.

[368] Résolution n° 1456 (2003) du 20 janvier 2003 du Conseil de sécurité des Nations Unies, « Déclaration sur la question de la lutte contre le terrorisme ». Le Conseil a pourtant tardé à rappeler ces obligations internationales qui incombent aux Etats : voir par exemple la résolution n° 1373 (2001) du 28 septembre 2001, dont un commentaire est proposé par KPODAR (A.), *Considérations juridiques sur la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité*, Revue de la recherche juridique, 2004, vol. 2, pp. 1259-1279.

en ont durci la mise en œuvre. C'est le cas de la Grèce et de la Suède[369]. D'autres Etats comme la France, l'Espagne et l'Italie, ont poursuivi la mise en œuvre de leurs politiques restrictives commencée avant les événements du 11 septembre 2001[370].

97. En France, depuis 2003, les autorités ont la possibilité d'expulser les étrangers résidents de très longue durée, de même que ceux bénéficiant d'une protection particulière tenant à leur situation familiale ou à leur santé, qui auraient des comportements « *liés à des activités à caractère terroriste* »[371]. La France est l'un des rares Etats à ne pas avoir assimilé étranger et terroriste lors de ses réformes sur les questions de sécurité et de lutte contre le terrorisme. Lors de l'élaboration des dispositions anti-terroristes dans leurs lois sur la sécurité, certains Etats ont en effet opéré un « *rapprochement (…) entre l'étranger et le terroriste* » en liant « *le contrôle des étrangers à la lutte anti-terroriste* »[372].

Le fait que des Etats d'Europe aient adopté des mesures moins rigoureuses s'explique en partie par les obligations qui découlent pour eux de la Convention européenne des droits de l'homme.

98. Par ailleurs, la crainte que soulève l'adoption de ces nouvelles législations nationales est qu'elles deviennent définitives, alors même qu'elles sont censées être « *limitées dans le temps* »[373] car prises dans l'urgence et pour faire face à une situation de danger exceptionnel. Dans la pratique, c'est le plus souvent ce qu'il advient de ces "supposées" législations

---

[369] CHAMPEIL-DESPLAT (V.), *Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 359, p. 15.
En Grèce, l'amalgame entre la criminalité et l'immigration clandestine a été alimenté par les médias et les représentants des autorités de l'Etat à compter de la fin des années 1990: *cf.* TSOUKALA (A.), *Le discours grec sur la criminalité des étrangers*, Hommes et Migrations, mars-avril 1999, n° 1218, pp. 77-89.

[370] CHAMPEIL-DESPLAT (V.), *ibid*. Voir pour la situation en Espagne : GUILLO (C.), *Las consecuancias del 11 – S para la immigracion ; la libre circulacion de personas como privilegio y la implantacion del racismo institucional*, Derechos para Tod@s, octobre-novembre-décembre 2001, n° 6, p. 7 sqq.

[371] Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, JORF n° 274 du 27 novembre 2003, p. 20136. Pour un aperçu de cette loi, voy. GUIMEZANES (N.), *La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, JCP, La semaine juridique Édition générale, n° 50, 10 décembre 2003, pp. 2169-2171. Cette règle sur l'expulsion est maintenue dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA, entré en vigueur le 1er mars 2005) à l'article L. 521-3, tel que modifié par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JORF n° 170 du 25 juillet 2006, p. 11047.

[372] CHAMPEIL-DESPLAT (V.), *Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 359, pp. 12-13. L'auteur explique qu'en Allemagne ou aux Etats-Unis par exemple, l'idée est qu' « *afin de contrôler les terroristes, il faut contrôler les étrangers* », (p. 13).

[373] LOCHAK (D.), introduction au colloque sur les droits de l'homme depuis le 11 septembre 2001, *op. cit.*, supra note n° 224, p. 4.

nationales d'exception. En ce sens, le Professeur D. LOCHAK rappelle que ce fut notamment le cas pour la loi française du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne, adoptée à la suite des attentats[374]. Les dispositions de cette loi devaient être temporaires, mais furent en réalité « *déconnectées de tout lien avec le terrorisme et pérennisées par la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure* »[375]. De la même manière, la loi britannique de 2001 relative à la sécurité et à la lutte contre la criminalité et le terrorisme, à l'origine temporaire, a été entérinée par "The Prevention of Terrorism Act" du 11 mars 2005[376], et le Patriot Act adopté en 2001 a été reconduit en mars 2006[377].

La nature temporaire de ce type de mesures est garantie par l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966[378]. Or, à ce jour, si les Etats-Unis et le Royaume-Uni sont bien parties au Pacte, ils ont évité d'adhérer au Protocole facultatif du 16 décembre 1966 qui habilite le Comité des droits de l'homme à recevoir et à examiner des communications émanant de particuliers qui prétendent être victimes d'une violation d'un des droits énoncés dans le Pacte et qui relèvent de la juridiction d'un Etat partie à celui-ci[379].

Sur le fond, les nouvelles normes adoptées par les Etats-Unis et le Royaume-Uni apparaissent contestables. Alors que l'article 9 du Pacte interdit les arrestations et les détentions arbitraires et illégales, la loi britannique de 2001 relative à la sécurité et à la lutte contre la criminalité et le terrorisme prévoit notamment la détention sans procès préalable des étrangers suspectés de terrorisme mais ne pouvant être expulsés[380]. Or, l'article 4 dudit Pacte

---

[374] *Ibid.*

[375] *Ibid.* Voir loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, JORF n° 66 du 19 mars 2003, p. 4761, rectificatif au JORF n° 129 du 5 juin 2003, p. 9561.

[376] The Prevention of Terrorism Act 2005 remplace la quatrième partie de la loi de 2001. Il modifie les dispositions relatives à la détention des étrangers suspectés d'activités liées au terrorisme mais étend un certain nombre de dispositions relatives au contrôle des personnes aux citoyens britanniques. Sur cette loi britannique, voir PAYE (J.-C.), *The Prevention Security Act britannique du 11 mars 2005*, RTDH, 1er juillet 2005, n° 63, pp. 635-647. Voir aussi BONNER (D.), *Checking the Executive ? Detention Without Trial, Control Orders, Due Process and Human Rights*, Eur. Publ. Law, vol. 12, issue 1, mars 2006, pp. 45-71.

[377] Source : http://fr.wikipedia.org. Sur ce renouvellement, voy. PAYE (J.-C.), *Le "Patriot Act Reauthorization"*, RTDH, 1er octobre 2006, n° 68, pp. 973-987.

[378] Selon l'article 4 du Pacte, les Etats parties ayant recours au droit de dérogation prévu pour certaines obligations du Pacte « *doivent, par l'entremise du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, signaler aussitôt aux autres Etats parties les dispositions auxquelles ils ont dérogé ainsi que les motifs qui ont provoqué cette dérogation. Une nouvelle communication sera faite par la même entremise, à la date à laquelle ils ont mis fin à ces dérogations* » (souligné par nous).

[379] Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976.

[380] L'article 9 du Pacte prévoit 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*

exige que de telles normes, prises en raison d'un danger public exceptionnel et dérogeant à certaines obligations prévues dans ledit Pacte, soient notifiées aux autres Etats parties par l'entremise du Secrétaire général de l'O.N.U. Conformément à cette règle, le Royaume-Uni a signalé la dérogation opérée par la loi de 2001 à l'article 9 du Pacte[381]. Les Etats-Unis, quant à eux, n'ont guère satisfait à cette obligation.

99. En 1994, l'Assemblée générale des Nations-Unies avait déclaré que « *les actes, méthodes et pratiques terroristes violent gravement les buts et principes des Nations Unies et peuvent constituer une menace pour la paix et la sécurité internationales, compromettre les relations amicales entre les Etats, (…) et viser à l'anéantissement des droits de l'homme, des libertés fondamentales et des bases démocratiques de la société* »[382]. Les Etats ont donc le devoir de protéger leurs ressortissants[383]. Pour autant, les Etats devraient traduire les responsables en justice, et la sécurité ne devrait pas être établie « *en sacrifiant les droits de l'homme* », lesquels sont l'unique moyen de garantir une réelle « *prévention contre la terreur* »[384].

---

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. (…) 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 ».

[381] Mary Robinson, Haut commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, a indiqué en 2002 que "*The United Kingdom, which has passed anti-terrorist legislation recently that inter alia, provides for detention without trial for foreign nationals who cannot be deported, has given notice of derogation from Article 9 of the Covenant, the article that protects the right to freedom from arbitrary detention and security of the person*" : *in* « Protecting Human Rights : The United States, The United Nations, and The World », John F. Kennedy Library and Foundation, Special Program Series : Responding to Terrorism, Boston, 6 janvier 2002, http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/view01/, source citée par SCHORLEMER (S.) (VON), *Human Rights : Substantive and Institutional Implications of the War Against Terrorism*, EJIL, avril 2003, vol. 14, n° 2, pp. 265-282, sp. p. 280.

Les mesures de détention, adoptées sur le fondement de cet « Anti-terrorism, Crime and Security Act » de 2001, ont été considérées comme contraires au droit européen, plus précisément à l'article 14 de la Conv.EDH relatif à l'interdiction de discrimination, en décembre 2004 par un collège de Lords juges. La conformité avec l'article 5 de la même convention a également été soulevée. Les dispositions litigieuses concernant la détention sans procès des étrangers ont donc été abrogées par la loi du 11 mars 2005 : voir infra partie II, titre II, chapitre I, section I, paragraphe I, A., (§§ 559-561).

[382] Résolution n° 49/60 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 9 décembre 1994, « Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international ».

[383] Rapport intérimaire du 2 juillet 2002 du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, Theo van Boven, chargé d'examiner les questions se rapportant à la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies en application de sa résolution n° 56/143 du 19 décembre 2001, A/57/173, § 2.

[384] *Ibid.* Ce discours, pronant la compatibilité des législations nationales relatives à la lutte contre le terrorisme avec les droits de l'homme et les principes démocratiques, est également celui de la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, laquelle déclare en octobre 2005 que « *la revendication d'une lutte anti-terroriste respectueuse des droits fondamentaux participe tant de la recevabilité que d'une plus grande efficacité de celle-ci. Quelle que soit sa nature, politique, religieuse ou sociale, le terrorisme a pour effet et parfois comme objectif*

100. Outre les règles internationales permettant de contrôler les motifs d'expulsion, celles issues de l'ordre juridique communautaire[385], qui ont trait au régime de l'expulsion, encadrent les motifs d'éloignement des ressortissants des Etats tiers à l'Union européenne, autrement dit des étrangers.

PARAGRAPHE II : Les règles communautaires applicables aux ressortissants d'Etats tiers

101. De manière générale, l'entrée et le séjour des ressortissants des pays tiers dans un Etat membre de l'Union sont régis par les règles nationales. Si ces personnes ne sont pas membres de la famille d'un citoyen européen ayant exercé son droit à la libre circulation ou s'ils n'entrent pas dans le champ d'action des éventuelles dispositions régissant leur libre circulation au sein de l'Union européenne comprises, par exemple, dans un accord d'association conclu entre la Communauté et leur Etat d'origine[386], ils ne bénéficient pas des libertés telles qu'établies par le droit communautaire.

102. Toutefois, il faut rappeler que dans les années quatre-vingt, certains Etats ont exprimé la volonté de développer entre eux la libre circulation des personnes. A l'initiative de la France et de l'Allemagne, sont donc nés les accords de Schengen, conclus le 14 juin 1985 avec les Etats du Benelux. Aujourd'hui, l'accord réunit treize Etats membres de l'Union européenne ainsi que l'Islande et la Norvège[387]. Selon ses termes, tant les ressortissants

---

ultime d'annihiler les principes de démocratie, de liberté et d'humanité. Déroger à ces valeurs pour combattre ceux qui cherchent précisément à les détruire reviendrait à leur prêter main forte et à les conforter dans leur aversion des normes universelles qui fondent l'organisation de nos sociétés, qu'elles soient mondiales, régionales, nationales ou locales » : 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/

[385] L'ordre juridique communautaire est un ordre juridique international propre et distinct, intégré au système juridique des Etats membres de l'Union européenne : *cf.* CJCE, arrêt du 5 février 1963, *Van Gend § Loos*, aff. C-26/62, Rec. p. 1 et CJCE, arrêt du 15 juillet 1964, *Costa contre ENEL*, aff. C- 6/64, Rec. p. 1141. Les traités communautaires qui l'ont institué s'appliquent à ces Etats membres ainsi qu'à leurs ressortissants.

[386] Voir infra section II du chapitre II de ce titre.

[387] Accord conclu par le Conseil de l'Union européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces deux Etats à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, JOCE n° L 176 du 10 juillet 1999, p. 36. Le Royaume-Uni et l'Irlande ont refusé d'être parties aux accords de Schengen mais ont accepté de participer aux dispositions de l'acquis de Schengen relatives à l'asile et à la lutte contre l'immigration illégale. Quant au Danemark, il est partie aux accords mais sa situation est particulière

communautaires que les ressortissants de pays tiers peuvent circuler librement à l'intérieur de l'espace Schengen[388]. Cependant, seuls les premiers peuvent séjourner librement sur le territoire d'un autre Etat membre. Le séjour des étrangers pour une durée de plus de trois mois relève de la compétence exclusive des Etats membres[389]. L'acquis de Schengen a été intégré dans le cadre de l'Union européenne avec l'adoption du traité d'Amsterdam[390]. Depuis l'entrée en vigueur de ce dernier, le statut des étrangers relève des compétences communautaires[391].

Afin de compléter les règles de cet acquis de Schengen, le législateur communautaire s'efforce de développer un ensemble de dispositions applicables aux personnes non bénéficiaires des règles sur la libre circulation. Parmi ce dispositif communautaire, qui apparaît essentiellement répressif, figure la directive n° 2001/40 du Conseil du 28 mai 2001 concernant l'éloignement des ressortissants de pays tiers (**A**)[392].

---

puisqu'il ne participe pas à l'adoption des décisions prises dans le cadre du premier pilier de l'Union européenne ; cependant, cet Etat peut décider d'appliquer dans son ordre juridique les décisions ainsi adoptées. Les Etats membres entrés dans l'UE au 1er mai 2004 mettront en œuvre l'accord de Schengen fin 2007, sauf Chypre et Malte. Courant 2004, un accord a été conclu avec la Suisse pour sa participation à l'espace Schengen. Sur ce point, *cf.* http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/freetravel/frontiers/fsj_freetravel_schengen_fr.htm

[388] Le contrôle des personnes s'effectue dès lors aux frontières extérieures.

[389] ICARD (P.), *Immigration, mondialisation : histoire d'un paradoxe communautaire*, RDUE, 2003, n° 2, pp. 409-456, sp. p. 419.

[390] Voy. le protocole n° 2 annexé aux traités CE et UE par le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 (JOCE n° C 340 du 10 novembre 1997, sp. p. 93). Le règlement du Parlement européen et du Conseil en date du 15 mars 2006 crée le "Code frontières Schengen", aboutissant ainsi à la communautarisation complète de l'acquis de Schengen : règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, JOUE n° L 105 du 13 avril 2006, p. 1. Ce règlement est entré en vigueur le 13 octobre 2006. Il opère une refonte du Manuel commun sur les contrôles aux frontières extérieures de l'espace Schengen (guide pratique à l'usage des garde-frontières) : *cf.* décision SCH/Com-ex(99)13 du 28 avril 1999 concernant les versions définitives du Manuel commun et des Instructions consulaires communes adressées aux représentants diplomatiques et consulaires de carrière (JOCE n° L 239 du 22 septembre 2000, p. 317 ; mise à jour publiée au JOCE n° C 313 du 16 décembre 2002, p. 97). Par ailleurs, concernant le volet "frontières intérieures", le règlement codifie les dispositions de la Convention d'application de l'Accord de Schengen et permet notamment la réintroduction temporaire des contrôles aux frontières intérieures par un Etat membre en cas de menace grave pour l'ordre public ou la sécurité intérieure. Le règlement prévoit l'abrogation des articles 2 à 8 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen à compter du 13 octobre 2006. Sur ce code, voy. CHETAIL (V.), *Le Code communautaire relatif au franchissement des frontières : une nouvelle étape dans la consolidation de l'acquis Schengen*, Europe, août-septembre 2006, n° 8-9, pp. 4-8.

[391] DUBOS (O.), *Quel statut personnel pour les ressortissants des Etats tiers ?*, Rev. aff. eur., 2003-2004, n° 1, pp. 83-94, p. 91.

[392] Directive n° 2001/40/CE du 28 mai 2001 du Conseil sur la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JOCE n° L 149 du 2 juin 2001, p. 34. Pour les détails de l'élaboration de cette directive, voy. la communication de M. Paul Masson du 17 octobre 2000 sur la coopération policière et la politique d'immigration, http ://www.senat.fr.

Par ailleurs, le législateur communautaire cherche à mettre en place un certain nombre de règles afin de protéger les demandeurs d'asile et les réfugiés (**B**).

A. Les ressortissants de pays tiers ordinaires

103. La directive n° 2001/40 du Conseil du 28 mai 2001 prévoit en son article 3 qu'une décision d'expulsion peut être fondée pour « menace grave et actuelle » à « l'ordre public ou la sécurité et sûreté nationales » (**1**), ou bien pour violation des règles « nationales relatives à l'entrée ou au séjour des étrangers »[393] (**2**).

1) La menace grave à l'ordre public ou la sécurité nationale

104. La Convention d'application de l'Accord de Schengen prévoyait que l'éloignement immédiat des ressortissants des Etats non membres pouvait s'imposer pour des motifs relevant de la sécurité nationale ou de l'ordre public[394]. Le droit n'évolue pas jusqu'au Traité

[393] *Ibid.* Un projet de directive en date du 1er septembre 2005 prévoit l'abrogation de cette directive n° 2001/40, mais la Commission reconnaît, dans l'exposé des motifs, que les Etats membres peuvent éloigner les étrangers qui constituent une menace grave à l'ordre public ou à la sécurité nationale : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM(2005) 391 final. Le Comité des régions considère que cette « *expression "menace grave à la sécurité nationale et à l'ordre public" doit désigner exclusivement les atteintes qui dépassent un certain seuil de gravité contre les intérêts vitaux des Etats membres (…)* » : Avis du Comité des régions sur la proposition de directive, III pt. 2.8, JOUE n° C 206 du 29 août 2006, p. 33. Par ailleurs, ce projet de directive pose les règles applicables lors de l'éloignement des étrangers pour entrée ou séjour irréguliers. Les motifs d'éloignement reconnus en droit communautaire restant donc inchangés, l'étude de la directive 2001/40 permet de nous éclairer sur le contenu et la portée de ces motifs.

[394] Article 23 § 3 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la RFA et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée à Schengen le 19 juin 1990 et publiée au JORF, n° 69 du 22 mars 1995, p. 4441.
La Commission a présenté, sur invitation du Conseil, des propositions pour un meilleur développement de l'acquis de Schengen en matière de coopération policière transfrontalière opérationnelle. Ces propositions s'inscrivent dans le cadre du programme de La Haye des 4 et 5 novembre 2004 visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'UE et ayant posé, entre autres objectifs, la lutte contre le terrorisme (texte de ce programme publié au JOUE n° C 53 du 3 mars 2005, p. 1). Des mécanismes de coopération appropriés sont en effet nécessaires pour résoudre les problèmes de sécurité rencontrés dans les régions frontalières de l'Union ; la Convention de Schengen « *se contente d'énoncer des considérations générales, laissant la définition des modalités aux Etats membres. (…) il convient de légiférer sur des principes fondamentaux communs,*

de Maastricht, puisque la recommandation du 30 novembre 1992 sur « les pratiques des Etats membres en matière d'éloignement » envisage également l'expulsion des ressortissants des Etats tiers sur le fondement de l'ordre public ou de la sécurité nationale[395].

105. Le droit communautaire se précise par la suite, la directive 2001/40 prévoyant l'expulsion pour « *non respect des règlementations nationales relatives à l'entrée ou au séjour des étrangers* » ou pour « *menace grave et actuelle* [à] *l'ordre public ou la sécurité et sûreté nationales* »[396]. Ladite directive prévoit que la décision d'éloignement fondée sur cette dernière raison doit être prise lorsque le ressortissant de l'Etat tiers a été condamné « *pour une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an* », ou bien quand il y a des raisons sérieuses de croire qu'il « *a commis des faits punissables graves* » ou lorsqu'il existe des « *indices réels qu'il envisage de commettre de tels faits sur le territoire d'un Etat membre* »[397].

106. Sur ces motifs légaux d'expulsion, la Commission a souligné leur manque de précision, dans son livre vert du 10 avril 2002[398]. Elle propose donc de les définir plus en détail en distinguant les raisons impérieuses fondées « *sur l'existence d'un danger exceptionnel* » des « *autres motifs légitimes qui conduisent normalement à une décision d'expulsion* »[399]. Qu'entend la Commission par « *motifs impérieux fondés sur l'existence d'un danger exceptionnel* » ? Elle estime dans la suite de son développement que ces motifs impérieux justifiant l'expulsion d'un étranger pourraient comprendre la condamnation pour infraction(s) intentionnelle(s) à une peine privative de liberté, dont la durée serait commune à tous les Etats membres. Elle ajoute que ces motifs impérieux pourraient également englober la condamnation à une peine privative de liberté pour certaines infractions intentionnelles, parmi

---

d'améliorer les mécanismes existants et de prévoir des structures permettant d'aller de l'avant » : Proposition de décision du Conseil du 18 juillet 2005 concernant l'amélioration de la coopération policière entre les Etats membres de l'Union européenne, en particulier aux frontières intérieures, et modifiant la Convention d'application de l'Accord de Schengen, COM(2005) 317 final.

[395] Recommandation du 30 novembre 1992 des ministres des Etats membres chargés de l'immigration relative aux pratiques des Etats membres en matière d'éloignement, non publiée au JO.

[396] Article 3 § 1 a) de la directive n° 2001/40/CE du 28 mai 2001 du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 392.

[397] *Ibid.*

[398] Livre vert de la Commission relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irégulier, 10 avril 2002, COM(2002) 175 final.

[399] *Ibid.* La Commission a repris cette distinction dans une communication du 14 octobre 2002 au Conseil et au Parlement européen relative à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2002) 564 final, pt. 2.3.3. Elle distingue en effet « *entre les motifs impérieux fondés sur l'existence d'un danger exceptionnel pour l'ordre public ou la sécurité nationale et les autres motifs légitimes, qui justifient normalement une décision d'expulsion* ».

lesquelles le trafic de drogues, la traite d'êtres humains, le terrorisme et d'autres infractions contre la sécurité nationale. Cette dernière énumération d'infractions reste incomplète puisque la Commission offre la possibilité d'ajouter « d'autres infractions contre la sécurité nationale » à celles déjà proposées. Cette imprécision peut être interprétée comme signifiant que les Etats membres auraient toute latitude pour déterminer les infractions qu'ils estimeraient comme attentatoires à leur sécurité, ce qui, en réalité, est déjà le cas. Toujours est-il que la durée d'emprisonnement sanctionnant une infraction et la nature de certaines infractions intentionnelles seraient donc déterminantes pour prendre une décision d'expulsion impérative. La Commission ajoute qu'il pourrait éventuellement être retenu d'autres « *raisons impérieuses* », et cite en exemple « *la menace contre la sécurité nationale ou publique* »[400]. Sur ce point, l'Institution communautaire manque de clarté. En outre, elle ne définit pas ce qu'elle considère comme « autres motifs légitimes qui conduisent normalement à une décision d'expulsion ». Finalement, les propos de la Commission doivent être interprétés comme suggérant l'établissement dans un texte communautaire ultérieur d'une liste quasi exhaustive des motifs impérieux et autres motifs d'expulsion. Mais il a déjà été démontré qu'une telle liste est vouée à l'échec, dans la mesure où les raisons d'expulsion ont la vocation à évoluer dans le temps et l'espace.

107. La violation des règles internes relatives à l'entrée et au séjour, en tant que justification de l'expulsion, pose moins de problèmes d'interprétation. Toutefois, les politiques communautaires mises en œuvre pour lutter contre l'immigration illégale suscitent certaines interrogations sur leur impact.

2) La violation des règles internes relatives à l'entrée et au séjour

108. Les individus en situation irrégulière sont généralement entrés sur le territoire communautaire en franchissant la frontière soit de manière clandestine soit à l'aide de faux documents ou de papiers falsifiés. La majorité d'entre eux a agi de façon totalement indépendante. Mais les entrées illégales sont de plus en plus le fait d'organisations et de

[400] *Ibid.*

réseaux de passeurs[401]. Le séjour irrégulier peut également résulter d'un maintien sur le territoire d'un Etat membre après l'expiration de la durée de séjour autorisée[402].

109. Depuis les années quatre-vingt-dix, l'Europe communautaire met en place un corpus de règles dans le domaine de l'immigration illégale. En réalité, le problème des personnes qui entrent et séjournent illégalement sur le territoire de l'Union européenne fait partie, avec la question de l'asile et de l'immigration régulière, d'une approche plus globale visant à élaborer une politique européenne commune en matière d'asile et d'immigration[403].

110. La présence illégale de ressortissants de pays tiers sur le territoire communautaire est un problème qui faisait déjà débat avant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht. L'adoption de recommandations, décisions et autres mesures sur le sujet devient en effet une des priorités de l'activité législative communautaire à partir de 1992. Dès cette époque, l'objectif est de lutter contre l'immigration clandestine et de rapprocher les pratiques nationales alors en vigueur en matière d'éloignement de ces ressortissants étrangers.

Deux recommandations sont ainsi prises le 30 novembre 1992 par les ministres des Etats membres des Communautés européennes, chargés de l'immigration. La première est relative aux pratiques des Etats en matière d'éloignement[404]. Elle prévoit que peuvent être

---

[401] L'aide à l'immigration illégale débouche le plus souvent sur le trafic et la traite des êtres humains, l'exploitation des étrangers clandestins dans la prostitution et dans le travail. Voir WEYEMBERGH (A.), *L'union européenne et la lutte contre la traite des êtres humains*, Cah. dr. eur., 2000, n° 1-2, p. 215 sqq.
Pour lutter efficacement contre ce phénomène, une des solutions est d'inviter les victimes à fournir aux autorités nationales compétentes les informations pouvant permettre de démanteler les différents réseaux. Ce faisant, la délivrance d'un titre de séjour est proposée aux victimes en échange de leur coopération effective. Voir la directive n° 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine ou qui coopèrent avec les autorités compétentes, JOUE n° L 261 du 6 août 2004, p. 19. Les Nations Unies cherchent également à combattre ces infractions : *cf.* la Convention contre la criminalité transnationale organisée, adoptée par l'Assemblée générale en décembre 2000, ainsi que ses deux protocoles additionnels.

[402] Le problème de l'immigration clandestine fait débat en France. Par exemple, un séminaire international sur la « lutte contre les filières d'immigration clandestine » a été tenu à Paris les 20 et 21 juillet 2000. Voir à ce sujet DELATTRE (L.), *L'immigration clandestine ne cesse de se développer*, Le Monde, 21 juin 2000, p. 3 ; ROCHE (B.), *Immigration clandestine : un défi pour l'Europe*, Le Monde, 25 juillet 2000, p. 12.

[403] Voir CLERGERIE (J.-L.), *L'absence d'une véritable politique européenne de l'immigration*, RD publ., 1999, n° 4, p. 1201 sqq. ; EL GUEDARRI (A.), *Vers une politique d'immigration de l'Union européenne*, Hommes et Migratons, novembre-décembre 1999, n° 1222, pp. 77-84.

[404] Recommandation du 30 novembre 1992 des ministres des Etats membres chargés de l'immigration relative aux pratiques des Etats membres en matière d'éloignement, non publiée au JO. Le texte et un commentaire de cette recommandation figurent dans l'ouvrage suivant : GUILD (E.), *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union : Adopted Conventions, Resolutions, Recommendations, Decisions and Conclusions*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, 528 p., pp. 219-238. La version anglaise de cette recommandation parle non pas d' « éloignement » mais d' " *expulsion* ".

expulsées les personnes qui sont entrées ou qui sont demeurées illégalement sur le territoire d'un Etat membre, à moins que leur situation n'ait été régularisée. Elle affirme en outre que les décisions d'expulsion doivent alors être conformes aux principes garantis par la Convention de Genève de 1951 et le protocole de New York de 1967[405]. Ces dispositions furent confirmées dans la recommandation sur le contrôle et l'expulsion des ressortissants des Etats tiers résidant ou travaillant sans autorisation[406]. Cet acte s'applique aux « *personnes ayant travaillé en violation avec les règles sur l'immigration, le droit des étrangers ou des dispositions similaires* », ainsi qu'à celles « *qui, soumises à la même réglementation, facilitent, hébergent ou emploient des immigrants illégaux* »[407]. La seconde recommandation du 30 novembre 1992 porte sur le transit aux fins d'éloignement[408]. D'autres recommandations ultérieures viennent, pour l'essentiel, fixer diverses règles à respecter quant à l'exécution des mesures d'éloignement[409].

111. D'importants progrès commencent à se réaliser avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam en 1999 et l'intégration des questions d'asile et d'immigration[410]. Le titre VI du TUE concerne alors les « dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale ». Le titre IV du TCE porte, quant à lui, sur les domaines des « visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes »[411]. Dans ce cadre, il fut décidé de mettre en place un « espace de liberté, de sécurité et de justice » [412]. L'article

---

[405] Protocole relatif au statut des réfugiés du 31 janvier 1967, entré en vigueur le 4 octobre 1967.

[406] Recommandation du 25 mai 1993 des ministres des Etats membres chargés de l'immigration sur le contrôle et l'expulsion des ressortissants des Etats tiers résidant ou travaillant sans autorisation. Cette recommandation est reproduite et expliquée par Elspeth GUILD dans sa compilation, *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union …*, *op. cit.*, supra note n° 404, pp. 275-292.

[407] *Ibid.*

[408] Recommandation du 30 novembre 1992 des ministres des Etats membres chargés de l'immigration relative au transit aux fins d'éloignement, JO n° C 5 du 10 janvier 1996, p. 5. Un addendum fut approuvé les 1er et 2 juin 1993, JO n° C 5 du 10 janvier 1996, p. 7.

[409] Ce thème est abordé dans la Partie II de cette étude.

[410] Sur cette question, voir DAUJAC (J.), *La coopération européenne en matière d'asile et d'immigration*, Hommes et Migrations, janvier-février 1998, n° 1211, pp. 120-126.

[411] Voy. sur ce point HAILBRONNER (K.), *European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty*, CMLR, vol. 35, n° 5, 1998, pp. 1047-1067 et EL GUEDDARI (A.), *Vers une politique d'immigration de l'Union européenne*, *op. cit.*, supra note n° 403.

[412] Article 61 CE.

L'actualité de cet espace de liberté, de sécurité et de justice peut être trouvée sur le site qui lui est consacré : http ://www.europa.eu.int/comm/justice_home/index_fr.htm. Sur sa création, voy. CARLIER (J.-Y.) et VAN SIMAEYS (B.), *Le nouvel espace de liberté, de sécurité et de justice*, *in* LEJEUNE (Y.), « Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions », Bruxelles, Bruylant, 1998, 498 p., p. 228. Un cours sur cet espace a été présenté en 2002 au sein de l'Institut universitaire européen de Florence : Académie de droit européen, session sur le droit de l'Union européenne, cours sur le thème « Appraising the EU "Area of Freedom, Security and Justice" », 1-12 juillet 2002.

2 du TUE dispose à cet égard que l'Union a pour objectif de développer cet espace « *au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène*». Sa création fut le thème principal du Conseil européen de Tampere en octobre 1999. De grandes orientations politiques y furent établies mais, malgré l'impulsion donnée, l'adoption des mesures et instruments législatifs destinés au développement de cet espace s'avéra trop lente. Le problème fut soulevé à l'occasion du Conseil européen de Laeken de décembre 2001[413]. Puis, au sommet de Séville les 21 et 22 juin 2002, les chefs d'Etat et de gouvernement ont réexprimé leur volonté d'établir une politique commune d'immigration et d'asile afin d' « *aboutir à un véritable espace de liberté, de sécurité et de justice* »[414].

112. Depuis lors, les dispositions adoptées à cet effet se multiplient. Mais, alors qu'en principe elles devraient avoir « *vocation à traiter* » aussi bien de l'intégration des personnes immigrées en situation régulière que de la lutte contre l'immigration clandestine et autres « *pratiques illégales* », on peut faire le constat qu'elles appréhendent principalement l'immigration de ces étrangers d'un point de vue sécuritaire[415]. En ce qui concerne le problème de l'immigration illégale, les règles prennent un trait à la fois sécuritaire et répressif.

Une grande partie des dispositions touchant à l'immigration légale sont fondées sur le titre IV du TCE, ce qui explique qu'elles soient essentiellement destinées à assurer une sécurité minimale au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. En effet, l'article 61 a) CE prévoit que le Conseil arrête les mesures relatives à la libre circulation des personnes en liaison avec des mesures d'accompagnement concernant les contrôles aux frontières

[413] Pour en savoir plus sur les quelques progrès effectués de Tampere à Laeken, voy. la fiche pratique n° 110 dans 7 jours Europe n° 473 du 17 juin 2002. Pour une présentation assez complète du défi que représente la construction de cet espace, voy. plutôt FORTESCUE (A.), *Un nouveau chantier prioritaire de l'Union européenne : construire un espace de liberté, de sécurité et de justice*, LPA, 27 septembre 2002, n° 194, pp. 13-24.

[414] GENSON (R.), *Avancées au Conseil européen de Séville en matière de « justice et affaires intérieures »*, RMCUE, juillet-août 2002, n° 460, pp. 438-442, p. 438.

[415] ROBIN-OLIVIER (S.), *Droits fondamentaux et droit des étrangers dans l'évolution récente de l'Union européenne* », Colloque de Nanterre du 20 mai 2003, « *Droits de l'homme et droit des étrangers depuis le 11 septembre 2001 : approche comparée France, Europe, Etats-Unis* », Gaz. Pal., 19-21 octobre 2003, n° 292 à 294, pp. 2-24, sp. pp. 19-24, pp. 19 et 20.

extérieures, l'asile et l'immigration conformément à l'article 62, points 2 et 3[416]. Le renvoi à cet article 62 illustre clairement l'idée que l'entrée des ressortissants des Etats tiers est principalement appréhendée « *en termes de sécurité* » plutôt « *que de liberté* »[417].

De même, les mesures de lutte contre la clandestinité ont pour la plupart un but essentiellement répressif. Cette approche trouve un écho avec la position qui était déjà celle du Traité sur l'Union européenne au 1er novembre 1993. En effet, le titre VI du TUE envisageait la lutte contre l'immigration illégale et le séjour irrégulier comme une question d'intérêt commun[418]. En ce sens, les mesures adoptées avaient rapidement négligé de garantir une protection effective des droits des immigrés en situation irrégulière au profit de l'aspect sécuritaire[419]. De plus, le Plan d'action du Conseil et de la Commission sur la manière de mettre en œuvre les dispositions du traité d'Amsterdam relatives à un espace de liberté, de sécurité et de justice adopté en 1998 spécifiait que les mesures prioritaires incluaient la lutte contre l'immigration clandestine, l'adoption de mesures d'expulsion et l'établissement d'une politique de réadmission et de retour[420].

113. Une partie de la doctrine souligne et conteste cette orientation que prend la politique de l'Union depuis 1992[421]. De son côté, la Commission estime que « *le développement d'une politique équilibrée en matière d'immigration clandestine, doit aussi englober la*

---

[416] Ces dispositions limitent le déplacement des ressortissants des pays tiers à une durée maximale de trois mois et règlent la procédure permettant au Conseil de prendre les mesures sur le franchissement des frontières extérieures fixant les normes sur les visas pour les séjours d'une durée maximale de trois mois.

[417] PICHERAL (C.), *Espace de liberté, sécurité et justice et champ d'application du droit communautaire*, Rev. aff. eur., 2003-2004, n° 1, pp. 95-108, sp. p. 101.

[418] *Cf.* l'ex-article K.1 du TUE.

[419] Voir supra § 110.

[420] Plan d'action du Conseil JAI et de la Commission, 3 décembre 1998, JOCE n° C 19 du 23 janvier 1999, § 36. Ce plan est appelé Plan de Vienne.

[421] Voir par exemple CHOLEWINSKI (R.), *The EU Acquis on Irregular Migration : Reinforcing Security at the Expense of Rights*, EJML, 2000, vol. 2, n° 3-4, pp. 361-405.
L'Assemblée paritaire de la Convention conclue entre les Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et l'Union européenne s'est également inquiétée de l'adoption au Conseil européen de Florence des 21 et 22 juin 1996 de ces politiques d'asile et d'immigration « *envisagées sous le seul aspect du "besoin de sécurité" des citoyens de l'Union européenne au même titre que la lutte contre le terrorisme et le trafic de drogues (…)* » : Assemblée paritaire de la Convention conclue entre les Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et l'Union européenne (ACP-UE), Résolution de septembre 1996 sur l'expulsion des immigrés en situation irrégulière en Europe, JOCE n° C 62 du 27 février 1997, p. 39. Voir aussi dans ce cadre, concernant les législations nationales sur l'immigration et les pratiques nationales en matière d'expulsion : Assemblée paritaire de la Convention conclue entre les Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et l'Union européenne (ACP-UE), Résolution de septembre 1996 sur les pratiques d'expulsion des immigrés en situation irrégulière, JOCE n° C 62 du 27 février 1997, p. 40.

prévention »[422]. Autrement dit, afin de gérer au mieux l'immigration illégale, il serait nécessaire de la combattre à la source. Une politique essentiellement répressive ne peut à elle seule contrer ce type d'immigration. Pourtant, l'approche du « Plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne » du Conseil, approuvé en février 2002 et sur lequel s'est basé le Conseil européen de Séville, s'est complètement inscrit dans cet esprit[423].

114. Les événements du 11 septembre 2001 ont à ce titre accentué et légitimé le développement de cette politique communautaire « *de sécurité coercitive* »[424]. Dans cette perspective, ont notamment été adoptées la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 28 novembre 2002, relative à l'immigration clandestine et visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers[425], ainsi que la directive du Conseil en date du 28 mai 2001 sur « la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers »[426].

115. En ce qui concerne les infractions d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, les Etats membres doivent légiférer de manière à les assortir de « *sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives susceptibles de donner lieu à extradition* »[427]. Le cas échéant, ces sanctions peuvent être accompagnées d'autres mesures, dont l'expulsion.

116. Quant à la directive n° 2001/40, elle fait partie intégrante de la politique communautaire d'immigration et participe à la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Elle a été adoptée sur initiative de la République française[428], dans la mesure où les

---

[422] Communication du 15 novembre 2001 de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur une politique commune en matière d'immigration clandestine, COM(2001) 672 final, 28 p., p. 10.
[423] Document n° 6621/1/02 JAI du Conseil, 28 février 2002, JOCE n° C 142 du 14 juin 2002, p. 23.
[424] ROBIN-OLIVIER (S.), *Droits fondamentaux et droit des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n ° 415, p. 20.
[425] Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 relative à l'immigration clandestine et visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JOCE n° L 328 du 5 décembre 2002, p. 1 ; cette décision-cadre est d'initiative française. Les infractions d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers sont définies dans une directive adoptée le même jour : *cf.* Directive n° 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002, JOCE n° L 328 du 5 décembre 2002, p. 17.
[426] Directive 2001/40/CE du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 392.
[427] Article premier de la décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil, supra note n ° 425, p. 2. Voir sur cette question GUYOT (I.), *A propos de l'immigration clandestine et de ses filières. Vers une harmonisation européenne*, Rev. sc. crim., avril-juin 2002, n° 2, pp. 303-317.
[428] Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JOCE n° C 243 du 24 août 2000, p. 1.

dispositions du traité d'Amsterdam prévoyait, notamment pour les mesures relatives à la politique d'immigration, que « *pendant une période transitoire de cinq ans* » à compter de son entrée en vigueur, « *le Conseil statue à l'unanimité sur proposition de la Commission ou à l'initiative d'un Etat membre et après consultation de Parlement européen* »[429]. La directive 2001/40 a donc été prise sur la base de l'article 63 § 3 du TCE en vertu duquel le Conseil arrête des mesures concernant la politique d'immigration, et notamment en matière d'immigration clandestine et de séjour irrégulier, ainsi que sur le rapatriement des personnes en séjour irrégulier.

Au terme de cette période de cinq ans, dans son bilan sur le programme établi à Tampere, la Commission européenne soulignait cette contrainte à la fois juridique et institutionnelle, et regrettait que ce pouvoir d'initiative partagé avec les Etats membres ait « *parfois conduit à privilégier les enjeux nationaux par rapport aux priorités de Tampere* »[430].

Concernant cette directive, il ressort de son article 3 § 1 b) que le non respect des réglementations nationales relatives à l'entrée et au séjour des étrangers suffit à légitimer l'expulsion d'un ressortissant d'un Etat tiers. Dans son livre vert de 2002, la Commission semble soutenir à ce propos qu'une décision d'expulsion prise pour ce motif apparaît nécessaire afin de dissuader ceux des ressortissants des Etats tiers qui se trouvent encore en dehors du territoire de l'Union d'y entrer illégalement[431]. Elle ajoute que ces ressortissants, « *qui n'ont pas de statut juridique leur permettant de rester, soit à titre permanent, soit à titre*

---

[429] Voir les articles 63 et 67 du TCE.

[430] Communication du 2 juin 2004 de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Espace de liberté, de sécurité et de justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations », COM(2004) 401 final, 17 p., p. 5. Pour une présentation de ce bilan, voy. MATTERA (P.), *Le bilan du programme de Tampere et les futures* orientations, RDUE, 2004, n° 2, pp. 275-277.
Depuis le sommet de Tampere, la Commission présentait chaque semestre dans une communication au Conseil et au Parlement européen un « Tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne ». La dernière communication est celle du 2 juin 2004. Un nouveau programme, dit « de La Haye », a été établi pour les cinq prochaines années par les Chefs d'Etat et de gouvernement réunis à Bruxelles les 4 et 5 novembre 2004, JOUE n° C 53 du 3 mars 2005, p. 1. Sur ce programme, voir GENSON (R.), *Un nouveau programme pluriannuel pour consolider l'espace de liberté, de sécurité et de justice – Le programme de La Haye (2005-2010)*, RMCUE, mars 2005, n° 486, pp. 172-176. Dans ce cadre, la Commission a publié une communication « Programme de La Haye : Dix priorités pour les cinq prochaines années – Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécutité et de la justice », 10 mai 2005, COM(2005) 184 final. La Commission a aussi adopté en septembre 2005 un certain nombre de mesures, notamment une proposition de directive relative aux normes et procédures communes en matière de retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005, COM(2005) 391 final) ainsi qu'un programme commun pour l'intégration, et deux communications respectivement relatives aux migrations et au développement, et aux programmes de protection régionaux.

temporaire, et dont aucun Etat membre n'a l'obligation légale de tolérer le séjour », ont le devoir de quitter le territoire communautaire[432].

117. En réalité, l'article 63 § 3 du TCE a pour origine l'article 23 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985[433]. Cet article 23 prévoit en son paragraphe 1er que « *l'étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions de court séjour applicables sur le territoire de l'une des Parties contractantes doit en principe quitter sans délai les territoires* » de ces dernières[434]. Il poursuit au paragraphe 3 que « *lorsque le départ volontaire d'un tel étranger n'est pas effectué ou lorsqu'il peut être présumé que ce départ n'aura pas lieu, l'étranger doit être éloigné du territoire de la Partie contractante sur lequel il a été appréhendé, dans les conditions prévues par le droit national* » de celle-ci[435]. Il est légitime en effet d'avoir la volonté d'empêcher que la circulation entre les Etats membres de ressortissants d'Etats tiers, frappés d'une mesure administrative d'expulsion, devienne incontrôlée. La directive 2001/40 répond donc en cela parfaitement aux conclusions du Conseil européen de Tampere « *visant à une meilleure gestion des flux migratoires* »[436]. Néanmoins, la Commission des pétitions, invitée par le Parlement européen à rendre son avis

---

[431] Livre vert de la Commission du 10 avril 2002, *op. cit.*, supra note n° 398.

[432] *Ibid.*

[433] Convention d'application de l'Accord de Schengen, *op. cit.*, supra note n° 394. Sur cette convention d'application, voy. CHOCHEYRAS (L.), *La Convention d'application de l'Accord de Schengen*, Annuaire fr. dr. int., 1991, volume XXXVII, pp. 807-818.

[434] *Ibid.* Les étrangers qui souhaitent séjourner sur le territoire Schengen pour une courte durée (durée n'excédant pas trois mois) doivent satisfaire aux conditions d'entrée. Certains doivent disposer d'un visa si celui-ci est exigé en vertu du règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation (JOCE n° L 81 du 21 mars 2001, p. 2). En vertu de la Convention d'application de l'Accord de Schengen, lorsque l'étranger est en possession d'un visa uniforme valable, il peut circuler librement sur le territoire de l'ensemble des Parties Contractantes pendant la durée de validité du visa. Lorsque l'étranger n'est pas soumis à l'obligation de visa, son séjour ne doit pas excéder trois mois au cours d'une période de six mois à compter de la date de première entrée dans l'espace Schengen. Le séjour de courte durée peut être un séjour ininterrompu d'une durée de trois mois ou des séjours successifs de moindre durée qui, cumulés, n'excèdent pas une durée totale de trois mois. Dans un arrêt rendu le 3 octobre 2006, la Cour de justice a estimé que « *la notion de "première entrée" figurant dans* [la Convention d'application de l'Accord de Schengen] *vise, outre la toute première entrée dans l'espace Schengen, la première entrée dans cet espace intervenant après l'expiration d'une période de six mois à compter de cette toute première entrée ainsi que toute autre première entrée intervenant après l'expiration de toute nouvelle période de six mois à compter d'une précédente date de première entrée* » : CJCE, arrêt du 3 octobre 2006, *Nicolae Bot*, aff. C- 241/05, pt. 43, Rec. I- p. 9627 ; Conclusions de l'avocat général M. A. Tizzano, présentées le 27 avril 2006, Rec. I- p. 9627. Cette affaire concerne un ressortissant roumain qui, après avoir effectué des séjours successifs d'une durée totale supérieure à trois mois au cours d'une période de six mois à compter de sa toute première entrée dans l'espace Schengen, est à nouveau entré dans celui-ci après l'écoulement de cette période initiale de six mois et y a fait l'objet d'un contrôle moins de trois mois après cette nouvelle entrée. Le requérant a fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière pour violation des règles prévues par la Convention d'application de l'Accord de Schengen.

[435] Convention d'application de l'Accord de Schengen, *op. cit.*, supra note n° 394.

sur l'initiative française, avait estimé que le texte proposé entrait dans le cadre d'une politique d'immigration strictement sécuritaire, restreignant ainsi l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice cohérent, équilibré et protecteur des droits et libertés des étrangers[437]. Elle reprochait dans le même temps aux Etats membres de devenir « *des sociétés d'exclusion et d'expulsion* »[438] et avait alors rejeté l'initiative française en sollicitant une initiative de la Commission européenne, dans la mesure où cette Institution détient « *historiquement* » la compétence en matière d'immigration et, surtout, qu'en tant que gardienne des Traités, elle tiendrait compte « *d'une cohérence globale* »[439].

Le Parlement a également rejeté l'initiative française, ainsi que le projet de directive du Conseil[440], en se basant sur le rapport de la commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du 27 février 2001[441]. Celle-ci avait certes reconnu la nécessité de poursuivre « *l'objectif de politique juridique* » présenté dans l'initiative du gouvernement français mais contestait, au même titre que la commission des pétitions, la base juridique choisie[442]. De plus, elle considérait que la directive devait aussi s'appliquer aux décisions d'expulsion des tribunaux administratifs. La directive fut finalement adoptée sans les amendements suggérés[443].

118. La politique communautaire destinée à lutter contre cette immigration illégale fut d'autant plus rigoureuse que l'Union européenne a subi la « *pression* » des Etats-Unis,

---

[436] Avis de la commission des pétitions du 28 novembre 2000 confirmé par lettre le 5 février 2001.
[437] *Ibid.*
[438] *Ibid.*
[439] *Ibid.*
[440] Avis du Parlement européen du 13 mars 2001 sur la proposition de directive du Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, T5 – 0127/2001, JOCE n° C 343 du 5 décembre 2001, p. 91.
[441] Rapport de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du 27 février 2001 sur l'initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, Final A5-0065/2001.
[442] Sur les problèmes de la communautarisation de la politique d'immigration, voir KUIJPER (P.-J), *Some legal problems associated with the communitarization of policy on visas, asylum and immigration under the Amsterdam Treaty and incorporation of the Schengen acquis*, CMLR, vol. 37, n° 2, avril 2000, pp. 345-366.
[443] Des recours en manquement ont été introduits en octobre 2004 à l'encontre du Grand-Duché de Luxembourg et la République italienne pour non-transposition de la directive 2001/40/CE dans le délai prescrit. La Cour de justice a rendu deux arrêts de condamnation le 8 septembre 2005 : CJCE, arrêt du 8 septembre 2005, *Commission contre Luxembourg*, aff. C- 448/04, non publié au recueil ; CJCE, arrêt du 8 septembre 2005, *Commission contre Italie*, aff. C- 462/04, non publié au recueil.
Sur ce point, voir GROENENDIJK (K.), *Synthesis Report on the Transposition of the Directive on the Mutual Recognition of Decisions on the Expulsion of Third Country Nationals*, *in* CARLIER (J.-Y.) et DE BRUYCKER (P.) (dir.), « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates – Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », Bruxelles, Bruylant, 2005, 681 p., sp. pp. 181-191.

réclamant une coopération dans ce domaine en particulier[444]. Celle-ci fut par exemple sollicitée afin d'éloigner les « *délinquants, criminels et "inadmissibles"* »[445]. Or, répondre favorablement à une telle requête constituerait une erreur juridique. D'une part, parce que cela serait des plus arbitraires étant donné que la demande ne concerne pas uniquement les terroristes mais l'ensemble des étrangers immigrés "délinquants et criminels". D'autre part, accéder à une telle requête violerait potentiellement la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention de Genève sur le statut des réfugiés et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984[446], qui offrent par exemple des garanties contre le risque de torture ou d'atteinte à la vie en cas d'expulsion[447].

119. Quelques actes ont bien été pris ou envisagés depuis 1999 dans le but, cette fois, de faciliter l'intégration des immigrés. Cependant, bon nombre de ces textes et propositions permet aux Etats membres de restreindre facilement les droits accordés. La base juridique de ces actes est rarement le titre III, le plus souvent le titre IV[448]. Or, les mesures prises sur ce dernier fondement n'accordent pas les mêmes libertés et garanties que celles arrêtées pour les citoyens de l'Union en vue de la réalisation du marché intérieur, si bien que la politique d'intégration des ressortissants des Etats tiers qui résident légalement dans un Etat membre « *peine* » à avancer[449]. Cela n'empêche pas la Commission européenne d'assurer que la politique d'intégration des ressortissants des pays tiers doit être promue et poursuivie[450]. Elle se montre en effet déterminée à garantir l'équilibre entre les trois volets de l'espace de liberté, de sécurité et de justice[451]. Celui-ci est toujours en construction, et de la maîtrise de

---

[444] ROBIN-OLIVIER (S.), *Droits fondamentaux et droit des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n ° 415, p. 21. Voir Text of US letter from the President of the United States George W. Bush with demands for EU for cooperation, en date du 16 octobre 2001, www.statewatch.org. Cette source est citée par CHAMPEIL-DESPLAT (V.), *Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers : perspective comparative*, *op. cit.*, supra note n° 359, p. 16.

[445] Text of US letter from the President of the United States George W. Bush, *ibid.*

[446] Le texte de la lettre ne prévoit le respect d'aucun de ces textes auxquels ont adhéré les 15 Etats membres de l'Union européenne à cette époque.

[447] Les garanties apportées par ces divers instruments internationaux sont évoquées dans le Titre II de la présente Partie.

[448] PICHERAL (C.), *Espace de liberté, sécurité et justice …*, *op. cit.*, supra note n° 417, sp. pp. 101-103.

[449] ROBIN-OLIVIER (S.), *Droits fondamentaux et droit des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n ° 415, p. 21. L'intégration des étrangers doit se traduire par des mesures facilitant leur libre circulation et par une politique en matière de visas, respectueuses de leur vie privée et familiale et protégeant les données à caractère personnel etc.

[450] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 2 juin 2004, *op. cit.*, supra note n° 430, p. 10.

[451] Un Fonds européen devant aider les Etats membres à faciliter l'intégration des ressortissants d'Etats tiers dans les sociétés européennes a été mis en place : voir la décision n° 2007/435/CE du Conseil du 25 juin 2007 portant création du Fonds européen d'intégration des ressortissants de pays tiers pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JOUE n° L 168 du 28 juin 2007, p. 18.

l'immigration clandestine ainsi que d'une meilleure protection des droits des personnes en situation régulière dépendra une politique commune d'asile et d'immigration efficace et effective.

120. Le constat est fait qu'en Europe, comme outre-atlantique, le problème de l'immigration semble perçu et traité principalement de cette manière sécuritaire et répressive[452]. Les solutions tendent davantage « *à légitimer la violation des droits de l'homme sous le prétexte de la lutte antiterroriste* »[453] qu'à rechercher un programme d'asile, d'immigration et de lutte contre le terrorisme assurant la juste protection des intérêts en présence. Du reste, il faut observer que la multiplication des expulsions, accompagnée d'une restriction des droits, et la réduction du droit d'asile favorisent la hausse du nombre d'étrangers clandestins, ce qui augmente ainsi le risque pour ces derniers de commettre une infraction constituant une atteinte grave ou une menace grave pour l'ordre public et la sécurité nationale de l'Etat "d'accueil" et justifiant conséquemment le recours à l'expulsion.

121. Comme la politique d'immigration, la politique d'asile a été et est appréhendée sous l'angle sécuritaire[454]. Aussi, le législateur communautaire peine à assurer un niveau de protection supérieur aux conventions internationales pour les demandeurs d'asile et les réfugiés.

---

[452] De même, dans le droit national des Etats membres, l'immigration illégale devient parfois un problème de sécurité : on peut rappeler l'exemple cité par le Professeur D. LOCHAK (introduction au colloque sur les droits de l'homme depuis le 11 septembre 2001, *op. cit.*, supra note n° 224, p. 4), à savoir la loi française sur la sécurité de 1995 faisant de la lutte contre l'immigration irrégulière une de ses priorités.

[453] Traduction du texte extrait de l'article de SCHORLEMER (S.) (VON), *Human Rights …*, *op. cit.*, supra note n° 381, p. 265.

[454] C'est la raison pour laquelle l'Europe communautaire est qualifiée d' « Europe forteresse » : voir par exemple CARLIER (J.-Y.) et VANHEULE (D.), *Belgian Bricks for Fortress Europe*, International Journal of Refugee Law, 1994, pp. 323-344 et VAN BUUREN (J.), *Refouler les migrants vers des « pays tiers sûrs » - Quand l'Union européenne s'entoure d'un cordon sanitaire*, Le Monde diplomatique, janvier 1999, pp. 6-7, p. 6.

B. Les demandeurs d'asile et les réfugiés

122. Les Etats membres ont régulièrement rappelé leur engagement envers la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et le Protocole de New York de 1967. Ceci est notamment le cas dans la recommandation du 30 novembre 1992 sur « les pratiques des Etats membres en matière d'éloignement »[455] et dans la résolution « sur les garanties minimales pour les procédures d'asile » adoptée le 20 juin 1995[456]. L'importance de cette résolution fut reconnue dans une déclaration de la Conférence des représentants des gouvernements des Etats membres en date du 22 mars 1996 concernant une disposition spécifique du protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants de ces Etats membres[457]. Ce dernier respecte d'ailleurs la finalité et les objectifs de la Convention de Genève.

123. Le Conseil européen de Tampere de 1999 fait de l'asile un droit de l'homme et rappelle l'attachement de l'Union au respect de toutes les dispositions de la Convention de 1951. Sur cette base, l'un des objectifs de l'Union est la mise en place d'une politique commune dans le domaine de l'asile comprenant un régime d'asile européen commun. Il est apparu urgent d'harmoniser les règles de protection des personnes ayant besoin d'une protection internationale et qui ne peuvent pas jouir des dispositions de la Convention de 1951[458]. Aussi de 1999 à 2004, le Conseil de l'Union européenne a arrêté des mesures relatives à l'asile conformes à cette Convention et son protocole. En particulier, il a adopté une directive concernant les normes minimales relatives aux conditions que les ressortissants des pays tiers ou les apatrides doivent remplir pour obtenir le statut de réfugié ou pour

---

[455] Recommandation du 30 novembre 1992 des ministres des Etats membres chargés de l'immigration relative aux pratiques des Etats membres en matière d'éloignement, non publiée au JO.

[456] Résolution du Conseil du 20 juin 1995 sur les garanties minimales pour les procédures d'asile, JOCE n° C 274 du 19 septembre 1996, p. 13.

[457] Déclaration relative au point d) de l'article unique du protocole (n° 29) sur le droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne (1997), adoptée par la Conférence des représentants des gouvernements des Etats membres à Turin le 22 mars 1996 et annexée au traité d'Amsterdam.

[458] Sur la mise en place de cette politique commune, voir par exemple CARLIER (J.-Y.), *Le développement d'une politique commune en matière d'asile*, *in* URBAÑO DE SOUSA (C.) et DE BRUYCKER (P.) (dir.), « L'émergence d'une politique européenne d'asile », actes du 2e Congrès des juristes spécialistes des questions d'immigration et d'asile en Europe, organisé par le Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe, Bruxelles, Bruylant, 2004, 344 p. Plus largement, voy. EDSTRÖM (Ö), JULIEN-LAFERRIERE (F.) et LABAYLE (H.) (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 338 p.

bénéficier d'une protection internationale[459]. Selon l'article 14 § 4 de ce texte, les réfugiés peuvent être déchus de leur statut si au minimum ils sont considérés comme une menace pour la sécurité de l'Etat membre dans lequel il se trouve ou s'ils constituent, en raison d'une condamnation en dernier ressort pour un crime particulièrement grave, une menace pour la société de cet Etat membre[460]. Dans une telle hypothèse, les réfugiés ont toutefois le droit de jouir des droits prévus à l'article 32 de la Convention de Genève, relatif à l'expulsion des réfugiés pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public. En outre, l'article 21 de la directive prévoit que les Etats membres peuvent refouler un réfugié, qu'il soit ou ne soit pas formellement reconnu comme tel, pour les mêmes raisons que celles de l'article 14 précitées.

124. Le législateur communautaire peine donc à définir un statut global des ressortissants de pays tiers à l'Union qui aille au-delà du socle minimal défini par les conventions internationales, notamment en ce qui concerne les étrangers en situation irrégulière.

L'Union européenne a pour volonté première d'assurer aux ressortissants communautaires l'exercice effectif des libertés qu'elle reconnaît : elle a ainsi créé un ensemble de règles juridiques tendant à protéger les non-nationaux, que ceux-ci soient ressortissants communautaires ou ressortissants de pays tiers membres de la famille de citoyens européens. Le développement d'accords d'association, attribuant un statut privilégié à certains ressortissants d'Etats tiers, ouvre cependant la voie à un dépassement de cette approche initiale du droit communautaire et pose la question à terme d'un statut du "quasi-national".

[459] Directive n° 2004/83/CE du Conseil, 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JOUE n° L 304 du 30 septembre 2004, p. 12.

[460] En outre, l'article 14 § 3 de la directive n° 2004/83/CE du 29 avril 2004 du Conseil prévoit que les Etats membres révoquent, mettent fin ou refusent de renouveler le statut de tout ressortissant d'un pays tiers ou apatride lorsqu'il est établi que le réfugié a notamment commis un crime contre la paix, de guerre ou contre l'humanité ou encore qu'il s'est rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies tels qu'ils figurent dans la charte des Nations Unies.

CHAPITRE II
LES MOTIFS D'EXPULSION DES NON-NATIONAUX EN DROIT COMMUNAUTAIRE

125. Les citoyens européens bénéficient d'un traitement préférentiel et distinct de celui accordé aux étrangers. Dans l'affaire *C. contre Belgique* d'août 1996[461], la Cour européenne des droits de l'homme fut amenée à se déterminer quant à ce traitement préférentiel accordé par les Etats membres de l'Union européenne aux citoyens européens[462]. En droit communautaire, l'expulsion d'un ressortissant de l'UE ne peut être justifiée par la seule existence d'une condamnation pénale. De même que la Commission européenne des droits de l'homme avait admis dans un rapport de 1995 qu'un Etat peut « [accorder] *un traitement préférentiel aux ressortissants des pays avec lesquels il poursuit une politique d'intégration dans le cadre d'un ordre juridique comme c'est le cas des Etats membres de l'Union européenne* »[463], la Cour européenne a décidé qu'un tel « *traitement préférentiel repose sur une justification objective et raisonnable, dès lors que les Etats membres de l'Union européenne forment un ordre juridique spécifique ayant instauré de surcroît une citoyenneté propre* »[464].

Par conséquent, les règles qui s'appliquent alors aux nationaux des Etats tiers à l'Union sont moins protectrices. Néanmoins, ce traitement différent est atténué à l'égard de certains étrangers bénéficiant d'un statut privilégié.

Il importe donc d'envisager successivement les ressortissants des Etats membres (**Section I**) et les ressortissants des Etats tiers "privilégiés" (**Section II**).

---

[461] CEDH, arrêt du 7 août 1996, *C. contre Belgique*, recueil 1996-III.
[462] Le requérant estimait en effet subir une discrimination fondée sur sa nationalité et sa race.
[463] Comm.EDH, rapport du 21 février 1995, *M. C. contre Belgique*, § 57, req. n° 21794/93.
[464] CEDH, arrêt du 7 août 1996, *C. contre Belgique*, *op. cit.*, supra note n° 461, § 38. Sur le problème du renforcement de la distinction entre les nationaux des Etats membres de l'Union européenne et les étrangers résultant du développement de la portée de cette citoyenneté européenne, voy. OMARJEE (I.), *Nationalité et droit de la libre circulation : la division "national/étranger" à l'épreuve du droit communautaire*, *in* Chronique de droit européen « Le droit communautaire et les divisions du droit », LPA, 27 août 2004, n° 172, pp. 7-11.

SECTION I

LES RESTRICTIONS AU DÉPLACEMENT ET AU SÉJOUR DES RESSORTISSANTS DE L'UNION EUROPÉENNE

126. Selon l'article 18 § 1 du TCE, « *tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, sous réserve des limitations et conditions prévues* [par le traité] *et par les dispositions prises pour son application* ». Sont donc assurés la libre circulation des travailleurs, des prestataires de services, le droit d'établissement, de même que la libre circulation des migrants non économiques. Cependant, selon le libellé de l'article 18 § 1, ces libertés ne sont pas inconditionnelles et comportent des limitations.

Le déplacement et le séjour des ressortissants communautaires peuvent être restreints par des décisions nationales d'expulsion (**Paragraphe I**). Toutefois depuis 2002, il semble qu'une alternative à cette mesure sévère d'expulsion soit possible. En effet, la Cour de justice des Communautés européennes admet que des interdictions partielles du territoire d'un Etat membre puissent être prises à l'encontre des citoyens européens (**Paragraphe II**).

PARAGRAPHE I : L'éloignement des ressortissants communautaires

127. L'éloignement d'un ressortissant communautaire est entendu d'un Etat membre à un autre. De manière constante, il doit être justifié par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. En effet, conformément à l'article 39 CE, la libre circulation des travailleurs peut être limitée pour « *des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* ». La même limitation est prévue pour la liberté d'établissement à l'article 46§1 du TCE (ex-article 56 CEE), qui s'applique également à la libre prestation de services, en offrant la possibilité aux Etats de prévoir des règles établissant « *un régime spécial* » pour

les ressortissants des autres Etats membres, et justifiées par les mêmes raisons que celles prévues à l'article 39 CE[465].

128. Les migrants non économiques, eux, ont bénéficié jusqu'au 30 avril 2006 d'un droit de séjour en vertu de l'article 18 § 1 CE et de différentes directives du Conseil[466]. Depuis cette date, leur droit de séjour est régi par la directive n° 2004/38 du 29 avril 2004[467]. Les Etats membres ne peuvent limiter l'application des règles encadrant leur droit de séjour que pour ces motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

129. Pour la coordination des dispositions nationales, le Conseil avait arrêté la directive 64/221 du 25 février 1964[468]. Celle-ci s'appliquait aux ressortissants des Etats membres qui se déplaçaient à l'intérieur de la Communauté et posait les conditions de leur entrée et de leur séjour. La directive de 1964 concernait notamment les dispositions relatives à l'éloignement du territoire que pouvaient prendre les Etats pour les trois raisons précitées. Pendant plus de quarante ans, la directive de 1964 a encadré rigoureusement ces mesures nationales d'ordre

---

[465] En matière de circulation des personnes, des dispositions transitoires restreignant la mobilité des travailleurs s'appliquent aux Etats entrés dans l'Union le 1er mai 2004, sauf à Chypre. Concernant Malte, elle peut invoquer une clause de sauvegarde en cas de menace pour son marché de l'emploi. Ces restrictions sont établies pour une période pouvant durer jusqu'à 7 ans. Voy. le traité d'adhésion du 16 avril 2003 : JOUE n° L 326 du 23 septembre 2003 ou http://europa.eu.int/comm/enlargement/negotiations/treaty_of_accession_2003/index.htm, et la communication du 8 février 2006 de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Rapport sur le fonctionnement des dispositions transitoires visées au traité d'adhésion de 2003 (période du 1er mai 2004 au 30 avril 2006) », COM(2006) 48 final. De même, des mesures transitoires sont applicables à la Bulgarie et à la Roumanie, nouveaux membres de l'Union européenne depuis le 1er janvier 2007. Plus précisément, entre chacun des 25 Etats membres et la Bulgarie, d'une part, la Roumanie, d'autre part, « *l'article 39 et l'article 49, premier alinéa, du traité CE ne s'appliquent pleinement que sous réserve des dispositions transitoires (…) pour ce qui est de la libre circulation des travailleurs et de la libre prestation de services impliquant une circulation temporaire de travailleurs (…)* » : *cf.* l'article 23 et les annexes VI et VII de l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Bulgarie et de la Roumanie et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne, JOUE n° L 157 du 21 juin 2005, p. 203.

[466] Ces directives sont les suivantes : directive n° 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour, JO n° L 180 du 13 juillet 1990, p. 26 ; directive n° 90/365/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, JO n° L 180 du 13 juillet 1990, p. 28 ; directive n° 93/96/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative au droit de séjour des étudiants, JO n° L 317 du 18 décembre 1993, p. 59.

[467] 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, JOUE n° L 158 du 30 avril 2004, p. 77 ; rectificatif au JOUE n° L 229 du 29 juin 2004, p. 35 ; rectificatif au rectificatif au JOUE n° L 197 du 28 juillet 2005, p. 34. Cette directive a pris effet à l'expiration du délai de deux ans après la date de son entrée en vigueur, soit le 30 avril 2006. La France l'a transposée dans la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JORF n° 170 du 25 juillet 2006, p. 11047.

[468] Directive n° 64/221/CEE du Conseil du 25 février 1964 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, JO n° 56 du 4 avril 1964, p. 850.

public ou de sécurité publique. De la même manière, la juridiction communautaire a interprété strictement ces limitations exceptionnelles aux règles de la libre circulation des personnes. La directive n° 2004/38 du 29 avril 2004 a abrogé la directive 64/221 et encadre désormais les restrictions à la liberté de circulation et de séjour en consacrant la jurisprudence de la Cour de justice[469].

130. Une mesure d'expulsion peut être prise à l'encontre d'un citoyen de l'Union soit pour des raisons de santé publique (**A**), soit parce que son comportement personnel constitue une menace pour l'ordre public ou la sécurité publique (**B**).

A. Les mesures d'éloignement pour raison de santé publique

131. La faculté des Etats membres de limiter la libre circulation des personnes pour des motifs de santé publique n'a pas pour objet de mettre le secteur de la santé publique, en tant que secteur économique et du point de vue de l'accès à l'emploi, à l'abri de l'application des principes de libre circulation, mais de pouvoir refuser l'accès ou le séjour sur leur territoire si cet accès ou ce séjour constitue, en tant que tel, un danger pour la santé publique[470]. Selon la formule du Professeur J.-Y. CARLIER, « *la santé publique est plus un motif de refus d'accès au territoire que d'expulsion, dans la mesure où l'objectif poursuivi est de lutter contre un risque de pandémie* »[471].

132. La directive 64/221 appréhendait ces limitations prévues par le traité et le droit dérivé au droit d'entrer ou de séjourner qui peuvent être justifiées pour des raisons de santé publique.

---

[469] L'intérêt majeur de cette directive est de simplifier l'exercice du droit de circuler et de séjourner des citoyens de l'Union, travailleurs ou non, en réunissant dans un seul texte législatif les règles visant à encadrer cette liberté de circulation et de séjour.

[470] CJCE, arrêt du 7 mai 1986, *Emir Gül contre Regierungspräsident Düsseldorf*, aff. C- 131/85, pt. 17, Rec. I- p. 1573.

[471] CARLIER (J.-Y.), *Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38*, Cah. dr. eur., 2006, n° 1-2, pp. 13-34, p. 31. Voir aussi CARLIER (J.-Y.), *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Larcier, 2007, 485 p., sp. p. 89 : l'auteur indique, pour confirmation, que l'article 12 § 1 de la directive n° 2003/109, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue

Elle ne s'attardait pas à énumérer toutes les maladies et infirmités risquant de mettre en danger la santé publique, elle en regroupait la majorité dans des catégories. Il s'agissait des maladies quarantenaires visées dans le règlement sanitaire international du 25 mai 1951 de l'Organisation mondiale de la santé, de la tuberculose, de la syphilis, et des autres maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses pour autant qu'elles faisaient, dans le pays d'accueil, l'objet de dispositions de protection à l'égard des nationaux[472]. La directive du Conseil de l'Union européenne et du Parlement européen n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 est beaucoup moins précise quant à la détermination de ces maladies[473]. L'article 29 § 1 dispose que « *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'OMS 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 cet Etat membre d'accueil. A la différence de la directive 64/221, cette disposition ne fait pas référence aux infirmités, « *car seules des maladies peuvent justifier des mesures restrictives* »[474]. L'article 29 § 3 permet à l'Etat membre, qui a de sérieux doutes sur la bonne santé d'un bénéficiaire du droit de séjour, de faire examiner ce dernier dans les trois mois qui suivent son arrivée. L'objectif est d'obtenir la certitude que l'intéressé ne souffre pas d'une ou plusieurs maladies indiquées à l'article 29 § 1. Mais, comme l'a indiqué la Commission dans sa proposition de directive, un tel examen médical ne doit pas être systématique, et doit être exceptionnel et à la charge de l'Etat membre d'accueil[475].

Selon la directive de 1964, les maladies ou les infirmités pouvaient fonder un refus d'entrée sur le territoire ou de délivrance d'un premier titre de séjour. En revanche, leur survenance après la délivrance d'un tel titre ne justifiait pas l'éloignement du territoire[476]. Sur

---

durée, n'envisage pas la santé publique comme motif d'éloignement (Directive n° 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003, JOUE n° L 16 du 23 janvier 2004, p. 44).

[472] La liste de ces affections figurait en annexe de la directive n° 64/221 du 25 février 1964 du Conseil.

[473] En 1999, la Commission réclamait la modification de ces raisons de santé publique considérées comme dépassées. La situation a en effet changé depuis 1964. *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.

[474] Proposition modifiée de directive du 15 avril 2003 du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, COM(2003) 199 final.

[475] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2001 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, COM(2001) 257 final, JOCE n° 270 E du 25 septembre 2001, p. 150.

[476] Articles 4 § 1 et § 2 de la directive 64/221/CEE du 25 février 1964 du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 468.

ce point, la directive de 2004 est plus précise puisqu'elle ajoute que l'éloignement du territoire de l'Etat membre d'accueil ne peut pas intervenir si la maladie est survenue après un délai de trois mois suivant l'arrivée sur ledit territoire. Plus précise mais moins protectrice car, *a contrario*, si la maladie apparaît pendant cette période de trois mois, l'Etat membre pourrait prendre une mesure d'éloignement. La directive 64/221 prévoyait en outre que certaines maladies et infirmités pouvaient mettre en danger l'ordre public ou la sécurité publique. Ces affections étaient présentées en annexe[477].

133. Le droit communautaire n'exige pas que l'Etat membre, qui prend une mesure restrictive pour des motifs de protection de la santé publique, se détermine en fonction du seul comportement de la personne en cause. Ni la directive de 1964, ni la directive de 2004 ne posent une telle obligation[478]. De même, la Cour de justice rappelle parfois que la règle, en vertu de laquelle les décisions d'expulsion ou de reconduite à la frontière « *ne doivent être prises que lorsqu'un étranger fournit un motif de le faire par son comportement* », n'est pas applicable *« aux décisions ou mesures qui sont adoptées pour des motifs de protection de la santé publique* »[479]. Si la santé d'une personne peut résulter de son comportement, ses causes ne sont pas nécessairement aisées à déterminer. A l'inverse, c'est ce seul comportement qui doit être déterminant lorsque l'Etat membre prend une décision d'expulsion pour des motifs d'ordre public ou de sécurité publique.

134. A côté des expulsions pouvant être justifiées par des motifs de santé publique, il est donc loisible pour les Etats membres de prendre de telles mesures en raison du comportement du ressortissant communautaire.

[477] Il s'agissait des altérations psychomentales grossières, les états manifestes de psychose d'agitation, de psychose délirante ou hallucinatoire et de psychose confusionnelle, ainsi que la toxicomanie.
[478] Voir respectivement les articles 3 § 1 et 27 § 2 de ces deux directives.
[479] Pour un exemple, CJCE, arrêt du 29 avril 2004, *Georgios Orfanopoulos et autres, et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg*, aff. jtes 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.

B. Les mesures d'éloignement pour raisons de sécurité publique ou d'ordre public

135. C'est l'analyse des circonstances de fait et de droit qui doit permettre d'éclairer l'Etat expulsant sur le comportement personnel de l'étranger (**1**). Cet Etat ne pourra procéder à l'expulsion de ce dernier qu'à la condition que son comportement personnel constitue une menace pour l'ordre public (**2**).

1) Des décisions fondées sur le comportement personnel de l'individu

136. 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* »[480]. Cela signifie qu'avant de prendre une mesure d'expulsion, l'Etat doit procéder à une étude précise des circonstances de fait et de droit. De plus, même si elles envisagent une expulsion collective d'étrangers, les autorités étatiques doivent analyser la situation particulière de chacune de ces personnes[481]. Autrement dit, l'Etat doit fonder sa décision d'expulsion sur des faits exacts et incombant à l'individu qui en fait l'objet.

137. 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* »[482]. La directive 2004/38 reprend expressément ces termes à l'article 27 § 2. Dans sa jurisprudence, la Cour de justice des Communautés européennes rappelle systématiquement cette règle.

Dans l'affaire *Bonsignore* du 26 février 1975, la personne en cause était de nationalité italienne, demeurait en RFA et avait été condamnée pour infraction à la loi sur les armes et

[480] VENEZIA (J.-C.), *Le pouvoir discrétionnaire*, thèse, Paris, 1959, 176 p., p. 138.
[481] Sur cette question, voy. infra partie II, titre II, chapitre I, section II, paragraphe I.
[482] Directive 64/221/CEE du 25 février 1964 du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 468.

homicide par imprudence[483]. L'autorité compétente en matière de police des étrangers avait alors ordonné son expulsion. La Cour de justice, 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 § 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* »[484]. Elle précise que ne peuvent donc être retenues « *des justifications détachées du cas individuel* »[485]. 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* »[486]. 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 uniquement pour des raisons de prévention spéciale[487], et « *non sur la base d'appréciations globales* »[488].

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* »[489].

138. Dans son arrêt *Van Duyn* du 4 décembre 1974, la Cour a précisé qu'une affiliation à un groupe ou à une organisation qui a pris fin dans le passé ne peut pas justifier un refus fait à l'intéressé de circuler librement à l'intérieur de la Communauté[490]. A l'inverse, une affiliation actuelle, « *qui reflète une participation aux activités du groupe ou de l'organisation ainsi qu'une identification à ses buts et à ses desseins, peut être considérée comme un acte*

[483] 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.
[484] CJCE, arrêt du 26 février 1975, *Bonsignore*, *loc. cit.*, pt. 5.
[485] *Id.*, pt. 6.
[486] *Ibid.*
[487] *Id.*, pt. 7.
[488] *Ibid*. Voir aussi CJCE, arrêt du 28 octobre 1975, *Rutili*, *op. cit.*, supra note n° 259, pt. 29.
[489] *Cf.* l'article 27 § 2, alinéa 2 de la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467.

volontaire de l'intéressé » et, dès lors, comme caractérisant son comportement personnel au sens de l'article 3 de la directive 64/221[491].

139. En outre, alors qu'un Etat membre peut refuser à un ressortissant d'un autre Etat membre l'entrée et le séjour sur son territoire, « *un principe de droit international (…) s'oppose à ce qu'un Etat refuse à ses propres ressortissants le droit d'avoir accès à son territoire et d'y séjourner* »[492]. La Cour en a déduit qu'un Etat membre peut ne pas accorder le bénéfice de la libre circulation à un travailleur ayant la nationalité d'un autre Etat membre, si le comportement personnel de ce ressortissant présente un danger pour l'ordre public, alors même qu'aucune restriction analogue ne serait prévue pour un tel comportement à l'encontre de ses propres ressortissants[493]. Sur ce dernier point, cependant, la Cour de justice des Communautés a modifié sa jurisprudence dans le sens d'une application plus respectueuse du principe de non discrimination entre les nationaux et les autres ressortissants communautaires. En effet, dans sa décision *Adoui et Cornuaille* en date du 18 mai 1982, la Cour admet que « *le droit communautaire n'impose pas aux Etats membres une échelle uniforme des valeurs en ce qui concerne l'appréciation des comportements pouvant être considérés comme contraires à l'ordre public* »[494]. Toutefois, elle reconnaît aussitôt qu'un Etat membre ne saurait, pour des motifs tirés de l'ordre public en vertu des articles 39 et 46 CE, éloigner un ressortissant d'un autre Etat membre ou lui refuser l'entrée sur son territoire « *en raison d'un comportement qui, dans le chef des ressortissants du premier Etat membre, ne donne pas lieu à des mesures répressives ou à d'autres mesures réelles et effectives destinées à combattre ce comportement* »[495]. Un Etat ne doit donc pas, pour un même comportement, prendre des mesures sévères à l'encontre d'un ressortissant d'un autre Etat membre qui n'existeraient pas ou seraient moins graves à l'égard de ses propres ressortissants.

---

[490] CJCE, arrêt du 4 décembre 1974, *Van Duyn*, *op. cit.*, supra note n° 250, pt. 17. En l'occurrence, l'organisation dont il s'agissait était l'Eglise de Scientologie.
[491] *Ibid.*
[492] *Id.*, pt. 22.
[493] *Id.*, pt. 23.
[494] CJCE, arrêt du 18 mai 1982, *R. Adoui contre Etat belge et ville de Liège et D. Cornuaille contre Etat belge*, aff. jtes C- 115 et 116/81, Rec. p. 1668 ; Conclusions de l'avocat général F. Capotorti, présentées le 16 février 1982, Rec. p. 1714.
[495] *Ibid.* Voir le commentaire de DRUESNE (G.), *Liberté de circulation des personnes – L'ordre public à nouveau : comme la punition des filles de Danaos ?*, RTD eur., 1982, pp. 706-722.

140. Le comportement personnel de la personne est ce qui permet à l'Etat qui l'expulse de fonder sa décision. Aussi, ce comportement doit être analysé afin de déterminer s'il constitue une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public.

2) Un comportement personnel menaçant l'ordre public

141. Les Etats membres peuvent prendre des mesures d'expulsion justifiées par des motifs sérieux tenant à l'ordre public ou à la sécurité publique. Ces restrictions ne doivent pas être discriminatoires, doivent être justifiées par « *une raison impérieuse d'intérêt général* »[496], et doivent être nécessaires et proportionnelles à l'objectif poursuivi[497]. Aussi, il est admis que la seule violation des règles sur l'entrée et le séjour ne peut suffire à motiver de telles décisions. Ces règles d'exception sont destinées à limiter le droit d'entrée ou le droit de séjour des citoyens de l'Union, qu'ils soient migrants économiques ou migrants non économiques. Toutefois, les ressortissants non-actifs, les retraités et les étudiants doivent satisfaire à des conditions plus strictes pour pouvoir bénéficier d'un droit de séjour, ce qui les place dans une situation plus fragile que les actifs.

Il convient donc de rechercher ce qui dans le comportement d'une personne ou dans ses infractions peut constituer une atteinte suffisamment grave à l'ordre public pour légitimer une mesure d'éloignement (**a**). Ensuite, il importe plus spécifiquement d'analyser les droits des migrants non économiques pour en déterminer le statut, comparativement à celui des migrants actifs (**b**).

[496] CJCE, arrêt du 9 mars 1999, *Centros*, aff. C- 212/97, pt. 34, Rec. I- p. 1459, cité par PLENDER (R.), *Quo Vadis ? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire Akrich*, Cah. dr. eur., 2004, n° 1-2, pp. 261-288, sp. p. 268.
[497] *Ibid.*

a/ La portée de l'exception d'ordre public

142. Comme pour la directive 73/148/CEE du 21 mai 1973 en matière d'établissement et de prestation de services adoptée pour l'application des articles 43 et 49 CE, le règlement 1612/68 et la directive 68/360 CEE du Conseil en date du 15 octobre 1968 furent pris pour la mise en œuvre de l'article 39 CE[498]. La directive 68/360 était relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté. Elle posait les conditions ainsi que les modalités de délivrance des titres de séjour, et n'autorisait les Etats membres à déroger à ces dispositions « *que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique* ». De même, l'ensemble des directives que le Conseil avait adopté, afin de réglementer le droit de séjour des ressortissants qui se déplaçaient dans les Etats membres pour des raisons autres que pour rechercher ou exercer une activité professionnelle, prévoyait que ces Etats avaient la possibilité de déroger à ce droit de séjour pour ces raisons. La directive n° 2004/38 du 29 avril 2004 a modifié le règlement de 1968 et remplacé ces directives, dont les directives 73/148/CEE et 68/360 CEE[499]. Selon les termes de la Commission, elle « *définit les conditions d'exercice du droit à la libre circulation et au séjour pour les citoyens de l'Union et les membres de la famille* », et fixe « *les limitations à ces droits pour des raisons d'ordre public, sécurité publique et santé publique* »[500].

143. Avant que la directive de 2004 ne prenne effet au 30 avril 2006, la directive 64/221/CEE posait le cadre et les limites permettant d'invoquer les raisons d'ordre public ou de sécurité publique qui pouvaient justifier l'éloignement du territoire d'un Etat membre. Elle prévoyait notamment, au terme de son article 3 § 2, que « *la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver* » les mesures d'ordre public ou de sécurité publique[501]. Sur ce point, la Cour a précisé, au fil de sa jurisprudence, qu'une

[498] Directive n° 73/148/CEE du Conseil, 21 mai 1973, JO n° L 172 du 28 juin 1973, p. 14. Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968, JO n° L 257 du 19 octobre 1968, p. 2. Directive n° 68/360/CEE du Conseil du 15 octobre 1968 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, JO n° L 257 du 19 octobre 1968, p. 13.
[499] Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467.
[500] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2001 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement …, *op. cit.*, supra note n° 475.
[501] Directive n° 64/221/CEE du 25 février 1964 du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 468.

décision d'expulsion doit être prise dans le respect du principe de proportionnalité et au regard de la nature et de la gravité de l'infraction commise.

La condamnation doit donc traduire un comportement personnel caractérisant un certain degré de danger pour l'ordre public. En 1975, la Cour considérait que la présence ou le comportement du ressortissant d'un Etat membre devait constituer « *une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public* »[502]. Cette exigence d'atteinte sérieuse à l'ordre public soulevait toutefois la question de savoir s'il suffisait que l'ordre ait été gravement troublé par les faits commis pour que l'expulsion s'impose[503]. La Cour a alors pris une décision fondamentale le 27 octobre 1977 en décidant que « *l'existence d'une condamnation pénale ne peut être retenue que dans la mesure où les circonstances qui ont donné lieu à cette condamnation font apparaître l'existence d'un comportement personnel constituant une menace actuelle pour l'ordre public* »[504]. La commission d'actes anti-sociaux ayant perturbé l'ordre public ne semblait donc pas pouvoir légitimer en tant que telle une mesure d'expulsion. Ce ne fut que bien plus tard que la juridiction communautaire a entrepris de préciser cette solution en décidant « *qu'une mesure d'expulsion ne pourrait être prise à l'encontre d'une ressortissante communautaire (…) que si, outre le fait qu'elle a commis une infraction à la loi sur les stupéfiants, son comportement personnel créait une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société* »[505]. Elle a ajouté que ledit comportement personnel devait constituer « *une menace actuelle pour l'ordre public* »[506].

A nouveau, la directive du 29 avril 2004 tient compte de la jurisprudence de la Cour en consacrant la règle selon laquelle « *le comportement de la personne concernée doit représenter une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société* »[507].

---

[502] CJCE, arrêt du 28 octobre 1975, *Rutili*, *op. cit.*, supra note n° 259, pt. 28.
[503] *Cf.* les conclusions de l'avocat général J.-P. Warner, présentées le 28 septembre 1977, aff. C- 30/77, *op. cit.*, supra note n° 254, p. 2023.
[504] Souligné par nous. CJCE, arrêt du 27 octobre 1977, *Régina c/ Bouchereau*, *op. cit.*, supra note n° 252, pt. 28.
[505] C'est nous qui soulignons. CJCE, arrêt du 19 janvier 1999, *Donatella Calfa*, aff. C- 348/96, pt. 25, Rec. I- p. 21 ; Conclusions de l'avocat général A. La Pergola, présentées le 17 février 1998, Rec. I- p. 13. Affaire commentée notamment par COSTELLO (C.), *in* CMLR, vol. 37, n° 3, juin 2000, pp. 817-827.
Sur les affaires *Régina c/ Bouchereau* et *Donatella Calfa*, voir en particulier GUILD (E.), *Security of Residence and Expulsion of Foreigners : European Community Law*, *in* GUILD (E.) et MINDERHOUD (P.), « Security of Residence and Expulsion : Protection of Aliens in Europe », *op. cit.*, supra note n° 341, pp. 59-80.
[506] *Id.*, pt. 24.
[507] Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467, article 27 § 2 alinéa 2.

144. 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* »[508].

Prenant en compte ces remarques, le législateur communautaire a reformulé l'article 3 de la directive de 1964 et 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[509]. 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* » a été adoptée[510]. 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 frappé. On peut remarquer que le législateur ne se contente pas de reprendre les règles "générales" dégagées par la Cour de justice. Au contraire, il montre une réelle détermination à vouloir restreindre la portée des réserves tirées de l'ordre public et de la

[508] Communication du 19 juillet 1999 de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *op. cit.*, supra note n° 473.
[509] Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467.
[510] *Id.*, article 33.

sécurité publique en présentant des solutions aux problèmes soulevées par l'application de ces règles d'exception[511]. Ce faisant, il s'efforce de limiter les possibilités d'abus des Etats membres dans l'utilisation de l'ordre public aux fins d'expulsion.

145. Ces nouvelles règles ont rapidement inspiré la Cour de justice. En effet, dans l'arrêt *Orfanopoulos et oliveri*[512], rendu le même jour que celui d'adoption de la directive, la Cour interprète la notion de menace actuelle de la même manière que cette dernière. 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 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* »[513]. 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[514]. En l'espèce, « *s'il est vrai qu'un Etat membre peut considérer que l'usage de stupéfiants constitue un danger pour la société* », 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* »[515]. Mais, la Cour ne va pas se contenter de reprendre sa jurisprudence antérieure. Sur invitation de l'avocat général, elle va préciser 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 Mme 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*

[511] Pour un commentaire de cette législation communautaire, voy. GAUTIER (Y.), *La directive n° 2004/38/CE : simplification et élargissement des droits d'entrée et de séjour reconnus aux citoyens de l'Union*, Europe, octobre 2004, n° 10, pp. 4-5. Pour un résumé des modifications apportées par cette même directive, *cf.* AGUADO (A.) et ARMATI (S.), *in* « les dossiers européens: actualités en bref », RDUE, 2004, n° 1, pp. 93-100, sp. pp. 95-96.
[512] CJCE, arrêt du 29 avril 2004, *Orfanopoulos et autres, et Oliveri*, *op. cit.*, supra note n° 479. Sur cet arrêt, voy. la note de SIMON (D.), *in* Europe, juin 2004, n° 6, commentaire n° 200, pp. 21-23.
[513] *Id.*, pt. 64.
[514] *Id.*, pt. 66. La Cour renvoie à son arrêt du 27 octobre 1977, *Régina c/ Bouchereau*, *op. cit.*, supra note n° 252, pt. 35.
[515] *Id.*, pt. 67.

"actuel" » de la menace[516]. 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 appréciation[517].

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 allemand[518]. 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 Turquie[519], 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* »[520].

146. En général, la constatation d'une menace actuelle pour l'ordre public ou pour la sécurité implique chez l'individu concerné l'existence d'une tendance à maintenir ce comportement à l'avenir. Toutefois, la Cour admettait en 1977 que si les condamnations pénales doivent témoigner « *d'une tendance présente ou future à agir d'une manière contraire à l'ordre public ou à la sécurité publique* », il peut arriver que « *le seul fait du comportement passé réunisse les conditions* » d'une menace de cette nature[521]. C'est dire que la conduite personnelle de l'individu en cause doit avoir été telle que sa présence sur le territoire de l'Etat membre d'accueil est devenue intolérable. Pareille menace doit donc être examinée au cas par cas par les juridictions nationales.

---

[516] Voir les conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, *op. cit.*, supra note n° 479, § 126.
[517] CJCE, arrêt du 29 avril 2004, *Orfanopoulos et autres, et Oliveri*, *op. cit.*, supra note n° 479, pt. 82.
[518] CJCE, arrêt du 11 novembre 2004, *Inan Cetinkaya contre Land Baden-Württemberg*, aff. C- 467/02, Rec. I- p. 10924 ; Conclusions de l'avocat général M. P. Léger, présentées le 10 juin 2004, Rec. I- p. 10898.
[519] 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, JO 1964, n° 217, p. 3685.
[520] CJCE, arrêt du 11 novembre 2004, *Cetinkaya*, *loc. cit.*, pt. 47. Sur cet arrêt et sur la jurisprudence antérieure relative aux droits conférés et découlant de l'accord d'association, voir la note de MARIATTE (F.), *in* Europe, janvier 2005, n° 1, comm. n° 8, p. 13.
[521] CJCE, arrêt du 27 octobre 1977, *Régina c/ Bouchereau*, *op. cit.*, supra note n° 252, pts. 25-30.

147. Toujours dans cet esprit plus protecteur des libertés communautaires, la directive 2004/38 du 29 avril 2004 confère aux ressortissants communautaires et à leur famille un droit définitif de séjour, dans un autre Etat membre que l'Etat d'origine, à compter d'une période de résidence de cinq ans dans cet Etat[522]. Ce droit de séjour permanent ne pourra être restreint, en vertu de l'article 28 § 2, que pour des motifs graves d'ordre public ou de sécurité publique. En outre, pour ceux des citoyens de l'Union qui auront séjourné dans un Etat membre d'accueil pendant les dix dernières années, une décision d'éloignement ne pourra être prise à leur encontre que pour des raisons impérieuses de sécurité publique, conformément à l'article 28 § 3[523]. Ces dispositions sont en parfaite adéquation avec le principe de proportionnalité ; pourtant, il aurait été préférable que disparaisse ce « *pouvoir étatique d'éloignement* » pour les titulaires du droit de séjour permanent[524]. La Commission avait d'ailleurs proposé la protection absolue contre l'expulsion pour les bénéficiaires de ce droit[525]. Elle avait estimé que « *ces personnes ont développé avec l'État membre d'accueil des liens d'intégration très étroits, qui rendent une mesure d'éloignement injustifiable* »[526]. Cette proposition n'a pas été retenue[527]. Les Etats membres ont refusé de renoncer à leur pouvoir en matière de police des étrangers[528].

148. De 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.

---

[522] Article 16 de la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467.

[523] On est en droit de se demander si cette disposition est également applicable aux membres de la famille des citoyens de l'Union.

[524] ILIOPOULOU (A.), *Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille : la directive 2004/38/CE*, RDUE, 2004, n° 3, pp. 523-557, p. 549.

[525] La Commission avait également visé les mineurs membres de la famille d'un citoyen de l'Union pour des « *considérations d'ordre humanitaire* ».

[526] Article 26 § 2 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2001 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement …, *op. cit.*, supra note n° 475.

[527] Proposition modifiée de directive du 15 avril 2003 du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, COM(2003) 199 final.

[528] ILIOPOULOU (A.), *Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille…*, *op. cit.*, supra note n° 524, p. 549.

L'article 3 § 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* »[529]. Si cette règle paraissait aller de soi au vu de celle prévue au paragraphe précédent de la directive[530] et de son explication par la Cour de justice, son application suscitait des problèmes d'interprétation et nécessitait par conséquent des précisions.

La directive de 1964 est ainsi au coeur de l'affaire *Royer* de 1976[531]. Ressortissant français, le sieur Royer 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 décide 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* »[532]. Puis, se fondant sur les directives 68/360 et 64/221, elle en 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* »[533]. La méconnaissance des prescriptions nationales relatives au contrôle des étrangers doit être assortie de sanctions appropriées destinées à assurer l'efficacité de ces dispositions, ce qui n'est guère le cas d'une mesure d'éloignement.

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 directives[534]. De même,

---

[529] Directive n° 64/221/CEE du 25 février 1964 du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 468.
[530] 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] ».
[531] 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.
[532] *Id.*, pt. 39.
[533] *Id.*, pt. 51.
[534] KARYDIS (G.), *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire …*, *op. cit.*, supra note n° 298, 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 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*

l'inobservation des formalités administratives de déclaration et d'enregistrement prescrites par la réglementation nationale ne peut donner lieu à une expulsion[535]. 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 application[536].

Dans l'affaire *Royer*, la Cour insiste en précisant qu'un tel comportement ne peut pas constituer, en soi, une atteinte à l'ordre ou à la sécurité publics. 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* »[537]. 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* »[538]. Autrement dit**,** 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* »[539]. 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.

149. La directive 2004/38 consacre la jurisprudence de la juridiction communautaire[540]. En effet, l'article 15 § 2, qui reprend 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* »[541]. 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

---

Agence Europe, Europe documents, n° 2030, 9 avril 1997 ; Voir également note de GAZIN (F.), Europe, mai 1997, n° 5, comm. n° 133, p. 9.

[535] 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.

[536] *Id.*, sp. pt. 20.

[537] Souligné par nous ; CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Royer*, *op. cit.*, supra note n° 531, pt. 29.

[538] Souligné par nous, *id.*, pt. 41.

[539] KARYDIS (G.), *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire …*, *op. cit.*, supra note n° 298, p. 6.

[540] Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467.

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* »[542]. Autrement dit, le non-respect des formalités administratives n'est pas une infraction suffisamment grave pour que l'Etat membre concerné puisse ordonner une expulsion.

150. Dans cette perspective, 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. Dans un premier temps, 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* »[543]. Dans un second temps, 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* »[544]. 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* »[545]. 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* »[546]. 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

---

[541] Souligné par nous.

[542] 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 satisfairaient pas à l'obligation de demander la carte de séjour pour les séjours de plus de trois mois ou la carte de séjour permanent (articles 9 § 3 et 20 § 2 de la directive 2004/38).

[543] 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).

[544] *Id.*, pt. 40.

[545] *Id.*, pt. 41. En ce sens, voir CJCE, arrêt du 16 janvier 2003, *Commission contre Italie*, aff. C- 388/01, Rec. I- p. 721, pt 19.

[546] CJCE, arrêt du 17 février 2005, *Salah Oulane*, *loc. cit.*, pt. 42.

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 TCE[547].

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 communautaire[548].

151. Le droit de circuler et de séjourner sur le territoire des Etats membres est fragmenté. Comme cela a été vu précédemment, les directives de 1968 et 1973, ainsi que le règlement de 1968 organisent ce droit pour les migrants économiques. Les agents non économiques sont appréhendés par d'autres directives sur le droit de séjour.

b/ Le statut plus fragile des migrants non économiques

152. Certains ressortissants communautaires jouissent d'un droit de séjour en vertu d'autres dispositions du droit communautaire que celles applicables aux actifs et demandeurs d'emploi. Ils peuvent invoquer directement l'article 18 § 1 du TCE en tant que citoyen européen. Cependant, cette seule qualité ne suffit pas à leur conférer le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.

Dans son arrêt en date du 17 septembre 2002, la Cour de justice a en effet admis l'effet direct de l'article 18 § 1 CE en affirmant qu'un ressortissant d'un Etat membre qui ne bénéficie pas ou plus dans l'Etat membre d'accueil d'un droit de séjour en tant que travailleur migrant peut, en sa « *qualité de citoyen de l'Union, y bénéficier d'un droit de séjour par*

[547] Mme 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.* KAUFF-GAZIN (F.), Europe, avril 2005, n° 4, comm. n° 127, pp. 13-14.

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

application directe de l'article 18§1 CE »[549]. La Cour s'est expliquée en ajoutant que « *rien dans le texte du traité ne permet de considérer que des citoyens de l'Union qui se sont établis dans un autre Etat membre pour y effectuer une activité salariée sont privés des droits qui leur sont conférés par le traité CE en raison de cette nationalité lorsque cette activité prend fin* »[550]. Cependant, ce droit de séjour est reconnu sous réserve des limitations et conditions prévues par ledit traité ainsi que par le droit dérivé. L'application de ces limitations et conditions doit être faite conformément aux principes généraux du droit communautaire, notamment le principe de proportionnalité[551]. L'article 18 § 1 renvoie en réalité, pour ce qui concerne ces ressortissants non économiques, à des conditions déterminées par le droit dérivé.

153. A l'origine, les étudiants ainsi que les travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle relevaient de directives du Conseil qui leur étaient respectivement applicables[552]. Les autres personnes sans emploi sur le territoire communautaire bénéficiaient de la directive n° 90/364 du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour[553]. Dans tous les cas, les Etats membres pouvaient déroger aux dispositions de ces directives pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, dans le respect toutefois des règles prévues par la directive n° 64/221[554].

Les migrants non économiques avaient un droit de séjour, selon cette législation, à la condition de disposer pour eux-mêmes et les membres de leur famille de moyens d'existence suffisants et d'une assurance maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'Etat membre

---

[549] CJCE, arrêt du 17 septembre 2002, *Baumbast, R contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C- 413/99, Rec. I- p. 7136, pt. 94. Les conclusions de cette affaire ont été présentées par l'avocat général L.-A. Geelhoed le 5 juillet 2001, Rec. I- p. 7094.
[550] *Id.*, pt. 83.
[551] *Id.*, pt. 91.
Quelques commentaires sont consacrés à cet important arrêt : voy. GAUTIER (Y.), Europe, novembre 2002, n° 11, comm. n° 369, pp. 18-19 ; MARTIN (D.), *A New Frontier as Regards the Right of Residence of EU Citizens and of their Third Country Nationals Family Members*, EJML, 2003, vol. 5, n° 1, pp. 155-162. Voir aussi les observations faites à propos de cet arrêt par REICH (N.) et HARBACEVICA (S.), *Citizenship and Family on Trial : A Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with Regard to Free Movement of Persons*, CMLR, vol. 40, n° 3, juin 2003, pp. 615-638, sp. pp. 624-626 ; BIONDI (A.) et HARMER (K.), *in* « European Union – 2002 and 2003 in Luxembourg : recent developments », Eur. Publ. Law, vol. 10, issue 4, décembre 2004, pp. 581-602, sp. pp. 599-601 ; de façon plus générale, sur la citoyenneté de l'Union et notamment l'apport de la jurisprudence *Baumbast*, voir DAVIS (R. W.), *Citizenship of the Union … rights for all ?*, Eur. Law Rev., vol. 27, avril 2002, pp. 121-137.
[552] Directive n° 93/96/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative au droit de séjour des étudiants, JO n° L 317 du 18 décembre 1993, p. 59 ; directive n° 90/365/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, JO n° L 180 du 13 juillet 1990, p. 28.
[553] Directive n° 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour, JO n° L 180 du 13 juillet 1990, p. 26.

d'accueil. Pour autant, les autorités nationales compétentes de cet Etat membre d'accueil ne pouvaient pas éloigner un ressortissant relevant d'une de ces directives pour l'unique motif qu'il ne remplissait plus ces conditions. C'est dans cette configuration juridique que la Cour de justice des Communautés européennes a rendu son arrêt *Trojani* du 7 septembre 2004[555]. Ce dernier, ressortissant français, travaillait en Belgique dans le cadre d'un projet individuel d'insertion socioprofessionnelle. Ses ressources n'étant pas assez élevées, il demanda à se voir accorder une prestation sociale minimale. Au regard de la directive 90/364, le droit de séjour n'était accordé qu'à la condition que le ressortissant communautaire disposait d'une assurance maladie et de ressources suffisantes[556]. En effet, l'intéressé ne devait pas être une charge pour l'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil. La directive 90/364 définissait les ressources suffisantes comme celles qui « *sont supérieures au niveau de ressources en deçà duquel une assistance sociale peut être accordée par l'Etat membre d'accueil à ses ressortissants* »[557]. Dans l'hypothèse où le ressortissant ne satisfaisait plus à la condition de moyens de subsistance suffisants, l'Etat membre d'accueil avait la faculté de suspendre son droit de séjour. En l'espèce, le requérant se trouvait bien dans cette situation puisqu'il sollicitait une aide sociale. La Cour de justice a rappelé que le droit de séjourner sur le territoire des Etats membres est reconnu directement à tout citoyen de l'Union par l'article 18§1 CE, puis a considéré que la décision des autorités belges de ne pas accorder le bénéfice de la prestation au requérant, alors qu'il séjournait légalement en Belgique, était discriminatoire et par conséquent contraire à l'article 12 du TCE[558]. Mais la Cour a ajouté qu' « *il reste loisible à l'Etat membre d'accueil de constater* » que l'intéressé, en ayant recours à l'assistance sociale, « *ne remplit plus les conditions auxquelles est soumis son droit*

---

[554] Directive n° 64/221/CEE du 25 février 1964 du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 468.

[555] CJCE, arrêt du 7 septembre 2004, *M. Trojani contre Centre public d'aide sociale de Bruxelles*, aff. C- 456/02, Rec. I- p. 7595 ; Conclusions de l'avocat général M. L. A. Geelhoed, présentées le 19 février 2004, Rec. I- p. 7576.

[556] Directive n° 90/364/CEE du Conseil, 28 juin 1990, *op. cit.*, supra note n° 553.

[557] A l'inverse des directives de 1990, la directive du 29 octobre 1993 applicable aux étudiants n'exige pas un montant déterminé pour les ressources, ni la production de documents prouvant leur existence, en raison de la situation particulière de ces ressortissants par rapport au séjour des bénéficiaires des directives de 1990. Les étudiants doivent simplement assurer à l'autorité nationale concernée disposer de ressources équivalentes leur évitant de devenir une charge pour les finances publiques de l'Etat membre d'accueil (directive n° 93/96/CEE du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 552).

[558] CJCE, arrêt du 7 septembre 2004, *M. Trojani*, *loc. cit.*, pts. 31 et 44. A propos de cet arrêt, C. WILLMANN met clairement en exergue le caractère discriminatoire de la réglementation belge en cause, de même que la portée du statut de citoyen européen : WILLMANN (C.), *in* « Chronique – L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale », RJS, janvier 2005, pp. 3-18, sp. pp. 12-15.

de séjour »[559]. Dès lors, la Cour en a conclu que l'Etat membre en cause pouvait, dans ce cas, prendre, « *dans le respect des limites imposées par le droit communautaire, une mesure d'éloignement* »[560].

154. Il découle de cette jurisprudence que, certes l'article 18 § 1 du TCE confère aux citoyens de l'Union un droit de séjour sur le territoire des Etats membres, et que les droits attachés à la citoyenneté européenne sont limités par les règles prévues pour leur application par le traité CE et le droit dérivé. Toutefois, il en ressort que même si la Cour a développé une jurisprudence caractérisée par une interprétation stricte de ces limitations en se basant sur les principes généraux du droit communautaire et notamment le principe de proportionnalité et le principe de non-discrimination, elle n'a pas voulu aller au-delà de ce que reconnaît l'article 18 CE et accorder un traitement équivalent à l'ensemble des citoyens de l'Union qu'ils soient travailleurs salariés, non salariés ou migrants non économiques. En effet, les migrants actifs bénéficient d'un droit de séjour en vertu des dispositions du titre III du TCE[561] et des mesures prises pour leur mise en oeuvre[562], tandis que les autres ressortissants communautaires ne peuvent en disposer en leur seule qualité de citoyen européen qu'à cette condition de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'Etat d'accueil. Faute de ressources suffisantes, ces derniers sont donc dans une situation moins favorable que les premiers. Cette différence a des répercussions sur l'éventualité d'une mesure d'expulsion

---

[559] *Id.*, pt. 45. Une note de cette jurisprudence, qui s'attache essentiellement au droit aux prestations sociales, figure à la RDUE : KOTSCHY (B.), *Droit au minimex en vertu de la citoyenneté ?*, *in* « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance – Chronique des arrêts », RDUE, 2004, n° 2, , pp. 319-330, sp. pp. 327-330.

[560] *Id.*, pt. 45.

[561] Le titre III du TCE est notamment relatif à la libre circulation des personnes et des services.

[562] Avant que la directive 2004/38 prenne effet au 30 avril 2006, le ressortissant communautaire, qui recherche un travail dans un Etat membre d'accueil, y bénéficie d'un droit de séjour en application de la directive n° 68/360 du 15 octobre 1968 (*op. cit.*, supra note n° 498) à la condition d'avoir déjà accédé au marché de l'emploi dans cet Etat. Dans son arrêt *Collins*, la Cour de justice a alors décidé que le demandeur d'emploi, qui ne peut pas se prévaloir d'un tel rattachement avec le marché de l'emploi, ne dispose en vertu de cette directive que d'un droit de déplacement sur le territoire de l'Union, mais possède également un droit de séjour en vertu de l'article 39 § 3 du TCE pour qu'il puisse répondre à des offres d'emploi salarié. Toutefois, ce droit de séjour est fragile car il peut être limité dans le temps, les Etats membres pouvant fixer un délai raisonnable pour cette recherche d'emploi. Mais, si au-delà de ce délai, « *l'intéressé apporte la preuve qu'il est toujours à la recherche d'un emploi et qu'il a de véritables chances d'être engagé, il ne saurait être contraint de quitter le territoire de l'Etat membre d'accueil* » : CJCE, arrêt du 23 mars 2004, *Brian Francis Collins*, aff. C- 138/02, pt. 37, Rec. I- p. 2703. Sur ce point, la Cour rappelle sa jurisprudence du 26 février 1991, *Antonissen*, aff. C- 292/89, pt. 21, Rec. I- p. 745. L'article 6 de la directive 2004/38 attribue un droit de séjour jusqu'à trois mois aux citoyens de l'Union. L'article 7 § 1 accorde au ressortissant communautaire un droit de séjour de plus de trois mois dans un autre Etat membre s'il est travailleur salarié ou non salarié dans cet autre Etat membre. À noter également que l'article 7§3 de la directive prévoit que le citoyen de l'Union *conserve* le statut de travailleur pendant au moins six mois « *après avoir été involontairement au chômage pendant les douze premiers mois,* [s'il] *s'est fait enregistré en qualité de demandeur d'emploi (…)* ».

prononcée par l'Etat membre d'accueil puisque, même si le recours à l'assistance sociale ne peut pas automatiquement entraîner une telle décision, ce constat peut y contribuer.

155. Or, le droit individuel des ressortissants des Etats membres de circuler et de séjourner librement sur le territoire de l'Union européenne présente un caractère fondamental et devrait avoir une portée identique pour tous les citoyens européens, sans distinction de statut. La solution rendue par la Cour de justice dans l'arrêt *Trojani* a conduit D. SIMON à regretter que cette différence de traitement entre les migrants non économiques et les migrants économiques n'ait pas été supprimée[563]. En effet, la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004, qui abroge les deux directives de 1990 ainsi que celle du 29 octobre 1993, est décevante sur ce point car elle ne semble pas avoir répondu à cette attente. Son adoption est motivée par la volonté de « *dépasser* [l'] *approche sectorielle et fragmentaire du droit de circuler et de séjourner librement* »[564], et s'explique essentiellement par le fait que l'élaboration d'un acte législatif unique est devenue nécessaire sur le plan administratif, pour plus de clarté[565]. La directive de 2004 dispose qu' « *en aucun cas une mesure d'éloignement ne devrait être arrêtée à l'encontre de travailleurs salariés, 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* »[566]. Elle prévoit à l'inverse que les autres « *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'Etat membre d'accueil* »[567].

Il faut déduire de cette directive 2004/38 qu'est maintenue la distinction entre les deux catégories de migrants. Néanmoins, le législateur fait l'effort d'exiger, pour la validité d'une mesure d'expulsion, qu'il soit démontré que le bénéficiaire constitue une « *charge*

---

[563] Voir la note sous cet arrêt de SIMON (D.), Europe, novembre 2004, n° 11, comm. n° 347, pp. 10-11, sp. p. 11.
[564] Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467, considérant n° 4. Notons que la directive est notamment adoptée sur la base des articles 12 et 18 du TCE.
[565] A. ILIOPOULOU reconnaît que « *la solution d'un seul texte, qui remplace un dispositif complexe et intègre un acquis jurisprudentiel important, présente incontestablement l'avantage de la lisibilité et de la transparence. L'adoption d'une directive codificatrice satisfait, par conséquent, au souci de simplification de textes* » : ILIOPOULOU (A.), *Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille…*, *op. cit.*, supra note n° 524, p. 533.
[566] Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467, considérant n° 16.
[567] *Ibid.*

déraisonnable »[568]. Il précise à cette fin que « *l'Etat membre d'accueil devrait examiner s'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* »[569]. Il confirme aussi qu'une décision d'éloignement ne peut pas être la conséquence automatique du recours à l'assistance sociale.

156. En réalité, ces précisions sur la nature déraisonnable de la charge sont inspirées du considérant n° 6 de la directive 93/96 sur le droit de séjour des étudiants[570]. Cette clause exige que l'obtention de ce droit soit conditionnée par l'existence de ressources évitant pour son bénéficiaire de devenir « *une charge déraisonnable pour les finances publiques de l'Etat membre d'accueil* ». Dans son arrêt *Grzelczyk*, la Cour a alors considéré que le recours à l'aide sociale ne peut automatiquement donner lieu à une mesure restreignant ledit séjour et que la directive admet une certaine solidarité financière des ressortissants de l'Etat d'accueil avec ceux des autres Etats membres, car les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit de séjour peuvent être temporaires[571]. La directive du 29 avril 2004 étend donc simplement ces règles à l'ensemble des migrants non économiques.

157. Il est regrettable que la protection des finances publiques des Etats membres fasse obstacle à ce que les actifs et les inactifs puissent revendiquer les mêmes droits tels que ceux-ci devraient découler de leur seul statut de citoyens européens[572]. Alors que tous les nationaux des Etats membres sont des citoyens de l'Union, il y a, et la directive 2004/38 la laisse subsister, une dichotomie dans les droits attachés à la citoyenneté de l'Union rendue nécessaire par l'intérêt des Etats. Malgré cette discrimination entre les ressortissants des pays membres de l'Union, le législateur communautaire rappelle dans cette nouvelle directive que « *la citoyenneté de l'Union <u>devrait</u> constituer le statut de base des ressortissants des Etats membres lorsqu'ils exercent leur droit de circuler et de séjourner librement* »[573]. L'absence

---

[568] *Ibid.*
[569] *Ibid.*
[570] Directive n° 93/96/CEE du 29 octobre 1993 du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 552.
[571] CJCE, arrêt du 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk contre Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C- 184/99, pts. 42 à 45, Rec. I- p. 6229 ; Conclusions de l'avocat général M. S. Alber, présentées le 28 septembre 2000, Rec. I- p. 6197. Sur cet arrêt, voir la note de ALEMANNO (A.), *Libre circulation des citoyens et citoyenneté de l'Union*, RDUE, 2001, n° 4, pp. 1008-1010.
[572] A. ILIOPOULOU met l'accent sur « *les craintes étatiques relatives au "tourisme des prestations"* » : ILIOPOULOU (A.), *Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille …*, *op. cit.*, supra note n° 524, p. 537.
[573] C'est nous qui soulignons : l'utilisation du conditionnel n'est pas dépourvue de signification. Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467, considérant (3).

d'une déclaration plus ferme laisse supposer qu'il se refuse pour le moment à renforcer et à faire évoluer ce statut de citoyen européen. En effet, la directive maintient « *l'acquis existant en la matière* »[574]. Il n'est donc guère possible « *de parler d'unification des statuts des citoyens migrants* »[575], puisque « *l'élément économique conserve encore un rôle important dans la détermination des statuts* »[576].

158. Pour assurer un meilleur respect des libertés reconnues aux ressortissants communautaires et, ce faisant, afin de restreindre la possibilité pour les Etats membres de l'Union européenne d'expulser ces derniers, la Cour a autorisé la mise en place d'une alternative à l'expulsion.

PARAGRAPHE II : L'alternative à l'éloignement des ressortissants communautaires : l'interdiction partielle du territoire

159. Si le droit communautaire permet sous certaines conditions aux Etats membres d'adopter des mesures aussi restrictives pour les libertés des ressortissants d'autres Etats membres que des mesures d'expulsion, il devrait également les autoriser à prendre des décisions entravant ces mêmes libertés de façon moindre, telles des interdictions partielles, et non totales, de territoire. Le droit de l'Union n'admet t-il pas que les règles nationales puissent présenter un caractère plus protecteur des droits et libertés des citoyens européens ? La question s'est posée de savoir si l'article 39 du TCE (ex-article 48 CEE) s'oppose à ce qu'un Etat membre prononce, à l'égard d'un travailleur migrant ressortissant d'un autre Etat membre, des mesures de police administrative limitant le droit de séjour de ce travailleur migrant à une partie du territoire national.

[574] ILIOPOULOU (A.), *Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille …*, *op. cit.*, supra note n° 524, p. 533.
[575] *Ibid.*
[576] *Ibid.*

160. Dans son arrêt *Rutili* du 28 octobre 1975, la Cour de justice des Communautés avait indiqué que « *les interdictions de séjour ne peuvent être prononcées, en vertu de la réserve insérée (…) à l'article 48 § 3, que pour l'ensemble du territoire* »[577]. Elle avait poursuivi son raisonnement en déclarant que « *des mesures restrictives du droit de séjour limitées à une partie du territoire national ne peuvent être prononcées, par un Etat membre, à l'égard de ressortissants d'autres Etats membres relevant des dispositions du traité que dans les cas et conditions dans lesquels de telles mesures peuvent être appliquées aux nationaux de l'Etat en cause* »[578]. Or dans l'affaire *Olazabal*, la Cour vient souligner que rien dans le libellé de l'article 39 § 3 CE ne permet de conclure que « *les limitations à la libre circulation des travailleurs, justifiées par des raisons d'ordre public, devraient toujours avoir la même portée territoriale que les droits conférés par cette disposition* »[579]. Elle ajoute que le droit dérivé qui met en œuvre cette liberté ne s'oppose pas à une telle interprétation[580]. La Cour admet qu'en l'espèce, des raisons d'ordre public « *pourraient justifier une mesure d'interdiction de séjour sur l'ensemble du territoire* »[581], par conséquent de telles raisons peuvent bien faire obstacle au séjour du travailleur migrant en cause sur une partie seulement du territoire.

161. En matière d'éloignement, la jurisprudence *Rutili* n'est en réalité pas adaptée. En effet, comme la Cour l'a jugé à maintes reprises et le rappelle dans cet arrêt *Olazabal* de novembre 2002, « *les réserves insérées à l'article 48 du traité (…) permettent aux Etats membres de prendre, à l'égard des ressortissants des autres Etats membres, notamment pour des raisons d'ordre public, des mesures qu'ils ne sauraient appliquer à leurs propres ressortissants, en ce sens qu'ils n'ont pas le pouvoir d'éloigner ces derniers du territoire national ou de leur en*

---

[577] CJCE, arrêt du 28 octobre 1975, *Rutili*, *op. cit.*, supra note n° 259, pt. 48.
[578] *Id.*, pt. 53.
[579] CJCE, arrêt du 26 novembre 2002, *Ministre de l'intérieur contre Aitor Oteiza Olazabal*, *op. cit.*, supra note n° 253, pt. 38.
Affaire présentée par IDOT (L.), Europe, janvier 2003, n° 1, comm. n° 14, pp. 18-19 ; BALLESTER (R.), *in* « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance – Chronique des arrêts », RDUE, 2003, n° 1, pp. 273-300, sp. p. 277-279 ; et par KEPPENNE (J.-P.), LAGONDET (F.) et VAN RAEPENBUSCH (S.), *in* « Chronique de jurisprudence – Année 2002 », Cah. dr. eur., 2003, n° 3-4, pp. 433-542, sp. pp. 498-500.
[580] La Cour reprend ici la remarque de l'avocat général soulevée au point 29 de ses conclusions : conclusions de l'avocat général M. Antonio Tizzano, présentées le 25 avril 2002, Rec. I- p. 10983 : « *nous ne comprenons pas pourquoi les dérogations permises par l'article 48 § 3 du traité doivent nécessairement avoir la même portée que les droits auxquels elles se rapportent et pourquoi il faudrait, dès lors, exclure la possibilité de ne limiter ceux-ci qu'en partie* ».
[581] CJCE, arrêt du 26 novembre 2002, *Olazabal*, *op. cit.*, supra note n° 253, pt. 36.

interdire l'accès »[582]. Par conséquent, « *dans des situations dans lesquelles les ressortissants des autres Etats membres peuvent se voir appliquer des mesures d'éloignement ou d'interdiction de séjour, ceux-ci sont également susceptibles de faire l'objet des mesures moins sévères que constituent des restrictions partielles de leur droit de séjour, justifiées par des raisons d'ordre public, sans qu'il soit nécessaire que des mesures identiques puissent être appliquées par l'Etat membre en question à ses propres ressortissants* »[583]. La Cour oblige simplement les Etats à adopter des mesures à l'encontre d'un ressortissant d'un autre Etat membre en raison d'un comportement qui, dans le chef des ressortissants du premier Etat membre, donne lieu à des mesures répressives ou à d'autres mesures réelles ou effectives destinées à combattre ce comportement.

En l'occurrence, il faut donc conforter l'opinion de l'avocat général M. Tizzano selon laquelle il s'avère possible, « *en l'absence d'un indication expresse en sens contraire, de considérer que si les Etats membres peuvent aller jusqu'à interdire pour des raisons d'ordre public l'entrée et le séjour sur leur territoire à des travailleurs d'autres Etats membres et de les priver ainsi radicalement de la possibilité de se prévaloir de la libre circulation, ils sont alors en droit de prendre des mesures moins contraignantes à leur encontre telles que les interdictions de séjour limitées à une partie du territoire national* »[584]. On se souviendra que dans ses conclusions pour l'affaire *Rutili*, l'avocat général M. Mayras s'était déjà demandé, « *puisque les autorités nationales sont en droit d'invoquer la réserve de l'ordre public pour refuser l'accès de leur territoire à certains travailleurs communautaires ou pour expulser ceux qui ont été admis à y séjourner, mais dont le comportement personnel justifierait qu'ils en soient éloignés* »[585], s'il ne serait pas « *dès lors, déraisonnable de priver les Etats membres du droit de prendre, à l'égard de ces travailleurs, des mesures moins graves limitées à une interdiction de séjour sur une partie de leur territoire* »[586].

De la sorte, l'interdiction partielle de territoire qui frappe M. Olazabal, militant de l'E.T.A.[587], permet pour ce dernier d'éviter la mesure plus sévère de l'expulsion, et pour l'Etat français de l'éloigner des frontières espagnoles et de maintenir ainsi la sécurité publique et

[582] *Id.*, pt. 40. La Cour de justice se réfère en cela à ses arrêts du 18 mai 1982, *Adoui et Cornuaille*, *op. cit.*, supra note n° 494, et du 19 janvier 1999, *Donatella Calfa*, *op. cit.*, supra note n° 505.
[583] CJCE, arrêt du 26 novembre 2002, *Olazabal*, *op. cit.*, supra note n° 253, pt. 41.
[584] Conclusions de l'avocat général M. Antonio Tizzano, présentées le 25 avril 2002, aff. C- 100/01, *Olazabal*, op. *cit.*, supra note n° 580, pt. 29.
[585] Conclusions de l'avocat général H. Mayras, aff. C- 36/75, *op. cit.*, supra note n° 259.
[586] *Ibid.*

l'ordre public. Cet avis est partagé par O. COTTE qui déclare qu'avec cette décision, la Cour restreint ainsi « *les cas d'expulsions pour des raisons tenant à l'ordre public en autorisant les Etats à édicter des mesures moins radicales à savoir des interdictions partielles du territoire* »[588].

162. S'il est vrai qu'il existe « *un risque que les autorités nationales utilisent l'interdiction partielle comme demi-mesure alors qu'elles n'auraient pas procédé à l'expulsion* »[589], il faut cependant voir dans la possibilité d'une telle mesure une avancée s'agissant des garanties et limitations aux droits et libertés communautaires, et ce faisant « *une amélioration de la condition du citoyen européen* »[590]. Cette nouvelle perspective pourrait modifier le degré de proportionnalité exigée entre une mesure restrictive d'une liberté fondamentale et le but poursuivi par cette mesure[591]. La Cour pourrait à l'avenir être plus vigilante sur les mesures d'éloignement prises par les Etats membres à l'encontre de ressortissants d'autres Etats membres pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique. A ce titre, elle pourrait indiquer qu'une mesure moins contraignante, comme une interdiction partielle de séjour ou de circulation, serait plus proportionnée[592]. Cette perspective s'inscrirait dans la démarche interprétative restrictive de la Cour qui précise que « *la justification de mesures destinées à sauvegarder l'ordre public doit être appréciée au regard de toutes règles de droit communautaire ayant pour objet, d'une part, de limiter l'appréciation discrétionnaire des Etats membres en la matière et, d'autre part, de garantir la défense des droits des personnes soumises, de ce chef, à des mesures restrictives* »[593].

---

[587] Euskadi Ta Askasuna.

[588] COTTE (O.), note de jurisprudence, *in* L'Europe des libertés, « Actualité juridique de septembre 2002 – janvier 2003 », n° 10, février 2003, pp. 38-39.

[589] CARLIER (J.-Y.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne. 1er janvier – 31 décembre 2001*, Journal des tribunaux, droit européen, mars 2003, pp. 79-86, sp. p. 84. Cette situation ne devrait cependant pas se présenter, dans la mesure où la Cour a précisé que le droit de séjour d'un travailleur ne peut être limité à une partie du territoire national d'un Etat membre qu'à la condition a) « *que des motifs d'ordre public ou de sécurité publique fondés sur son comportement individuel le justifient* », b) « *que, en l'absence d'une telle possibilité, ces motifs ne puissent conduire, en raison de leur gravité, qu'à une mesure d'interdiction de séjour ou d'éloignement de l'ensemble du territoire national* » : CJCE, arrêt du 26 novembre 2002, *Olazabal*, *op. cit.*, supra note n° 253, pt. 45. En d'autres termes, l'interdiction partielle du territoire n'est possible que si l'Etat d'accueil présente des motifs d'ordre public ou de sécurité publique justifiant l'expulsion.

[590] CARLIER (J.-Y.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne. …*, *ibid*.

[591] Le Professeur agrégé F. CHALTIEL parle d'une « *nouvelle forme de conciliation du principe de libre circulation et de la réserve d'ordre public* » : *cf.* CHALTIEL (F.), *L'ordre public devant la Cour de justice des Communautés européennes. A propos de l'arrêt Olazabal du 26 novembre 2002*, RMCUE, février 2003, n° 465, pp. 120-123, sp. p. 121.

[592] D'ailleurs, O. COTTE estime qu'une telle mesure d'interdiction est « *directement* [inspirée] *par le principe de proportionnalité* » : COTTE (O.), *op. cit.*, supra note n° 588.

[593] CJCE, arrêt du 26 novembre 2002, *Olazabal*, *op. cit.*, supra note n° 253.

163. Ainsi que l'indique J.-P. LHERNOULD, l'apport principal de cet arrêt tient dans « *l'abandon du raisonnement fondé sur l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers, raisonnement qui depuis l'arrêt Rutili limitait considérablement la marge de manœuvre des Etats en matière de police des étrangers, tout particulièrement pour les interdictions partielles de séjour* »[594].

164. Cet arrêt rendu en assemblée plénière suscite tout de même une certaine déception puisque le problème porté devant la Cour de justice aurait pu être apprécié au regard de l'ensemble des citoyens de l'Union sur la base de l'article 18 CE et non pas uniquement au regard des seuls travailleurs communautaires[595]. Le fondement adopté par la Cour, à savoir l'article 39 du TCE, laisse en effet penser que la solution pourrait être différente s'agissant des autres ressortissants communautaires actifs. Or, tel ne devrait pas être le cas puisque l'article 22 de la directive n° 2004/38 du 29 avril 2004, en prévoyant que « *des limitations territoriales au droit de séjour et au droit de séjour permanent peuvent seulement être établies par les Etats membres dans les cas où elles sont prévues également pour leurs propres ressortissants* »[596], ne limite pas son champ d'application personnel.

165. Les règles établies par le Traité et par la jurisprudence de la Cour précédemment présentées ne s'appliquent pas aux ressortissants des Etats tiers à l'Union. Comme on l'a vu, ceux-ci sont soumis à des dispositions spécifiques[597]. Cependant, une partie d'entre eux peuvent jouir de dérogations à ces dispositions et se prévaloir des règles communautaires sur la libre circulation, au regard de leur statut privilégié.

---

[594] LHERNOULD (J.-P.), note sous l'arrêt *Olazabal*, JCP, La semaine juridique Édition générale, n° 42, 15 octobre 2003, chronique II 10163, pp. 1833-1837, sp. p. 1836.
[595] Cette remarque est soulevée par J.-P. LHERNOULD, article précité, sp. p. 1837.
[596] Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467.
[597] Voir supra paragraphe II, section II du chapitre I de ce titre.

SECTION II

LES RESTRICTIONS AU DÉPLACEMENT ET AU SÉJOUR DES RESSORTISSANTS DES ETATS TIERS "PRIVILÉGIÉS" DANS L'UNION EUROPÉENNE

166. Les mesures d'expulsion appliquées aux ressortissants des Etats tiers sont fonction de leur statut. Certains d'entre eux peuvent se voir accorder une protection spéciale[598]. Sont concernés les résidents de longue durée et certains travailleurs, pour lesquels des règles spécifiques sont prévues (**Paragraphe II**). Quant aux ressortissants de pays tiers, qui sont membres de la famille d'un citoyen de l'Union, leur statut s'améliore de manière conséquente depuis le développement récent de la législation les concernant et surtout grâce à la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, les mesures d'éloignement prises à leur encontre ne sont possibles que pour de graves motifs de sécurité nationale et d'ordre public[599]. La violation des règles internes relatives à l'entrée et au séjour des étrangers ne devrait donc pas pouvoir constituer une raison suffisante pour leur expulsion (**Paragraphe I**).

PARAGRAPHE I : Les membres de la famille d'un ressortissant d'un Etat membre

167. La réglementation communautaire étend l'application du droit communautaire en matière d'entrée et de séjour sur le territoire des Etats membres à certains membres de la famille des ressortissants communautaires relevant de ces dispositions. Il s'agit notamment des conjoints, de leurs descendants directs de moins de 21 ans ou à charge, ainsi que de leurs ascendants respectifs qui sont à charge. Peu importe la nationalité de ces membres de la famille des citoyens européens.

[598] Livre vert de la Commission du 10 avril 2002, *op. cit.*, supra note n° 398.
[599] *Ibid.*

168. Parmi les bénéficiaires, le conjoint est celui qui fait l'objet de la jurisprudence la plus dense et, peut être, la plus controversée dans la mesure où le lien qu'il entretient avec un citoyen de l'Union peut être créé afin de tirer abusivement profit de la réglementation communautaire, surtout s'il est ressortissant d'un Etat tiers. De par sa nature, le lien marital peut inquiéter plus facilement l'Etat membre chargé de se déterminer sur l'entrée ou le séjour du conjoint que lorsqu'il s'agit d'autres membres de la famille, comme les descendants ou les ascendants.

La qualité de « conjoint » était entendue de manière restrictive par la Cour de justice[600]. Mais ce vocable a évolué socialement et juridiquement. La directive 2004/38 élargit, par conséquent, la notion en spécifiant que le partenaire peut être celui « *avec lequel le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré sur la base de la législation d'un Etat membre* »[601]. Il peut donc s'agir d'un conjoint de même sexe ou d'un concubin. Le texte de la directive pose toutefois la condition que ce type de partenariat doit être considéré, dans l'Etat membre d'accueil, comme équivalent au mariage et passé selon les règles prévues par la législation pertinente de cet Etat[602]. Il admet également que l'entrée et le séjour du « *partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée* », peuvent être favorisés par l'Etat membre d'accueil, « *conformément à sa législation nationale* »[603].

---

[600] Pour des exemples, voy. CJCE, arrêt du 17 avril 1986, *Etat néerlandais contre Ann Florence Reed*, aff. C- 59/85, Rec. p. 1296 ; Conclusions de l'avocat général C. Otto Lenz, présentées le 19 février 1986, Rec. p. 1284. Dans cet arrêt, la notion de conjoint n'est pas interprétée de manière extensive, la Cour se refusant à assimiler, même sous certaines conditions, le partenaire ayant une relation stable avec un travailleur ressortissant d'un Etat membre au conjoint visé par le règlement 1612/68. Le terme de conjoint est ici utilisé dans le sens du droit de la famille, qui entend seulement un rapport fondé sur le mariage. Une interprétation large de ce terme aurait pu être justifiée à partir du moment où l'évolution sociale et juridique de la notion était constatée dans l'ensemble de la Communauté et non dans un seul ou un petit nombre d'Etats membres.

[601] Article 2 § 2 b) de la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467.
La Commission avait proposé en 1998 une révision du règlement et de la directive de 1968 visant à améliorer la situation des travailleurs et des membres de leur famille qui se déplacent sur le territoire de l'Union, afin de renforcer le fonctionnement des marchés nationaux de l'emploi : voir Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 1er juillet 1998, *op. cit.*, supra note n° 534.

[602] Il appartient à la Cour de justice de définir ce qu'il faut entendre par "partenariat enregistré équivalent au mariage".

[603] Article 3 § 2 de la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467. Sur cette définition large des bénéficiaires de la directive, *cf.* CANDELA SORIANO (M.), *Libre circulation et séjour dans l'U.E. : la directive 2004/38 au regard des droits de l'homme*, Journal des tribunaux, Droit européen, 2005, n° 121, pp. 193-201.

169. En matière d'établissement et de prestation de services, la directive 73/148 imposait aux Etats membres de supprimer les restrictions au déplacement et au séjour du conjoint des ressortissants communautaires exerçant leur liberté de circulation, et ce quelle que soit sa nationalité[604]. Ces Etats devaient admettre sur leur territoire les citoyens européens et les membres de leur famille, dont les conjoints, sur présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité. De plus, ils devaient faciliter l'obtention par le conjoint d'un visa d'entrée sur leur territoire et lui délivrer un document de séjour ayant la même validité que celui délivré au ressortissant communautaire dont il dépendait. La directive 68/360 comprenait les mêmes dispositions pour ce qui concernait les conjoints des ressortissants des Etats membres qui circulaient sur le territoire communautaire en vue d'exercer une activité salariée. Quant au règlement 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, il prévoyait en son article 10 que le conjoint avait le droit de s'installer avec ledit travailleur communautaire employé sur le territoire d'un autre Etat membre. La directive 2004/38 a modifié ces règles. Elle prévoit dans ses articles 5 et 6 que les membres de la famille d'un ressortissant communautaire, qui n'ont pas la nationalité d'un Etat membre, ont le droit d'entrer et de séjourner pendant trois mois sur le territoire des Etats membres s'ils sont munis d'un passeport valide. Ces étrangers doivent obtenir un visa d'entrée, à moins de posséder une carte de séjour en cours de validité. En outre, en vertu de l'article 7 de la directive de 2004, ils bénéficient d'un droit de séjour de plus de trois mois si le citoyen de l'Union qu'ils accompagnent ou rejoignent satisfait lui-même aux conditions de séjour de plus de trois mois qui lui sont imposées.

170. La question s'est posée de savoir si une demande de divorce introduite par un citoyen de l'Union à l'encontre de son conjoint, ressortissant d'un Etat tiers, peut avoir une incidence sur le droit pour ce dernier de séjourner sur le territoire de l'Etat membre d'origine de ce citoyen ? Pendant la procédure de divorce, cet Etat membre peut-il refuser à ce conjoint l'octroi d'un titre permanent de séjour et l'expulser ensuite pour s'être maintenu sur son territoire sans autorisation ? Dans une affaire d'expulsion traitée le 7 juillet 1992, la Cour relève tout d'abord que le caractère fictif du mariage n'est pas allégué et que sa dissolution ne préjuge en rien du droit de séjour du conjoint pour la période antérieure à la date du jugement

[604] Directive 73/148/CEE du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 498.

définitif de divorce[605]. Ensuite, elle déduit de l'article 43 CE et de la directive de 1973 que, lorsqu'un ressortissant communautaire souhaite entrer et séjourner sur le territoire de l'Etat dont il a la nationalité, après avoir exercé avec son conjoint, ressortissant d'un Etat tiers, le droit de circulation qu'il tire du droit communautaire, ce « *conjoint doit, au moins, jouir des mêmes droits que ceux qui lui seraient consentis, par le droit communautaire, si son époux ou épouse entrait et séjournait sur le territoire d'un autre Etat membre* »[606]. En effet, un citoyen de l'Union pourrait être dissuadé de quitter son pays d'origine pour travailler sur le territoire d'un autre Etat membre s'il ne pouvait bénéficier, quand il revient dans son propre pays, des mêmes conditions et modalités d'entrée et de séjour dont il peut disposer sur le territoire d'un autre Etat membre. Par conséquent, les citoyens de l'Union doivent pouvoir, afin d'exercer une activité professionnelle, être accompagnés sur l'ensemble du territoire communautaire, de leur conjoint, quelle que soit leur nationalité. En l'occurrence, la décision d'expulsion prise avant la date du jugement définitif de divorce, à une période où l'intéressé, conjoint d'un citoyen de l'Union, disposait d'un droit de séjour sur le territoire de l'Etat membre en cause dans le litige, semble dès lors contraire au droit communautaire.

Il faut sans doute regretter que le droit de séjour du ressortissant d'un pays tiers reste lié à la pérennité de son mariage avec un citoyen de l'Union. Le Parlement européen soutient vivement l'idée que cette constante peut devenir problématique à partir du moment où l'époux divorcé a eu des enfants avec ce ressortissant communautaire ou s'il exerce une profession dans un Etat membre[607]. Il estime que dans cette hypothèse, la personne concernée « *devrait avoir le droit* [de] *demeurer* »[608] dans cet Etat membre.

171. La directive n° 2004/38 envisage l'hypothèse dans laquelle le citoyen de l'Union, qui séjourne dans un Etat membre autre que le sien, se sépare juridiquement de son conjoint ou de son partenaire, ressortissant d'un pays tiers[609]. Elle garantit à celui-ci, ainsi qu'aux autres membres de la famille du citoyen de l'Union qui n'ont pas la nationalité d'un Etat membre, le

[605] CJCE, arrêt du 7 juillet 1992, *The Queen contre Immigration Appeal Tribunal et S. Singh*, aff. C- 370/90, Rec. I- p. 4288 ; Conclusions de l'avocat général G. Tesauro, présentées le 20 mai 1992, Rec. I- p. 4281.
[606] *Ibid.*
[607] Rapport de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du 18 juillet 2000 sur le rapport de la Commission sur l'application des directives 90/364, 90/365 et 93/96 et sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 19 juillet 1999 "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", Final A5-0207/2000.
[608] *Ibid.*

maintien de leur droit de séjour sous certaines conditions. L'article 13 § 2, alinéa 1er prévoit qu'en cas de divorce, d'annulation du mariage ou de rupture du partenariat enregistré, l'étranger concerné conserve son droit de séjour lorsque le mariage ou le partenariat a duré trois ans au minimum avant que la procédure judiciaire de séparation ou la rupture ne débute, dont un an au moins dans l'Etat membre d'accueil ; lorsque la garde des enfants du citoyen européen a été confiée au conjoint ou au partenaire ; lorsque des situations particulières l'exigent, comme le fait d'avoir subi des violences domestiques pendant le mariage ou le partenariat enregistré ; ou lorsque le conjoint ou le partenaire a un droit de visite à l'enfant mineur[610].

172. Toujours est-il qu'un ressortissant d'un Etat tiers va pouvoir bénéficier du droit de l'Union en matière d'entrée et de séjour grâce à ce lien familial qui le lie à un ressortissant communautaire, à la condition toutefois que ce dernier exerce sa liberté de circulation[611]. Le droit communautaire ne peut effectivement connaître des situations purement internes[612]. Cette condition d'exercice de la liberté communautaire crée le problème de la discrimination à rebours[613]. Concrètement, les membres de la famille d'un citoyen de l'union, qui a exercé son droit de libre circulation, peuvent invoquer les droits communautaires qui en découlent tant dans l'Etat d'origine de ce citoyen que dans n'importe quel autre Etat membre. A l'inverse, tant que le ressortissant communautaire n'a pas utilisé sa liberté de circulation, les membres de sa famille ne peuvent pas bénéficier de ces droits ; ils sont soumis aux règles nationales relatives à l'immigration. Alors que la liberté communautaire est d'interprétation large, le droit national est appliqué strictement, il est donc moins favorable[614]. Ces facilités communautaires d'entrée et de séjour sont par conséquent logiquement recherchées. Il est

---

[609] Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467.

[610] Pour acquérir un droit de séjour permanent, le ressortissant étranger devra toutefois apporter la preuve qu'il exerce une activité professionnelle, ou qu'ils disposent de ressources suffisantes et d'une assurance maladie dans l'Etat membre d'accueil, ou qu'il est membre de la famille d'une personne remplissant ces conditions : *cf.* article 13 § 2, alinéa 2 de la directive n° 2004/38.

[611] Voir AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), *Les droits des étrangers et leur sauvegarde dans l'ordre communautaire*, Cah. dr. eur., 1995, n° 3-4, pp. 351-381.

[612] CJCE, arrêt du 16 janvier 1997, *USSL n° 47 di Biella*, aff. C- 134/95, Rec. I- p. 195, pt. 19 ; CJCE, arrêt du 21 octobre 1999, *Jägerskiöld*, aff. C- 97/98, Rec. I- p. 7319, pts 42 à 45.

[613] Sur ce problème, voir TAGARAS (H.), *Règles communautaires de libre circulation, discriminations à rebours des situations dites « purement internes »*, *in* Mélanges en hommage à M. Waelbroeck, Bruxelles, Bruylant, collection Etudes de droit européen et international, 1999, vol. II, pp. 1499-1538, article cité par COUDERT (P.), *La discrimination à rebours en droit communautaire : une analyse juridique du comportement discriminatoire des Etats membres d'un espace économique intégré*, LPA, 21 août 2006, n° 166, pp. 8-13.

[614] Voy. PAPADOPOULOU (R.-E.), *Situations purement internes en droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ?*, Cah. dr. eur., 2002, n° 1-2, pp. 95- 129.

fréquent en effet qu'un citoyen de l'Union fasse usage de son droit de libre circulation afin que son conjoint bénéficie des droits consentis par le droit communautaire.

173. Ce problème de l'abus du droit communautaire est soulevé dans l'affaire *Akrich*[615]. M. Akrich, de nationalité marocaine, a épousé une citoyenne britannique. Etant entré et séjournant illégalement au Royaume-Uni, il fut expulsé vers l'Irlande, où son épouse occupait un emploi. Celle-ci souhaitant retourner dans son pays d'origine pour y exercer une autre activité, M. Akrich demanda la révocation de l'ordonnance d'expulsion ainsi qu'un permis d'entrer en tant que conjoint d'un ressortissant communautaire, sur le fondement de l'arrêt *Singh* de 1992. Les autorités britanniques ont refusé d'accéder à ces demandes, au motif que le séjour en Irlande semblait avoir été un moyen d'éviter l'application de la législation nationale et d'échapper à la décision d'expulsion.

Dans le point 25 de sa jurisprudence *Singh*, la Cour de justice des Communautés estimait qu'un Etat membre doit « *autoriser l'entrée et le séjour sur son territoire du conjoint, quelle que soit sa nationalité, du ressortissant de cet Etat qui s'est rendu, avec ce conjoint, sur le territoire d'un autre Etat membre pour y* [travailler] *(…) et qui revient s'établir sur le territoire de l'Etat dont il a la nationalité* »[616]. Cependant, au point 24, la Cour rappelait, à propos des questions de fraude, qu'il est bien établi que les facilités créées par le traité ne peuvent avoir pour effet de permettre aux personnes qui en bénéficient de se soustraire abusivement à l'emprise des règles nationales et donc ne sauraient interdire aux Etats membres de prendre les mesures adéquates afin de mettre fin à de tels abus[617]. Il est par conséquent abusif de vouloir « *obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention* »[618]. Cette jurisprudence doit toutefois être appréciée au regard de l'arrêt *Levin*, rendu en 1982[619]. En l'espèce, la Cour avait estimé que les intentions d'un travailleur d'un Etat membre ayant motivé son déplacement dans un autre Etat membre, ne peuvent pas être prises en

[615] CJCE, arrêt du 23 septembre 2003, *Secretaty of State for the Home Department contre Hacene Akrich*, aff. C-109/01, Rec. I- p. 9665.
[616] CJCE, arrêt du 7 juillet 1992, *Singh*, *op. cit.*, supra note n° 605.
[617] *Ibid.* Sur cette jurisprudence constante, voy. par exemple CJCE, arrêt du 7 février 1979, *J. Knoors contre Secrétaire d'Etat aux affaires économiques*, aff. C- 115/78, Rec. p. 401 ; Conclusions de l'avocat général G. Reischl, présentées le 12 décembre 1978, Rec. p. 413.
[618] Conclusions de l'avocat général Mr. L.-A. Geelhoed, présentées le 27 février 2003, aff. C- 109/01, Rec. I- p. 9610.

considération et sont donc sans pertinence pour apprécier son droit d'entrée et de séjour sur le territoire de ce dernier Etat, du moment qu'il « *exerce ou souhaite exercer une activité réelle et effective* »[620].

A cet égard, dans l'arrêt *Akrich*, la Cour de justice décide que les intentions qui ont pu inciter un ressortissant communautaire « *à chercher du travail dans un autre Etat membre (…) ne sont pas davantage pertinentes pour apprécier la situation juridique du couple au moment du retour dans l'Etat membre dont le travailleur est ressortissant* »[621]. Selon elle, en dépit de la situation irrégulière du conjoint et même si les époux ont séjourné dans un autre Etat membre dans le but d'obtenir, pour ce conjoint, le bénéfice des droits conférés par le droit communautaire, un tel comportement n'est pas abusif, à partir du moment où le mariage est authentique[622]. Elle confirme et précise donc sa solution de 1982[623].

Cette réponse de la Cour est sur ce point tout à fait remarquable car le champ d'action des Etats membres dans le domaine de l'immigration se retrouve clairement amoindri. En effet, le fait pour un couple, comme dans le cas de l'espèce, de provoquer artificiellement l'application des droits, qu'il tire des règles communautaires en circulant sur le territoire de l'Union, afin de détourner celle des dispositions nationales relatives à l'immigration, ne constitue un abus que si leur mariage est qualifié de complaisant. Aucune autre circonstance ne devrait permettre désormais aux Etats de prendre des mesures afin d'empêcher d'éventuels abus du droit communautaire.

174. Par contre, et à ce niveau la solution rendue par la Cour dans l'arrêt *Akrich* est infiniment plus critiquable, la légalité du séjour dans un Etat membre d'un ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un ressortissant communautaire, est à présent une condition préalable pour que cet étranger puisse se réclamer de l'application du droit communautaire relatif au déplacement et au séjour, et donc se déplacer vers un autre Etat membre pour suivre le citoyen de l'Union. Or, les dispositions communautaires n'exigent rien de tel.

---

[619] CJCE, arrêt du 23 mars 1982, *D. M. Levin contre Secrétaire d'Etat à la justice*, aff. C- 53/81, Rec. p. 1037 ; Conclusions de l'avocat général G. Slynn, présentées le 20 janvier 1982, Rec. p. 1054.
[620] *Id.*, pts. 22 et 23.
[621] CJCE, arrêt du 23 septembre 2003, *Akrich*, *op. cit.*, supra note n° 615, pts. 55 et 56.
[622] *Id.*, pts. 56 et 57.

175. Lorsqu'un citoyen européen se déplace sur le territoire de l'Union pour exercer les droits qui lui sont conférés par le droit communautaire, les Etats membres peuvent imposer un visa d'entrée ou une obligation équivalente pour les membres de la famille ne possédant pas la nationalité d'un des Etats membres. Un règlement du Conseil fixe la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à cette obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants en sont exemptés[624]. En outre, les directives du Conseil prévoient que les Etats membres délivrent un titre de séjour aux membres de la famille du ressortissant communautaire, qui présentent le document sous le couvert duquel ils ont pénétré sur le territoire ainsi que celui prouvant leur lien de parenté avec ce citoyen de l'Union[625].

Selon cette réglementation, constitue un manquement d'Etat le fait de maintenir une réglementation nationale subordonnant la délivrance d'un titre de séjour aux ressortissants d'un Etat tiers, membres de la famille d'un ressortissant communautaire, à l'obtention d'un visa de *séjour*[626].

176. De même, la Cour de justice a estimé que la délivrance de ce titre à un ressortissant d'un Etat tiers, conjoint d'un ressortissant communautaire, ne peut être subordonnée à la production d'un visa en cours de validité, les directives n° 68/360 et 73/148 ne l'exigeant pas[627]. En outre, elle a décidé que le refoulement à la frontière de ce conjoint pour absence de visa est disproportionné et, partant, interdit si ledit conjoint « *est en mesure de prouver son identité ainsi que le lien conjugal et s'il n'existe pas d'éléments de nature à établir qu'il représente un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique* »[628]. Au

---

[623] Note de cet arrêt : IDOT (L.), Europe, novembre 2003, n° 11, comm. n° 353, pp. 22-23. Voir également la chronique d'actualité du droit communautaire de BELORGEY (J.-M.), GERVASONI (S.) et LAMBERT (C.), AJDA, 2004, n° 6, pp. 315-327, sp. p. 320.

[624] Le règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001, fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation (JOCE n° L 81 du 21 mars 2001, p. 2), a été modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1932/2006 du Conseil du 21 décembre 2006, JOUE n° L 405 du 30 décembre 2006, p. 23.

[625] Voir l'article 4 § 3 de la directive 68/360 et l'article 6 de la directive 73/148.

[626] CJCE, arrêt du 14 avril 2005, *Commission contre Royaume d'Espagne*, aff. C- 157/03, Rec. I- p. 2933 ; Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, présentées le 9 novembre 2004, Rec. I- p. 2914.

[627] CJCE, arrêt du 25 juillet 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) contre Etat belge*, aff. C- 459/99, Rec. I- p. 6630 ; Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, présentées le 13 septembre 2001, Rec. I- p. 6595.

[628] *Id.*, pt. 62. Le refoulement à la frontière pour absence de visa n'est pas exclu en principe : *cf.* CJCE, arrêt du 30 mai 1991, *Commission c/ Pays Bas*, aff. C-68/89, Rec. I- p. 2637.

demeurant, la Cour, s'exprimant de manière analogique par rapport à son arrêt *Royer* du 8 avril 1976[629], a considéré que « *les articles 4 de la directive de 1968 et 6 de la directive 73/148 doivent être interprétés en ce sens qu'ils n'autorisent pas un Etat membre à refuser de délivrer un titre de séjour et à prendre une mesure d'éloignement à l'encontre du ressortissant d'un pays tiers, qui est en mesure de rapporter la preuve de son identité et de son mariage avec un ressortissant d'un Etat membre, au seul motif qu'il est entré irrégulièrement sur le territoire de l'Etat membre concerné* »[630]. De telles décisions nationales ne peuvent guère plus être prises à l'encontre du conjoint, entré cette fois régulièrement sur le territoire de ce dernier, « *au seul motif que son visa a expiré avant qu'il sollicite un titre de séjour* »[631].

177. Il ressort de ce qui précède que l'expulsion d'un ressortissant d'un Etat tiers ne peut être justifiée que pour des motifs d'ordre public, et que sa situation irrégulière sur le territoire communautaire ne peut pas constituer à elle seule de tels motifs[632]. Dès lors, il ne découle pas de ces règles que le bénéfice pour le ressortissant d'un pays tiers de la législation communautaire soit subordonné à la légalité de son séjour dans l'Union européenne. Pourtant, la Cour considère, dans sa décision *Akrich*, que « *le règlement n° 1612/68 ne vise que la libre circulation à l'intérieur de la Communauté. Il est muet sur l'existence des droits d'un ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un citoyen de l'Union, quant à l'accès au territoire de la Communauté* »[633]. La Cour ajoute que pour pouvoir invoquer l'article 10 du règlement de 1968, le ressortissant d'un Etat tiers, conjoint d'un citoyen de l'Union, doit séjourner

---

[629] CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Jean-Noël Royer*, *op. cit.*, supra note n° 531, pts. 40, 47 et 48.
[630] Souligné par nous, CJCE, arrêt du 25 juillet 2002, *MRAX* , *op. cit.*, supra note n° 627, pt. 80.
[631] *Id.*, pt. 91.
Voir éventuellement sur cet arrêt les observations de THWAITES (N.), *in* RDUE, 2002, n° 3, pp. 601-605. De même la note sous l'arrêt de LARDINOIS (P.), *De la logique de l'idée aux principes du droit*, RDE, n° 119, 2002, pp. 448-456 : l'un des intérêts de cette note réside dans la conclusion, où l'auteur souligne la prévisibilité de la Cour de justice, ainsi que le rôle important joué par les associations de défense des droits de l'homme et des droits des étrangers.
[632] La menace pour l'ordre public ou le non-respect des règles sur l'entrée et le séjour des étrangers justifient à eux seuls une inscription au système d'information de Schengen (SIS). Un tel signalement dans le SIS est suffisant pour éloigner ou refuser l'entrée dans l'espace Schengen au sens des règles du dispositif Schengen mais pas au sens de la directive n° 64/221/CEE du 25 février 1964 du Conseil (JO n° 56 du 4 avril 1964, p. 850) : CJCE, arrêt du 31 janvier 2006, *Commission contre Espagne*, aff. C- 503/03, Rec. I- p. 1122 ; Conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott présentées le 10 mars 2005, Rec I- p. 1100. Cette affaire concerne le refus d'entrée dans l'espace Schengen de conjoints de ressortissants communautaires ayant la nationalité algérienne (bénéficiant de la directive n° 64/221 applicable au moment des faits) au motif qu'ils font l'objet d'un signalement dans le SIS pour des condamnations pénales de faible gravité et prononcées avant les faits de la présente espèce. Rappelons que le SIS est un système d'information commun grâce auquel les Etats membres peuvent coopérer en partageant des informations sur des personnes ou des objets, afin de mettre en œuvre les politiques indispensables à la création d'un espace sans frontières intérieures.

légalement dans un Etat membre avant que n'ait lieu son déplacement vers un autre Etat membre dans lequel ledit citoyen migre pour y exercer un emploi. Cet ajout d'une « *nouvelle condition à l'entrée et au séjour* » des ressortissants des pays tiers, « *membres de la famille de ressortissants communautaires* »[634], vient ralentir les efforts consentis par le législateur communautaire et par la Cour elle-même dans le rapprochement du statut des citoyens de l'Union et des ressortissants des Etats tiers, membres de la famille de ces citoyens. Il faut espérer que cette décision du 23 septembre 2003 restera un cas d'espèce[635].

178. Au final, la Cour oblige le Royaume-Uni à prendre en considération l'authenticité du mariage et à apprécier la demande du conjoint d'entrer et de séjourner sur son territoire au regard du droit au respect de la vie familiale tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, même si l'intéressé ne peut pas bénéficier des droits prévus par l'article 10 du règlement 1612/68, faute d'avoir séjourné légalement sur le sol britannique[636].

179. L'article 35 de la directive 2004/38 du 29 avril 2004 prend en compte cette jurisprudence concernant l'abus de droit et prévoit que les Etats membres peuvent adopter, à condition qu'elles soient nécessaires et proportionnées, les mesures « *pour refuser, annuler ou*

---

[633] CJCE, arrêt du 23 septembre 2003, *Akrich*, *op. cit.*, supra note n° 615, pt. 49.

[634] PLENDER (R.), *Quo Vadis ? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire Akrich*, Cah. dr. eur., 2004, n° 1-2, pp. 261-288, p. 287. Voy. également la note de KEPPENNE (J.-P.), et VAN RAEPENBUSCH (S.), *in* « Les principaux développements de la jurisprudence de la Cour de justice et du TPI – Année 2003 », Cah. dr. eur., 2004, n° 3-4, pp. 437-514, sp. p. 499-501.

[635] L'analyse de l'affaire *Jia* laisse planer le doute. Celle-ci concerne un ressortissant chinois, M. Shenzhi Li, marié à une femme de nationalité allemande et séjournant avec elle en Suède. La mère de ce ressortissant chinois, Mme Jia, également de nationalité chinoise, est entrée légalement dans l'espace Schengen et a demandé une carte de séjour auprès des autorités suédoises. Ces dernières ont rejeté sa demande au motif que la situation de dépendance économique invoquée par l'intéressée n'est pas suffisamment établie et ont décidé de la renvoyer en Chine. Saisie dans le cadre de cette affaire, la CJCE relève que Mme Jia se trouve légalement en Suède au moment de l'introduction de sa demande, mais qu'elle ne peut pas prétendre à un droit de séjour de longue durée dans cet Etat faute de remplir la condition de dépendance économique exigée par le droit national. La Cour considère par conséquent que *« la condition de séjour légal préalable dans un autre Etat membre, telle que formulée dans l'arrêt Akrich (…) ne saurait être transposée à la présente affaire et ne saurait donc trouver application dans une telle situation* ». Elle en conclut que « *le droit communautaire n'impose pas aux Etats membres de soumettre l'octroi d'un droit de séjour à un ressortissant d'un pays tiers, membre de la famille d'un ressortissant communautaire ayant fait usage de sa liberté de circulation à la condition que ce membre de la famille ait, au préalable, séjourné légalement dans un autre Etat membre* » (nous soulignons) : CJCE, arrêt du 9 janvier 2007, *YunYing Jia*, aff. C- 1/05, pts. 32 et 33. Si le droit communautaire « *n'impose pas* » la condition de séjour légal préalable dans un autre Etat membre, il ne l'interdit pas non plus. A tout le moins, par cet arrêt, la Cour restreint la portée de la jurisprudence *Akrich*.

[636] CJCE, arrêt du 23 septembre 2003, *Akrich*, *op. cit.*, supra note n° 615, pt. 61.

retirer tout droit conféré par la présente directive en cas d'abus de droit ou de fraude, tels que les mariages de complaisance »[637].

180. La règle selon laquelle le droit communautaire s'applique à la condition que la liberté de circulation soit exercée est en réalité plus complexe. Que se passe t-il si le ressortissant communautaire fait effectivement usage de son droit de circulation mais ne s'établit pas sur le territoire d'un Etat membre autre que le sien ? Son conjoint, ressortissant d'un Etat tiers, peut-il se prévaloir d'un droit de séjour dans l'Etat membre d'origine de ce citoyen de l'Union ? Tel était le problème porté devant la Cour de justice dans l'affaire *Carpenter*.

181. Mme Carpenter, de nationalité philippine, a épousé un citoyen britannique, M. Carpenter, qui se déplace dans d'autres Etats membres pour les besoins de son entreprise. Afin de régulariser sa situation, elle a demandé l'autorisation de séjourner au Royaume-Uni en tant que conjoint d'un ressortissant de cet Etat membre, mais elle s'est vue opposer un refus et a fait l'objet d'une décision d'expulsion vers les Philippines. La directive 73/148, relative à la suppression des restrictions au séjour en matière d'établissement et de prestation de services, s'applique aux ressortissants des Etats membres, et aux membres de leur famille, qui souhaitent s'établir sur le territoire d'un autre Etat membre. Le but étant de permettre notamment aux conjoints d'accompagner les ressortissants communautaires dans leurs déplacements ou séjours dans d'autres Etats membres[638]. La directive reconnaît donc un droit de séjour au conjoint du prestataire ou destinataire de services dans un Etat membre d'accueil et non pas dans l'Etat membre d'origine de ce ressortissant communautaire. La Cour retient cette interprétation stricte de la directive et admet que, puisque les époux sont établis au Royaume-Uni, Mme Carpenter ne peut pas bénéficier d'un droit de séjour dans cet Etat en vertu de ladite directive[639].

Certes la situation de l'espèce n'est pas envisagée par cette directive de 1973, et on peut donc logiquement comprendre la position de la Cour de justice. Cette dernière refuse de reprendre sa solution de l'arrêt *Singh* de 1992, dans la mesure où, même si dans une affaire

[637] Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467.
[638] Voir la note de jurisprudence de BALLESTER (R.), *in* RDUE, 2002, n° 3, pp. 608-610.
[639] CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, *Mary Carpenter c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-60/00, Rec. I- p. 6305 ; Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, présentées le 13 septembre 2001, Rec. I- p. 6282.

comme dans l'autre le mariage est authentique et le ressortissant communautaire exerce son droit de libre circulation, la situation des époux Carpenter se distingue en ce que le requérant au principal ne s'est pas établi avec son conjoint, ressortissant d'un pays tiers, sur le territoire d'un autre Etat membre[640]. En tenant cette différence pour essentielle, la Cour ne suit pas l'avis de l'avocat général C. Stix-Hackl, qui rappelle que cette même juridiction n'a pas considéré dans l'affaire *Singh* « *que l'exercice des droits communautaires correspondait au retour vers le pays d'origine à partir d'un autre Etat membre mais au fait que Mme Singh s'était rendue dans un autre Etat membre pour y faire usage de ses droits communautaires et plus précisément de la liberté de circulation des travailleurs* »[641]. L'avocat général estime par conséquent que la différence entre les deux cas de figure ne peut pas être significative et ne peut donc constituer une « *particularité pertinente* »[642].

On peut dès lors regretter que la Cour n'ait pas cherché à élargir le champ d'application de la directive à ceux des citoyens de l'Union qui se déplacent dans d'autres Etats membres sans leur conjoint. Car d'une part, on retrouve ici le problème de la discrimination à rebours qui veut qu'un ressortissant d'un Etat tiers, marié à un ressortissant d'un Etat membre et résidant avec celui-ci dans cet Etat membre, est dans une situation bien moins favorable qu'un autre ressortissant d'un pays tiers, marié avec un ressortissant d'un Etat membre mais résidant avec ce dernier dans un autre Etat membre[643]. D'autre part et surtout, aucun abus du droit communautaire n'est soulevé, ni même n'apparaît.

182. Ceci dit, Mme Carpenter peut-elle disposer d'un droit de séjour en vertu d'autres normes du droit communautaire ?

La directive 73/148 n'étant pas applicable en l'espèce, le Royaume-Uni, ainsi que la Commission, ont prétendu alors que l'affaire était de nature interne de sorte que le droit de

---

[640] Pour une étude approfondie de l'évolution de la jurisprudence de la Cour quant à la frontière entre les situations purement internes et celles entrant dans le champ d'application du droit communautaire, et plus particulièrement pour une analyse des répercutions de l'arrêt *Singh*, voir SHUIBHNE (N. N.), *Free movement of persons and the wholly internal rule : time to move on ?*, CMLR, vol. 39, n° 4, août 2002, pp. 731-771 ; l'auteur met également en exergue la situation particulière de l'affaire Carpenter, alors en cours.

[641] Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, 13 septembre 2001, aff. C- 60/00, *loc. cit*.

[642] *Ibid.*

[643] Dans ses conclusions, l'avocat général Mme C. Stix-Hackl proposait d'opérer « *une sorte d'assimilation* », pour un Etat membre donné, entre le statut des ressortissants d'Etats tiers mariés à des nationaux et le statut de ceux mariés à des ressortissants d'autres Etats membres ayant exercé leurs droits communautaires. Elle

séjour de la requérante serait une question relevant exclusivement du droit national. La Cour estime de manière constante que « *les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services, et la réglementation adoptée pour leur exécution, ne sauraient être appliquées à des situations qui ne présentent aucun élément de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire* »[644].

183. En 1988, déjà, une ressortissante d'un Etat tiers, se prévalant de sa qualité d'épouse d'un ressortissant communautaire, avait revendiqué le droit de séjourner sur le territoire de l'Etat membre d'origine de ce dernier. Etant donné que celui-ci n'avait jamais exercé son droit à la libre circulation dans un autre Etat membre avec son conjoint, si bien que le droit communautaire n'était pas applicable, la Cour n'avait pas donné raison à la requérante[645]. Or, dans notre affaire, M. Carpenter exerce sa liberté de circulation au sens de l'article 49 CE dans la mesure où il fournit un nombre conséquent de prestations de services dans tout le marché intérieur et se déplace dans d'autres Etats membres à cette fin. La Cour constate en effet qu'une « *partie significative de l'activité professionnelle de M. Carpenter consiste à fournir des prestations de services, contre rémunération, à des annonceurs établis dans d'autres Etats membres* »[646]. Il semble que la quantité des services fournis ait son importance pour la Cour, alors que l'article 49 CE n'exige aucunement un minima. De fait, comme le relève S. ACIERNO, l'insistance de la juridiction communautaire sur cette quantité de services fournis dans d'autres Etats membres laisse suggérer qu'il s'agit du facteur essentiel qui, mis en corrélation avec la protection d'un droit fondamental, permet le rattachement de la situation de l'espèce au droit communautaire[647]. Sans limite aucune, quand serait-on en

---

soulignait d'ailleurs que ce procédé est déjà utilisé par plusieurs Etats membres : *cf.* les points 57 et 58 des conclusions, Rec. I- p. 6279.

[644] CJCE, arrêt du 21 octobre 1999, *Jägerskiöld*, aff. C- 97/98, Rec. I- p. 7319, pts 42 à 45.

[645] CJCE, arrêt du 18 octobre 1990, *Massam Dzodzi contre Etat belge*, aff. jtes C- 297/88 et 197/89, pts. 24 à 28, Rec. I- p. 3783 ; Conclusions de l'avocat général M. M. Darmon, présentées le 3 juillet 1990, Rec. I- p. 3763. Sur cet arrêt, et plus particulièrement sur ces situations purement internes et le problème des discriminations à rebours, voy. la très intéressante doctrine de RODIERE (P.), *Sur les effets directifs du droit (social) communautaire – A propos de deux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, RTD eur., octobre-décembre 1991, n° 4, pp. 565-586.

[646] CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, *Carpenter*, *op. cit.*, supra note n° 639, pts. 29 et 37.

[647] ACIERNO (S.), *La sentenza Carpenter : diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, Il diritto dell'Unione Europea, 2002, n° 4, pp. 653-670, sp. p. 663. La question qui reste en suspens est celle de savoir de quelle manière cette "quantité" peut être mesurée.

présence de situations purement internes ?[648] Quoi qu'il en soit, la Cour va se rattacher à l'article 49 du TCE ainsi qu'aux droits fondamentaux pour fonder sa compétence[649].

184. Le législateur communautaire a reconnu l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des ressortissants des Etats membres afin d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité. La Cour, tout en s'appuyant sur l'article 49 CE, se base sur le texte de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, portant sur le droit au respect de la vie familiale, et sur son interprétation par la Cour européenne pour ne pas légitimer la mesure entravante[650]. Elle affirme au préalable que la décision nationale d'expulsion, entravant l'exercice d'une liberté fondamentale, ne peut être justifiée par des motifs d'intérêt général que si elle est conforme aux droits fondamentaux tels que garantis par la Convention européenne, qui font partie des principes généraux du droit communautaire et dont la Cour de justice assure le respect en vertu de l'article 6 § 2 du TUE. Dans l'affaire au principal, la Cour estime que la mesure d'expulsion constitue une ingérence disproportionnée dans le droit de M. Carpenter au respect de sa vie familiale. Seule une atteinte à l'intérêt général, un danger pour l'ordre public et la sécurité publique, aurait pu justifier l'adoption de ladite mesure. Or, la violation par Mme Carpenter de la législation britannique sur l'immigration ne peut pas représenter une telle menace, non plus son comportement depuis son arrivée dans cet Etat[651]. Elle termine son raisonnement en disant pour droit que l'article 49 CE doit être « *lu à la lumière du droit fondamental au respect de la vie familiale* »[652], et conclut que le refus de séjour, et ce faisant la décision d'expulsion, sont contraires audit article.

---

[648] *Ibid.*

[649] En réalité, l'explication que propose la Cour de justice pour constater que la situation de l'espèce relève du droit communautaire est plutôt laconique (pts. 37 et 38). Cette politique "interventionniste" de la Cour a souvent été critiquée dans le passé : voy. à propos du problème de l'élargissement du champ d'application de l'article 39 du TCE, les questionnements et les critiques qu'ont suscités les arrêts des 13 janvier 2000 (*TK-Heimdienst*, aff. C- 254/98, Rec. I- p. 151) et 6 juin 2000 (*Roman Angonese contre Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, aff. C-281/98, Rec. I- p. 4139), et notamment la note de E. SPAVENTA à propos du premier arrêt, CMLR, vol. 37, n° 5, 2000, pp. 1265-1275.

[650] La protection des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme péchait au Royaume-Uni lors de l'introduction de cette affaire au début de l'année 2000 devant la CJCE, puisqu'au moment de la saisine en 1999 par Mme Carpenter de la juridiction britannique d'appel, le *Human Rights Act* avait été adopté mais n'était pas encore entré en vigueur (Le Royaume-Uni a ratifié la Conv.EDH en 1951, mais n'a incorporé les dispositions de la convention dans l'ordre juridique national qu'en 1998. Le *Human Rights Act* de 1998 est entré en vigueur en octobre 2000).

[651] CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, *Carpenter*, *op. cit.*, supra note n° 639, pt. 44.

[652] *Id.*, pt. 46.

Cette solution de la Cour de justice est particulièrement audacieuse. Elle tire profit de l'exercice par M. Carpenter de son droit de libre prestation et donc de l'application de l'article 49 du TCE pour chercher dans le droit fondamental prévu à l'article 8 de la Conv.EDH le lien de rattachement entre la situation de l'espèce et le droit communautaire[653]. De fait, la Cour « *étend le champ d'application de la libre prestation de services* » telle que garantie par l'article 49, rendant dans le même temps la frontière entre les situations purement internes et celles relevant du droit communautaire plus floue[654]. Cet arrêt a donc inévitablement fait réagir beaucoup d'auteurs.

185. La doctrine a en général favorablement accueilli la solution *in fine*, néanmoins elle ne s'accorde pas sur le raisonnement emprunté par la Cour. Certains auteurs considèrent que la Cour utilise les libertés communautaires comme un instrument permettant « *de remettre en cause les mesures nationales en se fondant sur les droits de l'homme* »[655]. Ils notent que la décision rend l'application de la liberté en cause illimitée, étant donné que les obstacles à cette liberté sont entendus très largement. Ces mêmes auteurs observent que la Cour demeure dans le vague en ne cherchant pas à définir clairement ce qu'il faut tenir pour une mesure entravante à la libre prestation de services, puisqu'en réalité elle examine si l'expulsion constitue une atteinte à la vie familiale du couple, violation qui, elle, empêcherait M. Carpenter d'exercer son droit qu'il tire de l'article 49 CE[656]. Autrement dit, l'effet que peut avoir l'expulsion de Mme Carpenter sur la liberté communautaire de son époux apparaît indirect, voire des plus hypothétiques[657]. Une grande partie des auteurs estime qu'en étendant ainsi de façon illimitée la portée de l'article 49 du traité CE, la Cour va trop loin[658].

186. Par contre, l'articulation opérée par la juridiction communautaire entre la libre prestation de services et le droit fondamental au respect de la vie familiale suscite moins la controverse[659]. Certes, pas une seule fois la Cour ne se réfère au droit de Mme Carpenter au

---

[653] BALLESTER (R.), *op. cit.*, supra note n° 638, sp. p. 610.
[654] *Ibid.* Selon H. TONER, l'arrêt Carpenter "*breaks new ground in dealing with purely internal situations*" : commentaire de TONER (H.), *in* EJML, 2003, vol. 5, n° 1, pp. 163-172, p. 172.
[655] Traduction de l'opinion des éditorialistes de la revue Common Market Law Review, " *Freedoms unlimited ? Reflections on Mary Carpenter v. Secretary of State* ", *in* CMLR, vol. 40, n° 3, juin 2003, pp. 537-543, p. 541.
[656] Précision dégagée par ces éditorialistes, *ibid.*
[657] ACIERNO (S.), *La sentenza Carpenter ...*, *op. cit.*, supra note n° 647, p. 666.
[658] L'avis des éditorialistes de la revue CMLR est notamment partagé par H. TONER, supra note n° 654.
[659] Voir la publication « Reflets », sur le site http://curia.eu.int/fr/recdoc/, n° 3/2003, p. 31.

respect de sa vie familiale. Elle parle du droit du couple et du droit de M. Carpenter d'avoir une vie de famille. Cependant, S. ACIERNO juge la solution finale de la Cour « *juste* »[660].

187. En somme, comme le soulève L. IDOT, il n'est pas certain que la Cour serait allée aussi loin si elle n'avait pu « *se raccrocher à l'article 49 du TCE* »[661]. Pourtant, on attend toujours de la Cour qu'elle tire enfin toutes les conséquences de la citoyenneté de l'Union. Dans un arrêt rendu le 20 septembre 2001, elle affirmait que « *le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres* »[662], mais ne dégageait pas de cette révélation un quelconque effet[663]. Trois années auparavant, elle jugeait dans l'affaire *Martinez Sala* qu'un citoyen de l'Union peut se prévaloir de l'article 12 du traité[664] dans toutes les situations relevant du domaine d'application *ratione materiae* du droit communautaire[665]. La Cour précisait que ces situations comprennent notamment celles relevant de l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité et les dispositions prises pour son application, et celles relevant de l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des Etats membres telle que conférée par l'article 18 CE. Toutefois, elle considérait déjà que le citoyen de l'Union pouvant bénéficier de ces règles devait résider légalement sur le territoire de l'Etat membre d'accueil[666].

188. Le système de répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres veut que lorsque des situations factuelles ne mettent pas en jeu le droit communautaire et demeurent par conséquent purement internes, ce dernier ne peut être applicable. Ainsi, l'existence d'une disparité dans le bénéfice des droits et libertés communautaires des ressortissants des Etats membres entre eux, et en conséquence des membres de leur famille,

---

[660] ACIERNO (S.), *La sentenza Carpenter ...*, *op. cit.*, supra note n° 647, p. 670. Cet article de Silvia ACIERNO fut légèrement raccourci et reproduit en langue anglaise en 2003 : voy. ACIERNO (S.), *The "Carpenter" judgment : fundamental rights and the limits of the Community legal order*, Eur. Law Rev., vol. 28, n° 3, juin 2003, pp. 398-407.
H. TONER approuve également cette solution finale, *cf.* supra note n° 654, p. 169.
[661] Note de IDOT (L.), *in* Europe, octobre 2002, n° 10, comm. n° 335, pp. 21-22, p. 22.
[662] CJCE, arrêt du 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, *op. cit.*, supra note n° 571, pt. 31.
[663] GAUTIER (Y.), *in* Europe, novembre 2001, n° 11, comm. n° 316, p. 5. Y. GAUTIER accusait alors la Cour de modestie et de se nourrir de « *rappels un peu étriqués de la lettre du traité* ».
[664] L'article 12 CE dispose que « *Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité (…)* ».
[665] CJCE, arrêt du 12 mai 1998, *Maria Martinez Sala contre Freistaat Bayern*, aff. C- 85/96, pt. 63, Rec. I-p. 2691.

ressortissants ou non de pays tiers, est juridiquement justifiée car dictée par l'exercice effectif de ces libertés[667]. Mais, on peut se demander, au regard de la notion de citoyenneté européenne, si le législateur communautaire ne devrait pas remédier à ce problème de disparité, dans la mesure où neuf citoyens sur dix n'exercent pas leurs droits communautaires[668]. Quels sont le sens et la réelle portée du statut de citoyen européen si les ressortissants des Etats membres ne peuvent bénéficier des droits communautaires qu'à partir du moment où leurs libertés de circulation « *sont effectivement exercées sur un plan transnational* » [669] ? Selon un arrêt de la Cour de 1997[670], l'article 17 CE, instituant la

---

[666] *Id.*, pt. 61. L'apport de cet arrêt essentiel et le rapprochement fait avec l'affaire Grzelczyk sont rappelés par JACQUESON (C.), *Union citizenship and the Court of Justice : something new under the sun ? Towards social citizenship*, Eur. Law Rev., vol. 27, juin 2002, pp. 260-281.

[667] Dans l'affaire *Tas-Hagen et Tas*, deux ressortissants néerlandais se sont vus refuser par les autorités des Pays-Bas le versement d'une prestation au motif qu'ils résident en Espagne. La question s'est posée de savoir si, pour invoquer l'article 18 CE, il faut, en plus de l'exercice de la liberté de circulation, que les faits de l'espèce concernent une matière régie par le droit communautaire. La Cour a constaté que si « *la prestation telle que celle en cause au principal (…) relève de la compétence des Etats membres (…), ces derniers doivent exercer une telle compétence dans le respect du droit communautaire, en particulier des dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres* ». En l'espèce, les intéressés se sont établis en Espagne et ont donc exercé leur droit de circulation et de séjour découlant pour eux de l'article 18 § 1 CE. La Cour en a déduit que « *dans la mesure où, pour l'obtention d'une prestation (…),* [il est exigé] *que les demandeurs aient, à la date de l'introduction de la demande, leur résidence aux Pays-Bas, force est de constater que, dans ces conditions, l'exercice par les intéressés* [de ce droit de circulation et de séjour] *(…) a été de nature à affecter la possibilité d'obtenir le versement de ladite prestation* ». La Cour en a conclu que « *l'exercice (…) d'un droit reconnu par l'ordre juridique communautaire ayant eu une incidence sur le droit à l'obtention d'une prestation prévue par la réglementation nationale, une telle situation ne saurait être considérée comme étant purement interne et n'ayant aucun rattachement au droit communautaire* ». Voir CJCE, arrêt du 26 octobre 2006, *K. Tas-Hagen et R. A. Tas*, aff. C- 192/05, pts. 17-28, Rec. I- p. 10451 ; Conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott, présentées le 30 mars 2006, Rec. I- p. 10451.
Dans les affaires *Morgan et Bucher*, l'avocat général a précisé que « *cette jurisprudence ne doit toutefois pas être limitée aux cas dans lesquels il y a eu circulation, car elle s'applique également à ceux dans lesquels la circulation est empêchée ou découragée, lorsque les aides sont destinées à la formation dans d'autres Etats membres, démontrant ainsi le lien communautaire nécessaire pour invoquer l'article 18 CE* » : pt. 87 des conclusions de l'avocat général M. D. Ruiz-Jarabo Colomer, présentées le 20 mars 2007, dans les affaires jointes C- 11/06 et C- 12/06, *Rhiannon Morgan et Iris Bucher*.

[668] CARLIER (J.-Y.), *La libre circulation des personnes …, op. cit.*, supra note n° 589, sp. p. 81. Selon une estimation rendue publique le 2 mai 2006, sept millions de citoyens européens ont exercé leur liberté de circulation et de séjour et résident actuellement dans un autre Etat membre de l'Union : voir MEMO/06/179 du 2 mai 2006, « Directive sur le droit à la liberté de circulation et de séjour dans l'Union – Sept millions de citoyens européens vivent déjà dans un autre Etat membre », http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do. De nombreux retraités s'installent en Espagne et en France. Les travailleurs migrent en grande majorité au Royaume-Uni et en Allemagne, mais comme l'a souligné Vladimír Špidla, Commissaire responsable de l'emploi et des affaires sociales, il existe « *une dualité à l'intérieur du marché avec un petit groupe de travailleurs à forte mobilité opposé à une majorité statique* », source : europa newsletter du 11 août 2006, n° 87.

[669] VILÁ COSTA (B.), *L'unité et l'universalité des droits de l'homme à l'épreuve du « fractionnement » du droit de l'Union européenne. A la recherche d'un ensemble cohérent de règles régissant le statut des étrangers (non communautaires)*, *in* ALSTON (P.) (dir.) avec le concours de BUSTELO (M.) et de HEENAN (J.), « L'Union européenne et les droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 2001, 983 p., pp. 429-462, sp. p. 437.

[670] CJCE, arrêt du 5 juin 1997, *Land Nordrhein – Westfalen contre Uecker* et *Jacquet contre Land Nordrhein – Westfalen*, aff. jtes. C- 64/96 et 65/96, pt. 23, Rec. I- p. 3182 ; Conclusions de l'avocat général N. Fennely présentées le 6 février 1997, Rec. I- p. 3171. Voir aussi CJCE, arrêt du 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello contre Etat belge*, aff. C- 148/02, pt. 26, Rec. I- p. 11635 ; Conclusions de l'avocat général F. G. Jacobs,

citoyenneté, « *n'est pas destiné à étendre le champ d'application du droit communautaire au point que même des situations internes, qui n'ont pas de lien avec le droit communautaire, en relèveraient* »[671]. Mais pourquoi les ressortissants communautaires devraient-ils faire le choix d'exercer leur liberté de circulation, plutôt que de décider de demeurer dans leur Etat d'origine, pour avoir la possibilité de bénéficier des avantages offerts par le droit communautaire[672] ? N'est-il pas heurtant que selon ce choix, la situation des ressortissants d'Etats tiers à l'Union, membres de famille de citoyens européens, entre soit dans le champ d'application protecteur du droit de l'Union, soit est purement interne et relève donc du seul, et souvent moins favorable, droit national d'un Etat membre ? Il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'en matière d'accès et de séjour sur le territoire d'un Etat membre, et par conséquent en matière d'expulsion, la différence est significative.

189. L'étonnement, puis les réactions plus ou moins véhémentes suscitées par la décision *Carpenter*, n'ont pourtant pas empêché les auteurs l'ayant accueillie favorablement de se faire entendre. La solution de la Cour devrait plutôt apparaître comme une évolution. Sur le problème du lien entre citoyenneté et égalité, le Professeur J.-Y. CARLIER déclare que la Cour « *entrouvre une porte* » en interprétant le droit communautaire de manière extensive[673]. Selon lui, il semble de plus en plus douteux de « *maintenir l'exclusion des situations purement internes, excluant de la sorte du bénéfice de nombreux droits dérivés les membres de la famille du citoyen sédentaire alors même que celui-ci représente 95 % des citoyens de*

---

présentées le 22 mai 2003, Rec. I- p. 11616. Ce dernier arrêt porte sur la transmission du nom à des enfants qui ont la nationalité de deux Etats membres : pour des explications sur ces éléments, *cf.* les notes de GAUTIER (Y.), Europe, décembre 2003, n° 12, comm. n° 374, p. 5, et de KEPPENNE (J.-P.) et VAN RAEPENBUSCH (S.), *in* « Les principaux développements de la jurisprudence de la Cour de justice et du TPI – Année 2003 », Cah. dr. eur., 2004, n° 3-4, pp. 437-514, sp. p. 493-494 ; le convaincant commentaire sous arrêt de ILIOPOULOU (A.), *in* RTD eur., juillet-septembre 2004, n° 3, pp. 559-579 ; ainsi que la note approfondie sous arrêt de POILLOT-PERUZZETTO (S.), « Bulletin de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », JDI, octobre-novembre-décembre 2004, n° 4, pp. 1219-1237 ; enfin, voir l'étude de LAGARDE (P.), *in* Rev. crit. DIP, janvier-mars 2004, pp. 192-202.

[671] BERNITZ (U.) et LOKRANTZ BERNITZ (H.), *Les droits de l'homme et l'identité européenne : le débat relatif à la citoyenneté européenne*, *in* ALSTON (P.) (dir.), « L'Union européenne et les droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 2001, 983 p., pp. 523-545, sp. p. 531.

[672] VILÁ COSTA (B.), *L'unité et l'universalité des droits de l'homme …*, *op. cit.*, supra note n° 669, p. 437. Dans un arrêt du 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, la Cour de justice a admis que le droit communautaire était applicable à la situation d'une enfant, possédant la nationalité irlandaise, et de sa mère, ressortissante chinoise, vivant ensemble sur le territoire du Royaume-Uni : voy. CJCE, arrêt du 19 octobre 2004, *Catherine Zhu et Man Lavette Chen contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C- 200/02, Rec. I- p. 9951 ; Conclusions de l'avocat général M. A. Tizzano présentées le 18 mai 2004, Rec. I- p. 9927. Cette affaire est traitée plus amplement dans ce paragraphe I, infra §§ 196-198.

[673] CARLIER (J.-Y.), *La libre circulation des personnes …*, *op. cit.*, supra note n° 589, sp. p. 81.

l'Union ? »[674]. En l'état actuel du droit, il appartient aux législateurs nationaux de « *corriger les discriminations à rebours, résultant* » d'une telle exclusion[675]. L'arrêt *Carpenter* apporte « *une interprétation plus souple des situations purement internes* », qui deviennent dès lors « *moins susceptibles d'être bannies du droit communautaire* »[676]. On ne peut que suggérer à la Cour d'offrir par la suite une interprétation des libertés communautaires semblable à celle développée dans sa jurisprudence *Carpenter*. De même, on peut espérer que le législateur communautaire mette fin à cette disparité en étendant le bénéfice des droits et libertés communautaires aux nationaux sédentaires et aux membres de leur famille.

190. Toujours est-il que ce fractionnement, voulu par le législateur communautaire, nuit au développement de la notion de citoyenneté européenne ainsi qu'à celui des droits fondamentaux[677]. La Commission européenne avait déjà proposé de donner toute sa dimension au statut de citoyen de l'Union. Dans une proposition d'acte du Conseil du 30 juillet 1997, sur l'établissement d'une convention relative aux règles d'accueil des ressortissants de pays tiers par les Etats membres, elle commente l'article 25, relatif à la « situation des membres de familles de citoyens de l'Union n'exerçant pas leur droit à la libre circulation »[678]. Ce commentaire faisant parfaitement écho à l'arrêt *Carpenter* résume bien le problème : « *(…) le droit communautaire règle l'admission par regroupement familial des ressortissants de pays tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui aurait exercé son droit à la libre circulation. Il y a donc une lacune par rapport au regroupement familial des citoyens qui n'ont pas fait usage de ce droit. Le droit national règle dans certains cas cette situation, mais de façon plus restrictive en général (âge des enfants, ascendants, etc). Etant donné que la citoyenneté de l'Union est une citoyenneté unique, il convient de combler les lacunes de la situation actuelle en établissant l'égalité de traitement entre tous les*

---

[674] *Ibid.*
[675] *Id.*, p. 82.
[676] *Ibid.* Le Professeur J.-Y. CARLIER reconnaît qu'avec cet arrêt, la Cour accepte « *des situations de circulation virtuelle* » : CARLIER (J.-Y.), *Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38*, Cah. dr. eur., 2006, n° 1-2, pp. 13-34, p. 16.
[677] VILÁ COSTA (B.), *L'unité et l'universalité des droits de l'homme …*, *op. cit.*, supra note n° 669, p. 437.
Voir sur ce statut de citoyen européen la publication de GAROT (M.-J.), *La citoyenneté de l'Union*, Paris, l'Harmattan, 1999, 365 p. Voy. également, CHICOT (P.-Y.), *La citoyenneté entre conquête de droits et droits à conquérir*, RD publ., n° 1, janvier-février 2005, pp. 213-240.
[678] Proposition de la Commission d'un acte du Conseil établissant la convention relative aux règles d'admission des ressortissants de pays tiers dans les Etats membres, présentée le 30 juillet 1997, COM(97) 387 final, JOCE n° C 337 du 7 novembre 1997, p. 9 (citée par VILÁ COSTA (B.), *L'unité et l'universalité des droits de l'homme …*, *op. cit.*, supra note n° 669, p. 437. Cette proposition n'a pas eu de suite et, n'étant plus d'actualité, la Commission l'a retirée le 11 décembre 2001).

citoyens de l'Union »[679]. De même que cette égalité devrait concerner tant les migrants économiques que les migrants non économiques, elle devrait s'appliquer aux ressortissants qui circulent sur le territoire communautaire comme à ceux qui ne souhaitent pas exercer leurs libertés.

191. Les souhaits exprimés par la Commission ainsi que les rares et timides tentatives de la Cour pour « donner de l'ampleur » à la notion de citoyenneté sont malheureusement mis à mal par la directive 2004/38/CE du Parlement et du Conseil d'avril 2004 qui, dans son troisième considérant, rejette indirectement les suggestions progressistes en stipulant que « *la citoyenneté de l'Union devrait constituer le statut de base des ressortissants des Etats membres lorsqu'ils exercent leur droit de circuler et de séjourner librement* »[680]. Les ressortissants communautaires ne peuvent donc jouir des droits découlant de leur statut de citoyens européens que si le droit de l'Union est « *activé* »[681]. De même, les membres de la famille des citoyens européens ne peuvent se réclamer des règles communautaires qu'à la condition d'accompagner ces derniers dans l'Etat membre d'accueil. Autrement dit, les droits des ressortissants d'Etats tiers continuent de dépendre de ces citoyens. Si on peut comprendre que la Cour de justice ne se soit pas montrée encore plus souple, on peut difficilement approuver les positions du législateur communautaire. L'idée d'une Europe seulement économique est de loin dépassée, la politique communautaire mettant de plus en plus l'accent sur les aspects politique, civil et social.

Pour le moment, les droits économiques semblent cependant devoir rester prédominants. La Cour de justice continue donc à attribuer aux dispositions relatives à la citoyenneté européenne un caractère subsidiaire[682].

---

[679] Proposition de la Commission, précitée.
[680] Souligné par nous, directive n° 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467.
[681] BERNITZ (U.) et LOKRANTZ BERNITZ (H.), *Les droits de l'homme et l'identité européenne …*, *op. cit.*, supra note n° 671, p.531.
[682] *Cf.* CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop contre Office national de l'emploi*, aff. C- 224/98, Rec. I- p. 6212 ; Conclusions de l'avocat général Mr. L.-A. Geelhoed, présentées le 21 février 2002, Rec. I- p. 6194. Dans cette affaire, la requérante, qui a exercé son droit à la libre circulation aux fins de suivre un enseignement en France, se voit refuser un avantage social par les autorités de son Etat d'origine, la Belgique. Ne pouvant bénéficier des règles sur la libre circulation des travailleurs faute pour Melle D'Hoop d'être un travailleur au sens du droit communautaire, la Cour décide sur la base de l'article 18 CE que l'inégalité de traitement, créée par la réglementation nationale entre les nationaux ayant fait usage de leur liberté et ceux ne l'ayant pas exercé, est incompatible avec les principes qui sous-tendent le statut de citoyen européen. Voir le commentaire de Gautier (Y.), *in* Europe, octobre 2002, n° 10, comm. 316, pp. 12-13 ; celui de MARTIN (D.), qui insiste sur "[the] *prohibition for a Member State to discriminate Against its Own Students Who Have Exercised their Right to Free Movement as Students*", EJML, 2003, vol. 5, n° 1, pp. 143-146 ; et l'analyse

192. Le droit de résidence du conjoint d'un ressortissant d'un Etat membre ayant travaillé sur le territoire d'un autre Etat membre revêt cependant une certaine autonomie en cas de décès de ce dernier. Le règlement du 29 juin 1970, qui s'est appliqué jusqu'en avril 2006 aux ressortissants communautaires ayant exercé un emploi dans un Etat membre autre que le leur, ainsi qu'aux membres de leur famille, prévoyait en effet que ceux-ci pouvaient demeurer à titre permanent dans cet autre Etat membre, même après le décès du travailleur[683]. Le décès du travailleur transformait par conséquent le droit de demeurer des membres de sa famille en un droit propre. Toutefois, si le travailleur décédait avant d'avoir acquis ledit droit, les membres de la famille en bénéficiaient sous certaines conditions. Cette hypothèse fut la situation de l'affaire *Givane* portée devant la CJCE[684].

193. L'article 3 § 2 du règlement du 29 juin 1970 prévoyait que « *(…), si le travailleur est décédé au cours de sa vie professionnelle, et avant d'avoir acquis le droit de demeurer sur le territoire de l'Etat en question, les membres de la famille ont le droit d'y demeurer à titre permanent à condition que le travailleur ait résidé, à la date de son décès, de façon continue sur le territoire de cet Etat membre depuis au moins deux années ; ou bien que son décès soit dû aux suites d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle* ». M. Givane, ressortissant portugais, est décédé d'une affection non considérée comme une maladie professionnelle. Son épouse, de nationalité indienne, a introduit une demande d'autorisation de séjour d'une durée indéterminée au Royaume-Uni en application de la disposition précitée.

Le litige portait sur le point de savoir si la durée de résidence continue d'au moins deux années doit précéder immédiatement la date du décès du travailleur ou s'il suffit que ce dernier ait résidé dans l'Etat membre d'accueil pendant deux ans à un moment du passé plus éloigné de ladite date. La Cour, après avoir relevé que le libellé de l'article 3 § 2, premier tiret, du règlement est plus ou moins précis selon ses différentes versions linguistiques, constate que la période de deux ans est expressément liée aux termes "à la date de son décès". Elle ajoute que cette condition vise à établir un lien substantiel entre l'Etat membre d'accueil

---

approfondie de ILIOPOULOU (A.) et TONER (H.), *A new approach to discrimination against free movers ? D'Hoop v Office National de l'Emploi*, Eur. Law Rev., vol. 28, n° 3, juin 2003, pp. 389-397.

[683] Règlement (CEE) n° 1251/70 de la Commission, 29 juin 1970, relatif au droit des travailleurs de demeurer dans un Etat membre après y avoir occupé un emploi, JOCE n° L 142 du 30 juin 1970, p. 24. Ce règlement a été abrogé par le règlement (CE) n° 635/2006 de la Commission du 25 avril 2006, JOUE n° L 112 du 26 avril 2006, p. 9.

et le travailleur et sa famille, « *ainsi qu'à assurer un certain niveau d'intégration de ces derniers dans la société concernée* »[685]. Sur ce lien chronologique entre la résidence continue de deux ans et la date du décès, la Cour de justice décide donc que l'existence d'un lien substantiel entre l'Etat membre et le travailleur ne saurait être assuré si le droit de demeurer sur le territoire de l'Etat concerné « *était acquis dès lors qu'un travailleur a séjourné durant au moins deux ans dans cet Etat à une époque quelconque de sa vie, même dans un passé lointain* »[686]. Ainsi, la période de deux années prévue par l'article 3 § 2 « *doit précéder immédiatement le décès du travailleur* »[687].

194. Il semble que la nouvelle législation, applicable depuis avril 2006, n'ait pas modifié cette condition. En effet, la directive 2004/38, qui a repris une grande partie des dispositions du règlement du 29 juin 1970, prévoit dans son article 17 § 4 que les membres de la famille d'un travailleur salarié ou non salarié qui décède alors qu'il exerce encore un emploi dans un Etat membre d'accueil et qui n'y a pas encore acquis le droit de séjour permanent, peuvent détenir un tel droit[688]. Pour cela, il faut que « *a) le travailleur* [concerné] *ait séjourné à la date de son décès de façon continue sur le territoire de cet Etat membre pendant deux ans, ou que b) son décès soit dû à un accident de travail ou à une maladie professionnelle, ou que c) le conjoint survivant ait perdu la nationalité de cet Etat membre à la suite de son mariage avec le travailleur salarié ou non* ».

Hormis donc le cas de l'affaire *Akrich*, l'évolution de sa jurisprudence montre que la Cour s'attache de plus en plus, en s'appuyant sur les règles et l'objectif du traité, à rapprocher le statut du conjoint, ressortissant d'un Etat tiers, de celui de son époux ou épouse ressortissant(e) de l'Union.

195. D'autres membres de la famille d'un citoyen de l'Union sont protégés par le traité et les directives communautaires. Sont concernés les enfants de moins de 21 ans du ressortissant

---

[684] CJCE, arrêt du 9 janvier 2003, *Nani Givane e. a. contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-257/00, Rec. I- p. 366 ; Conclusions de l'avocat général M. S. Alber, présentées le 16 mai 2002, Rec. I- p. 347.
[685] *Id.*, pt. 49.
[686] *Id.*, pt. 50.
[687] *Id.*, pt. 53. Sur cet arrêt, voy. la mention qui en est faite par MAUBERNARD (C.), *in* PICHERAL (C.) et SURREL (H.) (dir.) , « Droit communautaire des droits fondamentaux – Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes - 2003 », Institut de droit européen des droits de l'homme, RTDH, 1er juillet 2004, n° 59, pp. 721-745, sp. pp. 727-728. De même, IDOT (L.), Europe, mars 2003, n° 3, comm. n° 99, pp. 16-17.

communautaire mais également les ascendants et descendants de ce ressortissant et de son conjoint qui sont à charge, comme l'illustre l'affaire suivante.

196. Dans l'affaire *Zhu et Chen* du 19 octobre 2004, une ressortissante chinoise et son enfant, qui avait obtenu la nationalité irlandaise, demandaient un permis de séjour de longue durée au Royaume-Uni. L'un des problèmes était de savoir si l'enfant mineure disposait d'un droit de séjour sur le territoire d'un Etat membre d'accueil, en l'espèce le Royaume-Uni. La Cour de justice des Communautés, statuant en assemblée plénière, a décidé qu'un enfant en bas âge peut bénéficier du droit de séjour découlant de l'article 18 CE à partir du moment où il dispose, en vertu de la directive 90/364, à la fois d'une assurance maladie et de ressources suffisantes, lesquelles en l'espèce sont fournies par sa mère, ressortissante d'un Etat tiers[689]. Ainsi, un citoyen de l'Union n'a pas à avoir lui-même de telles ressources et peut se prévaloir de celles d'un membre de la famille. Peu importe donc d'où viennent ces ressources. Ce qui est exigé par la clause de la directive, c'est d'en « disposer ». Et le fait, comme l'ont suggéré les Etats membres en cause dans cette affaire, d'ajouter à cette condition de suffisance des ressources une exigence tenant à leur provenance, « *constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit fondamental de libre circulation et de séjour garanti par l'article 18 CE* » car non nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi par la directive, à savoir la protection des finances publiques des Etats membres[690]. Cette jurisprudence a été confirmée et précisée dans l'affaire *Commission contre Belgique* du 23 mars 2006, où trouvait à s'appliquer la même directive n° 90/364[691]. La Commission rappelait qu'il n'est pas exigé que les ressources du citoyen de l'Union lui soient propres et avancait qu'elles peuvent « *être constituées ou complétées par celles d'un parent ou d'un*

---

[688] Directive n° 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 467.

[689] CJCE, arrêt du 19 octobre 2004, *Catherine Zhu et Man Lavette Chen contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C- 200/02, pt. 28, Rec. I- p. 9951 ; Conclusions de l'avocat général M. A. Tizzano présentées le 18 mai 2004, Rec. I- p. 9927. D. SIMON relève que refuser à un mineur la possibilité de se prévaloir de ce droit de séjour « *reviendrait à opérer une confusion entre la capacité de jouissance de droits et la capacité d'exercice de ces mêmes droits* » : SIMON (D.), Europe, décembre 2004, n° 12, comm. n° 401, pp. 14-16, sp. p. 15. Notez également la doctrine de GAUTIER (M.), *in* « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés (juillet-décembre 2004) », Rev. aff. eur., 2003-2004, n° 4, pp. 673-680 ; le commentaire du Professeur CARLIER (J.-Y.), *in* CMLR, vol. 42, n° 4, 2005, pp. 1121-1131 ; et l'analyse de TRYFONIDOU (A.), *C- 200/02 Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department : Further Cracks in the "Great Wall" of the European Union ?*, Eur. Publ. Law, vol. 11, issue 4, 2005, pp. 527-541.

[690] CJCE, arrêt du 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, *loc. cit.*, pt. 33.

[691] CJCE, arrêt du 23 mars 2006, *Commission contre Royaume de Belgique*, aff. C- 408/03, Rec. I- p. 2663 ; Conclusions de l'avocat général M. D. Ruiz-Jarabo Colomer, présentées le 25 octobre 2005, Rec. I- p. 2650. Précisons que l'Etat défendeur était soutenu dans cette affaire par le Royaume-Uni.

tiers, par exemple une personne cohabitant avec le titulaire du droit de séjour ou se portant garant de ce dernier (…) »[692]. La Cour a suivi la Commission et, après avoir rappelé que la provenance des ressources importe peu, a décidé que « *l'exigence relative à l'existence d'un lien juridique, tel que préconisé par le Royaume de Belgique, entre le dispensateur et le bénéficiaire des ressources [est] disproportionnée (…)* »[693]. Le « dispensateur » peut donc être une tierce personne, telle un partenaire résidant dans l'État membre d'accueil, et n'a pas l'obligation découlant de la directive et de l'article 18 CE de conclure une convention devant le notaire contenant une clause d'assistance[694].

197. Dans l'affaire *Chen*, la question se posait cependant de savoir si le parent de cet enfant pouvait également demeurer sur le territoire de l'Etat membre d'accueil. Selon l'article 1er de la directive de 1990, le titulaire du droit de séjour peut être accompagné de ses ascendants *qui sont à sa charge*. Or, en l'occurrence, les rôles sont inversés. C'est l'enfant, titulaire de ce droit, qui est à la charge de son ascendant. L'intéressée n'a donc pas la qualité d'ascendant *à charge* et ne peut alors prétendre pouvoir accompagner son enfant en application de la directive. Pourtant, si l'on s'en tient à la lettre de l'article 1er et si par voie de conséquence la mère, ressortissante d'un Etat tiers, ne peut jouir d'un droit de séjour au même titre que son enfant, national d'un Etat membre, ce dernier voit son droit privé de tout effet utile. En effet, il est évident que la jouissance du droit de séjour de ce jeune enfant implique que la personne, qui assure sa garde et lui apporte les moyens financiers suffisants pour ne pas dépendre déraisonnablement de l'assistance sociale de l'Etat d'accueil, réside avec lui sur le territoire de ce dernier pendant son séjour. La Cour décide donc que la requérante peut séjourner dans l'Etat membre d'accueil de son enfant en vertu de la directive de 1990[695].

---

[692] *Id.*, pt. 30.

[693] *Id.*, pts. 40 et 46. La Cour ajoute au pt. 47 de son arrêt que « *La perte de ressources suffisantes est toujours un risque latent, que celles-ci soient personnelles ou qu'elles proviennent d'une tierce personne, et ce alors même que cette dernière se serait engagée à soutenir financièrement le titulaire du droit de séjour* ».

[694] *Id.*, pt. 51.

[695] Même si la raison du séjour des enfants était différente, la Cour a déjà reconnu par un mécanisme semblable, dans son arrêt *Baumbast*, que les parents devaient également être autorisés à séjourner dans l'Etat membre d'accueil pour rendre le droit de séjour desdits enfants effectif : « *lorsque des enfants bénéficient d'un droit de séjour dans un Etat membre d'accueil afin d'y suivre des cours d'enseignement général conformément à l'article 12 du règlement n° 1612/68, cette disposition doit être interprétée en ce sens qu'elle permet au parent qui a effectivement la garde de ces enfants, quelle que soit leur nationalité, de séjourner avec eux de manière à faciliter l'exercice dudit droit nonobstant le fait que les parents ont entre-temps divorcé ou que le parent qui a la qualité de citoyen de l'Union européenne n'est plus un travailleur migrant dans l'Etat membre d'accueil* » : CJCE, arrêt du 17 septembre 2002, *Baumbast*, *op. cit.*, supra note n° 549, pt. 75. Voir les observations sous arrêt de ROBERT (P.), RDE, n° 130, octobre-novembre-décembre 2004, pp. 645-654, sp. pp. 648-651.

Une décision en sens contraire dans l'affaire *Chen* aurait conduit les deux protagonistes dans une situation pour le moins fort délicate. Car, sans le droit de séjourner longuement sur le territoire de l'Etat membre d'accueil de l'enfant, la mère aurait dû à un moment donné s'en éloigner volontairement ou de force. Or, en tant que ressortissant communautaire, l'enfant ne peut séjourner en Chine, Etat d'origine de sa mère, que pour une durée maximale de trente jours. La solution de la juridiction communautaire ne peut que dès lors être bien accueillie, tant au niveau juridique que sur le plan humain[696].

198. La directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 prévoit en son article 7 § 2 que le droit de séjour de plus de trois mois sur le territoire d'un autre Etat membre s'étend « *aux membres de la famille n'ayant pas la nationalité d'un Etat membre lorsqu'ils accompagnent ou rejoignent dans l'Etat membre d'accueil le citoyen de l'Union* », pour autant que ce dernier dispose de ressources suffisantes et d'une assurance maladie complète. Cette disposition devrait être interprétée à la lumière de la jurisprudence *Zhu et Chen*[697]. En outre, fait partie des bénéficiaires de ce droit de séjour de plus de trois mois, prévu par la directive de 2004, le membre de la famille, quelle que soit sa nationalité, qui dans le pays de provenance est à la charge du citoyen de l'Union ou dont, pour des raisons de santé graves, celui-ci doit s'occuper.

199. A côté des ressortissants de pays tiers, membres de famille de citoyens de l'Union, d'autres étrangers peuvent jouir des droits et libertés communautaires.

[696] Dans son commentaire sur cette affaire, B. KOTSCHY met l'accent sur la question de l'abus de droit soulevée par le gouvernement du Royaume-Uni : *cf.* KOTSCHY (B.), « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance – Chronique des arrêts », RDUE, 2004, n° 3, pp. 589-591.

[697] Lorsque la demande de décision préjudicielle fut introduite devant la Cour en 2002, le texte de la directive était en cours d'élaboration. Dans ses conclusions du 18 mai 2004, l'avocat général M. A. Tizzano n'évoque pas la directive alors adoptée quelques jours auparavant (conclusions présentées le 18 mai 2004, aff. C- 200/02, Rec. I- p. 9927). Cependant, on ne peut s'empêcher de se demander si l'arrêt de la Cour n'a pas été adopté dans l'esprit de cette directive.

PARAGRAPHE II : Les travailleurs et les résidents de longue durée

200. Certains étrangers, qui désirent travailler et résider dans un Etat membre, peuvent bénéficier du droit d'y entrer et d'y séjourner en vertu d'un accord d'association, ayant notamment trait à la liberté de circulation, passé entre leur Etat d'origine et la Communauté européenne[698]. Un exemple d'accord de ce type est l'accord relatif à l'espace économique européen (EEE), conclu avec certains pays membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE)[699], et qui prévoit que les nationaux de ces Etats tiers disposent des quatre libertés communautaires selon les mêmes conditions que les citoyens européens.

201. Il existe également des accords avec des pays non européens. Un accord d'association a par exemple été conclu en 1963 avec la Turquie, Etat candidat à l'adhésion à l'Union européenne[700]. Il tend à favoriser l'intégration des ressortissants turcs dans l'Etat membre d'accueil et porte donc notamment sur l'établissement progressif de la libre circulation des travailleurs. Il résulte de cet accord et du protocole additionnel[701] que les principes, admis dans le cadre des articles 39 CE à 41 CE, sont transposés aux ressortissants turcs bénéficiant des droits reconnus par la décision n° 1/80 prise pour le développement de cette association[702]. Cette décision contient des dispositions relatives à l'emploi et à la libre circulation des travailleurs. Plus particulièrement, son article 6 § 1 tiret 3 prévoit que « *le travailleur turc, appartenant au marché régulier de l'emploi d'un Etat membre (…) bénéficie, dans cet Etat membre, après quatre ans d'emploi régulier, du libre accès à toute activité*

---

[698] Ce type d'accord a pour base juridique l'article 310 du TCE : « *La Communauté peut conclure avec un ou plusieurs Etats ou organisations internationales des accords créant une association caractérisée par des droits et obligations réciproques, des actions en commun et des procédures particulières* ».

[699] Traité de Stockholm du 20 novembre 1959.

[700] Accord d'association Communauté économique européenne - Turquie, *op. cit*, supra note n° 519. Le Groupement d'Intervention et de Soutien aux Travailleurs Immigrés (GISTI) a rappelé que « *La Communauté européenne et les Etats membres ont conclu des accords d'association ou de coopération avec la quasi-totalité des Etats tiers, dont le principal objectif est d'instituer une coopération économique. Toutefois certains comportent un volet social intéressant, selon les cas, les conditions de travail et de rémunération, la protection sociale et le droit de travailler et de séjourner dans un Etat membre* » : GISTI, *La circulation des étrangers dans l'espace européen*, Plein Droit, Supplément n° 39, Expressions, Paris, septembre 1998, 47 p., p. 29.

[701] Protocole additionnel, signé à Bruxelles le 23 novembre 1970, conclu, approuvé et confirmé au nom de la Communauté économique européenne par le règlement (CEE) n° 2760/72 du Conseil du 19 décembre 1972, JO n° L 293, p. 1.

[702] Décision n° 1/80 du Conseil d'association, institué par l'accord d'association, 19 septembre 1980, relative au développement de l'association.

salariée de son choix »[703]. Pour l'effet utile de cette disposition, la Cour de justice a décidé que ledit travailleur turc peut résider sur le territoire de l'Etat membre où il exerce son activité[704].

Cela n'a malheureusement pas empêché les autorités allemandes de refuser l'octroi d'un titre de séjour à un travailleur turc, faisant partie du marché régulier de l'emploi et de l'expulser. Saisie sur renvoi préjudiciel, la Cour rappelle qu'un tel ressortissant turc, qui a travaillé sur le territoire de l'Etat membre en cause pendant une période ininterrompue de quatre années au moins, y bénéficie du droit d'occuper l'emploi salarié de son choix et du « *droit corrélatif de séjour* »[705]. Mais un problème se posait à propos de la loi allemande sur les étrangers, dont l'article 8 § 2 dispose qu'un « *étranger qui a été expulsé ou reconduit à la frontière ne peut pas revenir en Allemagne ou y séjourner. Aucun titre de séjour ne lui sera délivré, même si les conditions lui conférant un droit à un tel titre selon la présente loi sont remplies. Les effets décrits dans la première et la deuxième phrase seront généralement assortis d'un délai s'il en est fait la demande. Le délai commencera à courir au moment de la sortie du territoire* ». Concernant donc la question relative aux rapports entre les dispositions de la décision n° 1/80 et celles du droit national sur les étrangers, la Cour affirme qu'un Etat membre n'est pas autorisé à modifier unilatéralement la portée du système d'intégration progressive des ressortissants turcs dans le marché de l'emploi. Par conséquent, l'Etat membre d'accueil ne saurait adopter une réglementation en matière de police des étrangers, ni appliquer une mesure relative au séjour sur son territoire d'un ressortissant turc, de nature à entraver l'exercice des droits expressément conférés par le droit communautaire à un tel

---

[703] *Ibid.*

[704] CJCE, arrêt du 20 septembre 1990, *S-Z Sevince contre Staatssecretaris Von Justitie*, aff. C- 192/89, Rec. I- p. 3497 ; Conclusions de l'avocat général M. M. Darmon, présentées le 15 mai 1990, Rec. I- p. 3473. Dans cette affaire, la Cour reconnaît l'effet direct de la décision 1/80. De la même manière, certaines dispositions d'un accord de partenariat peuvent se voir reconnaître un effet direct, nonobstant le fait que la mise en œuvre de ces dispositions est effectuée sur la base de recommandations d'un conseil de coopération : voir l'accord de partenariat et de coopération établi entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, et la Fédération de Russie signé le 24 juin 1994 et approuvé le 30 octobre 1997, et tout spécialement l'article 23 § 1 (posant une interdiction de discrimination fondée sur la nationalité, en ce qui concerne les conditions de travail, de rémunération ou de licenciement, des ressortissants russes légalement employés sur le territoire d'un Etat membre par rapport aux nationaux de cet Etat membre) dont l'effet direct a été reconnu par la CJCE dans son arrêt du 12 avril 2005, *Igor Simutenkov c/ Ministerio de Educación y Cultura et Real Federación Española de Fútbol*, aff. C- 265/03, pt. 25, Rec. I- p. 2596 ; Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, présentées le 11 janvier 2005, Rec. I- p. 2581.

[705] CJCE, arrêt du 19 novembre 2002, *Bülent Kurz contre Land Baden-Württemberg*, pt. 31, aff. C- 188/00, Rec. I- p. 10712 ; Conclusions de l'avocat général M. P. Léger, présentées le 25 avril 2002, Rec. I- p. 10694.
Sur la notion de travailleur, voir les pts. 30 à 36, de même que le développement explicatif du Professeur CARLIER (J.-Y.), *La libre circulation des personnes …*, *op. cit.*, supra note n° 589, sp. p. 83.

ressortissant. Selon la Cour, il en résulte que « *lorsqu'un ressortissant turc qui remplit les conditions prévues* [par] *la décision 1/80 et, partant, bénéficie des droits que celle-ci lui confère a fait l'objet d'une expulsion, le droit communautaire s'oppose à l'application d'une réglementation nationale en vertu de laquelle la délivrance d'un titre de séjour doit être refusée tant que les effets de ladite mesure d'expulsion n'ont pas été limités dans le temps* »[706].

202. Concernant les droits reconnus aux ressortissants turcs, il est prévu à l'article 14 § 1 de la décision n° 1/80 que les Etats membres ne peuvent les limiter que pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. D'après la jurisprudence de la Cour, cette exception d'ordre public doit être interprétée de la même manière que celle prévue notamment par les dispositions du traité relatives à la circulation des travailleurs. Dans une décision en date du 11 novembre 2004, la Cour de justice relève que, « *aux fins de décider si un ressortissant d'un autre Etat membre peut être expulsé dans le cadre de l'exception tirée des raisons d'ordre public, les autorités nationales compétentes doivent déterminer au cas par cas si la mesure ou les circonstances qui ont donné lieu à* [la] *condamnation font apparaître l'existence d'un comportement personnel constituant une menace actuelle pour l'ordre public* »[707]. La Cour ajoute que des limites analogues s'imposent auxdites autorités lorsqu'elles prennent une mesure d'expulsion à l'encontre de ressortissants turcs[708].

Dès lors, un ressortissant de nationalité turque, qui entre dans le champ d'application de l'article 6 § 1 tiret 3 de la décision 1/80, c'est-à-dire qui a travaillé régulièrement pendant au moins quatre ans dans un Etat membre, peut accéder à l'activité salariée de son choix dans cet Etat et y séjourner. Des limitations peuvent être prises par ledit Etat membre pour les mêmes motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique qui pourraient être invoqués à l'encontre d'un ressortissant d'un autre Etat membre.

203. Ces règles jurisprudentielles d'interprétation sont-elles applicables lorsque le travailleur turc est détenu ou incarcéré ? Car, dès lors qu'il est privé de sa liberté, la question se pose de savoir s'il fait toujours partie du marché régulier de l'emploi. Si oui, le migrant

---

[706] *Id.*, pt. 70. Cette décision est commentée par IDOT (L.), *in* Europe, janvier 2003, n° 1, comm. n° 15, p. 19.
[707] CJCE, arrêt du 11 novembre 2004, *Cetinkaya*, *op. cit.*, supra note n° 518, pt. 44.
[708] *Id.*, pt. 46. Voir sur cet arrêt le commentaire de MARIATTE (F.), Europe, janvier 2005, n° 1, comm. n° 8, p. 13. De même, voy. la très bonne analyse de CHV, *in* « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés (juillet-décembre 2004) », Rev. aff. eur., 2003-2004, n° 4, pp. 656-672.

continue de relever de l'article 6 § 1 tiret 3 et ne peut donc faire l'objet d'une expulsion automatique du territoire de l'Etat membre d'accueil. Sinon, il perd le bénéfice de ses droits de travail et de séjour, et pourrait être frappé d'une expulsion automatique. Selon l'article 6§2 de la décision 1/80, certaines absences sont assimilées aux périodes d'emploi régulier, d'autres, sans être assimilées à ces périodes, ne portent pas atteinte aux droits acquis en vertu de la période d'emploi antérieure[709]. L'incarcération n'est malheureusement pas expressément prévue parmi les causes de ces absences.

Dans l'hypothèse d'une détention préventive d'une durée d'un an suivie d'une condamnation à une peine d'emprisonnement prononcée avec sursis, la Cour de justice a cependant estimé qu'une telle détention n'entraîne pas la perte pour l'intéressé de ses droits de travail et de séjour, le sursis ne l'écartant pas du marché de l'emploi[710]. En revanche, que se passe t-il dans l'hypothèse d'une peine d'emprisonnement ferme ? la Cour a résolu le problème dans son arrêt *Dogan* du 7 juillet 2005 concernant un travailleur turc condamné à trois ans de prison[711]. Dans un premier temps, elle observe qu'à partir du moment où le migrant turc satisfait aux conditions de l'article 6 § 1 tiret 3, le paragraphe 2 n'a plus lieu de s'appliquer[712]. Dans un second temps, la Cour considère que l'article 6 § 1 tiret 3 doit être interprété « *en ce sens qu'*[il] *ne vise pas le seul exercice d'un emploi (…)* [mais aussi l'arrêt d'une] *activité professionnelle pour en rechercher une autre (…)* »[713]. Elle note en effet que cette disposition « *n'exige pas l'exercice (…) ininterrompu d'un emploi* »[714]. Par conséquent, dans l'hypothèse d'une telle interruption, le travailleur turc continue d'appartenir au marché régulier de l'emploi. La Cour précise toutefois qu'il en va ainsi « *quelle que soit la cause de l'absence de l'intéressé du marché du travail de l'État membre d'accueil, pour autant que cette absence revêt un caractère provisoire* »[715]. Or, une absence provisoire peut être due à l'exécution d'une peine d'emprisonnement ferme. A l'inverse, dans le cas où l'intéressé, une fois libéré, ne pourrait plus intégrer le marché du travail ou aurait dépassé le délai raisonnable

[709] Plus précisément, l'article 6 § 2 dispose que « *Les congés annuels et les absences pour cause de maternité, d'accident de travail ou de maladie de courte durée sont assimilés aux périodes d'emploi régulier. Les périodes de chômage involontaire, dûment constatées par les autorités compétentes, et les absences pour cause de maladie de longue durée, sans être assimilées à des périodes d'emploi régulier, ne portent pas atteinte aux droits acquis en vertu de la période d'emploi antérieure* ».
[710] CJCE, arrêt du 10 février 2000, *Nazli*, aff. C- 340/97, Rec. I- p. 957.
[711] CJCE, arrêt du 7 juillet 2005, *E. Dogan*, aff. C- 383/03, Rec. I-p. 6239.
[712] *Id.*, pt. 16.
[713] *Id.*, pt. 18.
[714] *Ibid.*
[715] *Id.*, pt. 20.

pour trouver un autre emploi, il ne pourrait plus être considéré comme appartenant au marché régulier de l'emploi.

Il résulte de cette jurisprudence que le travailleur turc, qui remplit les conditions de l'article 6 § 1 tiret 3 de la décision n° 1/80, conserve le droit d'accéder à l'activité salariée de son choix, même s'il est incarcéré, à partir du moment où son absence n'est que provisoire et peut dès lors être expulsé, non pas automatiquement en raison d'une condamnation pénale, mais, uniquement si son comportement personnel révèle un risque concret de nouvelles perturbations graves de l'ordre public.

204. Dans le même sens, le bénéficaire de l'article 7 alinéa 1 de la décision 1/80, lequel porte sur le libre accès à l'emploi des membres de la famille des travailleurs turcs[716], ne peut être expulsé automatiquement au motif qu'il aurait été condamné à une longue peine de prison suivie d'une cure de désintoxication de longue durée[717]. Cette interprétation de la Cour « *s'impose d'autant plus que, à la différence de l'article 6 § 1 de la décision nº 1/80 concernant les travailleurs turcs, la naissance des droits en matière d'emploi des membres de la famille d'un tel travailleur est subordonnée, conformément à l'article 7 alinéa 1 de cette décision, non pas à l'appartenance de ces membres de la famille au marché régulier du travail de l'État concerné et à l'exercice d'une activité salariée pendant une certaine durée, mais simplement à une condition de résidence effective avec le travailleur, dont ils tirent leurs droits, durant une période initiale de trois ans* »[718]. Comme le souligne F. MARIATTE, cette différence crée une discrimination entre les travailleurs turcs et les membres de leur famille, étant donné que les motifs d'expulsion sont plus nombreux pour les premiers que pour les seconds[719]. Il remarque en effet que « *compte tenu que le membre de la famille du travailleur n'est, lui, pas soumis à la condition tenant à l'appartenance au marché régulier de l'emploi (…), il faut nécessairement en déduire que, une fois consolidé son droit, il n'est plus expulsable que sur le seul fondement de l'article 14* »[720].

---

[716] L'article 7 alinéa 1 de la décision n° 1/80 prévoit que « *Les membres de la famille d'un travailleur turc appartenant au marché régulier de l'emploi d'un État membre, qui ont été autorisés à le rejoindre : 1 - ont le droit de répondre – sous réserve de la priorité à accorder aux travailleurs des États membres de la Communauté - à toute offre d'emploi lorsqu'ils y résident régulièrement depuis trois ans au moins ; 2 - y bénéficient du libre accès à toute activité salariée de leur choix lorsqu'ils y résident régulièrement depuis cinq ans au moins* ».
[717] CJCE, arrêt du 7 juillet 2005, *C. Aydin Li*, aff. C- 373/03, pt. 28, Rec. I- p. 6183.
[718] *Id.*, pt. 29.
[719] MARIATTE (F.), note *in* Europe, octobre 2005, n° 9, comm. n° 335, pp. 21-22.
[720] *Id.*, p. 22.

205. Selon l'article 7 alinéa 2 de la décision 1/80, « *Les enfants des travailleurs turcs ayant accompli une formation professionnelle dans le pays d'accueil pourront, indépendamment de leur durée de résidence dans cet Etat membre, à condition qu'un des parents ait légalement exercé un emploi dans l'Etat membre intéressé depuis trois ans au moins, répondre dans ledit Etat membre à toute offre d'emploi* ». Ce second alinéa étant moins strict que le premier alinéa du même article, les ressortissants turcs qui entrent dans son champ d'application ne peuvent pas être traités de manière plus restrictive que les bénéficiaires du premier alinéa de l'article 7. Les limitations de leurs droits découlant de ce second alinéa ne devraient donc pas être plus nombreuses que celles prévues pour ledit alinéa premier. Prenons le cas de M. Torun, fils d'un salarié turc. Ayant terminé en Allemagne une formation professionnelle, il bénéficie d'un droit à l'emploi et du droit corrélatif de séjour en vertu de l'article 7, second alinéa. Condamné à trois ans et trois mois de prison pour vol à main armée et acquisition illégale de stupéfiants, il est incarcéré en 1998. Les autorités nationales compétentes prennent une décision d'expulsion à son encontre en 1999. Or, la Cour considère dans son arrêt rendu sur cette affaire le 16 février 2006 que « *les limites aux droits conférés par l'article 7, second alinéa, de la décision n° 1/80 ne peuvent être que de deux ordres, à savoir soit la présence du travailleur migrant turc sur le territoire de l'Etat membre d'accueil constitue, en raison de son comportement personnel, un danger réel et grave pour l'ordre public, la sécurité ou la santé publiques, au sens de l'article 14 § 1 de la même décision, soit l'intéressé a quitté le territoire de cet Etat pendant une période significative et sans motifs légitimes* »[721]. Il en résulte en l'espèce que M. Torun ne peut pas être privé de son droit à l'emploi et de son droit de séjour pour non-exercice d'un emploi dû à une peine privative de liberté de plus de trois ans. Pour l'expulser, les autorités allemandes devront donc rechercher si son comportement personnel risque de perturber gravement l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique. Dans son arrêt, la Cour précise que l'article 7 alinéa 2 de la décision n° 1/80 ne vise pas seulement les enfants mineurs des travailleurs turcs appartenant au marché régulier de l'emploi, mais aussi leurs enfants majeurs[722].

206. Pendant longtemps, il y a eu un décalage dérangeant entre ces étrangers, bénéficiant de règles favorables du fait d'un accord d'association, et les ressortissants non

[721] CJCE, arrêt du 16 février 2006, *E. Torun*, aff. C- 502/04, pt. 25, Rec. I- p. 1565.
[722] *Id.*, pt. 27. La Cour de justice explique en effet que l'article 7 alinéa 2 de la décision n° 1/80 ne s'adresse pas expréssement qu'aux seuls enfants mineurs, et qu'opérer pareille interprétation viderait ladite disposition de sa substance et serait plus restrictive que ce qui est prévu à l'alinéa premier du même article.

communautaires qui résident et/ou travaillent régulièrement dans un Etat membre depuis une certaine durée et qui, eux, ne peuvent pas exercer les droits et libertés communautaires. Concernant les résidents de longue durée, il a notamment été demandé que leur soit attribué un droit de séjour propre[723].

207. Un nombre important d'étrangers, qui participent activement par leur travail au développement économique des Etats membres et résident en toute légalité sur le territoire de l'Union, attendait que leurs droits soient clairement définis[724]. Tandis que les droits des ressortissants communautaires évoluent, lentement mais sûrement, à travers leur statut de citoyens européens, ceux des travailleurs non communautaires ont été longtemps mis à mal par un immobilisme déconcertant de la politique communautaire. A ce titre, B. VILÁ COSTA a exprimé son regret quant à l'« *absence délibérée d'une véritable « déclaration systématique des droits » formulée en termes clairs et suffisamment précis et applicable à tous les étrangers qui sont intégrés et occupent un emploi rémunéré au sein de l'Union européenne* »[725]. Il est donc apparu inadmissible que la situation juridique de ces personnes demeure aussi précaire. Il suffisait que leur permis de travail ne soit pas renouvelé pour qu'ils puissent faire l'objet, faute de permis de séjour, de mesures d'expulsion dans des conditions qui ne pouvaient pas être satisfaisantes au regard notamment de leur vie familiale.

208. Dès lors, il appartenait à la Communauté de mettre en place un ensemble de règles régissant le « *statut minimal* » de ces personnes installées durablement dans les Etats membres et permettant véritablement leur intégration[726]. Le Conseil a adopté le 25 novembre 2003, sur la base de l'article 63 du TCE, la directive n° 2003/109 « relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée »[727], qui pose les conditions

---

[723] En 2000, le Parlement européen a déploré que les ressortissants des Etats tiers qui sont nés dans un Etat membre de l'Union et qui y séjournent, ou qui y vivent depuis l'enfance ne bénéficient pas, au même titre que ceux faisant partie de la famille d'un ressortissant communautaire, d'un statut privilégié. Il a estimé que le problème se pose également pour les personnes établies de longue date sur le territoire de l'Union et qui ont des liens culturels, sociaux et familiaux dans le pays de séjour. Voir la résolution du Parlement européen du 6 septembre 2000 sur le rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application des directives 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (droit de séjour) et sur la communication de la Commission du 19 juillet 1999, T5-0367/2000, JOCE n° C 135 du 7 mai 2001, p. 83.

[724] VILÁ COSTA (B.), *L'unité et l'universalité des droits de l'homme…*, *op. cit.*, supra note n° 669, p. 436.

[725] *Id.*, p. 435.

[726] *Id.*, p. 434. Rappelons que le rapprochement du statut juridique des ressortissants des Etats tiers avec celui des citoyens de l'Union s'inscrit dans la mise en place progressive de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

[727] Directive n° 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JOUE n° L 16 du 23 janvier 2004, p. 44. Sur cette directive, voy. BOELAERT-SUOMINEN (S.), *Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country*

d'acquisition de ce statut et réglemente le droit de séjour dans les autres Etats membres. Le statut de résident de longue durée est accordé aux étrangers qui ont résidé de manière légale et ininterrompue sur le territoire d'un Etat membre pendant les cinq années ayant immédiatement précédé l'introduction de la demande, et qui apportent la preuve qu'ils disposent, pour eux et les membres de leur famille à charge, d'une assurance maladie et de ressources stables et suffisantes pour subvenir à leurs besoins sans recourir au système d'aide sociale de l'Etat concerné[728]. Ce statut peut être retiré notamment en cas d'adoption d'une mesure d'éloignement. De même la perte du statut peut mener à l'éloignement[729].

Le Conseil a considéré que les ressortissants de pays tiers ayant obtenu le statut de résident de longue durée devraient bénéficier d'une protection renforcée contre l'expulsion. Ainsi, les Etats membres ne peuvent prendre une décision d'éloignement à leur encontre que lorsqu'ils représentent une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public ou la sécurité publique[730]. En outre, le Conseil a précisé que cette protection contre l'éloignement s'inspire des critères fixés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Selon l'article 12 § 3 de la directive 2003/109, avant de prendre une décision d'éloignement, les Etats membres doivent donc prendre en considération la durée de la résidence sur leur territoire, l'âge de la personne en cause, les conséquences pour elle ainsi que pour les membres de sa famille, et les liens avec le pays de résidence ou l'absence de liens avec le pays d'origine. Enfin, il est rappelé que, dans l'hypothèse où une telle mesure est arrêtée, les Etats membres doivent prévoir le droit à un recours effectif devant des instances juridictionnelles.

Nationals who are Long-Term Residents : Five Paces Forward and Possibly Three Paces Back, CMLR, vol. 42, n° 4, 2005, pp. 1011-1052 ; et HANDOLL (J.), *The Long-Term Residents Directive*, *in* CARLIER (J.-Y.) et DE BRUYCKER (P.) (dir.), « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates – Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », Bruxelles, Bruylant, 2005, 681 p., sp. pp. 144-160.

[728] Directive précitée, *ibid.* L'article 5 de la directive prévoit que les Etats membres peuvent également exiger que les ressortissants de pays tiers satisfassent à des conditions d'intégration conformément à leur droit national. Le permis de séjour de résident de longue durée – CE ainsi obtenu est émis selon les règles et le modèle type prévus par le règlement (CE) n° 1030/2002 du Conseil en date du 13 juin 2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers, JOCE n° L 157 du 15 juin 2002, p. 1.

[729] L'article 7 de la directive dispose que « *lorsque le retrait ou la perte du statut de résident de longue durée ne conduit pas à l'éloignement, l'Etat membre autorise la personne concernée à rester sur son territoire si elle remplit les conditions prévues par sa législation nationale et si elle ne constitue pas une menace pour l'ordre public ou la sécurité publique* ».

[730] Il est précisé qu'une telle décision ne peut être justifiée par des raisons économiques.

209. Le texte de la directive 2003/109 du 25 novembre 2003, qui permet sous certaines conditions aux titulaires du statut de séjourner dans les autres Etats membres, s'oppose à ce que la survenance de maladies après la délivrance du premier titre de séjour dans le deuxième Etat membre puisse justifier le refus de renouvellement du titre ou l'éloignement du territoire[731]. Mais tant que le ressortissant d'un pays tiers n'a pas obtenu le statut de résident de longue durée, ce deuxième Etat membre peut l'expulser de son territoire pour des motifs graves relevant de l'ordre public ou de la sécurité publique. Dans ce cas, il prend toutes les mesures nécessaires à la mise en œuvre de cette décision et en informe le premier Etat membre, qui a l'obligation de réadmettre immédiatement et sans formalités le ressortissant concerné et les membres de sa famille.

210. Cette directive donne à certains ressortissants d'Etats tiers, résidents de longue durée, un statut juridique particulier et plus favorable qu'auparavant, leur assurant une égalité de traitement avec les nationaux dans un certain nombre de domaines, de même qu'une protection contre l'éloignement. Toutefois, leur liberté de circulation paraît fort restreinte et, pour ce qui concerne leur droit de séjour, le fait qu'il n'y ait pas de reconnaissance mutuelle des titres complique et fragilise leur situation[732].

Si cet acte précise quelque peu les droits des résidents de longue durée, il ne rapproche pas de manière satisfaisante leur statut de celui des ressortissants communautaires, ni ne l'aligne sur celui des membres de la famille de ces citoyens de l'Union. Pour régler ce problème de décalage, une partie de la doctrine propose d'accorder le statut de citoyen européen aux ressortissants d'Etats tiers, qui sont des travailleurs réguliers résidant dans un Etat membre depuis une durée suffisamment longue. Or, admettre une telle proposition reviendrait à remettre fondamentalement en cause la notion et le statut de citoyenneté européenne en les vidant de tout leur sens et, partant, de toute leur substance juridique.

[731] Article 18 § 3 de la directive n° 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003, *op. cit.*, supra note n° 727.
[732] Y. GAUTIER partage ce scepticisme sur cette directive : *cf.* GAUTIER (Y.), *in* Europe, mars 2004, n° 3, comm. n° 72, pp. 17-18.

Conclusion du Titre I

211. L'étude des motifs d'expulsion en droit international atteste que la prise en compte des droits de l'Homme et des libertés fondamentales s'exerce lors de l'appréciation de ces motifs, notamment dans la recherche d'une proportionnalité de la mesure d'expulsion. Ainsi, la notion d'ordre public s'interprête strictement, les mesures d'expulsion fondées sur ce motif devant notamment viser un comportement personnel de l'individu présentant un degré important de gravité.

212. Cette analyse montre également que le droit de l'Union européenne tend à développer un corpus juridique différencié de l'étranger, selon que celui-ci est membre ou non de la famille d'un ressortissant communautaire. Une approche plus globale du statut de l'étranger, notamment du résident de longue durée, permettrait une meilleure protection des droits fondamentaux mais également une plus grande cohérence des normes applicables.

Pour le ressortissant communautaire, le développement de droits attachés à la notion de citoyenneté européenne permettrait d'atteindre également ces buts et de dépasser les fondements économiques sur lesquels est bâtie l'Union européenne. Cette évolution semble nécessaire dans le cadre de la construction d'une Europe politique.

213. Ainsi, en droit européen comme en droit international, le respect des droits individuels et des libertés fondamentales apparaît comme la principale limite posée au pouvoir d'expulsion des Etats.

TITRE SECOND
LES LIMITES AU DROIT D'EXPULSION DES ÉTATS

214. Dans son arrêt *Barcelona Traction* du 5 février 1970, la Cour internationale de justice a affirmé que « *dès lors qu'un Etat admet sur son territoire* (…) *des ressortissants étrangers* (…), *il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assume certaines obligations quant à leur traitement. Une distinction essentielle doit* (…) *être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat* (…). *Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats.* [Elles] *sont des obligations "erga omnes"* [et] *découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine* (…). *Certains droits* (…) *sont conférés par des instruments internationaux de caractère universels ou quasi universel* »[733]. Ainsi, si la Cour admet que les Etats ont le pouvoir d'admettre et d'éloigner les étrangers, elle estime qu'ils autolimitent leur pouvoir en adhérant aux instruments de protection des droits fondamentaux.

215. La Convention européenne des droits de l'homme n'interdit pas aux Etats parties d'éloigner, par une mesure d'extradition, d'expulsion ou de reconduite à la frontière, les étrangers de leur territoire[734]. Autrement dit, la Convention ne garantit pas aux étrangers un droit à ne pas être expulsé ou extradé. Toutefois, lorsqu'une décision nationale d'éloignement risque de porter atteinte, « *par ses conséquences, à l'exercice d'un droit garanti par* [cette] *convention*, [ladite décision] *peut (…) faire jouer les obligations d'un Etat contractant au titre de la disposition correspondante* »[735].

---

[733] CIJ, arrêt du 5 février 1970, Belgique c/ Espagne, *Barcelona Traction Light and Power Company*, Rec. 1970, p. 3, §§ 33-34.
[734] L'article 4 du Protocole n° 4 viendra seulement interdire en 1963 les expulsions collectives d'étrangers. Sur ce point, voir infra partie II, titre II, chapitre I, section II, paragraphe I.
[735] CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, § 85, série A n° 161.

Les étrangers ne sont pas spécialement visés par le texte de la Convention. Mais toute personne relevant de la juridiction d'un Etat partie peut selon l'article 1er se prévaloir de ses dispositions. En vertu de cet article, « *les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ». En outre, sauf à accorder certaines garanties procédurales[736], la Convention ne consacre aucune disposition à la matière de l'éloignement des étrangers. La Cour va, dès lors, au fil de sa jurisprudence développer tout un ensemble de règles de protection « *par ricochet* »[737] des libertés et droits individuels des personnes éloignées. Dans ce cadre, l'étranger frappé d'une mesure nationale d'éloignement est en droit de revendiquer la violation d'un ou plusieurs de ces droits ou libertés. A ce titre, R. B. LILLICH considère que la Convention « *offre un exemple classique de la manière dont on peut* (…) *extraire d'instruments juridiques n'ayant en apparence qu'un rapport minime ou nul avec le sujet des principes relatifs aux droits fondamentaux des étrangers* »[738].

216. Le juge européen a mis en place une protection des étrangers expulsés en les faisant bénéficier de manière indirecte d'un certain nombre de droits qui sont garantis par la Convention. Les moyens de défense généralement invoqués à l'encontre d'une décision nationale d'éloignement sont tirés des articles 3 et 8 de la Conv.EDH[739]. En 1982, le secrétaire de la Commission européenne des droits de l'homme indiquait que « *la Commission a examiné de très nombreuses affaires dans lesquelles le requérant s'est plaint de son extradition ou de son expulsion imminente du territoire d'une des parties à la Convention. Abstraction faite du Protocole n° 4, de tels griefs ne sont pas directement couverts par la Convention. Ils peuvent toutefois soulever certains problèmes sous l'angle de l'article 3, si un requérant est menacé d'être renvoyé dans un pays où, par exemple, il pourrait être soumis à des représailles politiques ou à une peine exagérée, ou sous l'angle de*

[736] Sur cette question, *cf.* infra partie II, titre I, chapitre I, section II.
[737] Expression utilisée par le Doyen COHEN-JONATHAN (G.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, 616 p., p. 84.
[738] LILLICH (R. B.), *The Human Rights of Aliens in Contempory International Law*, Manchester University Press, 1984, 177 p., p. 94: texte cité par LAMBERT (H.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 8 révisé, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2001, 80 p., p. 17.
[739] Sur l'invocation fréquente de ces moyens, *cf.* BRIBOSIA (E.), *Droit des étrangers – Droits fondamentaux de la personne (1997-1999)*, RDE, 1999, n° 106, pp. 746-765. La violation de l'article 2 de la Convention européenne relatif au droit à la vie peut également être alléguée : voir par exemple CEDH, décision sur la recevabilité du 31 août 1999, *Mamatkulov et Abdurasulovic contre Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, concernant l'extradition de deux ressortissants ouzbeks vers leur pays d'origine.

l'article 8, si sa vie familiale risque de ce fait d'être perturbée de façon déraisonnable »[740]. Une expulsion peut donc avoir pour effet soit de risquer de soumettre l'intéressé à la torture ou à des peines inhumaines ou dégradantes, soit de porter atteinte à sa vie familiale ou à sa vie privée.

Dès lors, il incombe d'envisager l'interdiction reconnue de renvoyer un étranger sur les frontières d'un Etat dont il craint des persécutions (**Chapitre I**) avant de démontrer que le respect de la vie familiale est un moyen important de protection contre l'expulsion de l'étranger (**Chapitre II**).

[740] Traduction non officielle, KRÜGER (H. C.), *Bilan de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1982, p. 174 (version anglaise), texte cité par DRZEMCZEWSKI (A.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 8, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1993, réimpression de l'édition de 1984, 52 p., p. 15.

CHAPITRE I
LE NON-RENVOI VERS UN PAYS À RISQUE

217. L'interdiction imposée aux Etats de renvoyer des non-nationaux sur les territoires d'autres Etats où ils risqueraient de subir des mauvais traitements a trouvé une première traduction dans le principe de non-refoulement.

218. Le principe de non-refoulement trouve son origine dans la Convention du 28 octobre 1933 relative au statut international des réfugiés russes, arméniens et assimilés[741]. Son article 3 interdit en effet aux Etats contractants d'éloigner de leur territoire « *par application de mesures de police, telles que l'expulsion ou le refoulement, les réfugiés ayant été autorisés à y séjourner régulièrement (…) sur les frontières de leur pays d'origine* ». L'article 33 § 1 de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés reprend ce principe. Toutefois, il envisage une protection beaucoup plus large que la Convention de 1933 et que ce que suggérait l'Institut de droit international en 1936 lors de sa session de Bruxelles, à savoir qu' « *en aucun cas, l'Etat ne pourra diriger ou refouler un réfugié vers le territoire de l'Etat dont il était ressortissant* »[742]. D'une part, l'article 33 § 1 s'applique à l'ensemble des réfugiés, qu'ils soient en situation régulière ou irrégulière dans l'Etat d'accueil[743]. D'autre part, il vise le renvoi du réfugié vers l'ensemble des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée, et non plus seulement vers son pays d'origine.

219. Le principe de non-refoulement est reconnu « *par la communauté internationale comme une norme du droit international coutumier* », liant tous les Etats, même ceux n'ayant pas adhéré à la Convention de Genève[744]. Aussi, il sera repris dans d'autres instruments

[741] ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, 2002, 693 p., p. 224.
[742] Institut de Droit international, Résolution du 24 avril 1936, « Statut juridique des apatrides et des réfugiés », session de Bruxelles, 1936, article 10.
[743] A l'inverse de l'article 32 de la même Convention.
[744] Amnesty International, « La protection des réfugiés en droit international », document du 13 août 2002, http://www.amnesty.org/ . Un certain nombre d'auteurs conteste toutefois ce caractère coutumier au motif que de nombreux Etats d'Asie n'ont pas ratifié la Convention. Pour N. COLEMAN par exemple, le principe de non-refoulement est plutôt une règle coutumière internationale régionale, assurément européenne : COLEMAN (N.), *Non-Refoulement Revised : Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law*, EJML, 2003, vol. 5, n° 1, pp. 23-68, p. 49.

internationaux. Notamment, l'article 22 § 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme prévoit qu' « *en aucun cas l'étranger ne peut être refoulé ou renvoyé dans un autre pays, que ce soit son pays d'origine ou non, lorsque son droit à la vie ou à la liberté individuelle risque de faire l'objet de violation en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de sa condition sociale ou en raison de ses opinions politiques* »[745].

220. Par ailleurs, découlant de l'interdiction de la torture, cette règle de non-refoulement se retrouve consacrée dans la Convention des Nations Unies contre la torture et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de même que par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et celle du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

221. Dès lors, il convient de définir ce principe de non-refoulement tel qu'il est applicable aux réfugiés (**Section I**). Il faut aussi porter notre attention sur l'interdiction de la torture et autres mauvais traitements qui s'impose aux Etats à l'égard de toutes les personnes qu'ils envisagent d'éloigner de leur territoire, que ces personnes soient ou non des réfugiés (**Section II**).

SECTION I

L'INTERDICTION DE REFOULEMENT

222. Le principe de non-refoulement est juridiquement lié à la matière de l'asile. Cette matière est fréquemment en interaction avec la question de la protection internationale des droits de l'homme. Aucun texte international de force juridique contraignante ne consacre le droit d'asile en tant que droit de l'homme[746]. La Déclaration universelle des droits de

[745] La Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969 est entrée en vigueur le 18 juillet 1978.
[746] ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, supra note n° 741, p. 42.

l'homme et la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme[747], qui en font un droit de l'homme respectivement aux articles 14 et 27, n'ont certes pas de caractère contraignant mais une certaine valeur juridique. Concernant la Déclaration universelle, les pays d'Europe centrale et orientale (PECO) ont « *depuis longtemps* [exprimé] *leur attachement* » à ce texte[748]. De même, de nombreux instruments internationaux y font expressément référence, tels que le Pacte international relatifs aux droits civils et politiques de 1966 et la Convention européenne des droits de l'homme dans leur préambule respectif[749].

223. Qualifiée de « *principal instrument universel de protection des réfugiés* »[750], la Convention de Genève du 28 juillet 1951 ne confère pas aux demandeurs d'asile un droit d'entrée ou un droit de séjour sur le territoire d'un quelconque Etat. Selon Amnesty International, « *elle établit des normes minimales pour le traitement des réfugiés en laissant aux Etats la possibilité d'accorder un traitement plus favorable* »[751]. Elle se contente d'imposer aux Parties contractantes un certain nombre d' « *obligations négatives* »[752]. Parmi celles-ci, figure à l'article 33 § 1 de la Convention le principe de non-refoulement, auquel les Etats ne peuvent pas formuler de réserve en vertu de l'article 42 (**Paragraphe I**). Néanmoins, sont prévues au second paragraphe de l'article 33 des exceptions à ce principe (**Paragraphe II**).

---

[747] Ces deux déclarations furent adoptées en 1948.

[748] TAVERNIER (P.), *La Déclaration universelle des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *in* Mélanges en hommage à Pierre Lambert, « Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire », Bruxelles, Bruylant, 2000, 1072 p., pp. 859-875, sp. p. 873.

[749] Dans le préambule de la Conv.EDH, les Etats européens se sont dits « *résolus (…) à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle* ». De même, la Cour de Strasbourg utilise parfois, explicitement ou implicitement, cette Déclaration afin d'interpréter la Convention européenne.

[750] Amnesty International, « La protection des réfugiés en droit international », *op. cit.*, supra note n° 744.

[751] *Ibidem.*

[752] ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, supra note n° 741, p. 224.

<u>PARAGRAPHE I</u> : Le principe de non-refoulement

224. Selon l'article 1er A 2. de la Convention de Genève, « *le terme "réfugié" s'appliquera à toute personne qui craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner* ». Cette disposition est une clause d'inclusion, c'est-à-dire qu'elle fixe les conditions d'attribution de la qualité de réfugié[753]. La Convention prévoit également des clauses d'exclusion à l'article 1er F : ne peuvent être reconnus comme des réfugiés « *les personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité ; b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiées ; c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies* ». Cependant, la Convention ne fixe pas les règles de détermination de l'Etat responsable d'une demande d'asile. Cela contribue au phénomène dit des "réfugiés en orbite", d'après lequel les Etats se renvoient « *mutuellement la responsabilité de l'examen de la demande d'asile* »[754]. L'Union européenne a cependant mis en place un corpus de règles concernant ce problème de responsabilité des demandes d'asile afin de garantir aux réfugiés une protection appropriée conformément à la Convention de Genève. La Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile, dite Convention de Dublin, fut ainsi adoptée en 1990[755]. L'objectif est d'harmoniser les différentes politiques d'asile des Etats membres pour que tout demandeur d'asile soit assuré que sa demande serait examinée par l'un des Etats membres et pour éviter ainsi qu'il

[753] Sur la définition de la notion de « réfugié », voir TIBERGHIEN (F.), *Statut de réfugié et persécution par des agents non publics*, RFD adm., mars-avril 1998, n° 2, pp. 244-257. Pour une analyse comparée de la notion, voy. CARLIER (J.-Y.), HULLMANN (K.), PEÑA GALIANO (C.) et VANHEULE (D.), *Qu'est-ce qu'un réfugié*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 859 p.
[754] Amnesty International, « La protection des réfugiés en droit international », *op. cit.*, supra note n° 744.
[755] Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes, 15 juin 1990, JOCE n° C 254 du 19 août 1997, p. 1.

soit renvoyé inlassablement d'un Etat à un autre sans qu'aucun de ces Etats membres ne se reconnaisse compétent pour l'examen de la demande d'asile.

Mais des difficultés pratiques et juridiques ont rendu la Convention de 1990 difficilement applicable de sorte qu'elle fut remplacée par le règlement du Conseil du 18 février 2003[756]. Ces problèmes touchaient au rapprochement des familles, et plus spécifiquement à la préservation de l'unité de la famille des demandeurs d'asile, et consistaient en la lenteur du traitement des demandes d'asile, ainsi qu'en la brièveté des délais pour la mise en œuvre des transferts vers l'Etat responsable. Le but du règlement du Conseil du 18 février 2003 est toujours d'assurer que nul ne sera renvoyé là où il risque d'être à nouveau persécuté.

225. A l'évidence, « *l'accès à la procédure de reconnaissance du statut de réfugié est le corollaire au principe de non-refoulement* »[757]. Cette imbrication conceptuelle apparaît expressément dans l'article 33 § 1 de la Convention qui dispose qu' « *aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* ». De surcroît, le principe de non-refoulement (**A**) bénéficie extensivement à d'autres personnes que celles qui ont obtenu le statut de réfugié (**B**).

---

[756] Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JOCE n° L 050 du 25 février 2003, p. 1. Ce règlement, dit Dublin II, règle certains problèmes mais en crée d'autres : la responsabilisation d'un Etat membre d'une demande d'asile risque de déresponsabiliser tous les autres ; surtout depuis l'entrée dans l'Union européenne des nouveaux membres au 1er mai 2004 et au 1er janvier 2007, la charge de la plupart des demandes d'asile risque d'incomber à ceux d'entre eux situés à la frontière orientale de l'Union. Sur ce problème, voy. l'étude de DELOUVIN (P.), MONFORTE (P.) et TEULE (C.), *Lourdes menaces sur le droit d'asile en Europe*, Hommes et Migrations, janvier-février 2005, n° 1253, pp. 98-104.
Les modalités d'application de ce règlement n° 343/2003 sont apportées par le règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003, JOCE n° L 222 du 5 septembre 2003, p. 3.

[757] Amnesty International, « La protection des réfugiés en droit international », *op. cit.*, supra note n° 744.

A. La signification du principe

226. Le principe de non-refoulement signifie que si des persécutions sont à redouter de la part de n'importe quel Etat de destination, les Etats contractants s'engagent à ne pas y renvoyer les réfugiés concernés[758] (**1**). Le cas échéant, ils conservent l'alternative de les renvoyer vers un pays dit sûr (**2**).

1) Le non-refoulement justifié par la crainte de persécutions

227. Afin d'accorder le statut de réfugié aux personnes qui demandent l'asile et pour éviter de renvoyer ces personnes vers un pays dangereux pour leur vie ou leur liberté, les Etats doivent examiner les demandes au fond. Un pays à risque peut être l'Etat d'origine de l'intéressé ou un autre territoire ou Etat dont celui-ci pourrait craindre des persécutions ou qu'il le renvoie vers son pays d'origine.

228. Il n'y a pas de définition communément admise de la notion de persécution. Néanmoins, les termes de l'article 33 § 1 de la Convention nous donnent des indications claires, quoique partielles. Par rapport à ce texte, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) précise que « *l'interprétation de la notion de persécution ne saurait être uniforme* » et que, dès lors, « *la question de savoir si d'autres actions préjudiciables ou menaces de telles actions constituent des persécutions dépendra des circonstances de chaque cas* »[759]. Sur ce point, il précise que « *le caractère subjectif de la crainte d'être persécuté implique une appréciation des opinions et des sentiments de l'intéressé* »[760].

Les craintes peuvent être personnelles ou « *liées à l'appartenance* » à un certain groupe ; autrement dit, à défaut de pouvoir invoquer des craintes liées à l'appartenance à un

[758] Le libellé de l'article 33 ne vise pas l'extradition, pourtant il est généralement admis, et la pratique des Etats le montre, que le principe de non-refoulement protège les réfugiés contre leur extradition vers leur pays d'origine.
[759] Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut de réfugiés*, Genève, 1992, § 52. Ce guide fut pour la première fois édité en 1979.
[760] *Ibid.*

groupe social, ethnique ou encore religieux, les réfugiés doivent faire état de « *craintes personnelles de persécution* »[761].

229. Définir le critère d'"appartenance à un certain groupe social" n'est pas chose aisée. La Convention de Genève ne donne aucune explication sur cette notion mais le Haut Commissariat indique qu'elle signifie généralement l'appartenance « *à un groupe ayant la même origine et le même mode de vie ou le même statut social* [et que] *la crainte d'être persécuté du fait de cette appartenance se confondra souvent en partie avec une crainte d'être persécuté pour d'autres motifs, tels que la race, la religion ou la nationalité* »[762]. De la même manière, aux Etats-Unis, le Board of Immigration Appeals a tenté de cerner cette notion. Il a en effet estimé qu' « *être membre d'un certain groupe social signifie être membre d'un groupe de personnes qui partagent une caractéristique commune et immuable. Cette caractéristique commune peut être innée comme le sexe, la couleur ou les liens familiaux, ou dans quelques circonstances il peut s'agir d'une expérience passée en commun telle qu'une expérience de dirigeant militaire (…).* [Elle est] *une caractéristique que les membres du groupe ne peuvent changer, ou ne devraient pas être obligés de changer car elle est fondamentale à leur identité personnelle ou à leur conscience* »[763].

Dans la pratique, les Etats concluent rarement à la persécution de groupe. Toutefois, en 1951 lors de la Conférence de Genève, l'accent fut mis sur la nécessité de protéger les individus faisant partie de « *groupes persécutés* » tels les juifs et les communistes[764]. Aussi, la jurisprudence américaine a décidé d'élargir la notion d'"appartenance à un certain groupe social" permettant ainsi « *l'acceptation des* [revendications] *spécifiquement féminines et des personnes homosexuelles* »[765].

---

[761] ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, supra note n° 741, p. 348-350.
[762] Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié…*, *op. cit.*, supra note n° 759, pt. 77.
[763] Board of Immigration Appeals, Matter of Acosta, Int. Dec. 2986, 9 mars 1985, 19 I. & N.Dec. 211, in 77 Int. Rel. 1285 du 1er septembre 2000 : décision citée par GOLESTANIAN (M.), *Réfugiés, vers un élargissement progressif de la notion de « certain groupe social » - « Particular Social Groupe » aux Etats-Unis* », RDIDC, 2001, n° 4, pp. 325-339, p. 326.
[764] ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, supra note n° 741, p. 348.
[765] GOLESTANIAN (M.), *Réfugiés, vers un élargissement progressif de la notion de « certain groupe social »…*, *loc. cit.*, p. 327. L'auteur indique que les revendications spécifiquement féminines sont celles fondées « *sur la violence domestique à l'égard des femmes, sur la mutilation génitale des femmes ou tout simplement sur le fait d'être une femme* ».

230. Les agents de persécution sont généralement les autorités de l'Etat, mais, comme l'indique le HCR, les persécutions peuvent être aussi « *le fait de groupes de la population qui ne se conforment pas aux normes établies par les lois du pays* »[766]. Il peut s'agir d' « *intolérance religieuse, allant jusqu'à la persécution, dans un pays par ailleurs laïc mais où d'importantes fractions de la population ne respectent pas les convictions religieuses d'autrui. Lorsque des actes ayant un caractère discriminatoire grave ou très offensant sont commis par le peuple, ils peuvent être considérés comme des persécutions s'ils sont sciemment tolérés par les autorités ou si les autorités refusent ou sont incapables d'offrir une protection efficace* »[767]. En 2004, le Conseil de l'Union européenne a adopté une directive posant les conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour bénéficier du statut de réfugié[768]. Il a prévu, conformément à la Convention de Genève, que les auteurs des persécutions peuvent être, outre l'Etat et les partis ou organisations contrôlant l'Etat, « *des acteurs non étatiques, s'il peut être démontré que* [l'Etat ou les partis], *y compris les organisations internationales, ne peuvent pas ou ne veulent pas accorder une protection contre les persécutions (…)* »[769]. Le Conseil définit aussi ce qu'il faut entendre par « appartenance à un certain groupe social » : on est en présence d'un tel groupe lorsque « *ses membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentiel pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce (…)* »[770]. Cette définition est très proche de celle proposée par le Board of Immigration Appeals. Le Conseil précise même que la caractéristique commune peut être une orientation sexuelle.

---

[766] Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié…*, *loc. cit.*, pt. 65.
[767] *Ibid.*
[768] Directive n° 2004/83/CE du Conseil, 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JOUE n° L 304 du 30 septembre 2004, p. 12.
[769] *Id.*, article 6. Dans une position commune sur l'application harmonisée de la définition du terme de réfugié, il avait déjà été considéré que « *les persécutions commises par des tiers sont comprises dans le champ d'application de la Convention de Genève lorsque, en se fondant sur les motifs de l'article 1, A de la Convention et en ayant un caractère personnalisé, les pouvoirs publics les encouragent ou les autorisent* » : position commune citée par DE BRUYCKER (P.), *D'un système européen d'asile vers un droit européen des réfugiés*, *in* CARLIER (J.-Y.) et VANHEULE (D.), *Europe and Refugees. A Challenge ? L'Europe et les réfugiés : un défi ?* », La Haye, Kluwer Law International, 1997, 280 p., sp. pp. 159-185.
[770] *Id.*, article 10.1 d).

231. Si les Etats ne peuvent pas expulser ou refouler les réfugiés vers un Etat ou un territoire où ils risquent d'être persécutés, il leur est toujours possible de les éloigner vers un Etat tiers sûr.

2) La possibilité de renvoi vers un "pays tiers sûr"

232. A défaut de pouvoir maintenir un réfugié sur son territoire pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public, l'Etat d'accueil peut le renvoyer vers un autre Etat que celui dont il craint des persécutions. L'article 33 n'interdit pas de refouler un réfugié vers un Etat où sa vie et sa liberté ne sont pas menacées. A partir de ce constat, les Etats ont développé la notion de "pays tiers sûr". Le problème est que cette dernière n'a ni fondement juridique, ni définition rendant possible un encadrement de son utilisation par les Etats d'accueil, puisqu'elle n'est guère prévue dans le texte de la Convention de Genève. Le Comité exécutif du HCR a simplement précisé qu'un renvoi vers un pays tiers est autorisé « *si le réfugié est protégé dans ce pays contre des mesures de refoulement* »[771] et s'il lui est permis d'y demeurer tout en étant « *traité conformément aux normes humanitaires* »[772]. Il n'en reste pas moins que la marge d'appréciation des Etats quant à la détermination des pays tiers sûrs n'est pas limitée, ce qui se traduit évidemment par des variations d'un pays à un autre. Les Etats membres de l'Union européenne sont toutefois considérés comme respectant le principe de non-refoulement, et donc comme des pays sûrs[773].

233. Les réfugiés reconnus comme tels par un Etat donné en application de la Convention de 1951 ne sont pas les seuls à bénéficier du principe de non-refoulement.

---

[771] Source : Amnesty International, « La protection des réfugiés en droit international », *op. cit.*, supra note n° 744.
[772] *Ibid.*
[773] Quoique cette idée, que la Commission européenne des droits de l'homme partageait (voy. par exemple Comm.EDH, décision du 12 janvier 1998, *Luis Iruretagoyena c. France*, req. n° 32829/96), semble être remise en cause par la Cour européenne dans sa décision du 7 mars 2000, *T. I. contre Royaume-Uni*, req. n° 43844/98, *cf.* infra dans ce chapitre, section II, paragraphe II, B. 2).

B. Les bénéficiaires du principe autres que les réfugiés

234. Le principe de non-refoulement ne s'applique pas qu'aux réfugiés reconnus comme tels par un Etat donné. Il bénéficie également aux réfugiés considérés comme tels par un autre Etat. De même, il est applicable aux demandeurs d'asile tant qu'il n'a pas été statué sur leur demande d'asile, pour ne pas préjuger de l'issue de celle-ci. Les demandeurs d'asile sont des réfugiés potentiels, c'est-à-dire des personnes n'ayant pas obtenu le statut de réfugié dans un Etat donné mais cherchant à l'obtenir. Les Etats ainsi que le Haut Commissariat pour les réfugiés en ont décidé ainsi afin de ne pas priver le principe de non-refoulement de son effet utile.

Les demandeurs d'asile bénéficient de ce principe alors même qu'ils réclament protection à la frontière d'un Etat. Ce dernier aura, par conséquent, pour obligation d'entendre et de répondre à leurs demandes. A l'origine, cette règle n'allait pourtant « *pas de soi en raison du flou sémantique* »[774] entourant le terme de refoulement. Les rédacteurs de la Convention de Genève avaient appréhendé la notion sur la base de sa signification anglaise, selon laquelle le refoulement implique d'avoir été physiquement présent sur le territoire de l'Etat d'accueil[775]. Puis, après l'adoption de la Convention, l'interprétation a évolué dans un sens plus large et plus respectueux de l'esprit du texte de 1951. L'Assemblée générale des Nations Unies a par exemple, dans une déclaration sur l'asile territorial, rappelé que l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que « *Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays* », et recommandé à ce titre qu' « *aucune personne (…) ne sera soumise à des mesures telles que le refus d'admission à la frontière ou, si elle est déjà entrée dans le territoire où elle cherchait asile, l'expulsion ou le refoulement vers tout Etat où elle risque d'être victime de persécutions* »[776]. Surtout, à plusieurs reprises, le Comité exécutif du HCR rappela

[774] ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, supra note n° 741, p. 229.
[775] *Ibid.*
[776] C'est nous qui soulignons. Résolution 2312 (XXII) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 14 décembre 1967, « Déclaration sur l'asile territorial », U.N. Doc. A/6716 (1967). Cette déclaration, ainsi que la Convention de Genève de 1951, ont inspiré l'article 2 § 3 de la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, adoptée le 10 septembre 1969 et entrée en vigueur le 20 juin 1974, qui prescrit que « *Nul ne peut être soumis par un Etat membre à des mesures telles que le refus d'admission à la frontière, le refoulement ou l'expulsion qui l'obligeraient à retourner ou à demeurer dans un territoire où sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté seraient menacées pour les raisons [*tenant à sa *race, sa religion, sa nationalité, son appartenance à un certain groupe social et ses opinions politiques]* ».

l'importance d'une application de ce principe à la frontière. Dans une Conclusion de 1977, il souligne "*the fundamental importance of the observance of the principle of non-refoulement – both at the border and within the territory of a State*" [777]. Ultérieurement, d'autres normes internationales, comme le règlement du Conseil de l'Union européenne du 18 février 2003 concernant les règles de détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile, affirmèrent l'applicabilité du principe de non-refoulement tant pour les demandes d'asile présentées sur les territoires que celles présentées aux frontières[778].

235. Toujours en faveur de ce champ d'application du principe de non-refoulement, E. LAUTERPACHT et D. BETHLEHEM, chargés par le HCR d'examiner la portée et le contenu du principe de non-refoulement en droit international, développèrent l'argument d'après lequel l'article 33 § 1 de la Convention de Genève ne prévoit pas de limite géographique à ce principe. Ils rapportèrent que "*conduct amounting to rejection at the frontier, as also in transit zones or on the high seas, will in all likelihood come within the jurisdiction of the State and would engage its responsibility. As there is nothing in Article 33 § 1 of the 1951 Convention to suggest that it must be construed subject to any territorial limitation, such conduct as has the effect of placing the person concerned at risk of persecution would be prohibited* "[779].

236. On ne peut toutefois pas ignorer la multiplication des cas d'afflux massifs de personnes déplacées et les lourds problèmes qui en découlent pour les Etats de destination. Néanmoins, le texte de l'article 33 § 1 de la Convention n'exclut pas l'application du principe de non-refoulement aux situations d'afflux massif. Comme le rappellent E. LAUTERPACHT et D. BETHLEHEM, "*the requirement to focus on individual circumstances (...) must not be*

---

[777] Conclusion n° 7 (XXVIII) (1977) du Comité exécutif du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, citée par LAUTERPACHT (E.) (Sir) et BETHLEHEM (D.), *The scope and content of the principle of non-refoulement : Opinion*, 2001, disponible sur http://www.unhchr.ch/.
Traduit par nous : « *l'importance fondamentale du respect du principe de non-refoulement – à la fois à la frontière et sur le territoire d'un Etat* ».

[778] *Cf.* l'article 3 du règlement n° 343/2003 du Conseil, 18 février 2003, *op. cit.*, supra note n° 756 : « *Les Etats membres examinent toute demande d'asile présentée par un ressortissant d'un pays tiers à l'un quelconque d'entre eux, que ce soit à la frontière ou sur le territoire de l'Etat membre concerné* ».

[779] LAUTERPACHT (E.) (Sir) et BETHLEHEM (D.), *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, 2001, pt. 83, disponible sur http://www.unhchr.ch/.
Traduit par nous : « *la conduite équivalant à un rejet à la frontière, comme dans les zones de transit ou en haute mer, entrera selon toute vraisemblance dans le cadre de la juridiction de l'Etat et engagerait sa responsabilité. Comme rien dans l'article 33 § 1 de la Convention de 1951 ne suggère qu'il doit être interprété sous réserve d'une quelconque limitation territoriale, une telle conduite ayant pour effet de placer la personne concernée face à un risque de persécution serait prohibée* ».

taken as detracting in anyway from the application of the principle of non-refoulement in cases of the mass influx of refugees or asylum seekers. (...) The words of Article 33 § 1 give no reason to exclude the application of the principle to situations of mass influx. On the contrary, read in the light of the humanitarian object of the treaty and the fundamental character of the principle, the principle must apply unless its application is clearly excluded"[780].

Ces situations d'afflux massif ont pris des proportions importantes ces dernières années en Europe. L'Union européenne a donc été amenée à prendre des dispositions particulières permettant de faire face à ce phénomène. A cet effet, le Conseil de l'Union a adopté, sur la base de l'article 63 § 2 du TCE, des mesures applicables aux personnes déplacées ne pouvant rentrer dans leur pays d'origine et affluant de façon massive aux portes de l'Union. Est ainsi intervenue la directive sur les normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées[781]. Cette directive repose sur la solidarité entre les Etats membres[782]. Elle prévoit que si le Conseil décide de mettre fin à la protection temporaire, il se fonde « *sur la constatation que la situation dans le pays d'origine permet un retour sûr et durable des personnes* » qui en ont bénéficiée « *dans le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que des obligations des Etats membres en matière de non-refoulement* »[783]. De plus, la directive prévoit que le retour

---

[780] *Id.*, pt. 103. Traduit par nous : « *l'exigence consistant à prendre en considération les circonstances individuelles (…) ne doit pas être intreprétée comme réduisant d'une manière ou d'une autre l'application du principe de non-refoulement dans les cas d'afflux massif de réfugiés ou de demandeurs d'asile. (…) Les termes de l'article 33 § 1 ne donnent aucune raison d'exclure l'application du principe aux situations d'afflux massif. Au contraire, lu à la lumière de l'objectif humanitaire du traité et du caractère fondamental du principe, celui-ci doit s'appliquer à moins que son application ne soit clairement exclue* ».

[781] Directive n° 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JOCE n° L 212 du 7 août 2001, p. 12. Les personnes déplacées sont « *les ressortissants de pays tiers ou apatrides qui ont dû quitter leur pays ou région d'origine ou ont été évacués, notamment à la suite d'un appel lancé par des organisations internationales, dont le retour dans des conditions sûres et durables est impossible en raison de la situation régnant dans ce pays (…)* ».
La protection temporaire ne préjuge pas de la reconnaissance du statut de réfugié au titre de la Convention de Genève. Les personnes déplacées peuvent en effet relever du champ d'application de cette convention.

[782] Pendant longtemps, la question des réfugiés fut appréhendée comme un fardeau, voy. par exemple les termes employés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa déclaration de 1967 précédemment citée (note n° 776): « *Lorsqu'un Etat éprouve des difficultés à donner asile, les Etats doivent (…) envisager les mesures qu'il y aurait lieu de prendre (…) pour soulager le fardeau de cet Etat* ».

[783] Article 6 § 2 de la directive n° 2001/55/CE précitée. Les termes du Conseil doivent être entendus comme rappelant aux Etats leurs obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 33 de la Convention de Genève puisque, dans ses amendements du texte proposé par la Commission, le Parlement européen faisait référence pour cet article 6 § 2 à ces deux conventions (voir la proposition présentée

forcé des personnes dont la protection temporaire a pris fin doit se dérouler dans le respect de la dignité humaine. Aussi, tant que leur état de santé le réclame, « *par exemple si elles devaient pâtir gravement d'une interruption de leur traitement, (…) ces personnes ne sont pas éloignées* »[784].

237. Certains ressortissants d'Etats tiers et apatrides, qui sont demandeurs d'asile mais ne remplissent pas les critères permettant d'obtenir le statut de réfugié, peuvent se réclamer d'un autre type de protection internationale. L'Union européenne prévoit que ces personnes peuvent bénéficier d'une protection subsidiaire si leur vie ou liberté est gravement menacée en raison par exemple de conflit armé interne ou international[785]. Les Etats membres ont à l'égard des bénéficiaires de cette protection internationale l'obligation de respecter « *le principe de non-refoulement en vertu de leurs obligations internationales* »[786].

238. Le principe de non-refoulement prévu à l'article 33 § 1 de la Convention de Genève n'est pas absolu. En effet, l'Etat de refuge peut, en application de l'article 33 § 2, décider de renvoyer le réfugié aux frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée, lorsqu'il y a des raisons sérieuses de le considérer comme un danger pour la sécurité du pays ou lorsqu'il constitue une menace pour la communauté de ce pays.

<u>PARAGRAPHE II</u> : Les exceptions au principe de non-refoulement

239. Selon l'article 33 § 2 de la Convention de Genève, le bénéfice du paragraphe 1er « *ne pourra (…) être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une*

---

par la Commission le 24 mai 2000, COM(2000) 303, JOCE n° C 311E du 31 octobre 2000, p. 251 ; et l'avis du Parlement européen du 13 mars 2001, T5-123/2001, JOCE n° C 343 du 5 décembre 2001, p. 22).

[784] Article 23 de la directive n° 2001/55 précitée en note n° 781.

[785] Article 15 de la directive n° 2004/83/CE du Conseil, 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié …, *op. cit.*, supra note n° 768, p. 12.

[786] *Id.*, article 21.

condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ». Les rédacteurs n'avaient pas, dans un premier temps, eu l'intention d'assortir le principe de non-refoulement de réserves mais, dans un second temps, la souveraineté des Etats eut raison du caractère absolu du principe afin que la Convention soit signée par le plus grand nombre[787].

240. Ces deux exceptions au principe de non-refoulement ne sont pas définies par la Convention. De fait, leur interprétation relève de l'appréciation souveraine des Etats. Toutefois, « *dans la mesure où elles constituent des exceptions à une garantie,* (…) *elles doivent être interprétées strictement* »[788]. En outre, il incombe aux autorités nationales de prendre des mesures d'éloignement qui soient proportionnées à ces motifs ayant trait « *à l'intérêt général du pays* », donc de mettre en balance les différents intérêts en présence[789]. Surtout, selon E. LAUTERPACHT et D. BETHLEHEM, "*the application of these exceptions is conditional on the strict compliance with principles of due process of law and the requirement that all reasonable steps must first be taken to secure the admission of the individual concerned to a safe third country*" [790].

241. Concernant la première exception, la Cour européenne des droits de l'homme cherche à déterminer si les motifs qui ont fondé la mesure nationale d'éloignement présentent un caractère sérieux et si la présence du réfugié constitue un réel danger pour la sécurité de l'Etat en cause. Le réfugié doit constituer « *un danger présent ou futur, et non passé, pour le seul pays d'accueil. Ce danger sera apprécié au regard du comportement du réfugié dans le pays de refuge et non sur la base de faits pour lesquels il serait recherché dans son pays d'origine* »[791].

---

[787] ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, supra note n° 741, pp. 231-232.
[788] *Id.*, p. 661.
[789] *Ibid.*
[790] LAUTERPACHT (E.) (Sir) et BETHLEHEM (D.), *The scope and content of the principle of non-refoulement...*, *op. cit.*, supra note n° 777, pt. 253. Traduit par nous : « *l'application de ces exceptions est soumise au strict respect des principes de procédure légale et à l'exigence que toutes les mesures raisonnables doivent avant tout être prises afin de garantir à l'individu concerné son admission par un Etat tiers sûr* ».
[791] Amnesty International, « La protection des réfugiés en droit international », *op. cit.*, supra note n° 744. Voy. aussi ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, supra note n° 741, pp. 661-662.

Cette première exception pourrait être rapprochée des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public justifiant la mesure d'expulsion qui sont énoncées à l'article 32 § 1 de la Convention de Genève. Mais en réalité le premier motif de l'article 33§ 2 est plus strict que les motifs prévus par l'article 32 § 1 ; en effet, interpréter ces différentes raisons de manière identique reviendrait à considérer que tout éloignement permet un renvoi vers n'importe quel Etat[792]. Par menace à la sécurité du pays, il faut notamment entendre « *l'espionnage, le sabotage d'installations militaires, les activités terroristes ou visant au renversement du gouvernement* »[793].

242. S'agissant de la seconde exception, le juge européen vérifie le caractère particulièrement grave de l'infraction ayant conduit à la condamnation définitive du réfugié et justifiant de considérer ce dernier comme une menace pour la communauté.

243. Au regard de ce qui précède, il est clair que le principe de non-refoulement des réfugiés tel que prévu par la Convention de Genève ne présente pas de caractère absolu. Or, cela heurte d'autres dispositions internationales énonçant la règle intangible de l'interdiction de la torture. Les demandeurs d'asile, et les réfugiés expulsés au titre de l'article 33 § 2, peuvent donc se réclamer de ces autres normes internationales faisant du droit à ne pas être refoulé vers un pays à risque un droit absolu.

SECTION II

L'INTERDICTION DE LA TORTURE ET AUTRES MAUVAIS TRAITEMENTS

244. Seules la Convention contre la torture de 1984 et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoient expressément l'interdiction d'expulsion vers un pays à risque.

[792] ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, supra note n° 741, p. 662.
[793] Amnesty International, « La protection des réfugiés en droit international », *op. cit.*, supra note n° 744.

L'article 3 de la Convention de 1984 interdit aux Etats parties d'expulser, de refouler, et d'extrader « *une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture* »[794]. L'article 19-2 de la Charte des droits fondamentaux précise que « *nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un Etat 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* »[795]. La Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte international de 1966 interdisent la torture, les peines ou traitements inhumains ou dégradants mais ne prévoient pas l'application de cette interdiction aux mesures d'éloignement. Les juridictions garantes de ces textes ont eu l'occasion de statuer sur la question. La Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme ont dû développer, à travers leur travail de protection par ricochet, la règle absolue selon laquelle il est interdit aux Etats contractants d'éloigner un étranger, réfugié ou non, vers un Etat où il risque d'être soumis à ces mauvais traitements.

Dès lors, il s'est avéré nécessaire de reconnaître que l'interdiction des mauvais traitements est applicable aux mesures d'éloignement (**Paragraphe I**) et présente un caractère absolu (**Paragraphe II**).

PARAGRAPHE I : L'applicabilité de l'interdiction aux mesures d'éloignement

245. Lorsqu'une décision d'éloignement viole par ses effets un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, elle peut engager la responsabilité de l'Etat qui l'a prise. Le problème est qu'un tel éloignement a des répercussions risquant de se manifester en dehors de la juridiction de l'Etat en cause en raison de mauvais traitements infligés dans l'Etat de destination[796]. L'article 3 de la Convention, en vertu duquel « *nul ne*

[794] Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution n° 39/46 du 10 décembre 1984 et entrée en vigueur le 26 juin 1987.

[795] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, JOCE n° C 364 du 18 décembre 2000, p. 1.

[796] Le fait même d'éloigner peut constituer un traitement prohibé par l'article 3 de la Conv.EDH. Voy. à ce propos CEDH, arrêt du 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga contre Belgique* : dans cette

peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »[797], peut-il alors s'appliquer ? L'article 1er prévoit que « *les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I* ». La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que cet article « *fixe une limite territoriale au domaine de la Convention. En particulier, (…) la Convention ne régit pas les actes d'un Etat tiers, ni ne prétend exiger des Parties contractantes qu'elles imposent ses normes à pareil Etat* »[798]. La Cour considère dès lors que, « *l'article 1 ne saurait s'interpréter comme consacrant un principe général selon lequel un Etat contractant (…) ne peut livrer un individu sans se convaincre que les conditions escomptées dans le pays de destination cadrent pleinement avec chacune des garanties de la Convention* »[799].

246. Toutefois, la Commission européenne des droits de l'homme a très tôt admis l'applicabilité de l'article 3 à la matière de l'extradition[800]. Une telle mesure peut en effet violer l'article 3 de la Convention lorsqu'elle est envisagée vers un Etat où, « *en raison de la nature même du régime de ce pays ou de la situation particulière qui y règne, des droits humains fondamentaux, tels que ceux qui sont garantis par la Convention, pourraient être soit grossièrement violés, soit entièrement supprimées* »[801]. La Commission explique que « *l'engagement pris par les Hautes parties contractantes à l'égard de toute personne relevant de leur juridiction s'étend, dans le domaine de l'article 3, à l'obligation de ne pas exposer cette personne à une situation irrémédiable de danger objectif en dehors de leur juridiction*»[802]. Elle a également été d'avis que « *l'expulsion d'un individu vers un pays où il y a des raisons de croire qu'il sera soumis à un traitement contraire à l'article 3 pose un problème sous l'angle de cet article* »[803].

---

affaire, une enfant de cinq ans a été refoulée vers son pays d'origine sans être accompagnée d'une personne adulte lors du voyage de retour, et sans que soit garantie sa prise en charge effective dans le pays de retour.

[797] Pour une définition des termes « torture », « peine inhumaine », « peine dégradante », « traitement inhumain » et « traitement dégradant », voy. ALLEWELDT (R.), *Protection against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on Human Rights*, EJIL, 1993, vol. 4, n° 3, pp. 360-376, sp. pp. 363-364.

[798] CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering*, *op. cit.*, supra note n° 735, § 86.

[799] *Ibid.*

[800] Comm.EDH, décision du 29 mai 1961, *X contre Belgique*, req. n° 984/61. Voir aussi Comm.EDH, 6 octobre 1962, *X contre RFA*, req. n° 1465/62.

[801] Comm.EDH, 6 octobre 1962, *ibid.*

[802] Comm.EDH, décision du 2 décembre 1986, *K. et F. contre Pays-Bas*, req. n° 12543/86, *D. R.* 51, p. 272.

[803] Comm.EDH, décision du 8 mars 1989, *El Makhour contre Allemagne*, req. n° 14312/88, *D. R.* 60, p. 284. Il existe en outre les hypothèses dans lesquelles des décisions d'expulsion successives peuvent emporter violation de l'article 3 : *cf.* Comm.EDH, décision du 4 octobre 1978, *X c/ RFA*, req. n° 8100/77 : « *dans certaines circonstances, l'expulsion répétée d'un étranger ne disposant d'aucun titre d'identité et de voyage et dont l'Etat*

247. Il faut attendre l'affaire *Soering* du 7 juillet 1989, concernant un problème d'extradition, pour que la Cour européenne entérine cette jurisprudence[804]. La Convention européenne doit, selon elle, se lire en fonction de son caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales[805]. L'objet et le but de cet instrument de protection des êtres humains appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives[806]. Ainsi, si en principe il n'appartient pas aux organes de la Convention de statuer sur l'existence ou l'absence de violations virtuelles de celle-ci, « *une dérogation à la règle générale s'impose pourtant si un fugitif allègue que la décision de l'extrader enfreindrait l'article 3 au cas où elle recevrait exécution, en raison des conséquences à en attendre dans le pays de destination ; il y va de l'efficacité de la garantie assurée par ce texte, vu la gravité et le caractère irréparable de la souffrance prétendument risquée* »[807].

248. La violation que le juge européen peut être amené à apprécier peut dès lors être virtuelle[808]. La protection indirecte de l'article 3 serait vidée de son effet utile si la décision d'éloignement devait avoir été exécutée. Comme l'exprime parfaitement le Professeur F. SUDRE, « *il est clair que la protection dérivée de l'article 3 demeure sans portée pratique si elle est subordonnée à la réalisation de la mesure d'expulsion ou d'extradition* »[809]. Dans son arrêt *Soering*, la Cour a donc considéré qu'il appartient aux Etats contractants, notamment au regard de l'article 3, de prendre en considération les conséquences prévisibles qu' « *une*

---

d'origine est inconnu ou refuse la réadmission sur son territoire pourrait soulever un problème au regard de l'article 3 de la Convention, qui prohibe les traitements inhumains ou dégradants ».

[804] CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering*, *op. cit.*, supra note n° 735.

[805] CEDH, arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande contre Royaume-Uni*, série A n° 25, § 239.

[806] CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering*, *op. cit.*, supra note n° 735, § 87.

[807] *Id.*, § 90.

[808] La disparition de « *menace de violation potentielle* » peut résulter de la délivrance d'un permis de séjour faisant suite à une décision jurisprudentielle rendue précédemment par une autre juridiction internationale : voir la radiation du rôle effectuée par la CEDH dans son arrêt du 30 octobre 1997, *Ernesto Paez contre Suède*, § 29, recueil 1997-VII, et les constatations du Comité contre la torture des Nations Unies du 28 avril 1997, concernant la Communication n° 39/1996, *Gorki Ernesto Tapia Paez contre Suède*, présentée le 19 janvier 1996, CAT/C/18/D/39/1996, 28 avril 1997. Sur cette rare jurisprudence, *cf.* TAVERNIER (P.), *in* « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1997) », JDI, 1998, n° 1, pp. 165-217, sp. pp. 226-227.

[809] SUDRE (F.), commentaire de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, *in* PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (dir.), « La convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article », Paris, Economica, 1999, 2ème édition, 1230 p., pp. 155-175, sp. pp. 172-173. L'auteur cite en exemple l'affaire *Amekrane*, concernant un individu qui sera exécuté une fois remis aux autorités marocaines par le Royaume-Uni : Comm.EDH, décision du 11 octobre 1973, *Amekrane contre Royaume-Uni*, req. n° 5961/72, recueil 44, p. 101.

extradition entraîne en dehors de leur juridiction »[810] et a conclu que la décision de livrer le requérant aux Etats-Unis violerait l'article 3 si elle recevait exécution en raison des mauvais traitements que l'intéressé risquerait de subir dans cet Etat de renvoi[811]. Dès lors, à partir du moment où la décision d'éloignement est prise par les autorités nationales compétentes, elle tombe sous le coup de l'article 3 même si elle n'a pas reçu exécution[812].

L'article 3 de la Convention européenne, lu en combinaison avec l'article 1er, fait par conséquent peser sur les Etats parties une obligation négative : celle de ne pas éloigner un étranger vers un pays à risque. Dans l'appréciation de la responsabilité de ces Etats contractants, il est nécessaire d'analyser la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de l'article 3. A cet égard, la Cour tient à préciser qu' « *il ne s'agit pas pour autant de constater ou prouver la responsabilité de ce pays en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement. Dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'Etat contractant qui extrade, à raison d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés* »[813].

249. Applicable à la matière de l'extradition, l'article 3 l'est aussi en matière d'expulsion. En effet, dans l'affaire *Cruz Varas*, la Commission européenne des droits de l'homme envisage l'utilisation de l'article 3 dans le cas où l'application de la mesure incriminée telle une expulsion ou une extradition imminente entraîne un dommage irréparable pour le requérant une fois celui-ci arrivé dans l'Etat de destination. Statuant sur cette affaire en 1991, la Cour rappela tout d'abord que dans son arrêt *Soering* de 1989, elle avait décidé que « *la décision d'un Etat contractant d'extrader un fugitif peut soulever un problème au regard de l'article 3, donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le livre à l'Etat requérant, y courra un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements*

---

[810] CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering*, *op. cit.*, supra note n° 735, § 86.
[811] *Id.*, § 111.
Il existe une doctrine abondante sur l'affaire Soering. Voy., par exemple GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.), *L'extradition et la Convention européenne des droits de l'homme. L'affaire Soering*, RTDH, 1990, pp. 5-24.
[812] SUDRE (F.), commentaire sous l'arrêt *Soering*, *in* SUDRE (F.), MARGUENAUD (J.-P.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.) et LEVINET (M.) sous la direction de D. TRUCHET, « Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme », Paris, PUF, 2004, 2e édition, 645 p., pp. 123-133, sp. p. 128.

inhumains ou dégradants »[814]. Elle reconnut ensuite qu'en l'espèce, l'affaire concerne certes une expulsion et non une extradition mais admit que « *le principe énoncé plus haut s'applique également aux décisions d'expulsion et, a fortiori, aux expulsions effectives* »[815]. Autrement dit, « *ce qui était valable pour l'extradition l'est a fortiori pour l'expulsion* »[816].

250. Ultérieurement, le juge européen admettra l'applicabilité de l'article 3 à l'ensemble des mesures d'éloignement[817].

251. Cette obligation qui pèse ainsi sur les Etats de protéger toute personne contre le risque de mauvais traitements a été admise de manière semblable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme[818]. L'article 5 § 2 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme prévoit que « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* ». Dans une décision du 29 juillet 1988, la Cour interaméricaine a décidé que les Etats contractants ne peuvent pas violer le droit à l'intégrité de la personne garanti à l'article 5[819]. En outre, elle a jugé que lesdits Etats ont pour obligation de prévenir les violations de ce droit, en considérant que « *la garantie reconnue du droit de toute personne à l'intégrité physique* (…) *implique la prévention raisonnable de situations*

---

[813] CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering*, *op. cit.*, supra note n° 735, § 91.
[814] CEDH, arrêt du 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres contre Suède*, § 69, série A n° 201.
[815] *Id.*, § 70. En l'occurrence, l'affaire *Cruz Varas* concernait l'expulsion d'un demandeur d'asile. Ni la Convention européenne des droits de l'homme, ni ses Protocoles ne consacrent le droit à l'asile politique. Néanmoins, un demandeur d'asile, qu'il soit physiquement présent sur le territoire d'un Etat contractant ou qu'il soit en zone d'attente ou de transit internationale, relève de la juridiction de cet Etat et peut donc se réclamer de la protection de la Convention en cas d'éloignement. La CEDH a admis qu' « *en dépit de sa dénomination, ladite zone ne bénéficie pas du statut d'extraterritorialité* » : CEDH, arrêt du 25 juin 1996, *Amuur contre France*, § 52, recueil 1996-III.
[816] LABAYLE (H.), *L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme*, RFD adm., septembre-octobre 1997, n° 5, pp. 977-998, sp. p. 978.
[817] Concernant le refoulement, la Cour l'assimile à la mesure d'expulsion et rappelle sa décision *Cruz Varas* du 20 mars 1991 : CEDH, arrêt du 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres contre Royaume-Uni*, § 103, série A n° 215.
Pour de plus amples développements à ce sujet, voir la thèse de ALLEWELDT (R.), *Forcible return and torture : the relevance of article 3 of the European Convention on Human Rights for decisions on expulsion, admission and extradition of persons who are threatened with, or have been subjected to, torture or inhuman or degrading treatment or punishment*, Florence : European University Institute, 1992 ; ou l'article du même auteur inspiré de cette thèse : ALLEWELDT (R.), *Protection against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on Human Rights*, EJIL, 1993, vol. 4, n° 3, pp. 360-376.
[818] SUDRE (F.), commentaire de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, supra note n° 809, p. 156.
[819] Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 29 juillet 1988, *Velasquez Rodriguez contre Honduras*, § 175.

virtuellement attentatoires [au droit protégé] »[820]. De même, à propos de l'expulsion d'un ressortissant iranien effectuée par les autorités canadiennes, le Comité des droits de l'homme a souligné que, « *comme pour le droit à la vie, le droit de ne pas être soumis à la torture impose à l'État partie non seulement de s'abstenir de commettre lui-même la torture mais aussi de prendre avec diligence les mesures voulues pour éviter qu'un individu en situation de risque soit soumis à un tel traitement dans un État tiers* »[821].

252. Certes, une décision d'éloignement *peut* s'avérer contraire à l'article 3 de la Convention européenne. Encore faut-il que le moyen tiré de cet article soit recevable. En d'autres termes, « *dans des circonstances normales, l'article 3 n'est pas applicable à la mesure d'éloignement* »[822]. Il l'est dans des « *cas exceptionnels d'éloignement forcé* »[823].

253. Parfois, la Cour européenne considère que la violation constatée d'un autre article de la Convention, tel l'article 8, suffit à réparer le préjudice subi par l'individu frappé d'expulsion et n'estime donc pas nécessaire d'examiner le grief tiré de la violation de l'article 3[824].

254. Les arrêts de la Cour posent par ailleurs la question problématique de la preuve. En effet, les problèmes majeurs pour les étrangers, réfugiés ou non, frappés d'une mesure d'éloignement résident dans la difficulté pour eux non seulement de faire jouer l'article 3, mais aussi d'apporter la preuve des "motifs sérieux et avérés". Force est de constater que concrètement, la Cour fait de l'article 3 une application stricte, d'une part, par rapport à la preuve que doit apporter l'intéressé relativement aux « *motifs sérieux et avérés* » qu'il a de croire « *à un risque réel de traitements incompatibles avec l'article 3* », et d'autre part concernant les critères permettant d'atteindre le seuil de gravité minimum exigé par cet article. Il y a des " motifs sérieux et avérés " lorsqu'il « *existe des raisons plausibles de croire*

---

[820] *Id.*, § 187. Sur cette décision, voir COHEN-JONATHAN (G.), *Cour interaméricaine des droits de l'homme. L'arrêt Velasquez*, RGDI publ., 1990, pp. 455-471 : l'auteur tient à préciser qu'il s'agit de « *la première sentence judiciaire internationale concernant un cas relevant d'une "pratique" de disparitions forcées* ». Pour un autre cas de disparitions forcées et de violation reconnue de l'article 5 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, voy. Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 1er mars 2005, *Hermanas Serrano Cruz contre El Salvador*.

[821] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 29 mars 2004, *Mansour Ahani contre Canada*, communication n° 1051/2002 du 10 janvier 2002, CCPR/C/80/D/1051/2002, 14 juin 2004, § 10.7.

[822] SUDRE (F.), commentaire de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, supra note n° 809, p. 163.

[823] *Ibid.*

que l'expulsion va avoir lieu, la question étant donc de savoir si l'expulsion est certaine et imminente et si le pays de destination infligera un tel traitement à la personne visée »[825]. Quant au risque, il doit être individualisé et certain, c'est-à-dire que les mauvais traitements doivent être prévisibles. A ce stade, la Cour européenne a considéré que les incohérences et les contradictions qui ressortent des dépositions des requérants et de leurs témoins n'affectent pas « *la crédibilité des témoignages* »[826].

Pour déterminer s'il y a des motifs sérieux et avérés de croire à un risque réel de mauvais traitements, la Cour doit s'appuyer sur « *l'ensemble des données qu'on lui fournit ou, au besoin, qu'elle se procure d'office* »[827]. Plus précisément, pour apprécier l'existence de ce risque, elle examine en priorité les circonstances « *dont l'Etat en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion* », mais elle peut tout aussi bien prendre en considération des renseignements ultérieurs qui « *peuvent servir à confirmer ou infirmer la manière dont la Partie contractante concernée a jugé du bien-fondé des craintes du requérant* »[828].

255. Par ailleurs, pour tomber sous le coup de l'article 3, le juge européen considère qu'un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. En ce sens, « *l'appréciation de ce minimum est relative* (…) *et dépend de l'ensemble des données de la cause, et notamment de la nature et du contexte du traitement ou de la peine ainsi que de ses modalités d'exécution, de sa durée, de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime* »[829]. Lors de son examen, la Cour apprécie la situation au moment où il a été procédé à l'éloignement. Si celui-ci n'a pas encore eu lieu, « *la date à retenir doit*

---

[824] Voir par exemple CEDH, arrêt du 13 juillet 1995, *Nasri contre France*, § 48, série A n° 320 B.
[825] LAMBERT (H.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, supra note n° 738, p. 31.
[826] CEDH, arrêt du 24 avril 1998, *Selcuk et Asker c/ Turquie*, § 56, recueil 1998-II.
[827] CEDH, arrêt du 20 mars 1991, *Cruz Varas*, *op. cit.*, supra note n° 814, § 75.
[828] *Id.*, § 76.
[829] *Id.*, § 83. Voir aussi, *mutatis mutandis*, CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering*, *op. cit.*, supra note n° 735, § 100 ; CEDH, arrêt du 25 mars 1993, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*, § 30, Série A n° 247-C ; CEDH, arrêt du 22 juin 2006, *D. et autres contre Turquie*, § 49. Dans cette dernière affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que serait contraire à l'article 3, si elle était exécutée, l'expulsion vers son pays d'origine d'une ressortissante iranienne dénonçant non pas le « *risque de se voir infliger un châtiment corporel* », mais le risque « *d'exécution, imminent et certain, de la peine de cent coups de fouets, à laquelle elle a été (…) condamnée* » (§ 47). La Cour s'est fondée sur les informations, non contestées, relatives aux modalités d'exécution des peines (inhumaines) de flagellation en Iran et fait notamment état des nombreux cas de ces violences physiques pratiquées publiquement par la puissance étatique.

être celle de l'examen de l'affaire »[830]. Les faits historiques peuvent être utiles car ils permettent d'éclairer la situation actuelle et son évolution probable. En conséquence, la Cour statue en tenant compte des « *circonstances présentes* »[831].

256. En octobre 1991, dans l'affaire *Vilvarajah* relative à la situation de citoyens sri lankais d'origine ethnique tamoule, la Cour a jugé que, pour mener à bien son examen d'une question touchant au renvoi de demandeurs d'asile, elle doit se concentrer sur les conséquences prévisibles du renvoi vers leur Etat d'origine, compte tenu de la situation générale dans cet Etat et des circonstances propres au cas de chacun des requérants[832]. En l'espèce, les preuves fournies quant au contexte général au Sri Lanka n'établissaient pas, selon la Cour, que la situation personnelle des intéressés fût pire que celle de la généralité des membres de la communauté tamoule ou des autres jeunes Tamouls de sexe masculin qui regagnaient leur pays. Ainsi, bien qu'il releva que « *la conjoncture restant instable, ils se trouvaient devant un risque de détention ou de mauvais traitements, qui s'était déjà réalisé pour certains d'entre eux par le passé* »[833], le juge européen considéra qu' « *une simple possibilité de mauvais traitements n'entraîne pas en soi une infraction à l'article 3* »[834] et conclut, par huit voix contre une, à la non violation de l'article 3 de la Convention.

257. Dans son opinion dissidente, le juge M. Carlo Russo rappela que l'article 3 fait partie du "noyau dur" de la Convention et qu' « *il faut donc veiller avec soin à ne pas restreindre l'importance d'un droit aussi fondamental pour la protection des droits de l'homme* »[835]. Il admit que la question des réfugiés concerne presque tous les pays d'Europe et pose un problème d'accueil mais qu'en l'occurrence, les requérants risquaient réellement de subir des mauvais traitements graves à leur retour dans leur Etat d'origine. A ce titre, il fait référence aux opinions d'associations ou organisations particulièrement qualifiées, comme le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés ou Amnesty International[836]. La Cour

[830] CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal contre Royaume-Uni*, § 86, recueil 1996-V.
[831] *Ibidem.*
[832] CEDH, arrêt du 30 octobre 1991, *Vilvarajah*, *op. cit.*, supra note n° 817, § 108.
[833] *Id.*, § 111.
[834] *Ibid.*
[835] Opinion dissidente du juge M. C. Russo, sur l'arrêt de la CEDH en date du 30 octobre 1991, *Vilvarajah*, *op. cit.*, supra note n° 817.
[836] La Cour européenne peut aussi prendre en considération les recommandations contenues dans les différents rapports établis par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, institué par la Convention européenne du 26 novembre 1987 entrée en vigueur le 1er février 1989.

européenne a toutefois repris cette jurisprudence dans son arrêt *Müslim* du 26 avril 2005[837]. A propos d'un ressortissant irakien d'origine turkmène craignant d'être extradé par les autorités turques vers l'Irak et invoquant les articles 2 et 3, elle considère que « *les preuves fournies à la Cour quant aux antécédents du requérant et au contexte général en Irak n'établissent aucunement que la situation personnelle de l'intéressé pourrait être pire que celle d'autres membres de la minorité turkmène, ni même, peut être, que celle des autres habitants de l'Irak du Nord, région qui (…) paraît moins touchée par les violences que les autres parties du pays* » [838]. De surcroît, la Cour ajoute qu' « *une simple possibilité de mauvais traitements en raison d'une conjoncture instable dans un pays n'entraîne pas en soi une infraction à l'article 3 d'autant moins qu'en l'espèce une évolution démocratique est en cours en Irak et que l'on est en mesure d'espérer que cela entraîne à l'avenir une amélioration de la conjoncture actuelle* »[839].

258. Par ailleurs, il est particulièrement ardu de démontrer qu'un éloignement vers un Etat contractant, et surtout vers un Etat membre de l'Union européenne, est contraire à l'article 3[840]. Les Etats européens sont généralement considérés comme des pays "sûrs", c'est-à-dire comme étant économiquement stable et respectant les droits de l'homme[841]. Or, faut-il rappeler qu'outre la Turquie et le Royaume-Uni notamment, la France a déjà été plusieurs fois condamnée pour violation de cet article ?[842] De même, Amnesty International a récemment

[837] CEDH, arrêt du 26 avril 2005, *Müslim contre Turquie*.
[838] *Id.*, § 68.
[839] *Id.*, § 70. Cette sévérité quant au seuil de gravité exigé se retrouve dans l'affaire *Mamatkulov* de 2005 concernant l'extradition d'opposants politiques ouzbeks vers leur pays d'origine : CEDH, arrêt du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov contre Turquie*, recueil 2005-I.
[840] La Commission européenne des droits de l'homme présumait que les Etats contractants ayant reconnu le recours individuel devant la Cour à leurs ressortissants respectaient la Conv.EDH et déclarait irrecevables les requêtes alléguant qu'une expulsion vers un de ces Etats contractants pourrait violer l'article 3. Par conséquent, les personnes éloignées vers un Etat tiers à la Convention pouvaient bénéficier de la protection de cet article alors que celles renvoyées vers un Etat contractant ne le pouvaient pas.
[841] Les Etats membres de l'Union européenne ont validé cette notion de « pays sûr » au niveau communautaire (Voir Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes, *op. cit.*, supra note n° 755. Voir aussi le Protocole (n° 29) annexé au TCE sur le droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne (1997), dont l'article unique énonce que « *vu le niveau de protection des droits fondamentaux et des libertés fondamentales dans les Etats membres (…), ceux-ci sont considérés comme constituant des pays d'origine sûrs les uns vis-à-vis des autres pour toutes les questions juridiques et pratiques liées aux affaires d'asile. En conséquence, toute demande d'asile présentée par un ressortissant d'un Etat membre ne peut être prise en considération (…) par un autre Etat membre* [que dans certains cas exceptionnels]»).
[842] Voir CEDH, arrêt du 18 décembre 1996, *Aksoy contre Turquie*, recueil 1996-VI ; CEDH, arrêt du 27 août 1992, *Tomasi contre France*, série A n° 241-A ; CEDH, arrêt du 28 juillet 1999, *Selmouni contre France*, recueil 1999-V. On songe par ailleurs tout particulièrement au refus prononcé en juin 2002 par la Haute Cour de justice britannique d'extrader vers la France le ressortissant algérien Rachid Ramda, suspecté d'avoir perpétré des actes de terrorisme en France en 1995, au motif qu'il risquerait d'y subir des traitements inhumains

condamné une décision de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles d'août 2004 autorisant l'obtention de preuves par la torture en application de la loi de 2001 sur la sécurité et la lutte contre la criminalité et le terrorisme, ce procédé heurtant gravement l'article 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture de 1984[843].

259. Le principe d'interdiction de la torture et autres mauvais traitements ne peut être effectif que s'il revêt un caractère absolu.

PARAGRAPHE II : Le caractère absolu de l'interdiction

260. Afin que la protection de l'interdiction de la torture et autres mauvais traitements posée dans les différents textes internationaux soit effective, les instances internationales garantes de ces textes vont devoir affirmer le caractère absolu de l'interdiction d'éloigner un individu vers un Etat où il risque d'être l'objet de ce type de traitements (**A**). De plus, pour éviter que cette protection ne soit amoindrie, ces instances internationales vont préciser que ce caractère absolu emporte le respect de certaines règles (**B**).

---

et dégradants. Le ministère de l'intérieur (Home Office) du Royaume-Uni a exigé en avril 2005 la remise de Rachid Ramda aux autorités françaises, mais l'intéressé a introduit un recours pour vice de procédure devant la Haute Cour de justice de Londres au mois d'octobre 2005. Celle-ci a rejeté la demande de révision de l'affaire le 17 novembre 2005 et l'intéressé a été extradé le 1er décembre 2005 vers la France. Sur cette affaire, voy. l'article de LANGELLIER (J.-P.), *Londres ordonne l'extradition de Rachid Ramda, suspecté dans les attentats de 1995 à Paris*, Le Monde, 10 juin 2005. Les juridictions britanniques considèrent en outre que la France ne respecte pas la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés : voir sur ce point MALABRE (J.-E.), *La France, un « pays sûr » ?*, Plein Droit, décembre 1999, n° 44, pp. 29-30.

[843] A ce sujet, voir la publication en ligne d'Amnesty International, « Le Fil d'AI », mars 2005, document public NWS 21/002/2005, http://web.amnesty.org/library/index/franws210022005.

A. La détermination du caractère absolu de l'interdiction

261. Les organes internationaux de protection des droits de l'homme vont affirmer le caractère absolu de l'interdiction de la torture et autres mauvais traitements en matière d'expulsion (**1**). A ce titre, la Cour européenne des droits de l'homme considère expressément que les exceptions au principe de non-refoulement admises à l'article 33 § 2 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés sont incompatibles avec les exigences de la Convention européenne (**2**).

1) La détermination jurisprudentielle du caractère absolu

262. Dans son arrêt *Soering*, la Cour européenne a affirmé le caractère absolu de l'article 3 de la Conv.EDH en matière d'extradition. Elle a jugé que ledit article « *ne ménage aucune exception, et l'article 15 ne permet pas d'y déroger en temps de guerre ou autre danger national. Cette prohibition absolue (…) de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants montre que l'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe* »[844]. Par conséquent, la Cour refuse de mettre en balance les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de la personne expulsée ou refoulée, à partir du moment où le respect de l'article 3 est en jeu.

263. Le juge européen eut à confirmer le caractère absolu de l'article 3 de la Convention suite aux tentatives de certains Etats de ne pas le respecter malgré tout. Dans l'affaire *Chahal*, le Gouvernement du Royaume-Uni soulignait que l'expulsion avait été décidée pour des raisons de sécurité nationale et affirmait à cet égard que « *les garanties prévues à l'article 3 de la Convention ne revêtent pas un caractère absolu lorsqu'un Etat contractant a l'intention*

L'interdiction de la torture est une norme de *jus cogens*. Voy. DE WET (E.), *The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law*, EJIL, février 2004, vol. 15, n° 1, pp. 97-121.

[844] CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering*, *op. cit.*, supra note n° 735, § 88. Voy. COHEN-JONATHAN (G.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, supra note n° 737, p. 286.

d'expulser un individu de son territoire »[845]. Selon lui, la façon dont serait traité l'intéressé dans l'Etat de destination était très hypothétique et incertaine, si bien qu'il s'avérait nécessaire de prendre notamment en compte « *le danger que la personne en question représente pour la sécurité du pays hôte. Ainsi, l'article 3 comporterait une restriction implicite permettant à un Etat contractant d'expulser un individu vers un pays, même en cas de risque réel de mauvais traitements, lorsque cette expulsion est nécessaire pour protéger la sécurité nationale* »[846]. Au soutien de cette thèse, le Gouvernement se référait à la jurisprudence *Soering* de la Cour qui permet d'invoquer des restrictions implicites, tout en rappelant que le droit d'asile peut être limité conformément aux articles 32 et 33 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés. En outre, le Gouvernement considérait que la menace qu'un individu représente pour la sécurité nationale devait être mise en balance avec l'interdiction posée à l'article 3. Le Royaume-Uni justifiait sa position en prétendant que « *le risque de mauvais traitements connaît différents degrés*, [de sorte que] *plus ce risque est élevé, moins on accordera d'importance à la menace pour la sécurité nationale* »[847]. A l'inverse, « *si l'existence d'un tel risque est sérieusement mise en doute* »[848], la menace pour l'intérêt général de la communauté pèserait davantage dans la balance des intérêts. Pour le Gouvernement, la situation de l'espèce relevait de cette dernière hypothèse. Il estimait en conséquence que « *la menace que M. Chahal constituerait pour la sécurité du Royaume-Uni justifierait de l'expulser* »[849].

La Commission rejeta ces arguments et estima que les garanties prévues à l'article 3 n'admettent aucune dérogation. De même, la Cour rappela que la Convention pose une interdiction absolue de la torture, des peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime[850]. Au final, « *il n'y a pas lieu pour la Cour d'examiner les allégations* [du Gouvernement] *en ce qui concerne les activités terroristes du requérant et la menace qu'il représente pour la sécurité nationale* »[851].

Surtout la Cour, qui avait affirmé dans sa décision du 20 mars 1991 *Cruz Varas* que l'article 3 est applicable à la matière de l'expulsion comme il l'est à celle de l'extradition,

---

[845] CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal*, *op. cit.*, supra note n° 830, § 76.
[846] *Ibid.*
[847] *Ibid.*
[848] *Ibid.*
[849] *Ibid.*
[850] *Id.*, § 79.
[851] *Id.*, § 82.

opère ici le même raisonnement en énonçant que si l'interdiction des mauvais traitements énoncée à l'article 3 est absolue en matière d'extradition, elle « *est tout aussi absolue en matière d'expulsion. Ainsi, chaque fois qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'une personne courra un risque réel d'être soumise à des traitements contraires à l'article 3 si elle est expulsée vers un autre Etat, (…) les agissements de la personne considérée, aussi indésirables ou dangereux soient-ils, ne sauraient entrer en ligne de compte* »[852]. La Cour refuse dès lors expressément que le risque de mauvais traitements et les raisons invoquées pour l'expulsion soient mis en balance[853].

264. Il paraît essentiel de remarquer que cette règle du caractère absolu de l'article 3 de la Convention européenne ne fut pourtant pas affirmée à l'unanimité. En effet, pas moins de sept juges sur 19 exprimèrent une opinion dissidente sur cette question. Ils concédèrent tout d'abord que certes « *des considérations de sécurité nationale ne sauraient être invoquées pour justifier des mauvais traitements de la part d'un Etat contractant à l'intérieur de sa juridiction et que la protection prévue à l'article 3 est en ce sens absolue* »[854]. Cependant, ils ajoutèrent ensuite que « *la situation est différente lorsque seule l'application extraterritoriale ou indirecte de l'article est en jeu* »[855]. Selon eux, un Etat contractant qui projette d'expulser un étranger « *peut légitimement mettre en balance (…) la nature de la menace que cette personne représenterait pour la sécurité nationale si elle restait dans ce pays et (…) la gravité du risque potentiel de mauvais traitements qu'elle courrait dans le pays de destination* »[856]. Les sept juges affirmèrent enfin que dans la mesure où « *il existe des doutes sérieux quant à la probabilité que ces risques de mauvais traitements se matérialisent, la menace pour la sécurité nationale peut peser d'un grand poids dans la balance* »[857]. En ce sens, ces juges partageaient l'avis du Gouvernement britannique.

Il faut se rallier à l'avis de la majorité qui a la volonté de garantir une protection forte du droit individuel des personnes frappées d'une mesure nationale d'éloignement. Il n'est

---

[852] *Id.*, § 80. La Cour rappelle régulièrement le caractère absolu de l'interdiction posée à l'article 3 de la Convention en matière d'expulsion : voy. par exemple CEDH, arrêt du 22 juin 2006, *D. et autres contre Turquie*, § 45.
[853] CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal*, *op. cit.*, supra note n° 830, § 81.
[854] Paragraphe 1er de l'opinion partiellement dissidente commune aux juges M. Gölcüklü, M. Matscher, Sir J. Freeland, M. Baka, M. Mifsud Bonnici, M. Gotchev et M. Levits, dans l'affaire *Chahal contre Royaume-Uni* précitée.
[855] *Ibid.*
[856] *Ibid.*

guère acceptable que des actes de torture ou autres mauvais traitements puissent être autorisés, même dans des situations particulièrement exceptionnelles. Les cas échéants, d'aucuns suggèrent que les Etats contractants devraient « *explorer* [diverses] *options* »[858] afin de protéger à la fois leur sécurité et le droit pour chaque étranger de ne pas être maltraité. L'alternative à une expulsion de l'étranger vers son pays d'origine ne pourrait-elle pas être de l'éloigner vers un Etat où il n'y aurait aucun risque de torture ou autres mauvais traitements, ni aucun risque d'être refoulé par cet Etat vers ledit pays d'origine ? Le problème est que l'étranger, dans une telle situation, aura assurément de grandes difficultés pour trouver un Etat qui accepte de l'accueillir, étant donné les charges pesant ou ayant pesé contre lui et la menace qu'il peut alors représenter.

265. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a fixé un niveau de protection s'alignant sur celui garanti par la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui dispose en son article 3 qu' « *aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture* »[859]. Le libellé de cette disposition ne prévoit aucune exception à cette interdiction et le Comité contre la torture va en affirmer le caractère absolu dans ses constatations : « *le critère énoncé à l'article 3 de la Convention est absolu* [et] *la nature des activités auxquelles l'intéressé s'est livré n'est pas une considération pertinente quand on prend une décision conformément* »[860] à cet article. Selon le Comité, ce dernier est applicable « *que l'intéressé ait commis des crimes ou non et quelle que soit la gravité de ceux-ci* »[861].

266. Déjà, dans une recommandation de 1977, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe avait estimé que les Etats contractants ne devraient pas procéder à l'expulsion ou à l'extradition d'un terroriste « *vers un Etat tiers au cas où la Commission et, le cas échéant, la*

---

[857] *Ibid.*

[858] RUDOLF (B.), *in* « International decisions », commentaire de l'arrêt Chahal, AJIL, vol. 92, janvier 1998, n° 1, pp. 70-74, sp. p. 74.

[859] Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *op. cit.*, supra note n° 794. Sur l'application de cet article 3, voir l'observation générale du Comité contre la torture du 27 novembre 1997, CAT Observation Générale 1., http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/

[860] Constatations du Comité contre la torture des Nations Unies, 28 avril 1997, *Gorki Ernesto Tapia Paez contre Suède*, *op. cit.*, supra note n° 808, pt. 14(5). Pour une confirmation de ces constatations, voir Constatations du Comité contre la torture des Nations Unies, 9 mai 1997, concernant la Communication n° 34/1995, *Seid Mortesa Aemei contre Suisse*, présentée le 26 octobre 1995, CAT/C/18/D/34/1995, 29 mai 1997, pt. 9(8).

Cour sont appelées à se prononcer sur les allégations relatives à un risque sérieux d'un traitement non conforme aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme dont la personne pourrait faire l'objet dans l'Etat tiers »[862]. Dans le même sens, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a considéré que les actes d'une personne, aussi dangereux soient-ils, ne peuvent en aucun cas remettre en cause l'interdiction absolue de renvoi vers un pays à risque. En effet, le 28 février 2000, elle a affirmé que « *le fait qu'un individu soit suspecté ou jugé d'avoir des liens avec le terrorisme ne modifie pas l'obligation pour l'Etat de s'abstenir de le renvoyer là où il y a des raisons sérieuses de croire qu'il courrait un risque réel de subir des traitements inhumains* »[863]. De son côté, le Comité des droits de l'homme a rappelé, dans une affaire concernant l'expulsion d'un citoyen iranien du Canada motivée par des raisons de sécurité nationale, que l'interdiction de la torture, telle que garantie par l'article 7 du Pacte de 1966, « *est une interdiction absolue qui ne souffre d'être mise en balance avec aucune autre considération* »[864].

267. Dans le cadre de l'Union européenne, l'article 3 de la Convention européenne tel qu'il est interprété par la Cour européenne fut pris en compte dans certains textes. On peut citer par exemple la recommandation de 1995 du Conseil sur l'harmonisation des moyens de lutte contre l'immigration illégale et le travail clandestin qui se réfère explicitement à l'article 3 de la Conv.EDH, tel qu'interprété par la Cour européenne[865].

---

[861] Constatations du Comité contre la torture des Nations Unies, 5 mai 1999, concernant la Communication n° 104/1998, *M.B.B. contre Suède*, présentée le 12 décembre 1997, CAT/C/22/D/104/98, 21 juin 1999, pt. 6(4).

[862] Recommandation n° 817(1977) du 7 octobre 1977 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à certains aspects du droit d'asile. L'Assemblée faisait notamment référence à la Convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977 (Série des Traités européens n° 90) qui ne peut « *justifier l'extradition d'une personne ayant commis un acte visé dans cette Convention vers le pays qu'elle avait fui par crainte d'être persécutée ou poursuivie pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinion politique* ».

[863] Traduit par nous ("*The fact that a person is suspected of or deemed to have some relation to terrorism does not modify the obligation of the State to refrain from return where substantial grounds of a real risk of inhuman treatment are at issue*") : Commission interaméricaine des droits de l'homme, 28 février 2000, *Report on the Situation of Human Rights of Asylum Seekers within the Canadian Refugee Determination System*, § 154, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/country-reports/canada2000
La Cour interaméricaine rappelle régulièrement que l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, prévue à l'article 5 § 2 de la Convention américaine, est absolue, « *même dans les circonstances les plus difficiles, comme la guerre, la menace de guerre, la lutte contre le terrorisme ou tout autre crime, (...) l'état d'urgence (...)* » : voir, par exemple, Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 18 novembre 2004, *De la Cruz-Flores contre Pérou*, § 125 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 11 mars 2005, *Caesar contre Trinité-et-Tobago*, § 59.

[864] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 29 mars 2004, *Mansour Ahani contre Canada*, *op. cit.*, supra note n° 821, § 10.10.

[865] Recommandation du 22 décembre 1995 du Conseil sur l'harmonisation des moyens de lutte contre l'immigration illégale et le travail clandestin ainsi que sur l'amélioration des moyens de contrôle prévus à cet effet, JOCE n° C 5 du 10 janvier 1996, p. 1.

268. Cependant, la donnée juridique essentielle réside dans le fait que l'Union européenne se soit dotée d'une Charte des droits fondamentaux qui réaffirme les droits résultant notamment des obligations internationales communes aux Etats membres, de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne[866].

269. La Charte a fait l'objet de plusieurs projets. Dans l'un d'entre eux, l'article 4-2 incorporait la jurisprudence de la Cour européenne sur l'article 3 de la Conv.EDH en stipulant que « *Nul ne peut être expulsé ni extradé vers un Etat où il serait menacé d'être soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres traitements inhumains* »[867]. Mais, la version finale de l'article 4 est amputée de ce second tiret et reprend uniquement le libellé de l'article 3 de la Conv.EDH. La phrase ainsi supprimée sera ajoutée et modifiée dans un article 19-2 relatif à la matière de l'éloignement selon lequel « *nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un Etat 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* »[868]. La Charte codifie ainsi le principe de non-refoulement des étrangers[869]. Dans son explication de l'article 4 de la Charte, le Présidium indique qu'il correspond exactement au droit qui est garanti par l'article 3 de la Conv.EDH et qu'il a le même sens et la même portée que ce dernier article[870]. A propos de l'article 19, le Présidium a de nouveau indiqué que « *le paragraphe 2 incorpore la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 3 de la Convention européenne* »[871]. Il cite notamment l'arrêt *Soering* du 7 juillet 1989 de la Cour européenne. Ni l'article 4, ni l'article 19-2 ne peuvent donc faire l'objet de dérogations.

---

[866] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 décembre 2000, *op. cit.*, supra note n° 795.
La doctrine et les ouvrages parus sur la Charte sont innombrables ; une liste exhaustive s'avère impossible. Voici certaines références intéressantes concernant l'avenir de la Charte : TAVERNIER (P.), *L'insertion de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le système européen de protection des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, revue hellénique des droits de l'homme, 2003, p. 1069 ; TURPIN (F.), *L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne*, RTD eur., octobre-décembre 2003, n° 4, pp. 615-636 ; DOUGLAS-SCOTT (S.), *The Charter of fundamental Rights as a constitutional document*, EHRLR, n° 1, 2004, pp. 37-50 ; YOUNG (A. L.), *The Charter, Constitution and Human Rights : is this the Beginning or the End for Human Rights Protections by Community Law ?*, Eur. Publ. Law, vol. 11, issue 2, juin 2005, pp. 219-240.
[867] Voir l'exposé des motifs par le Présidium des dispositions du projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, 11 mai 2000, Doc. Charte 4284/1/00, REV 1/convent 28.
[868] Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 28 juillet 2000, Doc. Charte 4422/00, convent 45.
[869] DUHAMEL (O.), *Pour l'Europe – Le texte intégral de la Constitution, expliqué et commenté*, Paris, Seuil, 2003, 442 p., p. 268.
[870] Explications de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne établies sous la responsabilité du Présidium.

270. La protection que la Charte assure en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition est plus large que celle offerte par les règles relatives aux droits de l'homme préexistantes et auxquelles elle fait référence, dans la mesure où, en sus, elle prend en compte le risque d'exposition à la peine de mort[872]. Cette protection est garantie quelle que soit la mesure d'éloignement. A cet égard, M. O. DUHAMEL souligne que « *cette conception large de la protection a été introduite à partir d'un avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme en France* »[873].

Un bémol doit cependant être émis à l'encontre de cet article 19-2. Celui-ci emploie les termes de « risque sérieux » comme dans l'article 3 de la Convention contre la torture, tandis que la Cour européenne demande un « risque réel »[874], c'est-à-dire véritable. Dès lors, si la Charte accroît « *le niveau quantitatif des risques encourus* »[875] en prenant en considération la peine de mort, elle réduit « *le niveau qualitatif* »[876] en exigeant un risque sérieux. A ce propos, le Professeur J.-Y. CARLIER aurait souhaité que le niveau de risque soit « *laissé à l'appréciation évolutive d'un instrument vivant* » au même titre que « *les notions de torture et de traitements inhumains et dégradants* »[877].

---

[871] *Ibid.*

[872] Cet ajout n'est pas surprenant étant donné que le Protocole n° 6 à la Conv.EDH concernant l'abolition de la peine de mort a été ratifié par les 15 Etats membres de l'époque. A ce sujet, le Protocole n° 13 sur l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances est entré en vigueur le 1er juillet 2003 (Série des Traités du Conseil de l'Europe n° 187).
Dans l'arrêt *Öcalan* de 2003, la Cour européenne a estimé, dans le contexte d'une expulsion exécutée d'un ressortissant turc vers son pays d'origine, qu'on peut « *prétendre que l'exécution de la peine de mort doit être considérée comme un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3* » et que « *le fait de prononcer la peine de mort à l'encontre du requérant à l'issue d'un procès inéquitable s'analyse en un traitement inhumain contraire à l'article 3* » : CEDH, arrêt du 12 mars 2003, *Öcalan contre Turquie*, §§ 198 et 213 ; pour confirmation voir CEDH, arrêt du 12 mai 2005, *Öcalan contre Turquie*, § 165. Sur cette affaire, voy. le commentaire suivant : TRILSCH (M.) et RÜTH (A.), *in* « International Decisions » edited by D. Bodansky, AJIL, janvier 2006, vol. 100, n° 1, pp. 180-213, sp. pp. 180-186. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a également estimé que le fait d'être condamné à la peine de mort à l'issue d'un procès, pendant lequel il y a eu violation des garanties judiciaires, constitue une atteinte à l'intégrité de la personne. En effet, dans son arrêt du 20 juin 2005, *Fermín Ramírez contre Guatemala*, la Cour a relevé que " *el señor Fermín Ramírez fue condenado a la pena capital por la comisión de un delito que no se le había acusado, al final de un proceso en el que hubo violación de sus garantías judiciales ; (...)* " et a considéré que " *el Estado violó el artículo 5§1 y 5§2 de la Convención* " (§ 119).

[873] DUHAMEL (O.), *Pour l'Europe …*, *op. cit.*, supra note n° 869, p. 269.

[874] Voy. par exemple CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering*, *op. cit.*, supra note n° 735, § 91 ; ou encore CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal*, *op. cit.*, supra note n° 830, § 74.

[875] CARLIER (J.-Y.), *La place des ressortissants de pays tiers dans la Charte*, *in* CARLIER (J.-Y.) et DE SCHUTTER (O.) (dir.), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, son apport à la protection des droits de l'homme en Europe », Bruxelles, Bruylant, 2002, 304 p., pp. 179-200, p. 191.

[876] *Ibid.*

271. Lors de sa proclamation à Nice, la Charte de l'Union ne fut pas intégrée dans les traités. Elle est politiquement importante mais est dépourvue de force juridique contraignante[878].

272. Après avoir affirmé le caractère absolu de l'interdiction posée à l'article 3 de la Convention européenne en matière d'expulsion, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu, dans son arrêt *Chaha*l du 15 novembre 1996, que la protection assurée par ledit article est donc plus large que celle prévue à l'article 33 de la Convention de Genève de 1951, qui prévoit des exceptions au principe de non refoulement[879]. Se référant à cette jurisprudence, la Commission interaméricaine des droits de l'homme constate également que « *l'interdiction de la torture en tant que norme de jus cogens – telle que codifiée dans la Déclaration américaine de manière générale et à l'article 3 de la Convention des Nations-Unies contre la torture dans le contexte de l'expulsion – est applicable au-delà des termes de la Convention de 1951* »[880].

---

[877] *Ibid.* Le Professeur J.-Y. CARLIER renvoie pour ces notions à l'arrêt de la CEDH du 28 juillet 1999, *Selmouni contre France*, *op. cit.*, supra note n° 842.

[878] Dès son adoption, les avocats généraux y ont pourtant fait référence dans leurs conclusions des affaires concernant les droits fondamentaux : voir par exemple les conclusions du 8 février 2001 de l'avocat général M. A. Tizzano, *Bectu contre Secretary of State of Trade and Industry*, aff. C- 173/99, Rec. I- p. 4881. De même le Tribunal de première instance en fit un principe général de l'Etat de droit : *cf.* TPICE, arrêt du 30 janvier 2002, *Max. mobil Telekommunication Service GmbH contre Commission*, aff. T- 54/99, Rec. II- p. 313. Sur cet arrêt, voir JACQUÉ (J.-P.), *Le Tribunal de première instance et la protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union*, L'Europe des libertés, « Actualité juridique janvier 2002-avril 2002 », n° 8, mai 2002, pp. 3-7. La Cour de justice des Communautés européennes n'a pour la première fois fait référence à la Charte que dans son arrêt *Parlement européen contre Conseil* du 27 juin 2006. Elle juge que « *si cette Charte ne constitue pas un instrument juridique contraignant, le législateur communautaire a cependant entendu en reconnaître l'importance en affirmant, au deuxième considérant de la directive* [n° 2003/86/CE du 22 septembre 2003], *que cette dernière respecte les principes qui sont reconnus non seulement par l'article 8 de la Conv.EDH, mais également par la charte* » : CJCE, arrêt du 27 juin 2006, *Parlement européen contre Conseil*, aff. C- 540/03, § 38, Rec. I- p. 5809 ; Conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott, présentées le 8 septembre 2005, Rec. I- p. 1776. La Cour, qui statue en grande chambre, fait également application de la Charte au point 58 de cet arrêt. Cette reconnaissance confère à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne une valeur juridique. Sur cette affaire, voy. la note de BURGORGUE-LARSEN (L.), *L'apparition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire*, AJDA, décembre 2006, n° 41, pp. 2285-2288.

[879] CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal*, *op. cit.*, supra note n° 830, § 80.

[880] Traduit par nous ("*the prohibition of torture as a norm of jus cogens - as codified in the American Declaration generally, and Article 3 of the UN Convention against Torture in the context of expulsion - applies*

2) Le problème de compatibilité du caractère absolu de l'interdiction avec le principe de non-refoulement

273. L'opinion de la Cour européenne exprimée dans son arrêt *Chahal* fut réaffirmée un mois plus tard dans l'arrêt *Ahmed*[881] et mise en évidence en 2002 par un Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme dans un rapport intérimaire sur la torture alors qu'il rappelait la prééminence du principe de non-refoulement[882].

274. Les demandeurs d'asile déboutés et les réfugiés, devant être expulsés vers leur pays d'origine pour un des motifs prévus à l'article 33 § 2 de la Convention de 1951, sont en droit de revendiquer le bénéfice de l'article 3 de la Convention européenne lorsque l'Etat expulsant est partie à cette dernière, et sont donc, comme n'importe quel étranger, protégés de manière absolue contre un tel renvoi. Dans ses lignes directrices du 11 juillet 2002, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe rappelle l'obligation incombant aux Etats de s'assurer que le refoulement éventuel du demandeur d'asile dans son pays d'origine ou dans un autre pays ne l'exposera pas à la peine de mort, à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants[883]. Il précise qu' « *il en va de même en cas d'expulsion* »[884]. Cette obligation vaut même si l'intéressé est suspecté d'avoir participé à des activités terroristes. De même, dans une recommandation de 2005, le Comité renvoie expressément à l'article 3 de la Convention européenne pour rappeler que les personnes exclues du statut de réfugié continuent d'être protégées par cette disposition[885]. Il note que « *Eu égard à leur caractère absolu, les droits reconnus par l'article 3 ne peuvent faire l'objet d'aucune exception ou restriction au nom de l'intérêt général ni d'aucune dérogation, même en temps de guerre ou d'autres situations de crise. En conséquence, un individu qui a été exclu de la protection de la Convention de 1951*

---

beyond the terms of the 1951 Convention") : Commission interaméricaine des droits de l'homme, 28 février 2000, *Report on the Situation of Human Rights of Asylum Seekers …*, *op. cit.*, supra note 863, § 154.

[881] CEDH, arrêt du 17 décembre 1996, *Ahmed contre Autriche*, § 41, recueil 1996-VI.

[882] Rapport intérimaire du 2 juillet 2002 du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, Theo van Boven, chargé d'examiner les questions se rapportant à la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies en application de sa résolution n° 56/143 du 19 décembre 2001, A/57/173.

[883] Lignes directrices du 11 juillet 2002 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme.

[884] *Ibidem.*

[885] Recommandation Rec(2005) 6 du 23 mars 2005 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à l'exclusion du statut de réfugié dans le contexte de l'article 1 f de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. Cette recommandation fut adoptée à la suite des attentats du 11 septembre 2001.

restera néanmoins toujours protégé contre l'expulsion vers un pays où il risque d'être maltraité, au sens de l'article 3 »[886].

275. La jurisprudence de la Cour européenne s'impose aux Etats contractants, dont les Etats membres de l'Union européenne. Dans leur Recommandation du 30 novembre 1992 sur « les pratiques des Etats membres en matière d'éloignement »[887], les ministres chargés de l'immigration affirmaient que les Etats membres s'assureront que leurs politiques et pratiques dans le domaine de l'expulsion sont conformes avec leurs obligations découlant de la Convention de Genève et du Protocole de New York. A ce titre, étaient présentés les principes de base à respecter lors d'une expulsion, en accord avec les principes de la Convention et du protocole. Les ministres ajoutaient que devraient être pris en compte d'autres instruments internationaux tels la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, le respect des droits fondamentaux tels que garantis par cette Convention européenne n'était pas clairement exigé. Tous les Etats membres sont pourtant signataires de la Convention[888]. Par conséquent, « *il aurait (…) été approprié d'assurer au minimum* [que les mesures internes] *donnent effet aux règles de* [la Cour européenne des droits de l'homme] »[889], et tout spécialement en ce qui concerne la protection contre la torture et les mauvais traitements garantie par l'article 3 de la Conv.EDH.

En 1995, le Conseil de l'Union européenne est plus précis et rappelle, dans sa résolution sur les garanties minimales pour les procédures d'asile, le respect intégral du principe de non-refoulement en tant que principe universel garanti par l'article 33 de la Convention de 1951[890]. Toutefois, pour les Etats membres parties à la Conv.EDH, la jurisprudence de la Cour européenne depuis l'arrêt *Soering* de 1989 est applicable à cette Convention des Nations Unies. Il est clair que « *l'obligation de non-refoulement est* [donc] *inextricablement* »[891] liée à l'interdiction de la torture.

---

[886] *Ibid.*
[887] Recommandation du 30 novembre 1992 des ministres chargés de l'immigration relative aux pratiques des Etats membres en matière d'éloignement, non publiée au JO.
[888] Voir le commentaire de cette recommandation par Elspeth Guild : GUILD (E.), *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union : Adopted Conventions, Resolutions, Recommendations, Decisions and Conclusions*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, 528 p., sp. p. 232.
[889] *Ibid.*
[890] Résolution du Conseil du 20 juin 1995 sur les garanties minimales pour les procédures d'asile, JOCE n° C 274 du 19 septembre 1996, p. 13.
[891] GUILD (E.), *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union* ..., ouvrage précité, sp. p. 433.

276. Cette connexion entre les deux obligations fut soulevée dans le cadre des Nations Unies. Dans un rapport présenté à la session de février 2002 de la Commission des droits de l'homme, le Rapporteur spécial soulignait le lien existant entre le caractère intangible de l'interdiction de la torture et autres formes de mauvais traitements, d'une part, et le principe de non-refoulement, d'autre part[892]. Il faisait alors référence à l'observation générale n° 20 sur l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, article qui reprend pratiquement à l'identique les termes de l'article 3 de la Conv.EDH, dans laquelle le Comité des droits de l'homme déclare que les Etats parties « *ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion et de refoulement* ». Le Rapporteur affirmait que cet article 7 et l'article 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture s'inscrivent « *dans l'obligation fondamentale d'ordre général d'éviter de contribuer de quelque façon que ce soit à la violation de l'interdiction de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* »[893]. De fait, il estimait que les réfugiés et les demandeurs d'asile doivent être protégés contre les persécutions même s'ils s'avèrent être de grands criminels, car le principe de non-refoulement assure une protection impérative et devrait donc être interprété de manière compatible avec ces dispositions internationales postérieures. Le Rapporteur spécial concluait que « *le fondement juridique et moral de l'interdiction de la torture et d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est absolu et impératif et ne saurait en aucun cas céder le pas ou être subordonné à d'autres intérêts, politiques et pratiques* »[894].

277. La protection des droits fondamentaux s'est accrue dans le droit de l'Union européenne avec l'adoption de la Charte de l'Union. A la lecture de ses dispositions, il est clair que les réfugiés et les demandeurs d'asile ne peuvent pas être renvoyés vers un pays à risque, quels qu'aient été leurs actes. La Charte prévoit à l'article 18 que « *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 (…)* »[895]. Il faut remarquer qu'il

[892] Rapport du Rapporteur spécial sur la torture de la Commission des droits de l'homme, Theo van Boven, présenté à la Commission conformément à sa résolution 2001/62 lors de sa cinquante-huitième session, « Droits civils et politiques et, notamment, questions de la torture et de la détention », 26 février 2002, E/CN.4/2002/137.
[893] *Id.*, § 14.
[894] *Id.*, § 15.
[895] La Charte projetait d'accorder un droit d'asile aux seuls ressortissants des pays tiers : *cf.* Article 21 § 1 du projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, 11 mai 2000, *op. cit.*, supra note n°

est seulement exigé une garantie « dans le respect » de la Convention de 1951 et non « en conformité avec » celle-ci. L'explication doit sans doute être trouvée dans le texte même de ladite Convention laquelle ne prévoit pas un tel droit à l'asile[896]. Dans son explication du texte de cet article 18, le Présidium se contente de préciser que la disposition « *se fonde sur l'article 63 du TCE qui impose à l'Union de respecter la Convention de Genève sur les réfugiés* »[897]. En outre, étant donné que ce droit d'asile n'est inspiré ni du TCE, ni de la Conv.EDH, il peut être limité en vertu de l'article 52-1 de la Charte[898]. Néanmoins, le principe de non-refoulement n'admet aucune exception. Car l'article 4 de la Charte interdit la torture, les peines ou traitements inhumains ou dégradants, et surtout l'article 19-2 interdit aux Etats membres d'éloigner quiconque vers un Etat où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort ou à de mauvais traitements.

278. Dans son rapport de février 2002 présenté à la Commission des droits de l'homme, le Rapporteur spécial « *juge nécessaire de souligner un aspect particulier de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, à savoir que cette interdiction n'est susceptible d'aucune dérogation. D'aucuns diront que mettre l'accent sur cette question revient à enfoncer des portes ouvertes et que rien ne sert de rappeler un aspect qui est trop bien connu de toutes les personnes au fait des préceptes et des principes des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et du droit humanitaire international* » [899]. Pourtant, alors que « *l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales risque de pâtir de la protection et de la défense d'intérêts nationaux et internationaux en matière de sécurité, il n'est pas inutile de redéfinir et de réaffirmer les fondements de la protection des droits de l'homme et, surtout, de rappeler que certains droits ne sont en aucun cas susceptibles de dérogation, même en cas de danger public*

867. L'article 18 de la version finale ne précise pas les bénéficiaires de ce droit mais concerne essentiellement les ressortissants des Etats tiers, puisqu'il prévoit que le droit est garanti conformément au TCE dont le protocole relatif à l'asile annexé au traité d'Amsterdam dispose que « *toute demande d'asile présentée par un ressortissant d'un Etat membre ne peut [qu'exceptionnellement] être prise en considération ou déclarée admissible* (…) *par un autre Etat membre* ».

[896] PEERS (S.), *Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights*, EJML, 2001, vol. 3, n° 2, pp. 141-169, sp. p. 161.

[897] Explications de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne établies sous la responsabilité du Présidium. Elles n'ont pas de valeur juridique et sont simplement destinées à éclairer les dispositions de la Charte.

[898] PEERS (S.), *Immigration, Asylum ...*, *op. cit.*, supra note n° 896, p. 162.

[899] Rapport du Rapporteur spécial sur la torture de la Commission des droits de l'homme, 26 février 2002, *op. cit.*, supra note 892, § 8.

exceptionnel »[900]. Cette préoccupation était également celle des dix-sept experts indépendants de la Commission des droits de l'homme exprimée dans leur déclaration le 10 décembre 2001 : " *We (…) remind States that under international human rights law some rights cannot be derogated from under any circumstances, including in times of public emergency. These include : the right to life, the prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (...)*" [901].

279. Le rappel du caractère absolu de l'interdiction ne s'avère en effet pas inutile. Dans son examen du rapport sur les procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, l'Assemblée du Conseil de l'Europe a constaté « *avec inquiétude que des personnes déclarées inadmissibles immédiatement à leur arrivée aux frontières des Etats membres du Conseil de l'Europe étaient* [aussitôt refoulées] *parce que l'on prive la personne en question du droit de demander protection et asile* »[902]. Concernant ces personnes refoulées à la frontière, leur demande d'asile « *n'est pas considérée sur le fond* [et] *la décision d'expulsion est immédiatement exécutoire* »[903]. Dans certains Etats, des personnes ont ainsi été renvoyées dans les deux ou trois heures suivant leur arrivée, la plupart du temps sans qu'elles aient pu « *déposer une demande d'asile ou même (…) voir un conseiller juridique* »[904]. De tels procédés constituent selon l'Assemblée une violation manifeste des droits de l'homme ainsi que du droit international des réfugiés, et plus particulièrement du principe de non-refoulement. Amnesty International a également soulevé le problème de ces politiques d'asile plus ou moins strictes[905].

Cette situation ne devrait malheureusement pas s'améliorer, par exemple en Suède où, après les attentats perpétrés sur le territoire américain le 11 septembre 2001, les autorités ont

---

[900] *Ibid.*

[901] Message de 17 experts indépendants de la Commission des droits de l'homme à l'occasion de la journée des droits de l'homme, 10 décembre 2001, en annexe du rapport du Rapporteur spécial sur la torture de la Commission des droits de l'homme, 26 février 2002, *op. cit.*, supra note n° 892.
Traduit par nous : « *Nous (…) rappelons aux Etats qu'en vertu du droit international des droits de l'homme, il ne peut être dérogé à certains droits, quelles que soient les circonstances, même en cas de danger public. Cela inclut : le droit à la vie, l'interdiction de la torture ou des traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants (…)* ».

[902] Voir Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, rapport relatif aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, 10 septembre 2001, doc. 9196.

[903] *Ibid.*

[904] *Ibid.*

[905] Voir les communiqués de presse de l'organisation sur http://www.amnestyinternational.be/doc/

procédé à « *l'expulsion de demandeurs d'asile suspectés de terrorisme vers des Etats où ils risquaient la torture et la peine de mort* »[906].

280. Parallèlement, après le 11 septembre 2001, que les Etats aient poursuivi leur politique restrictive, comme la France, l'Italie et les Pays-Bas, ou durci leur législation, comme le Royaume-Uni ou le Canada, ils ont tous élargi leur interprétation des conditions de dérogation à l'octroi du statut de réfugié, violant en cela la Convention de Genève. Si cette dernière prévoit effectivement des clauses d'exclusion dudit statut, le HCR a précisé, dans son Guide des procédures, qu'eu égard à leur nature et aux conséquences graves que leur application entraîne pour une personne qui redoute la persécution, ces clauses devraient être appliquées de manière restrictive[907]. Ainsi, une demande d'octroi du statut de réfugié présentée par un individu ayant, ou suspecté d'avoir, commis des actes de violence, tels des actes de terrorisme, doit tout d'abord être examinée du point de vue des clauses d'inclusion prévues par la Convention de Genève[908]. Les politiques d'asile visant « *à contrer l'approche* » [d'inclusion], *de préférence à l'exclusion* », préconisée par le HCR, heurtent donc le texte de 1951[909].

281. Le 10 décembre 2001, dix-sept experts indépendants de la Commission des droits de l'homme déclaraient que "*On the occasion of the United Nations Human Rights Day, the undersigned independent experts of the Commission on Human Rights strongly remind States of their obligation under international law to uphold human rights and fundamental freedoms in the context of the aftermath of the tragic events of 11 September 2001. We express our deep concern over the adoption or contemplation of anti-terrorist and national security legislation and other measures that may infringe upon the enjoyment by all of human rights and fundamental freedoms. We deplore human rights violations and measures that have*

---

[906] CHAMPEIL-DESPLAT (V.), *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, Etats-Unis », 20 mai 2003, actes publiés à la Gazette du Palais, 19-21 octobre 2003, n° 292 à 294, pp. 2-24, sp. pp. 12-19, p. 15.
[907] Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié…*, *op. cit.*, supra note n° 759, § 180.
[908] *Id.*, § 176.
[909] Rapport intérimaire du Rapporteur spécial sur la torture de la Commission des droits de l'homme, 2 juillet 2002, *op. cit.*, supra note n° 882.

particularly targeted groups such as human rights defenders, migrants, asylum-seekers and refugees, religious and ethnic minorities" [910].

B. La portée du caractère absolu de l'interdiction

282. Le caractère absolu de l'interdiction des mauvais traitements en matière d'expulsion implique la prise en compte de différents critères quant à l'origine de ces traitements (**1**), quant au choix de l'Etat de destination (**2**) et exige l'adoption de mesures provisoires de protection (**3**).

1) L'origine des mauvais traitements

283. Le risque invoqué au titre de l'article 3 de la Conv.EDH par les divers requérants peut provenir des autorités de l'Etat ou de particuliers. En effet, il y a tout d'abord les cas où le danger provient de l'Etat, ensuite ceux où le gouvernement est complice, et enfin ceux où l'Etat n'intervient pas. Il est ainsi fort heureux que la Cour européenne ait admis que l'Etat partie expulsant est responsable, en cas de mise à exécution de la décision d'expulsion, du risque de mauvais traitements encourus quels qu'en soient les auteurs. On peut trouver les prémisses de cette position dans l'arrêt *Ahmed* rendu en 1996[911]. Cette affaire concernait un requérant de nationalité somalienne ayant demandé et obtenu le statut de réfugié en Autriche. Déchu de ce statut suite à une décision de justice l'ayant condamné à deux ans et demi de prison, le requérant avait saisi la Commission européenne des droits de l'homme. Il fut

[910] Message de 17 experts indépendants de la Commission des droits de l'homme à l'occasion de la journée des droits de l'homme, 10 décembre 2001, *op. cit.*, supra note 901.
Traduit par nous : « *À l'occasion de la journée des Nations Unies pour les droits de l'homme, les (soussignés) experts indépendants de la Commission des droits de l'homme rappellent vivement aux Etats leur obligation qui découle pour eux du droit international de faire observer les droits de l'homme et les libertés fondamentales dans le contexte des suites des évènements tragiques du 11 septembre 2001. Nous exprimons notre intérêt profond concernant l'adoption ou le projet de législation anti-terroriste et protégeant la sécurité nationale, ainsi que d'autres mesures susceptibles de porter atteinte à la jouissance par tous des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Nous déplorons les violations des droits de l'homme et les mesures qui ont tout particulièrement visé des groupes comme les défenseurs des droits de l'homme, les migrants, les demandeurs d'asile et les réfugiés, les minorités religieuses et ethniques* ».

constaté que la Somalie « *était toujours en proie à la guerre civile et aux combats que se livraient plusieurs clans pour le contrôle du pays,* [que] *rien n'indiquait que les dangers encourus (…)* [avaient] *cessé d'exister ou qu'une autorité publique eût pu le protéger* »[912]. De plus, la Cour mit en évidence « *l'absence de pouvoir étatique* »[913] dans cet Etat.

284. Dans l'affaire *HLR contre France*, la Cour reconnaît qu' « *en raison du caractère absolu du droit garanti, la Cour n'exclut pas que l'article 3 trouve aussi à s'appliquer lorsque le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique* »[914]. En l'espèce, le risque invoqué par le requérant ne provenait pas des autorités publiques mais des trafiquants de drogue qui pourraient vouloir se venger en raison de certaines déclarations faites par le requérant à la police française.

Lorsque les autorités de l'Etat de destination sont en cause, le risque de mauvais traitements est plus facile à prévoir que lorsqu'il provient de particuliers. Qui plus est, le fait de prouver qu'un tel risque existe réellement de la part de particuliers ne suffit pas à emporter l'application de l'article 3. La Cour exige qu'il faut encore démontrer que « *les autorités de l'Etat de destination ne sont pas en mesure d'y obvier par une protection appropriée* »[915].

285. En tout état de cause, que l'auteur des mauvais traitements craints soit l'Etat de destination ou un groupe de particuliers, la violation de l'article 3 est imputable non à ces derniers mais à l'Etat partie expulsant : l'article 3 de la Conv.EDH ne peut en effet imposer une quelconque obligation à un Etat non contractant[916].

---

[911] CEDH, arrêt du 17 décembre 1996, *Ahmed*, *op. cit.*, supra note n° 881.
[912] *Id.*, § 44.
[913] *Id.*, § 46.
[914] CEDH, arrêt du 29 avril 1997, *HLR contre France*, § 40, recueil 1997-III.
[915] *Ibid.* En l'occurrence, la Cour considère que « *si, parfois, en cas de délation, les narcotrafiquants cherchent à se venger, aucun élément pertinent ne prouve, s'agissant de H.L.R., la réalité du risque allégué. (…) Par ailleurs, aucun document n'étaye l'allégation selon laquelle la situation personnelle de l'intéressé serait pire, en cas de renvoi, que celle des autres Colombiens* ». De même, le requérant n'a pas démontré que les autorités colombiennes sont incapables de lui offrir une protection appropriée.
[916] A ce propos, suite à l'article de S. KARAGIANNIS, intitulé « *Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'Etat de destination ou à des particuliers – Vers une évolution de la jurisprudence européenne ?* » (RTDH, 1999, n° 37, pp. 33-88), le Professeur F. RIGAUX estime que « *la violation de l'article 3 ne saurait être imputée ni à l'Etat de destination ni à des particuliers, elle est la conséquence (hypothétique) du risque assumé par l'Etat contractant* » : RIGAUX (F.), *L'immigration : droit international et droits fondamentaux*, *in* Mélanges en hommage à Pierre Lambert, « Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire », Bruxelles, Bruylant, 2000, 1072 p., pp. 693-722, sp. p. 718.

286. Le caractère absolu de l'article 3 de la Conv.EDH va permettre à la Cour européenne d'en élargir encore le champ d'application. L'affaire *D. contre Royaume-Uni* concernait une personne originaire d'une île des Caraïbes frappée d'une mesure d'expulsion après avoir purgé sa peine d'emprisonnement alors qu'elle était en phase terminale de la maladie du sida[917]. La Cour reconnaît que, jusqu'alors, elle a eu à traiter d'affaires « *où le risque que la personne soit soumise à l'un quelconque des traitements interdits découlait d'actes intentionnels des autorités publiques du pays de destination ou de ceux d'organismes indépendants de l'Etat contre lesquels les autorités n'étaient pas en mesure de lui offrir une protection appropriée* »[918]. La Cour doit cependant admettre que d'autres cas de figure peuvent s'envisager et doit donc adapter son interprétation du champ d'application de l'article 3 de la Conv.EDH. A cette fin, elle s'autorise à examiner, au regard de cet article 3, la situation dans laquelle le risque ne peut pas émaner des autorités publiques du pays de destination, ou résulte de facteurs « *qui, pris isolément, n'enfreignent pas par eux-mêmes les normes de cet article* »[919]. Limiter le cas échéant « *le champ d'application de l'article 3 reviendrait à en atténuer le caractère absolu* »[920].

287. Face à un tel contexte, la Cour doit toutefois apprécier rigoureusement toutes les circonstances de l'affaire, et tout spécialement la situation personnelle du requérant dans l'Etat expulsant. En l'occurrence, la Cour constate que le requérant se trouve en phase terminale d'une maladie incurable. Elle note qu'il est particulièrement bien soigné grâce au traitement et aux médicaments qu'il reçoit dans le pays hôte. Or, l'interruption brutale de ces soins lui causerait un grave préjudice. Il n'est pas contesté que son renvoi contribuerait à l'accélération de la détérioration de son état. En effet, les conditions qui l'attendent à Saint-Kitts sont des plus défavorables et entraîneraient pour le requérant de grandes souffrances : les conditions de vie y sont mauvaises, les problèmes sanitaires très importants et l'accès aux soins non garantis. De plus, aucun élément n'indique qu'il bénéficierait d'un quelconque soutien moral ou social.

La Cour estime que même si l'on ne peut dire que la situation qui serait celle du requérant « *dans le pays de destination constitue en soi une violation de l'article 3, son*

[917] CEDH, arrêt du 2 mai 1997, *D. contre Royaume-Uni*, recueil 1997-III.
[918] *Id.*, §49.
[919] *Ibid*
[920] *Ibid.*

expulsion l'exposerait à un risque réel de mourir dans des circonstances particulièrement douloureuses »[921] et que par conséquent la mise à exécution de la décision de l'expulser constituerait, de la part de l'Etat défendeur, un traitement inhumain contraire à l'article 3.

288. Cette décision fut prise en raison des circonstances très exceptionnelles de l'affaire et des considérations humanitaires impérieuses en jeu. La Cour précise en effet que « *les non-nationaux, qui ont purgé leur peine d'emprisonnement et sont sous le coup d'un arrêté d'expulsion, ne peuvent en principe revendiquer le droit de rester sur le territoire d'un Etat contractant afin de continuer à bénéficier de l'assistance médicale, sociale ou autre, assurée durant leur séjour en prison par l'Etat qui expulse* »[922]. Par exemple, l'expulsion d'un ressortissant algérien, soigné pour schizophrénie, n'emporte pas selon la majorité des membres de la Cour un risque suffisamment concret pour être considérée comme contraire à l'article 3 de la Convention car, d'une part, le risque de détérioration de l'état de santé du requérant et le manque allégué de soutien ou de soins adéquats relèvent « *dans une large mesure de la spéculation* », d'autre part, une rechute s'avère possible quel que soit le lieu où il se trouve[923].

La condition de circonstances exceptionnelles est donc interprétée strictement et le fait qu'un individu frappé d'expulsion souffre de la maladie du sida ne crée pas pour l'Etat expulsant l'obligation de ne pas l'écarter de son territoire. Cette jurisprudence est reprise en droit interne. A propos d'une ressortissante de l'Ouganda atteinte de cette maladie et entrée au Royaume-Uni avec un faux passeport, la House of Lords refuse de reconnaître la violation de l'article 3 de la Convention si elle était expulsée car l'intéressée a été longuement soignée et son état de santé est désormais relativement bon[924].

289. La santé de l'étranger et le risque d'un manque de soins appropriés dans l'Etat tiers de renvoi sont également pris en compte par le Comité des droits de l'homme dans sa jurisprudence. Concernant par exemple l'expulsion d'un ressortissant iranien envisagée par

---

[921] *Id.*, § 53.
[922] *Id.*, § 54. Cet arrêt *D.* fut pourtant confirmé dans l'arrêt de la CEDH, *B.B. c/ France*, du 7 septembre 1998, recueil 1998-VI, pour une personne se trouvant à un stade avancé de la maladie du sida.
[923] CEDH, arrêt du 6 février 2001, *Bensaïd contre Royaume-Uni*, recueil 2001-I.
[924] House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for judgment in the cause, 5 mai 2005, *N. (FC) versus Secretary of State for the Home Department*. Ce jugement est publié sur le site suivant :

l'Australie pour entrée irrégulière, le Comité a estimé dans un premier temps que « *le maintien en détention de l'auteur* [dans l'attente de son expulsion], *alors que l'Etat partie connaissait son état de santé mentale et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour éviter la détérioration de son état, a constitué une violation du droit de l'auteur en vertu de l'article 7 du Pacte* »[925], lequel prévoit que « *nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* ». Dans un second temps, il a décidé que « *l'expulsion de l'auteur vers un pays où il est peu probable qu'il puisse obtenir le traitement nécessaire pour soigner la maladie provoquée, en tout ou partie, par la violation des droits de l'auteur de la part de l'Etat partie, constituerait* [également] *une violation de l'article 7* »[926].

290. Lors de sa 925e réunion le 4 mai 2005, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté vingt principes directeurs sur le retour forcé des étrangers en situation irrégulière[927]. Dans ces principes, il rappelle l'obligation qu'ont les autorités de l'Etat d'accueil de ne prendre une décision d'éloignement que si « *elles sont convaincues, dans la mesure du raisonnable, que le respect ou la mise en œuvre de cette décision n'exposera pas la personne devant être éloignée a) à un risque réel d'être exécutée ou soumise à la torture ou à des traitements ou peines inhumains ou dégradants, b) à un risque réel d'être tuée ou soumise à des traitements inhumains ou dégradants par des agents non étatiques, si les autorités de l'Etat de retour, les partis ou les organisations qui contrôlent l'Etat ou une portion substantielle de son territoire, y compris les organisations internationales, n'ont pas la possibilité ou la volonté de fournir une protection adéquate et efficace* »[928]. L'utilisation du

---

http://www.parliament.the-stationary-office.co.uk. Sur ce jugement, voy. PALMER (S.), *Aids, Expulsion and Article 3 of the European Convention on Human Rights*, EHRLR, n° 5, 2005, pp. 533-540.

[925] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 28 octobre 2002, *M.C. contre Australie*, communication n° 900/1999 du 23 novembre 1999, CCPR/C/76/D/900/1999, 13 novembre 2002, § 8.4.

[926] *Id.*, § 8.5.

[927] Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, vingt principes directeurs sur le retour forcé, 925e réunion des Délégués des Ministres, 4 mai 2005, documents CM, CM(2005) 40 final 9 mai 2005. Le site du Conseil de l'Europe présente un résumé explicatif de l'adoption de ces principes directeurs. Ainsi, le Comité des Ministres a décidé de regrouper dans ce texte unique les différentes normes élaborées en matière de retour forcé des étrangers en situation irrégulière suite à plusieurs accidents mortels intervenus pendant ce type de retour, tels que constatés par l'Assemblée parlementaire en 2002 (voir Recommandation n° 1547(2002) du 22 janvier 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). Aussi, ces principes directeurs doivent être diffusés largement auprès des autorités nationales responsables du retour des étrangers ; http://wcd.coe.int/.

[928] Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, vingt principes directeurs sur le retour forcé, *ibid.*, principe n° 2. Lors de l'adoption de cette décision, le Représentant permanent du Royaume-Uni a indiqué que son gouvernement se réservait le droit de se conformer ou non à ce principe directeur.

présent de l'indicatif indique que le caractère obligatoire des normes correspond aux obligations déjà existantes des Etats membres.

291. La relative indifférence des instances internationales quant à l'origine des mauvais traitements permet à celles-ci de garantir un haut niveau de protection des droits de l'Homme. La mise en œuvre effective de cette protection passe cependant par la nécessité de s'assurer du bon choix de l'Etat de destination.

2) Le choix de l'Etat de destination

292. Dans ses principes directeurs sur le retour forcé des étrangers en situation irrégulière adoptés en mai 2005, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a rappelé que « *si l'Etat de retour n'est pas l'Etat d'origine, la décision d'éloignement ne devrait être prise que si les autorités de l'Etat d'accueil sont convaincues, dans la mesure du raisonnable, que l'Etat de retour n'expulsera pas la personne vers un Etat tiers où elle se verrait exposée à un risque réel* [de mort ou de mauvais traitements] »[929]. Il est regrettable que cette dernière disposition soit formulée au présent du conditionnel, car le caractère absolu de l'interdiction de la torture et des mauvais traitements exigerait une forme plus impérative.

293. Dans le cadre de l'Union européenne, la Convention de Dublin de 1990 prévoyait certaines mesures destinées à veiller à ce que les demandeurs d'asile voient leurs demandes examinées par l'un des Etats membres et à ce qu'ils ne soient pas adressés successivement d'un Etat membre à un autre[930]. Les articles 4 à 8 exposaient les critères permettant de déterminer quel était le seul Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile. En vertu de l'article 7, la responsabilité de l'examen d'une demande d'asile incombait à l'Etat membre responsable du contrôle de l'entrée de l'étranger sur le territoire des Etats membres. Dès lors, un autre Etat membre saisi d'une demande d'asile de la part d'un étranger débouté d'une première demande présentée dans l'Etat membre juridiquement responsable aurait donc

[929] *Ibid.*
[930] Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes, 15 juin 1990, *op. cit.*, supra note n° 755.

le droit d'expulser ledit demandeur vers cet Etat membre auteur de la décision de rejet. Or, selon la Cour européenne, cette mesure d'éloignement peut poser un problème au regard de l'article 3 de la Conv.EDH. Dans l'affaire *T. I. contre Royaume-Uni*, le requérant était menacé d'être refoulé vers l'Allemagne, où une décision d'expulsion avait été prise précédemment en vue de son renvoi au Sri Lanka. Le requérant n'était pas *« à proprement parler menacé d'un traitement contraire à l'article 3 en Allemagne* »[931]. Cependant, son refoulement vers cet Etat constituait « *un maillon d'une éventuelle chaîne de circonstances pouvant déboucher sur son retour à Sri Lanka, où il* [était allégué qu'il aurait couru] *un risque réel de subir un tel traitement* »[932]. La Cour va alors estimer que « *le refoulement indirect vers un pays intermédiaire qui se trouve être également un Etat contractant n'a aucune incidence sur la responsabilité du Royaume-Uni, qui doit veiller à ne pas exposer le requérant à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention européenne par sa décision de l'expulser* »[933]. En outre, « *lorsque des Etats établissent* (…) *des accords internationaux pour coopérer dans certains domaines d'activité, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée* »[934]. Or, il serait contraire « *au but et à l'objet de la* [Conv.EDH] *que les Etats contractants soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de* [celle-ci] *dans le domaine d'activité concerné* »[935]. En l'espèce, la Cour va néanmoins considérer que « *l'existence d'un risque réel que l'Allemagne expulse le requérant vers Sri Lanka en violation de l'article 3 de la Convention n'est pas établie* »[936]. Donc, malgré sa décision de refouler le requérant vers cet autre Etat membre de l'Union, « *le Royaume-Uni n'a (…) pas failli à ses obligations découlant de cette disposition* »[937].

294. Le renvoi d'une personne vers un pays à risque peut lui causer un préjudice irréparable. Ainsi, lorsqu'une expulsion est envisagée par un Etat contractant, la Cour européenne invite parfois ledit Etat à prendre des mesures provisoires, comme la suspension de la procédure d'expulsion.

[931] CEDH, décision du 7 mars 2000, *T. I. contre Royaume-Uni*, req. n° 43844/98.
[932] *Ibid.*
[933] *Ibid.*
[934] *Ibid.*
[935] *Ibid.*
[936] *Ibid.*
[937] *Ibid.*

3) L'exigence de mesures provisoires de protection

295. Ce sont dans les affaires d'expulsion et d'extradition que la Cour européenne des droits de l'homme prononce le plus grand nombre de mesures provisoires. Selon l'article 39 de son règlement, la Cour est habilitée à indiquer des mesures provisoires par exemple en cas de danger imminent pour la vie du requérant ou en cas de risque de torture ou de traitements inhumains ou dégradants[938]. La question est de savoir si le non respect des mesures proposées par la Cour peut entraîner la violation de l'article 34 de la Conv.EDH, relatif aux requêtes individuelles, qui dispose en particulier que « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit* ». Il arrive rarement que les Etats ne se conforment pas aux sollicitations de la Cour.

296. Dans l'affaire *Cruz varas*, l'Etat en cause avait mis à exécution la décision d'expulsion malgré l'indication de la Commission selon laquelle il serait souhaitable de ne pas procéder à l'expulsion[939]. Pour la Cour, le recours aux mesures provisoires ne sert qu'à signaler à l'Etat que le requérant risque de « *subir un dommage irréversible* » en cas d'expulsion et que cette mesure peut emporter la violation de l'article 3 de la Convention[940]. Elle estima par conséquent que les mesures provisoires n'ont pas de force obligatoire. Toutefois, neuf juges ne partagèrent pas la décision de la majorité. Ils constatèrent qu' « *une violation grave des droits de l'homme consécutive à l'expulsion* » était parfaitement envisageable et affirmèrent que l'accent devait être mis sur le but et l'objet de la Convention ainsi que sur « *l'efficacité de son mécanisme de contrôle* » que doivent assurer les Etats contractants[941].

---

[938] Le paragraphe 1 de l'article 39 du règlement intérieur de la Cour européenne des droits de l'homme prévoit que « *La chambre ou, le cas échéant, son président peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure* ».
[939] CEDH, arrêt du 20 mars 1991, *Cruz Varas*, *op. cit.*, supra note n° 814.
[940] *Id.*, § 103.
[941] Opinion dissidente commune à MM. Les juges J. Cremona, Thór Vilhjálmsson, B. Walsh, R. Macdonald, J.-D. De Meyer, S.-K. Martens, R. Bernhardt, I. Foighel et J.-M. Morenilla, sur l'arrêt précité. Voir l'étude sur cette affaire de GARCIA DE ENTERRIA (E.), *De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme*, RTDH, 1er juillet 1992, n° 11, pp. 251-280. Voy. également GARRY (H. R.), *When Procedure Involves Matters of Life and Death : Interim Measures and the European Convention on Human Rights*, Eur. Publ. Law, vol. 7, issue 3, septembre 2001, pp. 399-427.

297. La Cour va tarder à revenir sur sa jurisprudence *Cruz Varas*. Il faut en effet attendre l'affaire *Mamatkulov* de 2003[942]. Ressortissant de la République d'Ouzbékistan, M. Mamatkulov entra sur le territoire turc avec un visa de touriste. Soupçonné de tentative d'attentat contre le président de la République d'Ouzbékistan, ce dernier Etat demanda son extradition. Le requérant allégua notamment que son extradition constituerait une violation de l'article 3. Conformément à une convention bilatérale signée entre les deux Etats, la Turquie l'extrada vers la République d'Ouzbékistan, en dépit de la demande de la Cour se suspendre l'extradition. Dans cette affaire, le juge européen ne reconnaît pas la violation de l'article 3. Par contre, concernant le non respect de la mesure provisoire indiquée, il va tout d'abord estimer que l'objet et le but de la Convention européenne « *appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives, dans le système des requêtes individuelles* »[943]. Ainsi, selon lui, « *l'engagement de ne pas entraver l'exercice efficace du droit de recours interdit les ingérences dans l'exercice du droit pour l'individu de porter et défendre effectivement sa cause devant la Cour* »[944]. Puis, la Cour tient compte des principes généraux du droit international et s'inspire à cet égard de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, du Comité contre la torture des Nations Unies, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme ainsi que de la Cour internationale de justice concernant la force obligatoire des mesures conservatoires[945]. Elle constate alors « *qu'il découle de l'article 34 que, d'une part, un requérant a droit à l'exercice efficace de son droit de recours (…) et, d'autre part, un requérant qui invoque une violation de l'article 3 de la Convention a le droit de bénéficier d'un examen efficace du point de savoir si une extradition ou une expulsion envisagée constituerait une violation de l'article 3. Une indication donnée par la Cour, comme dans les cas d'espèce, en vertu de l'article 39 de son règlement, permet à celle-ci d'examiner efficacement une requête et de s'assurer de*

---

[942] CEDH, arrêt du 6 février 2003, *Mamatkulov et Abdurasulovic contre Turquie*. Voir les observations sous l'arrêt de TIGROUDJA (H.), *La force obligatoire des mesures provisoires indiquées par la Cour européenne des droits de l'homme*, RGDI publ., 2003, n° 3, pp. 601-633.

[943] *Id.*, § 93.

[944] *Id.*, § 95. Voir *mutatis mutandis*, CEDH, arrêt du 17 janvier 2006, *Aoulmi contre France*, § 102.

[945] Le Professeur H. TIGROUDJA estime que la Cour s'est méprise en prenant une décision fondée sur la pratique de ces autres instances internationales dans la mesure où certaines d'entre elles ont un statut procédural très différent : *cf.* TIGROUDJA (H.), *La force obligatoire des mesures provisoires …*, *op. cit.*, supra note n° 942, p. 613. Or, P. FRUMER est d'avis que la référence de la Cour européenne à ces instances était tout à fait pertinente puisque l'idée était d'analyser leur pratique de mesures provisoires énoncées dans le but de protéger des droits fondamentaux : voir FRUMER (P.), *Un arrêt définitif sur les mesures provisoires : la Cour européenne des droits de l'homme persiste et signe*, RTDH, 1er octobre 2005, n° 64, pp. 799-826, sp. pp. 810-813. Selon notre analyse, il est nécessaire que la Cour européenne assure une protection équivalente des droits fondamentaux à celle garantie par les autres instances internationales de protection des droits de l'homme compte tenu de sa place parmi celles-ci et de son rôle.

l'efficacité de la protection prévue par la Convention »[946]. En conséquence, la Cour estime enfin que l'extradition de M. Mamatkulov « *a réduit à néant* » son droit de recours et que la Turquie a dès lors violé l'article 34 de la Convention[947].

298. Cet arrêt, qui reconnaît le caractère obligatoire des mesures provisoires, fit l'objet d'un renvoi devant la Grande Chambre qui confirma en 2005 le revirement décidé le 6 février 2003[948]. Non seulement la Grande Chambre confirme, mais aussi elle insiste davantage sur le risque de préjudice irréparable s'il était procédé à l'éloignement et sur l'importance d'autant plus élevée de la protection juridictionnelle assurée par l'article 34 de la Convention. Elle estime en effet que dans ce type d'affaires, « *où l'existence d'un risque de préjudice irréparable à la jouissance par le requérant de l'un des droits qui relèvent du noyau dur des droits protégés par la Convention est alléguée de manière plausible, une mesure provisoire a pour but de maintenir le statu quo en attendant que la Cour statue sur la justification de la mesure* »[949]. Par conséquent, lorsque le requérant demande une telle mesure, « *la Cour l'accorde, en vue de faciliter « l'exercice efficace » du droit de recours individuel garanti par l'article 34 de la Convention, c'est-à-dire de préserver l'objet de la requête lorsqu'elle estime qu'il y a un risque que celui-ci subisse un dommage irréparable en raison d'une action ou omission de l'Etat défendeur* »[950]. En outre, la Cour justifie sa décision en faisant le parallèle entre d'une part, l'effet suspensif parfois exigé, au titre de l'article 13 de la Convention, du recours introduit en droit interne contre une mesure d'éloignement et, d'autre part, la suspension de la procédure nationale d'éloignement demandée dans des domaines délimités par la Cour dans le cadre de la procédure internationale par le biais de mesures provisoires sur la base de l'article 39 de son règlement[951]. Pour la Cour, il est difficile d'envisager « *que ce principe de l'effectivité du recours offert à l'individu pour assurer la protection de ses droits de l'homme ne soit pas inhérent à la Convention pour la procédure au niveau international devant la Cour, alors qu'il vaut pour la procédure prévue par l'ordre juridique interne* »[952]. La Cour entend par là qu'il serait contradictoire de reconnaître qu'en matière d'éloignement l'effectivité du recours garanti par l'article 13, invoqué à l'appui de l'article 3, implique qu'il

[946] CEDH, arrêt du 6 février 2003, *Mamatkulov et Abdurasulovic*, *op. cit.*, supra note n° 942, § 107.
[947] *Id.*, §§ 109 et 111.
[948] CEDH, arrêt du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov contre Turquie*, recueil 2005-I.
[949] *Id.*, § 108. C'est nous qui soulignons.
[950] *Ibid*. Voir *mutatis mutandis*, CEDH, arrêt du 17 janvier 2006, *Aoulmi contre France*, § 103.
[951] Sur les garanties procédurales, et notamment sur l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, *cf.* infra partie II, titre I, chapitre I, section II, paragraphe II, A.

soit suspensif, et de ne pas considérer que la mesure provisoire qu'est la suspension de l'exécution de l'éloignement s'avère obligatoire lorsque par exemple la violation du même article 3 est alléguée.

299. Au regard d'une jurisprudence de la Cour en date du 12 avril 2005[953], il aurait été toutefois prématuré de conclure que l'inobservation des mesures provisoires entraîne systématiquement la violation de l'article 34 de la Convention[954]. Dans cette affaire, la Cour semble plutôt considérer que le non respect de ces mesures *peut dans certains cas d'espèce*[955] constituer une violation de l'article 34. A propos de l'extradition de ressortissants de nationalités russe et géorgienne de la Géorgie vers la Russie, la Cour indique en effet que « *l'exercice du droit de recours garanti par l'article 34 de la Convention n'a, en tant que tel, aucun effet suspensif en droit interne, notamment sur l'exécution d'une décision administrative ou judiciaire. Or, la question de savoir si le fait pour un Etat de ne pas se conformer à l'indication de la Cour, décidée en vertu de l'article 39 de son règlement, peut passer pour une violation de son obligation au titre de l'article 34 de la Convention doit s'apprécier au regard des circonstances propres à l'affaire concernée* »[956]. Cette jurisprudence apparaît quelque peu suspecte : logiquement, la Cour décide que des mesures provisoires sont nécessaires lorsqu'elle estime que le requérant pourrait véritablement subir un grave préjudice pour son intégrité physique s'il était procédé à son renvoi[957]. Pour preuve, la Cour avoue elle-même dans son arrêt *Mamatkulov* du 4 février 2005 qu' « *en principe ce*

---

[952] CEDH, arrêt du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov*, *op. cit.*, supra note n° 948, § 124.

[953] CEDH, arrêt du 12 avril 2005, *Chamaïev (Shamayev) et autres contre Géorgie et Russie*, recueil 2005-III. Pour un commentaire approfondi de cette affaire, voy. GAVOUNELI (M.), *in* « International Decisions » edited by D. Bodansky, AJIL, juillet 2006, vol. 100, n° 3, pp. 664-689, sp. pp. 674-683.

[954] Certains auteurs estiment que la Cour européenne a décidé du caractère contraignant des mesures provisoires afin d'assurer l'efficacité du droit au recours individuel tel que posé à l'article 34 de la Convention : *cf.* entre autres COHEN-JONATHAN (G.), *Sur la force obligatoire des mesures provisoires*, RGDI publ., 2005, n° 2, pp. 421-434 ; ainsi que la note sur l'arrêt du 4 février 2005 de RIOU (N.), *Confirmation du caractère obligatoire des mesures provisoires en vertu de l'article 34 Conv.EDH*, L'Europe des Libertés, « Actualité juridique janvier 2005-avril 2005 », n° 12, septembre 2005, p. 15 (l'auteur reconnaît toutefois la fragilité de cette nouvelle interprétation de la Cour). Par ailleurs, le juge M. R. Türmen exprima, dans ces deux arrêts de 2003 et 2005, son désaccord sur ce caractère obligatoire. Il considère, dans l'arrêt du 6 février 2003, que le texte de la Convention ne prévoit pas que les mesures provisoires ont un effet obligatoire de sorte que la décision de la Cour manque de base légale. A l'appui de son avis, il rappelle que les Etats contractants n'ont pas exprimé leur intention d'attribuer un caractère obligatoire aux mesures provisoires, lors de la rédaction de la Convention : voir l'opinion partiellement dissidente de M. le juge Türmen, sur l'arrêt du 6 février 2003, *Mamatkulov*, *op. cit.*, supra note n° 942. En ce sens, voir également la note sur l'arrêt de la Grande chambre du 4 février 2005 de TAVERNIER (P.), *in* « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », JDI, juillet-août-septembre 2006, n° 3, pp. 1071-1173, sp. pp. 1077-1079.

[955] Souligné par nous.

[956] CEDH, arrêt du 12 avril 2005, *Chamaïev*, *op. cit.*, supra note n° 953, § 472.

[957] FRUMER (P.), *Un arrêt définitif sur les mesures provisoires…*, *op. cit.*, supra note n° 945, p. 821.

n'est que lorsqu'il y a risque de dommage irréparable et que le risque est imminent que la Cour applique l'article 39 »[958].

Néanmoins, dans un arrêt du 10 août 2006, la Cour européenne signale que la nécessité d'une mesure conservatoire « *est évaluée dans un moment historique précis en raison de l'existence d'un risque qui pourrait entraver l'exercice effectif du droit de recours garanti par l'article 34* »[959]. En l'espèce, les faits postérieurs à la décision de la Cour d'appliquer une mesure provisoire montrent qu'à la différence des affaires *Mamatkulov* et *Chamaïev*, il n'y a pas eu entrave au droit au recours effectif du requérant. En dépit de cette constatation, la Cour estime que « *la force de la mesure provisoire doit être jugée obligatoire* [car] *la décision de l'Etat quant au respect de la mesure ne peut pas être reportée dans l'attente d'une éventuelle confirmation de l'existence d'un risque* »[960]. Par conséquent, elle conclut que « *la simple inobservation d'une mesure provisoire décidée par la Cour en fonction de l'existence d'un risque est, en soi, une grave entrave, dans ce moment précis, à l'exercice effectif du droit de recours individuel* »[961]. Il apparaît donc que le non respect d'une mesure conservatoire emporte la violation systématique de l'article 34 de la Conv.EDH, alors même qu'il ne serait pas constaté postérieurement d'entrave à l'exercice effectif du droit de recours individuel.

300. L'article 86 du règlement intérieur du Comité des droits de l'homme permet également à celui-ci de demander à un Etat de prendre des telles mesures[962]. A propos de celles-ci, le Comité a précisé, dans sa décision du 19 octobre 2000 *Piandiong et autres contre Philippines*, que « *tout Etat partie qui adhère au Protocole facultatif reconnaît que le Comité des droits de l'homme a compétence pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers qui se déclarent victimes de violations de l'un quelconque des droits énoncés*

[958] Nous soulignons ; CEDH, arrêt du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov*, *op. cit.*, supra note n° 948, § 104.
[959] CEDH, arrêt du 10 août 2006, *Olaechea Cahuas contre Espagne*, § 81.
[960] *Ibid.*
[961] *Ibid.*
[962] L'article 86 est ainsi libellé : « *Avant de faire connaître à l'Etat partie intéressé ses vues définitives sur la communication, le Comité peut informer cet Etat de ses vues sur l'opportunité de prendre des mesures provisoires pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la victime de la violation alléguée. Ce faisant, le Comité informe l'Etat partie que l'expression de ses vues sur l'adoption desdites mesures provisoires n'implique aucune décision sur la communication quant au fond* ».

dans le Pacte (…) »[963]. Cela implique qu'un Etat partie qui prend une décision venant perturber le bon déroulement et l'efficacité de la procédure contentieuse faillit à ses obligations découlant de ce Pacte. En conséquence, un Etat ne doit pas rendre « *l'action du Comité sans objet et l'expression de ses constatations sans valeur et de nul effet* »[964].

De même, dans l'affaire *Mansour Ahani*, le Comité a reconnu le manquement de l'Etat canadien à ce Protocole pour avoir, au mépris de la demande de mesures conservatoires, expulsé le requérant vers l'Iran avant qu'il n'ait pu statuer sur le grief. Le Comité « *relève que la torture est, avec l'imposition de la peine capitale, la plus grave et la plus irréparable des conséquences que peuvent avoir sur une personne les mesures prises par l'État partie* » et que l'expulsion « *affaiblit la protection des droits énoncés dans le Pacte* »[965].

301. Les systèmes de protection de la Cour européenne, du Comité des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont inspiré la mise en place des mesures provisoires devant la Commission africaine des droits de l'homme[966]. Néanmoins, lesdites mesures n'ont pas de caractère obligatoire et la plupart des Etats ne les respectent pas[967].

302. Le non-renvoi vers un pays à risque constitue donc un principe à caractère quasi-absolu, permettant ainsi de s'assurer que le droit d'expulsion des Etats respecte les droits humains les plus fondamentaux, tels que le droit à la vie et la dignité humaine. Le respect de la vie familiale s'est vue cependant accorder une portée plus relative.

---

[963] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 19 octobre 2000, *Dante Piandiong, Jesus Morallos et Archie Bulan contre Philippines*, communication n° 869/1999 du 15 juin 1999, CCPR/C/70/D/869/1999, 19 octobre 2000, pt. 5.1.

[964] *Id.*, pt. 5.2. Autrement dit, le non-respect de la demande de mesures provisoires, à savoir par exemple l'exécution de la décision d'expulsion du requérant en cause, « *sape la protection des droits consacrés dans le Pacte assurée par le Protocole facultatif* » (pt. 5.4).

[965] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 29 mars 2004, *Mansour Ahani contre Canada*, *op. cit.*, supra note n° 821, pts. 8.1 et 8.2.

[966] Article 111 du règlement intérieur de la Commission africaine des droits de l'homme.

[967] Voir par exemple la communication 239/2001 de la Commission africaine des droits de l'homme, 2 mai 2002, *Interights (on behalf of J. D. Sikunda) v. Namibie*, dans laquelle la Commission demande à l'Etat en cause de ne pas procéder à l'expulsion d'une personne vers l'Angola au motif que celle-ci craignait de subir des tortures et d'être tuée pour appartenance à un mouvement rebelle. Le gouvernement namibien rejeta la demande : communication citée par le Professeur FLAUSS (J.-F.), *Notule sur les mesures provisoires devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*, RTDH, 2003, n° 55, pp. 923-930, p. 926.

CHAPITRE II
LE RESPECT DE LA VIE FAMILIALE

303. La Cour européenne des droits de l'homme a développé une jurisprudence audacieuse, bien qu'évolutive, en affirmant que la décision d'expulsion ne doit pas compromettre le droit au respect de la vie familiale garanti par la Conv.EDH (**Section I**). L'influence que peut exercer cette juridiction au niveau international est illustrée par l'approche analogue qu'effectuent d'autres instances de protection des droits de l'homme (**Section II**).

SECTION I

LA PROTECTION DE LA VIE FAMILIALE PAR LE DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME

304. A l'égard des étrangers frappés d'une mesure d'éloignement, la Cour européenne a développé, comme pour l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, la protection par ricochet du droit au respect de leur vie privée et familiale, garanti par l'article 8§1 de la Convention. L'article 8§2 autorise l'ingérence des autorités nationales dans l'exercice de ce droit à la condition qu'elle soit « *prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* »[968]. L'article 8 peut avoir pour objet soit « *une demande d'admission sous*

[968] Le Professeur V. COUSSIRAT-COUSTÈRE précise que cette clause, restreignant l'exercice du droit garanti au paragraphe 1 de l'article 8, a pour origine l'article 29 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 selon lequel « *Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique* », voir COUSSIRAT-COUSTÈRE (V.), commentaire de l'article 8 § 2 de la Convention, *in* PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (dir.), « La convention européenne des

le couvert d'un projet de regroupement familial »[969], soit une action contre une mesure d'éloignement pour « *rupture de liens (…) formés ou consolidés sur le territoire de l'Etat* [d'accueil] »[970] (**Paragraphe I**). Dans cette dernière hypothèse, les conséquences de la violation de l'article 8 peuvent être d'autant plus graves lorsqu'elles concernent les étrangers intégrés. La Cour a, à leur égard, une position tantôt souple, tantôt sévère (**Paragraphe II**). Par ailleurs, le champ d'application de l'article 8 n'étant pas clairement défini, le droit des étrangers au respect de leur seule vie privée est insuffisamment protégé (**Paragraphe III**).

PARAGRAPHE I : L'applicabilité de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme aux mesures d'éloignement

305. Le lien entre le respect de la vie familiale et la matière de l'immigration fut établi très tôt par la Commission européenne des droits de l'homme[971]. Il fut dégagé pour la première fois par la Cour dans l'arrêt *Abdulaziz* en 1985 à propos d'une question touchant à l'entrée de personnes étrangères sur le territoire d'un Etat partie à la Conv.EDH[972]. Cette affaire mettait en cause une demande de regroupement familial présentée par des épouses établies légalement et en permanence au Royaume-Uni et souhaitant que leurs conjoints de nationalité étrangère s'y installent avec elles. Le Gouvernement britannique soutenait que « *les questions relatives au contrôle de l'immigration ne relèvent pas de l'article 8, si bien que des griefs fondés sur le fonctionnement dudit contrôle ne sauraient aboutir en vertu de* [cette disposition] »[973]. Rejetant cette thèse, la Commission estima que « *si le droit, pour un étranger, d'entrer ou demeurer dans un pays n'est pas garanti en soi par la Convention, le contrôle de l'immigration doit néanmoins s'exercer d'une manière compatible avec les*

---

droits de l'homme : commentaire article par article », Paris, Economica, 1999, 2ème édition, 1230 p., pp. 323-351, p. 324.
Sur les restrictions prévues au paragraphe 2 de l'article 8, voy. HARVEY (C.), *Promoting Insecurity : Public Order, Expulsion and the European Convention on Human Rights*, *in* GUILD (E.) et MINDERHOUD (P.), « Security of Residence and Expulsion », The Hague, Kluwer Law International, 2001, 250 p., pp. 41-57.

[969] RIGAUX (F.), *L'immigration : droit international et droits fondamentaux*, *op. cit.*, supra note n° 916, p. 713.

[970] *Ibid.*

[971] Voir Comm.EDH, décision du 15 juillet 1967, *Alam et Khan ; Singh c/ Royaume-Uni*, req. n° 2991/66 et 2992/66, recueil 24, p. 116.

[972] CEDH, arrêt du 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni*, série A n° 94.

[973] *Id.*, § 57.

exigences de celle-ci et le fait d'écarter quelqu'un du territoire d'un Etat où vivent des membres de sa famille peut poser un problème au regard de l'article 8 »[974]. Sur ce point, la Cour marqua son accord avec la Commission en notant qu' « *on ne saurait exclure que des mesures prises dans le domaine de l'immigration risquent de porter atteinte* » à l'article 8[975]. Elle souligna toutefois que « *l'étendue de l'obligation, pour un Etat, d'admettre sur son territoire des parents d'immigrés, dépend de la situation des intéressés* »[976]. Elle ajouta qu'elle « *ne saurait oublier que le présent litige a trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration, et que d'après un principe de droit international bien établi les Etats ont le droit (…) de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol* »[977]. En l'espèce, l'affaire ne concernait pas des immigrants qui auraient laissé leur famille dans un autre pays jusqu'à ce que leur soit reconnu le droit de rester au Royaume-Uni. Les requérantes ne se sont mariées qu'une fois établies dans cet Etat d'accueil. Or l'article 8 ne saurait s'interpréter comme imposant à un Etat contractant « *l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays* »[978]. Et la Cour de conclure que les requérantes n'ayant pas « *prouvé l'existence d'obstacles qui les aient empêchées de mener une vie familiale dans leur propre pays, ou dans celui de leur mari, (…) il n'y a pas eu "manque de respect" pour la vie familiale, ni donc infraction à l'article 8* »[979].

306. La Cour européenne refuse d'imposer aux Etats contractants une obligation de laisser entrer des étrangers sur leur territoire au nom du regroupement familial lorsqu'il y a une possibilité pour la famille de vivre dans un autre pays que le pays d'accueil. L'article 8 de la Conv.EDH ne fonde pas en effet une telle « *obligation positive* », il pose à l'inverse l' « *obligation négative de ne pas éloigner lorsque l'éloignement rompt l'unité familiale* »[980].

307. Peu après l'arrêt *Abdulaziz*, qui rappelle le pouvoir discrétionnaire des Etats de défendre leur ordre public, la Cour se prononce sur l'étendue de la protection que l'article 8 de la Conv.EDH garantit à l'étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement. Dans la

[974] *Id.*, § 59.
[975] *Id.*, § 60.
[976] *Id.*, § 67.
[977] *Ibid.*
[978] *Id.*, § 68.
[979] *Id.*, §§ 68-69.
[980] ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, supra note n° 741, p. 122.

décision *Berrehab* de 1988, la Cour précise que « *lorsque l'étranger possède sur le territoire de l'Etat où il réside des liens familiaux réels et que la mesure d'éloignement est de nature à compromettre le maintien de ces liens, cette mesure n'est justifiée au regard de l'article 8 que si elle est proportionnée au but légitime poursuivi, c'est-à-dire en d'autres termes si l'atteinte à la vie familiale qui en résulte n'est pas excessive eu égard à l'intérêt public qu'il s'agit de protéger* »[981]. Cette décision démontre que la Cour cherche davantage à assurer le maintien du lien familial des étrangers qu'à protéger leur vie familiale[982]. Par ailleurs, elle permet de confirmer que l'article 8 est applicable à la matière de l'éloignement des étrangers, en particulier à toute mesure d'éloignement forcé, qu'il s'agisse d'une décision administrative d'expulsion, comme ici dans l'affaire *Berrehab*, ou d'une mesure judiciaire d'interdiction du territoire[983].

308. Dans son contrôle des mesures nationales d'éloignement des étrangers, la Cour recherche l'existence d'une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale, tel que protégé par l'article 8 § 1 de la Convention. En outre, si une telle ingérence est reconnue, la Cour examine, au regard de l'article 8 § 2, si celle-ci était prévue par la loi, inspirée par un ou plusieurs buts légitimes et nécessaire dans une société démocratique. De cette manière, la Cour va s'attacher à ménager un « *juste équilibre (…) entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble* »[984].

309. Une étape importante a été franchie lorsque la Cour européenne a développé une jurisprudence toute spécifique à la faveur des étrangers intégrés. Toutefois, cette dernière ne s'est pas révélée convaincante, car dépourvue d'un véritable fil conducteur.

---

[981] CEDH, arrêt du 21 juin 1988, *Berrehab contre Pays-Bas*, série A n° 138.
[982] ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), *Le maintien du lien familial des étrangers*, contribution au colloque des 22 et 23 mars 2002 sur « Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit de l'Université Montpellier I, dont les actes sont publiés chez Bruylant, collection « Droit et justice », 2002, 410 p., pp. 211-239, p. 213.
[983] *Cf.* CEDH, arrêt du 21 octobre 1997, *Boujlifa contre France*, recueil 1997-VI.
[984] CEDH, arrêt du 28 novembre 1996, *Ahmut contre Pays-Bas*, § 63, recueil 1996-VI.

PARAGRAPHE II : L'expulsion des étrangers intégrés délinquants

310. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'éloignement des étrangers intégrés délinquants a été l'objet de divers revirements. A la fin des années 1980, la Cour a décidé de protéger tout particulièrement ces étrangers intégrés, avant de prendre davantage en compte le comportement de ces derniers à partir de 1996 (**A**). Enfin, elle est revenue récemment à une position moins sévère mais son raisonnement laisse planer doutes et interrogations, sa méthode d'appréciation demeurant imprévisible (**B**).

A. Les hésitations de la jurisprudence

311. Dans un premier temps, le juge européen a fait prévaloir les droits individuels sur la protection de l'ordre public.

312. Dans l'affaire *Moustaquim*, le requérant de nationalité marocaine fut frappé d'expulsion par les autorités belges pour de multiples infractions sanctionnées par vingt-six mois d'emprisonnement[985]. L'ingérence de l'Etat dans l'exercice de son droit à une vie familiale, prévue par la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, avait pour objectif la défense de l'ordre public. Il restait à savoir si cette ingérence des autorités belges était nécessaire dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiée par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi. La Cour rappelle qu'elle « *ne sous-estime nullement le souci des Etats contractants d'assurer l'ordre public* »[986]. Toutefois, elle note que les agissements imputés à M. Moustaquim remontaient tous à son adolescence et un délai relativement long s'était écoulé entre la commission de la dernière infraction et l'adoption de l'arrêté d'expulsion. Par ailleurs, le requérant avait passé environ vingt ans auprès de sa

[985] CEDH, arrêt du 18 février 1991, *Moustaquim c/ Belgique*, série A n° 193.
Voir les observations sous l'arrêt *Moustaquim* de MARTENS (P.), *Respect de la vie familiale et sauvegarde de l'ordre public*, RTDH, 1er juillet 1991, n° 7, pp. 377-394, sp. pp. 385-394.
[986] *Id.*, § 43.

famille, qui résidait depuis longtemps en Belgique, et n'était retourné au Maroc qu'à deux occasions. Dès lors, la Cour a estimé que la mesure d'expulsion était disproportionnée dans la mesure où les autorités « *n'auraient pas ménagé un juste équilibre entre l'intérêt du requérant à mener une vie familiale et l'intérêt général à la défense de l'ordre* »[987].

313. Deux juges conclurent néanmoins à la non violation de l'article 8, au motif que la vie familiale de la personne en cause ne satisfaisait pas « *au caractère étroit et régulier qui s'attache généralement à cette notion* »[988]. Ils estimèrent que doit être évité « *l'abus de la notion d'atteinte à la "vie familiale" dans des cas de répression d'activités délictueuses* »[989].

314. Dans l'affaire *Beldjoudi*, le passé pénal de l'intéressé est apparu beaucoup plus chargé que celui de M. Moustaquim : plusieurs infractions de vols et de coups et blessures volontaires. La Cour devait donc rechercher si d'autres circonstances pouvaient compenser ces griefs. D'une part, le requérant était né en France de parents français et avait été de nationalité française, nationalité qu'il perdit le 1er janvier 1963 faute pour ses parents d'avoir souscrit de déclaration recognitive. Ceci ne l'empêcha pas d'exprimer la volonté de recouvrer ladite nationalité à partir de 1970. D'autre part, M. Beldjoudi était marié à une ressortissante française depuis vingt ans, avait passé son existence entière en France, y avait suivi sa scolarité et ne semblait pas connaître la langue arabe. De plus, il ne paraissait pas « *avoir avec l'Algérie d'autres liens que celui de la nationalité* »[990]. Quant à Mme Beldjoudi, elle était également née en France de parents français et y avait toujours vécu. Si elle avait du suivre son mari après l'expulsion, elle aurait probablement du s'installer en Algérie, pays dont elle ignorait sans doute la langue. En outre, un tel déracinement aurait pu lui causer de grandes difficultés d'adaptation[991]. La Cour en conclut que « *l'ingérence litigieuse risquerait de mettre en péril l'unité, voire l'existence du ménage,* [si bien que] *la décision d'expulser*

---

[987] *Id.*, § 41.
[988] *Id.*, opinion dissidente des juges Mme Bindschedler-Robert et M. Valticos.
[989] *Ibid.*
[990] CEDH, arrêt du 26 mars 1992, *Beldjoudi contre France*, § 77, série A n° 234 A.
[991] *Ibid*. La Commission européenne des droits de l'homme a très tôt estimé que si les membres de la famille de l'étranger éloigné ne pouvaient pas suivre ce dernier afin de reconstituer leur vie familiale sur le territoire de l'Etat de destination, la mesure nationale d'éloignement constituait une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale : voir Comm.EDH, décision du 16 juillet 1965, *X. contre RFA*, req. n° 2535/65. Il aurait été plus juste que la Commission prenne en compte ce facteur lors de son appréciation de la proportionnalité de l'ingérence plutôt que de son existence : sur cette remarque, *cf.* ROUSSET (D.), *L'étranger en situation irrégulière dans les Etats membres de l'Union européenne – Entre police de l'immigration et droits fondamentaux*, thèse, Lille 2, ss. la dir. de COUSSIRAT-COUSTÈRE (V.), 2004, 591 p., sp. pp. 152-153.

M. Beldjoudi, si elle recevait exécution, ne serait pas proportionnée au but légitime poursuivi et violerait donc l'article 8 »[992].

315. Dans ces affaires, les mesures d'expulsion sont prévues par la loi et tournées vers un but légitime. Quant à la troisième condition permettant de légitimer ces mesures, elle n'est jamais remplie. La Cour a en effet dégagé un faisceau d'indices conduisant le plus souvent à la condamnation de l'Etat. Elle met en exergue l'existence de la vie familiale de l'intéressé ainsi que l'absence de liens avec son pays d'origine, par contre, elle ne prend pas véritablement en considération son passé pénal même fortement chargé.

316. La Cour maintient sa jurisprudence, quel que soit donc la gravité des faits reprochés au requérant, même lorsqu'il s'agit du crime de viol comme dans le cas *Nasri*. Si cette dernière infraction apparaît bien plus grave que celles commises par MM. Moustaquim et Beldjoudi, la Cour conclut à la violation par l'Etat en cause de l'article 8[993]. Il est vrai que le cas de l'intéressé est particulier : il est sourd-muet, analphabète et ne maîtrise pas le langage des sourds-muets. Du coup, M. Nasri aurait de notables difficultés pour communiquer s'il était éloigné de sa famille, seule à pouvoir le comprendre. En effet, depuis 1965, cette dernière n'a jamais quitté la France, et certains de ses membres ont acquis la nationalité française. En outre, le requérant ne connaîtrait pas la langue arabe. Concernant l'infraction de viol à l'origine de son expulsion, forfait qui remonte à l'année 1983, il fut reconnu implicitement que M. Nasri n'en avait pas été l'instigateur et que depuis, il n'avait pas récidivé. Enfin, l'intéressé n'aurait jamais reçu les soins psychiatriques que son état nécessitait. La Cour considéra que la décision d'expulsion serait disproportionnée si elle était exécutée, « *eu égard à ce cumul de circonstances particulières, notamment la situation d'un homme sourd, muet, ne pouvant trouver un minimum d'équilibre psychologique et social que dans sa famille, composée en majorité de citoyens français n'ayant eux-mêmes aucune attache avec l'Algérie* »[994].

317. Ces affaires ont nettement fait apparaître la question de la légitimité de l'expulsion des étrangers nés dans un Etat partie à la Convention ou ayant passé une grande partie de leur vie dans un tel Etat. Plus particulièrement, est soulevé le problème de l'éloignement des étrangers

[992] CEDH, arrêt du 26 mars 1992, *Beldjoudi*, *op. cit.*, supra note n° 990, § 79.
[993] CEDH, arrêt du 13 juillet 1995, *Nasri contre France*, série A n° 320 B.

de seconde, voire de troisième génération, qui dans la majorité des cas n'ont pas ou plus de liens effectifs avec le pays de leur nationalité. Force est de constater qu'à l'égard de cette catégorie d'étrangers, la Cour a jusqu'ici fait prévaloir la protection de leur vie privée et familiale sur la protection de l'intérêt public des Etats. On peut alors observer « *trois lectures de l'article 8* »[995]. Selon B. BOISSARD, « *l'étranger non intégré relève de l'article 8§1, exceptionnellement l'étranger délinquant relève de l'article 8§2, et exception de l'exception, l'étranger délinquant intégré relève* [du paragraphe 2] *mais la protection de l'ordre public ne suffit pas à justifier son éloignement* »[996].

318. Curieusement, dans leur recommandation de 1993 sur le « contrôle et l'expulsion des ressortissants d'Etats tiers résidant ou travaillant sans autorisation »[997], les ministres des Etats membres des Communautés européennes chargés de l'immigration ne prirent pas en compte cette jurisprudence développée par la Cour européenne dans ses arrêts *Moustaquim* et *Beldjoudi*. A ce titre, E. GUILD remarque qu'à l'inverse de la recommandation de 1992 sur « les pratiques des Etats membres en matière d'éloignement »[998], lesdits ministres n'ont pas prévu d'exception, tenant à des considérations humanitaires, à l'expulsion des personnes étant entrées ou ayant séjourné illégalement dans un Etat membre ni à celle des personnes susceptibles d'éloignement pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale[999]. Les Etats membres auraient dû donner effet à la jurisprudence de la Cour européenne, d'après laquelle des motifs tenant à l'ordre public ne suffisent pas à justifier l'expulsion d'un étranger résidant auprès des membres de sa famille depuis une longue période dans un Etat[1000].

319. La même année, M. Schermers, membre de la Commission européenne des droits de l'homme, donnait son opinion dans le cadre de l'affaire *Lamguindaz* et reconnaissait comme la Cour que les Etats ont selon un principe de droit international bien établi le droit de

---

[994] *Id.*, § 46.
[995] BOISSARD (B.), *L'éloignement des étrangers : le débat sur l'intégration*, Cahiers du CREDHO, 2000, n° 6, pp. 179-203, sp. p. 181.
[996] *Ibid.*
[997] Recommandation des ministres chargés de l'immigration du 1er juin 1993.
[998] Recommandation non publiée au JO.
[999] GUILD (E.), *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union ...*, *op. cit.*, supra note n° 888, p. 282.
[1000] *Id.*, p. 283.

contrôler l'entrée sur leur territoire des étrangers[1001]. Il soulevait cependant le fait que le droit international relatif à l'expulsion des étrangers était probablement en train de changer de manière importante suite à l'attention grandissante pour les droits de l'homme et en raison du besoin de solidarité perçu entre les Etats dans le cadre des nouvelles relations intergouvernementales[1002]. M. Schermers attirait alors l'attention sur la responsabilité des Etats vis-à-vis des étrangers admis sur leur territoire : « *les individus tels que le requérant, en l'espèce, représentent un fardeau pour toute société. Même indépendamment de considérations relatives aux droits de l'homme, je doute que le droit international permette qu'un Etat qui a éduqué les enfants d'étrangers admis sur son territoire, expulse ces enfants lorsqu'ils deviennent un fardeau. Au regard du droit international, il n'est plus aussi évidemment admissible de faire supporter ce fardeau par l'Etat d'origine des parents. Le droit du pays d'accueil de renvoyer les immigrés qui se révèlent peu satisfaisants est en tout cas sujet à caution* »[1003]. Ce faisant, M. Schermers formulait clairement ce qu'exprimait implicitement la Cour depuis 1991.

320. Le fait est que les Etats ne tireraient pas les conséquences de l'intégration de ces étrangers. Certains juges vont par la suite se montrer assez insistants sur ce point. Ainsi, à propos de l'expulsion envisagée de M. Nasri, le juge Morenilla faisait valoir que « *la mesure d'expulsion* [des] *"non-ressortissants" dangereux peut s'avérer expédiente pour l'Etat qui se débarrasse ainsi de personnes considérées comme indésirables (…). L'Etat qui, pour des raisons de convenance, accueille les travailleurs immigrés et autorise leur résidence, devient responsable de l'éducation et de la socialisation des enfants de ces immigrés tout comme il l'est des enfants de ses citoyens. En cas d'échec de cette socialisation, dont les comportements marginaux ou délictueux sont la conséquence, cet Etat est aussi tenu d'assurer leur réinsertion sociale au lieu de les renvoyer dans leur pays d'origine, qui n'a aucune responsabilité pour ces comportements et où les possibilités de réhabilitation dans un milieu social étranger s'avèrent illusoires* »[1004]. Pourtant, ces « *juges n'ont pu imposer une conception qui aurait réglé le problème, et qui repose sur la reconnaissance d'une nouvelle*

[1001] Opinion mi-concordante, mi-dissidente de M. H. G. Schermers, Comm.EDH, rapport du 13 octobre 1992, *Lamguindaz contre Royaume-Uni*, req. n° 16152/90, et CEDH, arrêt du 23 juin 1993, *Lamguindaz contre Royaume-Uni*, série A n° 258-C (radiation du rôle). Affaire citée par E. GUILD dans son ouvrage précité, p. 283.
[1002] Voir GUILD (E.), *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union ...*, *op. cit.*, supra note n° 888.
[1003] Opinion mi-concordante, mi-dissidente de M. H. G. Schermers, *loc. cit.*

catégorie juridique, celle des "quasi-nationaux" »[1005]. Les défenseurs d'une assimilation des étrangers intégrés ou de seconde génération aux nationaux se sont toujours vus opposer des refus catégoriques. A ce sujet, le juge L. Wildhaber estimait que ce serait aller trop loin que de considérer qu'il est impossible d'expulser des immigrés de la deuxième génération. Selon lui, « *il doit rester possible d'expulser, conformément aux principes généraux du droit international, des immigrés de la deuxième génération ayant commis des crimes très graves (homicide, viol, trafic de drogue)* »[1006].

321. A partir de 1996, la Cour européenne modifie sans raison apparente son approche de l'article 8 et prend davantage en compte la gravité du comportement de l'intéressé[1007]. Sans doute, prend-elle conscience des problèmes rencontrés par les Etats notamment dans leur lutte contre le trafic de drogue, infraction la plus couramment en cause dans ces affaires avec les vols et les infractions à caractère sexuel. En tous les cas, cette inflexion soudaine ne doit pas surprendre, les arrêts antérieurs n'étant jamais pris à l'unanimité[1008]. En ce sens, l'arrêt *Moustaquim* du 18 février 1991 révèle les dissensions qui existent au sein de la Cour, deux de ses membres critiquant sa conception large de l'effectivité de la vie familiale[1009].

Désormais, c'est la combinaison du parcours pénal et des liens affaiblis avec le pays d'accueil du fait d'une attache existant avec le pays d'origine, autre que la nationalité, qui va amener la Cour à ne pas condamner l'Etat. Cette nouvelle démarche répond mieux pour certains à l'esprit du paragraphe 2 de l'article 8[1010]. En effet, en prenant davantage en compte « *le motif générateur de la mesure d'expulsion* », la Cour « *applique le principe de proportionnalité avec moins de souplesse qu'auparavant* »[1011].

322. La Cour rappelle le devoir des Etats contractants d'assurer l'ordre public, puis examine si l'expulsion a respecté un juste équilibre entre les intérêts en présence. Dans les

---

[1004] Opinion partiellement dissidente de M. J.-M. Morenilla sur CEDH, arrêt du 13 juillet 1995, *Nasri*, *op. cit.*, supra note n° 993.
[1005] BOISSARD (B.), *L'éloignement des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 995, p. 181.
[1006] Opinion concordante du juge M. L. Wildhaber sur CEDH, arrêt du 13 juillet 1995, *Nasri*, *op. cit.*, supra note n° 993.
[1007] Voir CEDH, arrêt du 24 mars 1996, *Boughanemi contre France*, recueil 1996-II.
[1008] BOISSARD (B.), *L'éloignement des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 995, p. 181.
[1009] Opinion dissidente des juges Mme Bindschedler-Robert et M. Valticos sur l'arrêt *Moustaquim* du 18 février 1991, *op. cit.*, supra note n° 985.
[1010] Voir CHARRIER (J. L.), *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Litec, Editions du Juris-Classeur, 2002, 383 p., p. 139.

arrêts rendus entre 1996 et 2000, la Cour a conclu à la non violation de l'article 8 de la Conv.EDH chaque fois que le requérant s'était rendu coupable de trafic de drogue, sauf dans l'arrêt *Mehemi*[1012]. Celui-ci peut paraître isolé mais la solution est motivée à l'unanimité par l'absence d'attaches avec le pays d'origine et par ses liens avec l'Etat d'accueil. En effet, le requérant est né en France, y a suivi toute sa scolarité, et y a vécu jusqu'à l'âge de trente-trois ans. Ses parents et ses quatre frères et sœurs y résident, ainsi que son épouse et ses trois enfants mineurs, lesquels y sont nés et en ont la nationalité. En conséquence, même si « *la Cour conçoit que les autorités fassent preuve d'une grande fermeté à l'égard de ceux qui contribuent activement à la propagation* [du] *fléau* [que constituent les *ravages de la drogue dans la population*] »[1013] et qu'à ce titre la circonstance que le requérant ait importé une quantité importante de haschisch joue fortement à son encontre, il est non avéré qu'il a des liens autres que sa nationalité avec l'Algérie. Dès lors, selon la Cour, « *la mesure d'interdiction définitive du territoire,* [qui] *a pour effet de le séparer de ses enfants mineurs et de son épouse, (…) n'était pas proportionnée aux buts poursuivis* »[1014].

323. Dans une affaire rendue le même jour, les mêmes juges aboutirent à la décision inverse pour les mêmes faits[1015]. Cette divergence tient sans doute dans les liens plus faibles que le requérant avait avec l'Etat d'accueil. Les quelques liens avec le pays d'origine que la Cour s'efforce de relever joue beaucoup en défaveur de l'intéressé : « *il ne prétend ni ignorer l'arabe ni ne jamais être retourné dans ce pays avant l'exécution de la mesure litigieuse d'interdiction du territoire. Il semble aussi qu'il n'a jamais manifesté la volonté de devenir Français* »[1016]. Ainsi, contrairement à l'affaire *Mehemi*, la Cour conclut que « *même si l'essentiel de ses attaches familiales et sociales se trouve en France, il n'est pas avéré que le requérant a perdu avec son pays d'origine tous liens autres que la nationalité* »[1017].

[1011] *Ibid.*
[1012] CEDH, arrêt du 26 septembre 1997, *Mehemi contre France*, recueil 1997-VI.
[1013] *Id.*, § 37.
[1014] *Ibid.* Cette absence de liens avec le pays d'origine est contestée par une partie de la doctrine : *cf.* par exemple le commentaire du Professeur M. RENUCCI (J.-F.), recueil Dalloz, 1998, 21e cahier, sommaires commentés, sp. pp. 210-211 ; l'auteur fait valoir que le requérant a volontairement opté pour sa nationalité d'origine à sa majorité et qu'il a effectué de nombreux voyages en Afrique du Nord.
[1015] CEDH, arrêt du 26 septembre 1997, *El Boujaïdi contre France*, recueil 1997-VI.
[1016] *Id.*, § 41.
[1017] *Ibid.* Comme dans l'arrêt *Mehemi*, la Cour considère que la gravité de l'infraction pèse *« lourd dans la balance* », arrêt § 41. De la même manière, dans une décision du 9 mars 1999, elle estimera que la gravité de l'infraction est « *un élément essentiel pour l'évaluation de la proportionnalité de la mesure d'expulsion* » : CEDH, décision du 9 mars 1999, *Djaïd contre France*, req. n° 38687/97.

324. Les autres arrêts se sont également conclus par un constat de non-violation. Les solutions retenues dans ces affaires sont toutes motivées par la gravité des infractions et antécédents pénaux ainsi que par les liens entretenus par les requérants avec leur pays d'origine, quoique sur ce dernier point la Cour ne procède pas à une appréciation très approfondie. Toujours est-il que concernant ce motif, la Cour semble retenir les arguments suivants : compréhension de la langue de l'Etat d'origine, séjours réguliers dans cet Etat et absence de volonté d'acquérir la nationalité de l'Etat d'accueil. Dans l'arrêt *Boughanemi*, elle remarque que « *les circonstances de la présente espèce diffèrent de celles des affaires Moustaquim, Beldjoudi et Nasri, toutes relatives à l'expulsion de délinquants étrangers condamnés* »[1018] mais n'explique pas en quoi elles diffèrent, ce qui est non seulement suspect au regard de l'article 45-1 de la Convention selon lequel « les arrêts sont motivés », mais aussi fâcheux puisque c'est ce qui va guider la Cour dans sa décision finale[1019]. Sur le fond, elle note que l'intéressé, de nationalité tunisienne, non seulement a été condamné à plusieurs années d'emprisonnement pour proxénétisme aggravé mais également qu'il « *n'a jamais manifesté la volonté de devenir français* »[1020] et a vraisemblablement conservé avec la Tunisie des liens autres que la seule nationalité. Il en va de même pour M. Bouchelkia : la Cour valide la décision d'expulsion de l'intéressé au motif qu'il « *entretenait, à l'époque des faits, des liens avec son pays d'origine* » et qu'il n'avait pas, lorsque l'arrêté d'expulsion reçut exécution, de vie familiale en France[1021]. En effet, il n'a fondé « *sa propre famille que postérieurement à l'arrêté d'expulsion, consolidant ainsi ses attaches familiales en France* »[1022].

Ces deux espèces attestent que la Cour exclut systématiquement que la naissance d'un enfant ou la création de liens familiaux après l'ordre d'expulsion soit prise en considération[1023]. Cela ne signifie pas pour autant que la naissance d'un enfant avant la

---

[1018] CEDH, arrêt du 24 mars 1996, *Boughanemi contre France*, recueil 1996-II.
[1019] JULIEN-LAFERRIERE (F.), *L'éloignement des étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme (article 5 et 8). Affaires Nasri, Boughanemi et Amuur*, Cahiers du CREDHO, 1997, n° 3, pp. 59-74, sp. p. 64.
[1020] CEDH, arrêt du 24 mars 1996, *Boughanemi*, *loc. cit.*, § 44.
[1021] CEDH, arrêt du 29 juin 1997, *Bouchelkia contre France*, recueil 1997-I.
[1022] *Id.*, § 41.
[1023] DEMBOUR (M.-B.), *Etrangers ou quasi-nationaux ? Le choix des droits de l'homme*, observations sous l'arrêt *Ezzouhdi contre France*, RTDH, octobre 2002, n° 52, pp. 963-982, sp. p. 972. Sur cette position constante, voir CEDH, arrêt du 19 février 1998, *Dalia contre France*, recueil 1998-I, affaire concernant une ressortissante algérienne arrivée en France à l'âge de 17 ans donc ne pouvant pas être considérée comme « immigrée de la seconde génération » (voy. sur cet arrêt l'intervention de MENDEL-RICHE (F.),

décision d'éloignement protège l'étranger. En effet, dans l'affaire *C.* contre la Belgique[1024], l'existence d'un enfant né antérieurement à l'arrêté royal ordonnant l'expulsion ne compense ni la gravité des infractions commises, à savoir la détention illicite de stupéfiants et l'association de malfaiteurs, ni les liens importants que le requérant semble avoir conservé avec le Maroc[1025].

325. Le refus de la Cour de prendre en compte les liens familiaux nés après la mesure d'expulsion est critiqué non seulement par une partie de la doctrine, mais aussi par certains juges composant la Cour. La juge E. Palm souligne à propos de l'affaire *Bouchelkia* que celui-ci a noué la quasi-totalité de ses attaches avec sa nouvelle patrie et qu' « *en règle générale, les immigrés de la seconde génération doivent être traités de la même manière que les nationaux* »[1026]. En outre, E. Palm indique que le requérant a été condamné pour les délits qui lui étaient reprochés et « *qu'il a purgé sa peine : cela devrait donc suffire, tout comme cela suffit pour des délits analogues commis par des ressortissants nationaux* »[1027]. Refusant à nouveau de considérer les étrangers intégrés comme des quasi-nationaux, la Cour décide finalement que « *l'évolution, postérieurement à l'arrêté d'expulsion et en situation illégale, d'une vie familiale nouvelle ne permet pas de considérer, a posteriori, que l'expulsion ordonnée et exécutée en 1990 ne s'imposait pas* »[1028].

326. Les arrêts *Boughanemi* et *Bouchelkia* permettent de mieux cerner l'appréciation par le juge européen du lien de l'étranger avec son pays d'origine. Cette évaluation étant très succincte, elle ne devrait pas jouer en faveur de l'expulsion. D'ailleurs, s'agissant de la première espèce, le Professeur F. JULIEN-LAFERRIERE a observé que les liens entretenus par le requérant avec son pays d'origine ne sont établis que par des "vraisemblances" (il aurait appartenu à M. Boughanemi d'apporter la preuve du contraire)[1029]. De même, exprimant son

---

L'éloignement des étrangers entre défense de l'ordre public et impératifs humanitaires – Affaires Dalia et B.B., Cahiers du CREDHO, 1999, n° 5, pp. 135-145).

[1024] CEDH, arrêt du 7 août 1996, *C. contre Belgique*, recueil 1996-III.

[1025] La Cour suppose que si le requérant n'a pas quitté son pays d'origine avant l'âge de onze ans, il a dû y apprendre la langue et y tisser ses premiers liens sociaux et scolaires. Elle évoque également le décès de son père dans ce pays et rappelle qu'il s'y est marié avec une femme marocaine, qu'il y a divorcé et conclu avec elle un accord attribuant la garde de leur enfant (*cf.* § 34 de l'arrêt).

[1026] Opinion dissidente du juge Mme E. Palm sur CEDH, arrêt du 29 juin 1997, *Bouchelkia*, *op. cit.*, supra note n° 1021. Cet avis est partagé par le juge S. K. Martens dans l'affaire *Boughanemi*, et le sera encore dans d'autres arrêts ultérieurs (voir par exemple l'opinion de I. Foighel dans l'arrêt *El Boujaïdi* précité).

[1027] *Ibid.*

[1028] CEDH, arrêt du 29 juin 1997, *Bouchelkia*, *op. cit.*, supra note n° 1021, § 52.

[1029] JULIEN-LAFERRIERE (F.), *L'éloignement des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 1019, p. 65.

désaccord avec la majorité, Mme E. Palm conteste, dans la seconde espèce, la réalité des liens de M. Bouchelkia avec son pays d'origine puisqu'au moment des faits ses grands-parents étaient déjà décédés et que, hormis un oncle, « *il n'a aucun parent proche en Algérie* »[1030]. À cela, elle ajoute qu' « *il ne parle, ni ne lit l'arabe* »[1031]. On peut donc regretter que les membres de la majorité ne soient pas allés plus loin dans la recherche d'une attache réelle et effective de l'étranger intégré avec le pays de sa nationalité. Par ailleurs, le fait que la Cour conclut son appréciation de la question des liens avec le pays d'origine par des expressions comme "il est non avéré que" ou "il est vraisemblable que" pourrait éventuellement dissimuler des hésitations.

327. En outre, une partie de la doctrine s'étonne que la Cour persiste à prendre en compte la nationalité du requérant. A ce titre, rappelant l'opinion du juge J.-M. Morenilla sur l'arrêt *Nasri*[1032], le Professeur F. JULIEN-LAFERRIERE estime que les liens des étrangers intégrés avec l'Etat d'accueil sont parfois si importants que le lien de la nationalité « *n'a plus alors qu'un caractère purement juridique* »[1033]. Il poursuit sa réflexion en se demandant si « *expulser un étranger du pays dans lequel il est né ou a vécu la plus grande partie de sa vie ne revient-il pas, en pratique, à l'expulser de son propre pays, dès lors qu'il n'a plus d'attache* (…) *avec le pays dont il a la nationalité et qu'on appelle son pays d'origine* (…) *?* »[1034]. Si on considère les termes de l'article 12 § 4 du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966, « *nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays* ». Les mesures nationales d'éloignement n'empêchent-elles pas les étrangers intégrés de revenir dans leur "propre pays" ?[1035] J.-M. Morenilla faisait remarquer que l'égalité de traitement entre étrangers et nationaux « *devient de plus en plus apparente lorsqu'il s'agit des "immigrés intégrés" dans la communauté où ils travaillent. Selon les termes de l'article 12 § 4 du Pacte, leur "propre pays" est celui où ils sont nés ou dans lequel ils ont grandi et qui est le leur malgré les difficultés d'adaptation inhérentes à une origine étrangère ou à l'appartenance à une culture familiale différente* »[1036]. Or, si l'on se réfère à la

[1030] Opinion dissidente du juge Mme E. Palm sur CEDH, arrêt du 29 juin 1997, *Bouchelkia*, *op. cit.*, supra note n° 1026.
[1031] *Ibid.*
[1032] *Cf.* supra dans ce A. § 320.
[1033] JULIEN-LAFERRIERE (F.), *L'éloignement des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 1019, p. 72.
[1034] *Id.*, p. 73.
[1035] *Ibid.*
[1036] Opinion partiellement dissidente de M. J.-M. Morenilla sur CEDH, arrêt du 13 juillet 1995, *Nasri*, *op. cit.*, supra note n° 1004.

jurisprudence du Comité des droits de l'homme sur la question, il ne semble pas que les étrangers immigrés soient tous concernés par cette disposition. Dans ses constatations du 1er novembre 1996, le Comité admet « *que la notion recouverte par les termes "son propre pays" est plus vaste que celle de "pays de sa nationalité"* »[1037], que d'ailleurs elle recouvre. Il précise que l'expression « *s'applique aux personnes qui sont des nationaux et à certaines catégories de personnes qui, tout en n'étant pas des nationaux au sens strict du terme, ne sont pas non plus des "étrangers"* »[1038]. Par conséquent, étant donné qu'elle n'est pas limitée à la nationalité, à savoir la nationalité conférée à la naissance ou acquise par la suite, la notion de "propre pays" est applicable à « *toute personne qui, en raison des liens particuliers qu'elle entretient avec un pays donné ou des revendications qu'elle a à cet égard, ne peut pas être considérée dans ce même pays comme un simple étranger. Tel serait le cas par exemple de nationaux d'un pays auxquels la nationalité aurait été retirée en violation du droit international et de personnes dont le pays de nationalité aurait été intégré ou assimilé à une autre entité nationale au sein de laquelle elles n'auraient pas été reconnues comme des nationaux* »[1039]. De plus, le libellé du paragraphe 4 de l'article 12 du Pacte pourrait, selon le Comité, viser d'autres catégories de résidents à long terme, en particulier les apatrides. Le Comité semble donc considérer que certains non-nationaux, de qualité bien particulière et dont il donne quelques exemples, ne peuvent faire l'objet, au même titre que les nationaux, de mesures d'expulsion. En ce sens, le Comité cite le contre-exemple des personnes qui ne tirent pas parti de la possibilité offerte par le pays de résidence aux immigrants d'obtenir le statut de nationaux. Dans ce cas, ces étrangers peuvent être considérés « *comme ayant choisi de demeurer des étrangers* [et doivent donc en] *assumer les conséquences* »[1040]. Cette dernière hypothèse fut confirmée dans une jurisprudence du Comité en date du 26 juillet 2004 : « *conformément à la jurisprudence dégagée dans l'affaire Stewart*, [une] *personne qui entre dans un Etat donné, en vertu de la législation de cet Etat en matière d'immigration et sous réserve des conditions énoncées dans cette législation, ne peut pas normalement considérer que cet Etat est son "propre pays" alors qu'elle n'en a pas acquis la nationalité et*

[1037] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 1er novembre 1996, *Charles E. Stewart c/ Canada*, communication n° 538/1993 du 18 février 1993, CCPR/C/58/D/538/1993, 16 décembre 1996 – voir pt. 12.3 des délibérations.
[1038] *Ibid.*
[1039] *Id.*, pt. 12.4.
[1040] *Id.*, pt. 12.8. Voir le commentaire de BOSSUYT (M.), *Chronique de jurisprudence du Comité des droits de l'homme (1993-1997)*, RTDH, 1er juillet 1998, n° 35, pp. 507-565.

qu'elle conserve la nationalité de son pays d'origine », à moins que « des obstacles déraisonnables [aient été] *posés à l'acquisition de la nationalité* »[1041].

328. Si on considère que de telles personnes doivent être distinguées de celles entrant dans les catégories décrites précédemment par le Comité, les étrangers de seconde génération n'ayant pas cherché à obtenir la nationalité du pays d'accueil au moment où ils en avaient la possibilité ne peuvent prétendre à être assimilés à des quasi-nationaux lorsqu'une décision d'éloignement est rendue à leur encontre. Tel semble bien être le cas notamment de M. Boughanemi et de M. C alors même qu'ils avaient des frères et sœurs naturalisés. L'opinion de J.-M. Morenilla et de ceux qui la partagent doit dès lors être tempérée, même s'il est vrai que la décision du Comité des droits de l'homme n'a pas été approuvée pleinement par tous ses membres. Parmi ces derniers en effet, certains ont jugé la position du Comité trop sévère. Par exemple, E. Evatt, C. Quiroga et F. J. Aguilar Urbina observent que le Comité a envisagé la notion de "propre pays" sous un angle trop restreint car si « *les personnes ne peuvent pas être privées du droit d'entrer dans leur propre pays,* [c'est parce qu'] *il est inacceptable de priver une personne de contacts étroits avec sa famille ou ses amis ou, de façon générale, avec l'ensemble des personnes avec qui elle est en contact et qui constituent son environnement social* »[1042]. Selon eux, telle est la raison pour laquelle ce droit est énoncé à l'article 12 du Pacte, lequel viserait donc « *les personnes se trouvant légalement sur le territoire d'un Etat et non pas* [celles] *ayant des liens formels avec cet Etat* »[1043]. Ils ajoutent qu'un individu « *peut avoir plusieurs nationalités et n'avoir que des liens ténus ou n'entretenir aucun lien de résidence et de famille avec l'un ou l'autre des Etats en question* »[1044]. En conclusion, « *les termes "son propre pays" ne peuvent donc que suggérer la prise en considération de facteurs tels que les nombreuses années de résidence, les liens personnels et familiaux étroits et l'intention de demeurer (ainsi que l'absence de tels liens ailleurs). Lorsqu'une personne n'a pas la nationalité du pays en question, les liens devront être très forts pour porter à conclure qu'il s'agit de son propre pays* »[1045]. Finalement, ils

[1041] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 26 juillet 2004, *Francesco Madafferi et Anna Maria Immacolata Madafferi contre Australie*, communication n° 1011/2001 du 16 juillet 2001, CCPR/C/81/D/1011/2001, 26 août 2004, § 9.6.
[1042] Opinion individuelle de Mme E. Evatt et de Melle C. Medina Quiroga, cosignée par M. F. J. Aguilar Urbina sur les constatations du 1er novembre 1996 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, précitées en note 1031.
[1043] *Ibid.*
[1044] *Ibid.*
[1045] *Ibid.*

estiment qu'un étranger est en droit de prouver l'existence de tels liens afin de pouvoir ensuite se prévaloir de la protection de l'article 12 § 4 du Pacte.

D'autres membres du Comité souscrirent à cette opinion individuelle mais la conception de l'expression « propre pays » adoptée par la majorité des membres du Comité rejoint de près celle établie dans la Conv.EDH, dont le protocole n° 4 prévoit à l'article 3-2 que « *nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'Etat dont il est le ressortissant* », le terme de « ressortissant » étant intimement lié à la notion de nationalité[1046]. On peut espérer une évolution de la jurisprudence du Comité. Comme le rappelle certains auteurs, « *une première version du projet du pacte restreignait le champ d'application de cet* [article 12 § 4] *aux nationaux. La version définitive a été explicitement retenue pour englober les étrangers qui entretiennent un lien particulièrement fort avec l'Etat sur le territoire duquel ils vivent* »[1047]. Cela impliquerait que d'autres catégories d'étrangers, en dehors des cas particuliers énumérés dans l'affaire *Stewart*, pourraient être visés par ledit article[1048].

329. Les raisonnements de la Cour européenne demeurent obscurs, tant la méthode d'appréciation des circonstances est fluctuante[1049]. En effet, la Cour produit « *des arrêts incohérents dans lesquels des faits similaires donnent lieu à des conclusions différentes* »[1050]. Dès lors, à travers cette approche casuistique et ses motivations, la Cour ne convainc guère. Gageons qu'elle devrait déterminer les critères lui permettant de se prononcer en faveur de l'Etat ou de l'individu frappé d'expulsion et s'y conformer. Cette revendication de rigueur et de précision n'est pas récente. A l'occasion de l'affaire *Nasri*, un des juges entrevoyait déjà cette nécessité : « *la Cour européenne sera probablement conduite, à l'avenir, à préciser les*

[1046] BOISSARD (B.), *L'éloignement des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 995, p. 197.

[1047] VALETTE (M.-F.), *L'intégration des étrangers délinquants à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, LPA, 22 juillet 2004, n° 146, pp. 19-28, p 25, note n° 20 faisant référence à l'ouvrage de NOWAK (M.), *U.N. Covenant on civil and Political Rights, C.C.P.R. Commentary*, N.P. Engel, 1993, sp. pp. 219-220.

[1048] C'est également l'avis du Rapporteur Mme M. Aguiar exprimé dans son exposé des motifs du rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe sur la non-expulsion des immigrés de longue durée, 27 février 2001, doc. 8986, pt. III-36.

[1049] M. C. WARBRICK reconnaît que le caractère imprévisible de la jurisprudence de la CEDH est indéniable mais rejette l'idée avancée par certains membres de la Cour selon laquelle cette même jurisprudence serait arbitraire : WARBRICK (C.), *The Structure of Article 8*, EHRLR, n° 1, 1998, pp. 32-44.
Pour un résumé complet de la jurisprudence de la Cour de *Abdulaziz* à *Dalia*, *cf.* VAN DIJK (P.), *Protection of "Integrated" Aliens against Expulsion under the European Convention on Human Rights*, *in* GUILD (E.) et MINDERHOUD (P.), « Security of Residence and Expulsion », *op. cit.*, supra note n° 968, pp. 23-39.

[1050] AGUIAR (M.), exposé des motifs du rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, *op. cit.*, supra note n° 1048, pt. III-34.

critères qu'elle entend adopter : seuils de condamnations et de récidives, handicaps physiques et linguistiques pris en considération, nature des crimes et délits, contenu de la vie familiale et définition de la communauté familiale à protéger au sens de l'article 8 »[1051].

330. Cette seconde période dans la jurisprudence de la Cour européenne se clôt en 1999 avec l'arrêt *Baghli*[1052]. Dans cet arrêt, la juridiction continue de conclure à la non violation de l'article 8 de la Conv.EDH, même si l'étranger a des attaches importantes avec son pays d'accueil, dès lors que le requérant a été condamné pour une infraction pénale grave[1053] ou, pire, constituant comme le trafic de stupéfiants un « *fléau* »[1054], et qu'il a conservé quelques liens avec son pays d'origine[1055]. À compter de l'affaire *Ezzouhdi*, la Cour semble revenir à une jurisprudence plus favorable aux étrangers[1056]. Cet assouplissement sera confirmé par les arrêts ultérieurs. Pourtant, à l'origine, rien ne permettait d'avancer que M. Ezzouhdi était dans une situation plus avantageuse que M. Baghli. Au contraire, il fut condamné à une peine plus lourde que M. Baghli pour infractions à la législation sur les stupéfiants, arriva plus tard que le second en France et, célibataire et sans enfant, n'entretenait apparemment pas de relations particulières avec une femme française. A la différence toutefois il est vrai de M. Baghli, M. Ezzouhdi n'apparaissait pas avoir avec son pays natal d'autres attaches que la nationalité. Il n'avait vécu au Maroc que dans sa prime jeunesse et prétendait ignorer la langue arabe. Aussi, la Cour estima que les infractions commises par le requérant, qui possède des liens intenses avec la France, ne sauraient être considérées comme étant d'une particulière gravité.

331. Sans les arrêts ultérieurs, cette décision aurait pu s'inscrire dans la continuité de la jurisprudence antérieure du juge européen puisque selon cette dernière l'absence de liens réels

---

[1051] Opinion concordante du juge M. L.-E. Pettiti sur CEDH, arrêt du 13 juillet 1995, *Nasri*, *op. cit.*, supra note n° 993.

[1052] CEDH, arrêt du 30 novembre 1999, *Baghli contre France*, recueil 1999-VIII.

[1053] Il s'agit des violences sexuelles (*Boughanemi, Bouchelkia*) et des vols aggravés (CEDH, arrêt du 21 octobre 1997, *Boujlifa*, *op. cit.*, supra note n° 983).

[1054] Sur ce qualificatif, voir CEDH, arrêt du 19 février 1998, *Dalia*, *op. cit.*, supra note n° 1023, § 54 ; CEDH, arrêt du 30 novembre 1999, *Baghli*, *loc. cit.*, § 48.

[1055] Les liens de M. Baghli avec la France sont affaiblis par ceux qu'il conserve avec le pays de sa nationalité : « *il a gardé sa nationalité algérienne et n'a jamais prétendu ignorer la langue arabe. Il a effectué son service militaire dans son pays d'origine et s'y est rendu en vacances à plusieurs reprises. Il semble aussi qu'il n'a jamais manifesté la volonté de devenir français quand il était en droit de le faire. Ainsi, même si ses attaches familiales et sociales se trouvent pour l'essentiel en France, il est avéré (…) que le requérant a conservé avec son pays natal des liens autres que la seule nationalité* », arrêt § 48. Cette minoration des liens avec l'Etat d'accueil est notamment critiquée dans des observations sous arrêt par LEVINET (M.), *La Cour européenne des droits de l'homme de plus en plus compréhensive à l'égard des mesures d'éloignement des étrangers délinquants*, RTDH, 1er avril 2000, n° 42, pp. 301-313.

avec son pays d'origine et la légèreté de l'infraction pénale pouvaient difficilement conduire à la non-violation de l'article 8 de la Conv.EDH. Rendu à l'unanimité, l'arrêt *Ezzouhdi* aurait pu ainsi être rapproché en partie de l'arrêt *Mehemi*[1057]. D'ailleurs, M.-B. DEMBOUR constate que le requérant « *semble avoir eu de la chance* » et que « *le constat de violation s'expliquerait non par un rejet de principe de la jurisprudence antérieure, mais par référence aux seuls faits de l'affaire* »[1058].

332. Quoi qu'il en soit, la Cour semble avoir trouvé un meilleur équilibre dans sa mise en balance des intérêts en présence[1059]. Mais c'est bien plus l'arrêt *Boultif* qui va s'avérer déterminant dans la protection des étrangers contre l'éloignement.

B. L'assimilation des étrangers "ordinaires" aux immigrés de seconde génération

333. Dans l'arrêt *Baghli*, deux juges ont exprimé et expliqué leur désaccord quant à l'absence de violation de l'article 8. Ils ont ouvertement mis à l'index la jurisprudence de la juridiction telle que développée depuis 1996 : « *nous reconnaissons (…) que la jurisprudence de la Cour, au moins depuis l'arrêt Boughanemi contre France, s'est infléchie dans le sens de la sévérité : au cours des années 1996 à 1998, s'agissant d'étrangers expulsés ou ayant fait l'objet d'une interdiction du territoire, les arrêts concluant à la non-violation de l'article 8 sont nettement plus nombreux que l'inverse, même si la Cour est souvent partagée dans les votes* »[1060]. L'opinion dissidente de ces deux juges a-t-elle contribué au changement de position de la Cour ? Une réponse affirmative est permise puisqu'ils font partie, avec

---

[1056] CEDH, arrêt du 13 février 2001, *Ezzouhdi contre France.*

[1057] En partie seulement parce que, à la grande différence de M. Mehemi, M. Ezzouhdi avait de faibles attaches familiales en France.

[1058] DEMBOUR (M.-B.), *Etrangers ou quasi-nationaux ?...*, *op. cit.*, supra note n° 1023, p. 977.

[1059] LEVINET (M.), commentaire de l'arrêt *Ezzouhdi*, *in* « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : affaires françaises (2001) », RD publ., 2002, n° 3, pp. 675-710, sp. pp. 699-702, p. 699.

[1060] Opinion dissidente commune des juges M. J.-P. Costa et Mme F. Tulkens sur arrêt du 30 novembre 1999, *Baghli*, *op. cit.*, supra note n° 1052. Leur opinion est partagée par une certaine doctrine : *cf.* par exemple JULIEN-LAFERRIERE (F.), *Les droits de l'étranger*, Actes du colloque sur le « Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme » organisé les 26 et 27 octobre 2000 par l'Ecole nationale de la magistrature, la Faculté Jean Monnet, l'Ordre des avocats à la cour de Paris et l'Association française pour l'Histoire de la Justice, publiés chez Bruylant, Nemesis, collection « Droit et Justice », 2002, 322 p., pp. 207-218, sp. p. 217.

M. P. Kuris et M. K Traja, des membres ayant également délibéré dans l'affaire *Ezzouhdi*, dont la décision fut prise à l'unanimité.

334. L'arrêt *Boultif* fut également rendu à l'unanimité le 2 août 2001[1061]. Elle concernait un ressortissant de nationalité algérienne à qui il fut ordonné de quitter le territoire suisse et refusé le renouvellement de son autorisation de séjour pour brigandage, atteinte aux biens et port illégal d'armes. Si l'infraction commise par le requérant pouvait laisser craindre que celui-ci constituait à l'avenir un danger pour l'ordre et la sûreté publics, la Cour estima que les circonstances particulières de l'espèce atténuaient ces craintes. C'est en effet « *sur la base de l'appréciation de l'ensemble des faits pertinents de l'espèce* » que la Cour conclut à la violation de l'article 8 de la Convention[1062]. La juridiction retient au profit du requérant le fait qu'il exerçait un emploi, l'absence de récidive, sa conduite irréprochable en prison, et surtout l'impossibilité pour lui de mener sa vie familiale dans un autre pays notamment parce qu'on ne peut attendre de son épouse suisse qu'elle le suive en Algérie[1063].

Cet arrêt est le point de départ d'une jurisprudence nouvelle et innovante. En effet, la Cour ne fait plus de distinction entre les étrangers ordinaires et les immigrés de la seconde génération. Cette protection identique accordée à l'ensemble des étrangers sera confirmée[1064].

335. En outre, même si la Cour évalue globalement chaque situation, le requérant a certainement tiré avantage de son mariage avec une ressortissante suisse[1065]. La même remarque peut être faite à propos de l'affaire *Amrollahi*, dans laquelle la Cour européenne refuse, de nouveau à l'unanimité, de donner raison au Danemark. Celui-ci avait décidé d'expulser un ressortissant iranien condamné à trois années d'emprisonnement pour trafic de drogue mais marié à une femme de nationalité danoise avec qui il avait eu deux enfants[1066]. Il

---

[1061] CEDH, arrêt du 2 août 2001, *Boultif contre Suisse*, recueil 2001-IX.

[1062] Précision exprimée dans l'opinion concordante des juges M. A.-B. Baka, M. L. Wildhaber et M. P. Lorenzen sur l'arrêt *Boultif*, ci-dessus précité.

[1063] La Cour indique qu'un des problèmes concernant l'épouse du requérant est qu'elle ne parle pas la langue arabe. Sur ce point, le Professeur J.-F. FLAUSS estime qu'il faudrait que la Cour définisse « *l'importance qu'elle entend accorder à ce paramètre linguistique. En clair, l'éloignement est-il automatiquement contraire à l'article 8 dès lors que le conjoint ne pratique pas la langue du pays de destination ?* » : FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des Droits de l'Homme – Novembre 2000/Octobre 2001 », AJDA, 2001, pp. 1060-1075, sp. p. 1072.

[1064] Voy. les arrêts de la Cour du 11 juillet 2002, *Amrollahi contre Danemark*, du 31 octobre 2002, *Yildiz contre Autriche* et du 6 février 2003, *Jakupovic contre Autriche*.

[1065] Cet aspect est soulevé par MOCK (H.), "*Selon que vous serez marié ou misérable …" Eloignement des étrangers délinquants : le mariage, une meilleure garantie que l'intégration contre la "double peine" ?*, RTDH, 2002, pp. 477-495, p. 491.

[1066] CEDH, arrêt du 11 juillet 2002, *Amrollahi*, *loc. cit.*

est constaté que son épouse et ses enfants auraient les plus grandes difficultés à vivre en Iran étant donné que la première n'a aucun lien avec le pays d'origine de son mari. En conclusion, un renvoi définitif du territoire du Danemark aurait pour résultat de séparer la famille dans la mesure où il est impossible pour les intéressés de continuer à mener une vie familiale en dehors de cet Etat.

336. Le 15 juillet 2003, la Cour européenne rend la décision *Mokrani*[1067]. Le sieur Mokrani, ressortissant algérien, est né en France, y a vécu depuis sa naissance et y a suivi l'intégralité de sa scolarité. Ses parents, ses frères et sœurs, dont certains ont la nationalité française, vivent également dans cet Etat. Le requérant fut condamné en juillet 1992 à une peine d'emprisonnement de quatre ans pour trafic de stupéfiants. En mars 1995, le ministre de l'Intérieur prit un arrêté d'expulsion à son encontre. La même année, M. Mokrani débutait une relation avec une citoyenne française. Partant, la procédure d'expulsion étant déjà engagée, « *il ne pouvait ignorer la relative précarité de sa situation* »[1068]. Mais le requérant et sa compagne eurent un enfant en juin 1999 et se marièrent en 2001. La Cour conçoit « *que les Etats contractants fassent preuve d'une grande fermeté à l'égard de ceux qui contribuent à la propagation* » du fléau que sont les délits de stupéfiants[1069]. Néanmoins, le requérant a l'essentiel de ses attaches sociales en France, et au moment où la mesure d'expulsion critiquée est devenue définitive, sa relation sentimentale durait alors depuis plus de quatre ans. La Cour constate en outre que le requérant et son épouse ne pourraient pas établir une vie familiale ailleurs qu'en France. Ces éléments, et surtout l'intensité des liens personnels du requérant avec ce pays, « *suffisent à la Cour pour conclure que ladite mesure, si elle recevait exécution, ne serait pas proportionnée aux buts poursuivis* »[1070].

337. Si on compare cette affaire avec l'arrêt *Benhebba* rendu cinq jours auparavant, la remarque soulevée sur le mariage des étrangers avec des nationaux de l'Etat d'accueil, suite à l'arrêt *Boultif*, devient un véritable débat[1071]. En effet, M. Benhebba, immigré de seconde génération comme M. Mokrani, fut condamné à deux ans fermes d'emprisonnement pour trafic de drogue assortis d'une interdiction du territoire français d'une durée de dix ans,

---

[1067] CEDH, arrêt du 15 juillet 2003, *Mokrani contre France.*
[1068] *Id.*, § 34.
[1069] *Id.*, § 32.
[1070] *Ibid.*
[1071] DOCQUIR (P.-F.), *Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour ?*, RTDH, octobre 2004, n° 60, pp. 921-949, p. 941 sqq.

interdiction dont la Cour souligne le caractère temporaire et qu'elle considère comme étant « *nécessaire à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales* »[1072]. Il faut donc se demander, alors que les deux requérants avaient l'essentiel de leurs attaches sociales en France et avaient été condamnés pour des délits qualifiés de graves par la haute juridiction, quel est celui des facteurs qui conduit celle-ci à conclure que dans le premier cas il y a violation de l'article 8 et dans le second cas absence d'une telle violation ? P.-F. DOCQUIR pose la question de savoir si ce serait « *le caractère limité de l'interdiction de territoire* (…) *qui la rend conforme au paragraphe 2* »[1073] dudit article ; ou bien si c'est le mariage qui offrirait « *aux étrangers la meilleure garantie contre l'expulsion* »[1074]. Depuis l'arrêt *Boultif*, la question reste en suspens.

338. Il ne peut pas être affirmé que le mariage avec un ressortissant du pays d'accueil et l'impossibilité pour ce dernier de suivre l'étranger dans le pays de renvoi protègent à eux seuls les étrangers contre l'éloignement. Néanmoins, il apparaît que ces facteurs sont déterminants dans le constat du caractère disproportionné d'une mesure d'expulsion. L'affaire *Yilmaz* du 17 avril 2003 illustre de nouveau cette perspective, la Cour considérant que si « *la mesure d'expulsion du requérant n'était pas en soi disproportionnée aux buts légitimes poursuivis par les autorités nationales, (…) le fait qu'elle a été arrêtée sans l'assortir d'une limitation dans le temps s'analyse en une ingérence disproportionnée, compte tenu des circonstances de l'espèce, à savoir, d'une part, la situation familiale du requérant, en particulier la naissance de son fils (…) ainsi que le jeune âge de celui-ci et, d'autre part le fait qu'il bénéficiait d'un titre de séjour illimité en Allemagne au moment où la mesure d'expulsion fut arrêtée* »[1075]. De même, dans son arrêt en date du 31 octobre 2002, la Cour a qualifié la mesure d'interdiction de résidence de cinq ans de disproportionnée notamment parce que les autorités compétentes n'avaient pas recherché si l'épouse du requérant pouvait

---

[1072] CEDH, arrêt du 10 juillet 2003, *Benhebba contre France*, § 37.

[1073] DOCQUIR (P.-F.), *Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers…*, *op. cit.*, supra note n° 1071, p. 943. Dans l'affaire *Üner*, la Cour prend notamment en compte la durée temporaire de la mesure d'éloignement pour conclure à l'absence de violation de l'article 8 : CEDH, arrêt du 5 juillet 2005, *Üner contre Pays-Bas*.

[1074] *Ibid.*

[1075] CEDH, arrêt du 17 avril 2003, *Yilmaz contre Allemagne*, § 48. Voir DOCQUIR (P.-F.), *Le droit au respect de la vie privée et familiale des étrangers comme fondement du droit au séjour*, Le journal du juriste, 24 juin 2003, p. 10. Dans l'affaire *Radovanovic*, la Cour donne également de l'importance à la durée illimitée de l'éloignement pour conclure à la violation de l'article 8. En particulier, elle décide que " *(...) the imposition of a residence prohibition of unlimited duration was an overly rigorous measure. A less intrusive measure, such as a residence prohibition of a limited duration would have sufficed* " : CEDH, arrêt du 22 avril 2004, *Radovanovic contre Autriche*, § 37.

suivre celui-ci en Turquie, et en particulier si elle parlait la langue turque et avait maintenu des liens, autres que la nationalité avec ce pays[1076]. Par conséquent, que le conjoint de l'étranger délinquant ait ou non la nationalité de l'Etat expulsant, il appartient à celui-ci de s'assurer que l'unité familiale puisse être normalement reconstituée en dehors de son territoire. Certes, ces facteurs sont déterminants, mais ils sont sans doute utilisés par la juridiction pour protéger d'avantage le conjoint ou/et l'enfant national de l'Etat d'accueil que le requérant. La remarque pouvait d'ores et déjà être faite à propos de l'arrêt *Beldjoudi*, certains auteurs estimant que « *ce n'est pas l'étranger délinquant lui-même qui est le sujet de la protection conférée par l'article 8 de la Convention mais sa femme et ses enfants car ce qui motive la Cour est le souci de ne pas les déraciner en les obligeant à s'expatrier pour suivre mari et père* »[1077]. L'objectif premier de la Cour semble être de ne pas contraindre indirectement l'épouse et les enfants de quitter le territoire de l'Etat dont ils sont les ressortissants. Légitimer une décision d'expulsion d'un étranger dans une telle hypothèse ne reviendrait-il pas à admettre dans le même temps l'éloignement forcé de nationaux, alors même que cette mesure est formellement prohibée par l'article 3 du protocole n° 4 ?

Finalement, il faut reconnaître que « *la jurisprudence "Boultif" ne devrait pas avoir pour effet d'accorder une meilleure protection aux étrangers mariés qu'à ceux qui peuvent se prévaloir d'un long séjour dans le pays, voire y sont nés* »[1078].

339. L'arrêt *Boultif* fait d'autant plus date que la haute juridiction y a dressé une liste des éléments qui lui permettent de mener de façon cohérente son examen des affaires relatives à l'éloignement des étrangers arrivés adultes sur le territoire d'un Etat contractant et, depuis lors, rappelle régulièrement cette énumération de critères dans ses décisions. La Cour remarque qu'elle « *n'a connu que d'un nombre restreint d'affaires dans lesquelles le principal obstacle à l'expulsion résidait dans les difficultés pour les époux de demeurer ensemble et, en particulier, pour un conjoint et/ou des enfants, de vivre dans le pays d'origine*

[1076] CEDH, arrêt du 31 octobre 2002, *Yildiz*, *op. cit.*, supra note n° 1064.
[1077] COUSSIRAT-COUSTÈRE (V.), *Les politiques migratoires au sein de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme*, *in* Mélanges en hommage à L.-E Pettiti, Bruxelles, Bruylant, 1998, 791 p., pp. 207-230, p. 229, note n° 56. Voir aussi VALETTE (M.-F.), *L'intégration des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 1047, p. 26.
[1078] MOCK (H.), "*Selon que vous serez marié ou misérable …" Eloignement des étrangers délinquants …*, *op. cit.*, supra note n° 1065, p. 492.

de l'autre conjoint »[1079]. Par ailleurs, la Cour estime qu' « *elle est donc appelée à définir des principes directeurs pour examiner si la mesure était nécessaire dans une société démocratique* »[1080]. A ce titre, la Cour décide de prendre en compte « la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant, la durée de son séjour dans le pays d'où il va être expulsé, la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période, la nationalité des diverses personnes concernées, la situation familiale du requérant, par exemple la durée de son mariage, et d'autres éléments dénotant le caractère effectif de la vie familiale d'un couple, le point de savoir si le conjoint était au courant de l'infraction au début de la relation familiale, la naissance d'enfants légitimes et, le cas échéant, leur âge »[1081]. En outre, la Cour estime nécessaire d'examiner « *tout autant la gravité des difficultés que risque de connaître le conjoint dans le pays d'origine de son époux ou épouse, bien que le simple fait qu'une personne risque de se heurter à des difficultés en accompagnant son conjoint ne saurait en soi exclure une expulsion* »[1082].

340. La Cour a conforté son raisonnement dans l'arrêt *Benhebba* en précisant que « *les mêmes critères doivent à plus forte raison être utilisés pour les immigrés de la seconde génération ou des étrangers arrivés dans leur prime jeunesse, pour autant que ceux-ci aient fondé une famille dans leur pays d'accueil. Si tel n'est pas le cas, la Cour n'aura égard qu'aux trois premiers d'entre eux. S'ajoutent toutefois à ces différents critères, les liens particuliers que ces immigrés ont tissés avec le pays d'accueil où ils ont passé l'essentiel de leur existence. Ils y ont reçu leur éducation, y ont noué la plupart de leurs attaches sociales et y ont donc développé leur identité propre. Nés ou arrivés dans le pays d'accueil du fait de l'émigration de leurs parents, ils y ont le plus souvent leurs principales attaches familiales. Certains de ces immigrés n'ont même conservé avec leurs pays natal que le seul lien de la nationalité* »[1083].

[1079] CEDH, arrêt du 2 août 2001, *Boultif*, *op. cit.*, supra note n° 1061, § 48.
[1080] *Ibid.*
[1081] *Ibid.*
[1082] *Ibid.* Avec cette liste de critères, la Cour satisfait à la demande du juge M. L.-E. Pettiti exprimée sur CEDH, arrêt du 13 juillet 1995, *Nasri*, *op. cit.*, supra notes n° 993 et 1051.
[1083] CEDH, arrêt du 10 juillet 2003, *Benhebba*, *op. cit.*, supra note n° 1072, § 33 ; voir aussi CEDH, arrêt du 15 juillet 2003, *Mokrani*, *op. cit.*, supra note n° 1067, § 31.

A cet égard, la Cour se réfère à la Recommandation du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la non-expulsion des immigrés de longue durée[1084]. Dans cette recommandation, l'Assemblée fait le constat que les « *immigrés légaux, qui vivent depuis longtemps dans le pays hôte et dont certains sont nés ou ont été élevés dans ce pays, se sont intégrés dans la société d'accueil et ne sont plus ni humainement ni sociologiquement des étrangers. Cela est particulièrement vrai pour la deuxième génération d'immigrés pour qui le pays d'origine de leurs parents est bien souvent terrain inconnu* »[1085]. Elle est d'avis, bien que cela semble un peu trop catégorique, que « *ce manque de sécurité de résidence que représente la seule perspective d'expulsion fragilise le processus d'intégration dans la société (…)* »[1086]. Ainsi, elle propose que « *l'expulsion ne devrait en aucun cas s'appliquer aux personnes nées ou élevées dans le pays d'accueil, ou aux enfants mineurs* »[1087]. A tout le moins, elle considère qu' « *une expulsion ne peut s'appliquer que dans des cas tout à fait exceptionnels et quand il est prouvé (…) que la personne concernée représente un danger réel pour l'Etat* »[1088].

341. Il apparaît, néanmoins, que les revendications de certains membres de la Cour concernant spécialement le sort des étrangers de seconde génération ainsi que les préoccupations véhiculées par les membres de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie[1089] n'aient que partiellement porté leurs fruits, car même si la haute juridiction s'efforce d'adopter une position plus claire en théorie sur l'expulsion des immigrés de longue durée, des progrès sont encore à faire en pratique. Dans son arrêt *Benhebba*, alors même qu'elle se livre à l'énumération des critères à utiliser pour les immigrés de la seconde génération et pour les étrangers arrivés très jeunes dans un Etat d'accueil, et qu'elle laisse entendre que ces étrangers ont non seulement noué des liens particuliers avec leur pays d'accueil mais n'ont aussi conservé avec leur pays d'origine que le seul lien de la nationalité, la Cour conclut par cinq voix contre deux à la non-violation de l'article 8[1090]. C'est la première fois que la majorité des membres en vient à une telle conclusion alors même qu'elle

[1084] CEDH, arrêt du 10 juillet 2003, *Benhebba*, *op. cit.*, supra note n° 1072, § 33.
[1085] Recommandation n° 1504(2001) du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la non-expulsion des immigrés de longue durée, pt. 2.
[1086] *Id.*, pt. 4.
[1087] *Id.*, pt. 7.
[1088] *Id.*, pt. 10.
[1089] A la base de la Recommandation, figure le rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe en date du 27 février 2001, *op. cit.*, supra note n° 1048.

reconnaît le « *caractère uniquement juridique du lien du requérant avec son Etat d'origine* »[1091]. Jusqu'à cette décision, la Cour avait évité de valider une mesure d'éloignement quand l'étranger, qui en faisait l'objet, n'avait pas d'autres attaches que le lien de nationalité avec son pays d'origine[1092]. En effet, il existe un vrai décalage entre une relation effective avec son pays d'origine et un simple lien juridique. Ce recul dans la protection des immigrés de longue durée contre les mesures d'éloignement est donc surprenant vu les progrès opérés par la jurisprudence de la Cour depuis l'arrêt *Boultif*. Le malaise est d'autant plus perceptible que les membres de la Cour sont divisés sur la question. Dans leur opinion dissidente, les juges M. Cabral Barreto et M. Kūris estiment que l'article 8 n'a pas été violé « *eu égard à l'intensité des liens personnels du requérant avec la France et à l'absence d'attaches autres que le lien de nationalité avec l'Algérie* »[1093]. Ils insistent sur ce dernier argument en affirmant que le fait que la durée de la mesure d'interdiction du territoire fut limitée à dix ans « *n'est pas déterminant en l'espèce, du fait de l'absence de liens autres que la nationalité avec l'Algérie* »[1094].

La solution est d'autant moins convaincante qu'un des juges ose avouer qu'il a conclu à la non-violation de l'article 8 « *par discipline contentieuse et pour que l'arrêt soit cohérent avec la jurisprudence relative aux mesures d'éloignement forcé d'étrangers du territoire de l'Etat défendeur* »[1095].

342. Il résulte de ces deux décisions que la crainte exprimée à propos de la première d'entre elles par M. H. MOCK sur la différence de traitement opérée par la Cour entre les étrangers mariés et les immigrés de longue durée ne peut qu'être maintenue.

343. Dans l'affaire *Üner* du 5 juillet 2005, la Cour est tout aussi sévère avec les immigrés de longue durée mais l'arrêt suscite moins de regrets étant donné les faits[1096]. L'affaire concernait un ressortissant turc, arrivé aux Pays-Bas à l'âge de douze ans avec sa famille, et

---

[1090] CEDH, arrêt du 10 juillet 2003, *Benhebba*, *op. cit.*, supra note n° 1072. Dans cette affaire, il a été reconnu que M. Benhebba n'a plus d'attaches autres que le lien de nationalité avec son pays d'origine.
[1091] VALETTE (M.-F.), *L'intégration des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 1047, p. 24.
[1092] *Ibid.*
[1093] Opinion dissidente commune des juges M. I. Cabral Barreto et M. P. Kūris sur l'arrêt du 10 juillet 2003, *Benhebba*, *op. cit.*, supra note n° 1072.
[1094] *Ibid.*
[1095] Opinion concordante du juge M. J.-P. Costa sur l'arrêt du 10 juillet 2003, *Benhebba*, *op. cit.*, supra note n° 1072.

frappé d'une peine d'emprisonnement et d'un ordre d'expulsion d'une durée de dix années pour homicide volontaire. La Cour rappelle ses jurisprudences *Boultif* et *Benhebba* en reprenant notamment la liste des critères déterminants lui permettant d'apprécier au mieux la situation litigieuse, et reconnaît que le requérant a tissé des liens avec le pays d'accueil. En particulier, il y a résidé légalement pendant 18 années, y a toute sa famille et entretient une relation personnelle avec une ressortissante néerlandaise avec laquelle il a eu deux enfants. Toutefois, la Cour doute que M. Üner ne comprenne pas la langue turque et ne puisse pas s'installer durablement en Turquie. Elle ne voit donc aucun obstacle insurmontable à ce que sa partenaire et ses enfants partent s'y établir avec lui, alors qu'ils ne parlent pas le turc. De plus, la Cour note la gravité de l'infraction reprochée, observe qu'aucun élément ne permet d'établir qu'il ne représente plus un danger pour l'ordre et la sécurité publics et rappelle que pour bénéficier de la protection de l'article 8, les liens entre adultes ne suffisent pas ; or, les années passées en prison l'ont séparé pendant un long moment de ses enfants. La Cour déduit de ces éléments de fait, ainsi que de la durée limitée de l'expulsion, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Conv.EDH[1097].

344. Au final, il faut convenir que les affaires examinées par la Cour européenne des droits de l'homme demeurent motivées par les seules circonstances de fait[1098]. Elle ne fixe pas encore de "principe général"[1099] applicable aux étrangers hautement intégrés dans un Etat d'accueil. De plus, il parait presque vain d'analyser les arguments des différentes solutions de la Cour et de les comparer les uns aux autres étant donné que « *l'importance relative de chaque facteur varie d'une affaire à l'autre, au gré des assemblages* »[1100]. Quoi qu'il en soit, depuis 2001, la Cour a conclu davantage à la violation qu'à l'absence de violation de l'article 8 de la Conv.EDH. Les graves infractions comme le trafic de drogue et les liens que les requérants conservent avec leur pays d'origine n'entraînent plus systématiquement la non-violation de cette disposition.

[1096] CEDH, arrêt du 5 juillet 2005, *Üner*, *op. cit.*, supra note n° 1073.
[1097] Le juge M. A. B. Baka considère au contraire qu'il y a eu violation de l'article 8, dans la mesure où le requérant entretient de très faibles liens avec la Turquie et que la séparation de dix ans avec sa famille et surtout ses enfants sera irréversible : voir son opinion dissidente sur l'arrêt précité. La Cour a toutefois confirmé la décision du 5 juillet 2005 dans un arrêt du 18 octobre 2006, *Üner contre Pays-Bas*, §§ 54-67.
[1098] DEMBOUR (M.-B.), *Etrangers ou quasi-nationaux ?...*, *op. cit.*, supra note n° 1023, p. 979.
[1099] *Ibid.*
[1100] DOCQUIR (P.-F.), *Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers…*, *op. cit.*, supra note n° 1071, p. 947.

345. Au-delà des considérations tenant au respect de la vie familiale, il faut remarquer que dès l'affaire *Moustaquim* le juge européen n'appréhenda pas pareillement la vie familiale et la vie privée. Cette dernière catégorie a rarement été utilisée par la Cour en matière d'éloignement des étrangers posant alors la question de son rôle et donc de l'étendue de la protection qu'elle peut et pourrait garantir à ceux-ci.

PARAGRAPHE III : La protection de la vie privée

346. La Cour a développé une interprétation plutôt extensive de la notion de vie familiale. Le concept sur lequel repose l'article 8 ne se limite pas aux couples mariés et leurs enfants. Il recouvre également les seules relations entre époux et les relations parents-enfants hors mariage. Cela implique qu'un enfant issu d'une union maritale s'insère de plein droit dans cette relation[1101]. Du seul fait de sa naissance, il existe entre lui et ses parents un lien constitutif de "vie familiale" que des événements ultérieurs ne peuvent briser que dans des circonstances exceptionnelles[1102]. Jusqu'à présent, la vie familiale des étrangers ne se limitait pourtant pas au noyau familial, même si, selon la Cour, les relations qui peuvent exister entre personnes adultes ne bénéficient pas automatiquement de la protection de l'article 8 Conv.EDH à moins que ne soit « *démontrée l'existence d'éléments supplémentaires de dépendance autres que des liens affectifs normaux* »[1103]. Or, la Cour a récemment jugé que les parents d'une personne majeure sont des adultes qui ne faisaient pas partie du noyau familial et dont il n'a pas été démontré qu'ils étaient à la charge de la famille de la requérante[1104]. Dans cette affaire *Slivenko*, elle a tout de même considéré que les rapports entre cette dernière et ses parents doivent être pris en compte dans le cadre de la vie privée.

[1101] CEDH, arrêt du 28 novembre 1996, *Ahmut contre Pays-Bas*, *op. cit.*, supra note n° 984.
[1102] CEDH, arrêt du 21 juin 1988, *Berrehab contre Pays-Bas*, *op. cit.*, supra note n° 981, § 21 ; arrêt du 19 février 1996, *Gül contre Suisse*, recueil 1996-I.
[1103] CEDH, décision du 7 novembre 2000, *J. W. Kwakye-Nti et Akua Dufie c/ Pays-Bas*, requête n° 31519/96 (déclarée irrecevable). Jurisprudence confirmée dans CEDH, arrêt du 17 avril 2003, *Yilmaz*, *op. cit.*, supra note n° 1075, § 44 ; ainsi que CEDH, décision partielle de la deuxième section sur la recevabilité du 15 février 2001, *Nina Shevanova et J. Ševanovs contre La Lettonie*, req. n° 58822/00 ; et CEDH, arrêt du 15 juin 2006, *Nina Shevanova contre la Lettonie*, § 67.
[1104] CEDH, arrêt du 9 octobre 2003, *Slivenko contre la Lettonie*, recueil 2003-X.

Cette jurisprudence est d'une importance remarquable car la Cour européenne a presque toujours refusé d'examiner la situation des requérants étrangers sous le volet de leur droit au respect à une vie privée en tant que tel (**A**). Il semble qu'avec l'arrêt *Slivenko* la Cour ait manifesté sa volonté de donner à la protection due à la vie privée une réelle efficacité et une portée propre, indépendamment du droit de mener une vie familiale normale (**B**).

A. Les incertitudes de la Cour quant à la signification de la notion de vie privée

347. Dans ses premières décisions, la Cour considérait inutile de rechercher si l'expulsion avait méconnu, en plus du droit du requérant au respect de sa vie familiale, le droit au respect de sa vie privée[1105]. En effet, une fois la violation de l'article 8 reconnue au titre de la vie familiale, elle estimait inopportun d'opérer un examen distinct sur la base de la seule vie privée : « *il apparaît, quant au respect de la vie familiale des requérants, que la décision d'expulser* [le requérant], *si elle recevait exécution, violerait l'article 8 ; (…) pareille conclusion dispense la Cour de rechercher si l'expulsion méconnaîtrait aussi le droit des intéressés au respect de leur vie privée* »[1106]. Dans sa décision *Nasri*, la Cour ne prit même pas le temps de s'attarder sur une telle précision, se contentant seulement d'invoquer le droit au respect de la vie familiale[1107]. Par la suite, elle employa la formule « *"englobante" de vie privée et familiale, expression qui atteste de son refus de dissocier vie privée et vie familiale* »[1108]. Pour apprécier cette « *vie privée et familiale* », la Cour recherche si le requérant est né dans le pays d'accueil ou y est arrivé dans sa prime jeunesse, s'il y a vécu de nombreuses années, s'il y a suivi toute sa scolarité ou encore s'il y exerce un emploi. Or, ces

[1105] CEDH, arrêt du 18 février 1991, *Moustaquim*, *op. cit.*, supra note n° 985, § 47 ; CEDH, arrêt du 26 mars 1992, *Beldjoudi*, *op. cit.*, supra note n° 990, § 80.
[1106] CEDH, arrêt du 26 mars 1992, *Beldjoudi*, *op. cit.*, supra note n° 990, §§ 79-80.
[1107] CEDH, arrêt du 13 juillet 1995, *Nasri*, *op. cit.*, supra note n° 993.
[1108] LEVINET (M.), *L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH, 1999, n° 37, pp. 89-118, sp. pp. 109-110.
F. SUDRE parle de « *nébuleuse* » ou encore de « *concept-gigogne de "vie privée et familiale"* » : SUDRE (F.), *La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale*, Rapport introductif au colloque des 22 et 23 mars 2002 sur « Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Faculté de droit de l'Université Montpellier I, dont les actes sont publiés chez Bruylant, collection « Droit et justice », 2002, 410 p., pp. 11-54, sp. pp. 27 et 28.

éléments sont constitutifs de la vie privée et non de la vie familiale[1109]. Dans sa décision *Niemietz*, la Cour a jugé qu'il serait trop restrictif de limiter la notion de vie privée à « *un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît, en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre ladite notion comme excluant les activités professionnelles ou commerciales* »[1110]. Il faut pourtant attendre l'arrêt *Sidabras et Dziautas* de juillet 2004 pour que la Cour affirme clairement que le droit d'exercer une activité professionnelle relève de la vie privée[1111]. Elle devrait par conséquent apprécier les deux catégories séparément afin d'éclaircir leur définition d'une part, et d'étendre la protection des étrangers menacés d'expulsion d'autre part.

348. La Cour européenne examina une seule fois une violation possible de la vie privée après s'être prononcée sur la vie familiale. Dans sa décision *C.*, elle rappelle ce qu'elle entend par la notion de famille, puis se détermine quant à la réalité des liens sociaux du requérant dans l'Etat d'accueil : « *il y a habité depuis l'âge de onze ans, y a reçu une formation scolaire puis professionnelle et y a travaillé pendant plusieurs années* »[1112]. La Cour conclut clairement que l'intéressé « *y a donc établi aussi une vie privée au sens de l'article 8* »[1113]. Ce raisonnement ne fut malheureusement pas réutilisé pendant longtemps[1114].

349. Il reste que ce raisonnement est des plus adéquats pour ces situations où la vie privée des immigrés de la seconde génération est généralement très développée et correspond mieux,

---

[1109] Sur ce mélange des notions en droit des étrangers, voir SUDRE (F.), *Les aléas de la notion de « vie privée » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *in* Mélanges en hommage à L.-E Pettiti, Bruxelles, Bruylant, 1998, 791 p., pp. 687-705, sp. pp. 697-698.

[1110] CEDH, arrêt du 16 décembre 1992, *Niemietz contre Allemagne*, § 29, série A n° 251-B. La vie privée comprend alors les relations personnelles ainsi que les relations sociales (*cf.* MARGUÉNAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1997, sp. p. 64).

[1111] CEDH, arrêt du 27 juillet 2004, *Sidabras et Dziautas contre Lituanie*, recueil 2004-VIII. Sur cette décision, voir GARCIA-JOURDAN (S.), *De la transition démocratique en Lituanie à la consécration du droit d'exercer une activité professionnelle dans le secteur privé*, RTDH, 1er avril 2005, n° 62, pp. 363-384.

[1112] CEDH, arrêt du 7 août 1996, *C. contre Belgique*, *op. cit.*, supra note n° 1024, § 25.

[1113] *Ibid*, souligné par nous.

[1114] Sur cette jurisprudence isolée mais novatrice, voy. VAN MUYLDER (C.), *Le droit au respect de la vie privée des étrangers*, RFD adm., juillet-août 2001, n° 4, pp. 797-806.

par conséquent, à la réalité[1115]. Le droit au respect de la vie privée ne pourrait-il donc pas être invoqué, seul, à l'encontre d'une mesure nationale d'éloignement ? En tous les cas, il semble au regard de ce qui précède qu'il ne garantit pas une protection aussi importante que le droit au respect de la vie familiale.

B. Vers l'autonomie de la notion de vie privée ?

350. En 1992, le juge S. K. Martens faisait valoir à propos de l'affaire *Beldjoudi* qu'il aurait préféré que la Cour fonde sa décision sur une atteinte au droit au respect de la vie privée[1116]. Selon lui, « *si les étrangers intégrés menacés d'expulsion ne sont pas tous mariés, tous ont une vie privée (…). L'expulsion rompt de manière irrévocable tous les liens sociaux entre l'expulsé et la communauté où il vit* » [1117]. L'ensemble de ces liens devrait donc pouvoir être considéré comme relevant de la notion de vie privée au sens de l'article 8. Il poursuivait en mettant en lumière la nette différence qui existe entre la vie privée et la vie familiale : « *il y a des proches avec lesquels on n'a pas de vie de famille au sens strict. Néanmoins, les rapports avec de telles personnes, par exemple ses parents, entrent, à n'en pas douter, dans la sphère dont l'article 8 exige le respect. On peut en dire autant des relations* [entretenues avec les amants et les amis] »[1118].

Dans l'arrêt *Nasri* du 13 juillet 1995, le juge J.-M. Morenilla précisait à son tour que « *l'article 8 de la Convention reconnaît le droit au respect par l'autorité publique de la "sphère privée" de l'individu, de sa vie personnelle qui (…) comprend sa vie privée et familiale, son domicile et sa correspondance. La mesure d'expulsion du pays où l'on a vécu dès la naissance ou dès l'enfance se traduit en une ingérence dans cette sphère privée ou personnelle lorsqu'elle comporte, comme dans le cas d'espèce, la séparation de la personne*

[1115] Cet argument est régulièrement avancé par la doctrine et certains membres de la Cour. Voy. notamment LABAYLE (H.), *L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, supra note n° 816, sp. pp. 987-988.
[1116] Opinion concordante de M. S. K. Martens sur l'arrêt du 26 mars 1992, *Beldjoudi*, *op. cit.*, supra note n° 990.
[1117] *Ibid.*
[1118] *Ibid.* Certains auteurs considèrent au contraire qu'une étude séparée de la vie privée et de la vie familiale s'avère inutile car ne peut qu'engendrer des répétitions : voy. le commentaire comparé des arrêts *Mehemi*, *El Boujaïdi*, *Bouchelkia* et *Boujlifa* de LECLERCQ-DELAPIERRE (D.), *in* « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Année 1997 », JDI, 1998, n° 1, pp. 165-217, sp. pp. 169-171.

affectée (…) d'avec son entourage vital, son "cercle social" et affectif, y compris sa famille »[1119]. De la même manière, le juge L. Wildhaber interpellait à la fois le requérant et la Cour qui n'invoquaient « *que le droit au respect de* [la] *vie familiale* »[1120]. Il déclarait que « *cette façon de voir est quelque peu artificielle, car il y manque la composante du respect de la vie privée de l'intéressé. En pareille situation, il serait plus réaliste de considérer l'ensemble du tissu social qui a de l'importance pour le requérant, la famille n'étant qu'une partie, certes essentielle, de ce contexte global* »[1121].

351. Ces préoccupations des juges, relayées par une grande partie de la doctrine[1122], n'eurent guère d'écho et restèrent lettre morte pendant longtemps. La Cour aurait pourtant pu s'aventurer sur le terrain de la vie privée dans l'arrêt *Baghli*, eu égard à la « *relation sentimentale* »[1123] du requérant[1124]. De même, dans sa décision *Ezzouhdi*, elle admet une ingérence de la mesure nationale d'interdiction temporaire du territoire « *dans le droit du requérant au respect non seulement de sa vie privée mais également de sa vie familiale* »[1125], mais se contente ensuite d'invoquer le droit au respect de la *vie privée et familiale*[1126]. Pour reprendre F. SUDRE, « *le choix de la Cour semble répondre à une préoccupation exclusivement finaliste, qui est d'accorder à l'intéressé la protection la plus favorable, sachant que, au vu de la jurisprudence européenne, seule une « vie familiale » dont la réalité est incontestable est de nature à faire échec à une mesure d'éloignement du territoire* »[1127].

352. La jurisprudence *C.*, dans laquelle la Cour examina le grief tiré de la violation de la vie privée, demeura donc isolée jusqu'en 2003. Cette année là, le juge européen accepta d'envisager la dimension sociale de la vie des étrangers frappés d'éloignement dans le cadre

---

[1119] Opinion partiellement dissidente de M. J.-M. Morenilla sur CEDH, arrêt du 13 juillet 1995, *Nasri*, *op. cit.*, supra notes n° 993 et 1004.
[1120] Opinion concordante du juge M. L. Wildhaber sur CEDH, arrêt du 13 juillet 1995, *Nasri*, *op. cit.*, supra notes n° 993 et 1006.
[1121] *Ibid.*
[1122] Voir notamment LABAYLE (H.), *L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale*, *in* FULCHIRON (H.) (dir.), « Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Paris, LGDJ, 1999, 383 p., pp. 92-94 ; COUSSIRAT-COUSTÈRE (V.), commentaire de l'article 8 § 2 de la Convention, *in* PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (dir.), « La convention européenne des droits de l'homme… », *op. cit.*, supra note n° 968, sp. p. 348.
[1123] CEDH, arrêt du 30 novembre 1999, *Baghli*, *op. cit.*, supra note n° 1052, sp. § 17.
[1124] BOISSARD (B.), *L'éloignement des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 995, p. 192.
[1125] CEDH, arrêt du 13 février 2001, *Ezzouhdi*, *op. cit.*, supra note n° 1056, § 26.
[1126] C'est nous qui soulignons.
[1127] SUDRE (F.), *La "construction" par le juge européen …*, *op. cit.*, supra note n° 1108, pp. 30-31.

d'un examen à part entière à l'occasion de l'affaire *Slivenko*[1128]. Celle-ci concerne des citoyens de l'ex-URSS, dont une mère et sa fille, née en Lettonie, expulsées de ce dernier Etat en vertu du Traité russo-letton sur le retrait des forces armées russes d'avril 1994. Tandis que M. Slivenko est parti s'établir volontairement en Russie, les deux requérantes ont contesté la mesure d'éloignement prise à leur encontre en 1996. En 1999, elles ont décidé d'aller s'installer en Russie auprès de M. Slivenko et ont acquis la nationalité russe. Dans sa décision, la Cour rappelle en premier lieu que « *dans sa jurisprudence, elle a toujours envisagé l'expulsion de résidents de longue date aussi bien sous le volet de la vie privée que sous celui de la vie familiale* »[1129]. Elle constate en second lieu que même si les requérantes ont bien une vie familiale en Lettonie, les mesures d'expulsion n'avaient pas pour objectif de « *briser la vie familiale et n'ont pas eu cet effet* »[1130]. Sur ce point elle tient à préciser que les intéressées ne pouvaient invoquer l'existence d'une vie familiale à propos des parents âgés de la mère, puisqu'ils ne faisaient pas partie du noyau familial et dont il n'a pas été prouvé qu'ils étaient à la charge de la famille des requérantes. La Cour considère néanmoins que cette relation avec lesdits parents doit être prise en compte dans l'appréciation de la vie privée des intéressées. Elle porte alors aussitôt la suite de son examen sur l'ingérence invoquée par ces dernières dans le droit au respect de leur vie privée et décide que cette ingérence était non justifiée. Pour en arriver à cette conclusion, la Cour note que les requérantes ont passé presque toute leur vie en Lettonie, y ont noué des liens personnels, sociaux et économiques, et n'ont apparemment pas noué de tels liens en Russie. En somme, la Cour démontre qu'elles étaient suffisamment intégrées à la société lettonne.

353. Si on peut se réjouir de l'issue du litige, à savoir la violation de l'article 8 Conv.EDH pour irrespect de la vie privée et non de la vie *privée et familiale*, on peut toutefois partager l'avis du juge M. Kovler au sujet de l'attitude de la Cour sur l'appréciation de la notion de vie familiale. En interprétant celle-ci comme les liens existant au sein du noyau familial, « *la Cour a opté pour le concept traditionnel de la famille fondée sur la pacte conjugal, c'est-à-dire de la famille qui comprend un père, une mère et des enfants mineurs, tandis que les*

[1128] CEDH, arrêt du 9 octobre 2003, *Slivenko*, *op. cit.*, supra note n° 1104.
Pour un résumé de la solution de la Cour, voy. DEFFAINS (N.), *in* Europe, mai 2004, n° 5, comm. n° 162, p. 36 ; SUDRE (F.), *in* « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », JCP, La semaine juridique Édition générale, n° 5, 28 janvier 2004, chronique I 107, n° 16, pp. 181-186, sp. pp. 184-185 ; CAMERON (I.), *in* « European Court of Human Rights – October 2003- December 2004 », Eur. Publ. Law, vol. 11, issue 3, septembre 2005, pp. 297-344, sp. pp. 325-327.
[1129] CEDH, arrêt du 9 octobre 2003, *Slivenko*, *loc. cit.*, § 95.

enfants adultes et les grands-parents sont exclus de ce cercle »[1131]. Or, si cette « *notion de famille restreinte* (…) *est à la base de la protection accordée par la Convention* »[1132], la Cour avait estimé dans son arrêt *Marckx* de 1979 que « *la vie familiale au sens de l'article 8 englobe pour le moins les rapports entre proches parents, lesquels peuvent y jouer un rôle considérable, par exemple entre grands-parents et petits-enfants* »[1133]. D'ailleurs, dans sa jurisprudence antérieure sur les mesures d'éloignement, elle prenait souvent en compte, afin d'apprécier l'existence de la vie familiale de l'étranger, le fait que la famille proche, à savoir les parents, les frères et les sœurs, vivait également dans le pays d'accueil depuis un long moment et entretenait des relations étroites avec l'intéressé. Dans l'arrêt *Slivenko*, et partant pour ce qui concerne la matière du droit des étrangers, le juge européen restreint sans raison, ni justification, la notion de vie familiale.

Quels sont la raison et l'intérêt d'une telle attitude de la Cour ? Pourquoi une telle confusion entre le concept de "famille" et la notion beaucoup plus large de "vie familiale" ?[1134] Le but des revendications concernant ces deux catégories était qu'elles soient examinées de manière séparée, et selon leur définition large établie jusqu'alors par la Cour. Sa décision ne peut donc, encore une fois, être accueillie qu'en partie, car la juridiction progresse pour aussitôt régresser. Si elle cherche à élargir les possibilités d'invocation du droit au respect à une vie privée, pourquoi se donne t-elle la peine dans le même temps d'attribuer une moindre protection au droit au respect à une vie familiale ? Ne serait-il pas plus simple de « *clari[fier] le champ d'application de l'article 8 de la Convention* »[1135] ? Pareilles interrogations démontrent que la Cour demeure tout aussi imprévisible et soulève tout autant l'incompréhension.

[1130] *Id.*, § 97.

[1131] Opinion en partie concordante et en partie dissidente du juge M. Kovler sur l'arrêt du 9 octobre 2003, *Slivenko*, *op. cit.*, supra note n° 1104.

[1132] RUSSO (C.), commentaire de l'article 8 § 1 de la Convention, *in* PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (dir.), « La convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article », Paris, Economica, 1999, 2ème édition, 1230 p., pp. 305-321, p. 316.

[1133] CEDH, arrêt du 13 juin 1979, *Marckx contre Belgique*, § 45, série A n° 31.

[1134] De surcroît, le juge M. Kovler fait remarquer que la notion restrictive de la famille telle qu'entendue par la Cour « *est en passe de devenir obsolète, vu les changements évidents dont témoigne la législation récente de plusieurs Etats européens en matière de droit de la famille. En même temps, la tradition de la famille élargie, si forte dans les pays de l'Europe de l'Est et d'Europe du Sud, est consacrée par les lois fondamentales de ces Etats* », voy. son opinion sur l'arrêt du 9 octobre 2003, *Slivenko*, *op. cit.*, supra note n° 1104. Le juge D. Spielmann exprime aussi sa désapprobation quant à cette approche restrictive de la notion de vie familiale : voy. son opinion en partie concordante sur CEDH, arrêt du 15 juin 2006, *Nina Shevanova contre la Lettonie*.

[1135] DOCQUIR (P.-F.), *Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers*…, *op. cit.*, supra note n° 1071, p. 935.

354. Il est tout aussi curieux de remarquer que la Cour considère la relation des requérantes avec respectivement leurs parents et grands-parents comme faisant partie non de leur vie familiale mais de leur vie privée. Comme il a été démontré précédemment, la logique aurait voulu que ce lien, ou ce rapport, de nature familiale soit pris en compte dans l'appréciation de leur vie familiale.

Même si la Cour s'en était tenue aux éléments constitutifs de la vie familiale effective tels qu'elle les envisageait dans sa jurisprudence antérieure, il est toutefois permis de douter qu'elle aurait nécessairement déduit des circonstances de fait une atteinte à la vie familiale des requérantes. En effet, il ne faut pas oublier qu'elle a toujours considéré que la Convention ne garantit aux étrangers aucun droit d'établir leur vie familiale dans un pays donné[1136]. Autrement dit, ils ne peuvent pas choisir le lieu d'exercice le plus approprié pour développer leur vie familiale[1137]. En l'occurrence, les requérantes avaient rejoint courant 1999 leur mari et père en Russie qui y résidait déjà et avaient acquis la citoyenneté russe, leur éloignement n'a donc pas mis en péril l'unité familiale. Par ailleurs, il est ni démontré que les parents de la première requérante sont dépendants, ni qu'ils ne pourraient pas la suivre dans le pays de renvoi. A l'appui de ces remarques, il convient de rappeler certaines considérations de la Cour exprimées dans sa décision *Sulejmanovic* du 14 mars 2002[1138] : elle y constate que « *la mesure d'expulsion litigieuse a frappé des requérants majeurs, et que, dans le cas des deux premiers requérants, ceux-ci ont été éloignés avec leurs enfants mineurs : cela a préservé l'unité du foyer familial* »[1139]. La Cour admet que le retour en Bosnie-Herzégovine des requérants peut poser quelques difficultés, toutefois, il n'existe pas « *à proprement parler d'obstacles au développement d'une vie familiale dans ce pays. En ce qui concerne les liens familiaux des deux premiers requérants avec leur fils resté en Italie, la Cour prend en compte le fait que ce dernier est majeur, a fondé sa propre famille et qu'aucun élément (…) montre qu'il lui serait impossible de se rendre à l'étranger pour rendre visite aux requérants et maintenir ainsi les contacts jusqu'au moment où l'interdiction du territoire frappant les requérants aura expiré* »[1140]. La Cour considère en conséquence « *qu'aucun élément touchant*

[1136] En ce sens, CEDH, arrêt du 28 mai 1985, *Abdulaziz*, *op. cit.*, supra note n° 972, § 68.
[1137] Voir par exemple CEDH, arrêt du 28 novembre 1996, *Ahmut*, *op. cit.*, supra note n° 984.
[1138] CEDH, décision de recevabilité du 14 mars 2002, *Sulejmanovic et Sultanovic contre Italie*, req. n° 57574/00 ; la Cour a rayé du rôle cette affaire par arrêt du 8 novembre 2002. Voy. aussi la décision rendue le 14 mars 2002, *Sejdovic et Sulejmanovic contre Italie*, req. n° 57575/00, également rayée du rôle.
[1139] CEDH, décision du 14 mars 2002, *Sulejmanovic*, *loc. cit.*, § 5.
[1140] *Ibid.*

au respect de la vie familiale l'emporte sur les considérations relatives au droit de l'Etat de faire respecter la législation sur l'immigration »[1141].

355. Ainsi, sur le problème des étrangers intégrés, Mme M. Aguiar, Rapporteur, constatait en 2001 que « *de nombreux immigrés vivent dans nos pays comme des "quasi-nationaux". Ils se sont intégrés à la société d'accueil par la force d'une longue résidence et par les liens affectifs et professionnels qu'ils y ont tissés. Ceux qu'on appelle les immigrés de la deuxième génération sont nés ou ont grandi dans le pays d'accueil. Ils en partagent l'éducation, la culture et la langue et n'entretiennent souvent que des relations faibles, voire inexistantes, avec le pays d'origine de leur famille. Ces personnes ne sont plus d'un point de vue humain et sociologique des étrangers* »[1142]. La Cour européenne se refuse pourtant à employer la notion de quasi-national. Ces personnes restent des étrangers d'un point de vue juridique car « *leur statut ne leur donne pas le droit de séjourner dans le pays sans avoir à craindre l'expulsion. Contrairement aux nationaux,* [ceux] *qui troublent l'ordre public sont sanctionnés par l'expulsion* »[1143]. Or, celle-ci constitue pour cette catégorie d'étrangers « *un véritable bannissement* »[1144].

En 2001, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a recommandé au Comité des Ministres d'engager une action en vue d'élaborer un protocole à la Convention portant sur la protection contre l'expulsion des immigrés de longue durée[1145]. Ledit Comité, sur avis du Comité directeur pour les droits de l'homme, a estimé préférable qu'il faudrait plutôt examiner dans quelle mesure les Etats contractants appliquent les textes existants, notamment la Recommandation de 2000 sur la sécurité de résidence des immigrés de longue durée et celle de 2002 sur le statut juridique des personnes admises au regroupement familial[1146]. Le

---

[1141] *Ibid.*
[1142] AGUIAR (M.), exposé des motifs du rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, 27 février 2001, *op. cit.*, supra note n° 1048, pt. III-2.
[1143] *Id.*, pt. 3.
[1144] *Ibid.*
[1145] Voir Recommandation n° 1504(2001) du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire, *op. cit.*, supra note n° 1085. Ce faisant, l'Assemblée parlementaire se montre plus audacieuse que dans sa Recommandation n° 841(1978) du 30 septembre 1978 sur les migrants de la deuxième génération.
[1146] Réponse du 4 décembre 2002 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à la Recommandation n° 1504(2001) du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire, adoptée à la 820e réunion des Délégués des Ministres, doc. 9633 6 décembre 2002.
Recommandation Rec(2000) 15 du 13 septembre 2000 du Comité des Ministres sur la sécurité de résidence des immigrés de longue durée, adoptée à la 720e réunion des Délégués des Ministres. Recommandation Rec(2002) 4 du 26 mars 2002 du Comité des Ministres sur le statut juridique des personnes admises au regroupement familial, adoptée à la 790e réunion des Délégués des Ministres.

Comité des Ministres a également été d'avis que la jurisprudence pertinente de la Cour européenne relative à l'article 8 suffit à apporter une protection contre l'expulsion des immigrés de longue durée. Or, il y a lieu d'indiquer que dans certains Etats européens « *il existe un décalage entre le droit et la pratique. Les dispositions législatives protectrices ne sont pas toujours respectées* »[1147]. Le principe de proportionnalité tiré de l'article 8 de la Conv.EDH, qui implique une évaluation de la situation personnelle de la personne à expulser, ne peut pas être appliqué quand l'expulsion est ordonnée de façon quasi-systématique.

356. A défaut de reconnaître les immigrés de longue durée et intégrés comme des quasi-nationaux, il serait nécessaire de leur garantir une protection appropriée et stable. La récente prise en compte de la dimension sociale de la vie privée contribue à l'établissement d'une telle protection. Sans doute faut-il aussi dédramatiser. Si dans un Etat de droit l'expulsion reste possible, cette mesure demeure heureusement théorique pour l'immense majorité des immigrés de longue durée, de même que le risque d'emprisonnement demeure théorique pour l'immense majorité des ressortissants nationaux et non nationaux[1148].

357. On aurait pu craindre que l'arrêt *Slivenko* ne reste une jurisprudence isolée. En effet, dans une affaire où le respect de l'article 8 est invoqué dans son volet "privé", la Cour reconnaît « *qu'une mesure d'interdiction du territoire* [peut] *s'analyser en une ingérence dans le droit au respect de la vie privée* »[1149], mais s'estime, sans motivation aucune, « *non tenue* » de traiter « *séparément la question de l'applicabilité de l'article 8 dans* [ce] *volet (…)* » et juge préférable de « *constater l'existence d'une ingérence dans la "vie privée et familiale" du requérant, vue dans son ensemble* »[1150]. Cette décision semble annoncer que l'appréciation du respect de la seule vie privée devrait relever du bon vouloir de la Cour. Depuis l'arrêt *Slivenko*, la Cour continue à contrôler la vie privée et familiale prise dans son ensemble. Mais les progrès apportés par cette jurisprudence *Slivenko* à la protection de la vie privée se retrouvent dans les arrêts *Sisojeva* du 16 juin 2005[1151] et *Shevanova* du 15 juin

[1147] AGUIAR (M.), exposé des motifs du rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, 27 février 2001, *op. cit.*, supra note n° 1048, pt. III-38.
[1148] Avis du Comité directeur pour les droits de l'homme sur la Recommandation n° 1504(2001) du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire, adopté lors de sa 54e réunion, 1er-4 octobre 2002, et figurant en annexe de la réponse du Comité des Ministres sur la même Recommandation, *op. cit.*, supra note n° 1146.
[1149] CEDH, décision sur la recevabilité du 1er mars 2005, *Xhavit Haliti contre Suisse*, req. n° 14015/02. La Cour renvoie alors expressément à l'arrêt *Slivenko*.
[1150] *Ibid.*
[1151] CEDH, arrêt du 16 juin 2005, *Sisojeva et autres contre la Lettonie.*

2006[1152]. La première affaire concerne quatre personnes, dont deux russes et deux apatrides, résidant sur le territoire de la Lettonie et craignant d'être expulsées en raison de leur situation précaire dans cet Etat. Elles se plaignent du refus des autorités lettones de leur accorder le droit de résider dans cet Etat de manière permanente. A cet égard, la Cour examine le grief tiré de la violation de la "vie privée" des requérants et considère « *qu'au cours de leur séjour sur le territoire letton, ils ont noué des relations personnelles, sociales et économiques qui sont constitutives de la vie privée de tout être humain* »[1153]. Cette constatation permet à la Cour de conclure que la situation litigieuse a constitué « *une ingérence dans leur "vie privée", au sens de l'article 8 § 1 de la Convention* »[1154]. La Cour statue ensuite sur la violation alléguée de leur vie familiale. La seconde affaire concerne une ressortissante russe qui réside en Lettonie depuis 1970. En 1998, l'intéressée sollicite auprès des autorités lettones l'obtention d'un permis de séjour permanent. Relevant notamment que la requérante dispose d'une deuxième résidence en Russie, les autorités prennent un arrêté d'expulsion à son encontre. Sur la violation alléguée de l'article 8 de la Conv.EDH, la Cour estime que les relations de la requérante avec son fils majeur ne font pas partie de sa vie familiale mais de sa vie privée[1155]. De plus, la Cour constate « *qu'au cours de son séjour sur le territoire letton,* [la requérante] *a noué et développé des relations personnelles, sociales et économiques qui sont constitutives de la vie privée de tout être humain* »[1156]. Elle en conclut que l'arrêté d'expulsion a constitué une ingérence dans sa vie privée[1157].

358. Malgré ces arrêts, le contrôle du seul aspect "privé" parait des plus hasardeux. D'ailleurs, la Cour européenne a donné cette précision selon laquelle « *c'est en fonction des circonstances de l'affaire portée devant elle* [qu'elle] *décidera s'il convient de mettre l'accent sur l'aspect "vie familiale" plutôt que sur l'aspect "vie privée"* »[1158].

[1152] CEDH, arrêt du 15 juin 2006, *Nina Shevanova contre la Lettonie*.
[1153] CEDH, arrêt du 16 juin 2005, *Sisojeva*, *op. cit.*, supra note n° 1151, § 102.
[1154] *Ibid.*
[1155] CEDH, arrêt du 15 juin 2006, *Shevanova*, *loc. cit.*, § 67.
[1156] *Id.*, § 66.
[1157] Sur cette évolution de la jurisprudence de la Cour, voy. par exemple DIONISI-PEYRUSSE (A.), *Le statut de l'étranger immigré de longue durée et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Les Annales de droit, 2007, n° 1, pp. 111-128.
[1158] CEDH, arrêt du 18 octobre 2006, *Üner contre Pays-Bas*, § 59.

359. A la différence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes consacre un droit au regroupement familial[1159]. Cette reconnaissance n'est guère récente et s'inscrit en grande partie dans l'objectif économique des Communautés[1160]. Toutefois, afin d'assurer le plus respectueusement possible la protection de la cellule familiale des personnes migrantes, la juridiction communautaire s'inspire volontiers de la jurisprudence du juge de Strasbourg[1161]. De son côté, le Comité des droits de l'homme, qui cherche également à protéger les personnes expulsées des immixtions des Etats dans leur vie de famille, tente de s'inspirer du droit européen, mais ses tentatives ne sont pas très favorablement accueillies.

[1159] Sans écarter la possibilité d'un tel droit, la CEDH admet le regroupement uniquement lorsqu'il constitue le seul moyen de développer une vie familiale (voir CEDH, arrêt du 19 février 1996, *Gül*, *op. cit.*, supra note n° 1102, § 38, où dans le droit fil de l'arrêt *Abdulaziz* la Cour juge qu' « *en matière d'immigration, l'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un Etat l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire* ». Voir aussi la décision du 7 novembre 2000 dans laquelle la Cour a jugé la requête irrecevable : *J. W. Kwakye-Nti et Akua Dufie c/ Pays-Bas*, requête n° 31519/96). Ainsi, même si elle ne consacre pas un tel droit général pour les étrangers, la Cour a sanctionné le refus des autorités néerlandaises d'autoriser le séjour d'une enfant de douze ans alors que ses parents résidaient régulièrement aux Pays-Bas depuis un bon nombre d'années avec leurs deux autres enfants, ce séjour étant « *le moyen le plus adéquat pour développer une vie familiale* » : CEDH, arrêt du 21 décembre 2001, *Sen contre Pays-Bas*, § 40. Voy. la chronique de SUDRE (F.), JCP, La semaine juridique Édition générale, n° 3, 16 janvier 2001, chronique I 105, p. 131 ou FLAUSS (J.-F.), « Actualité de la Convention européenne des Droits de l'Homme – Novembre 2001/Avril 2002 », AJDA, juin 2002, pp. 500-507, sp. p. 505. Voir également sur ce thème DE SCHUTTER (O.), *Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens*, RDE, 1995, « Actes du colloque "Droit des étrangers". Loi du 15 décembre 1980, 15 ans après », n° 90, pp. 531-554.

[1160] Voir CJCE, arrêt du 18 mai 1989, *Commission c/ RFA*, aff. C- 249/86, Rec. I- p. 1263 ; et CJCE, arrêt du 17 avril 1997, *Selma Kadiman contre Freistaat Bayern*, aff. C- 351/95, Rec. I- p. 2133 : dans le cadre de la libre circulation des travailleurs, le droit de séjour des membres de la famille d'un travailleur turc relevant du regroupement familial est subordonné à l'exigence d'une vie commune effective avec le travailleur migrant.

[1161] Pour un condensé de la jurisprudence européenne d' « *Abdulaziz* » à « *Carpenter* », voir ROGERS (N.), *Immigration and the European Convention on Human Rights : Are new principles emerging ?*, EHRLR, n° 1, 2003, pp. 53-64.

SECTION II

LA PROTECTION DES LIENS FAMILIAUX PAR LES AUTRES DROITS INTERNATIONAUX

360. L'influence que la Cour européenne des droits de l'homme exerce sur les juridictions nationales anglo-saxonnes[1162] et d'autres juridictions d'envergure internationale est assez importante[1163]. Concernant la question de l'éloignement des non-nationaux et de la protection de leur vie familiale, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies hésite de moins en moins à s'inspirer de la Convention européenne des droits de l'homme et de son interprétation par la CEDH, voire même parfois à emprunter le raisonnement juridique de cette dernière (**Paragraphe I**). La Cour de justice des Communautés européennes adopte la même démarche dans son interprétation des droits garantis par l'Union européenne (**Paragraphe II**).

PARAGRAPHE I : La protection assurée par le Comité des droits de l'homme

361. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 n'impose pas directement aux Etats contractants l'obligation de respecter la vie de famille des

[1162] Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique entretinrent pendant longtemps des rapports privilégiés et amicaux, jusqu'à l'arrêt de la Cour suprême du 26 juin 2003, *Lawrence and Garner v. Texas*, qui cite la jurisprudence de la Cour européenne et s'en sert pour prendre une décision de quasi-revirement. De même, la jurisprudence de la Cour suprême se retrouve dans celle de la Cour européenne. *Cf.* SCHABAS (W.), *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence des Cours suprêmes du Commonwealth*, *in* FLAUSS (J.-F.) (dir.), « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les Etats tiers », Actes du colloque organisé à Strasbourg le 8 juin 2001, Institut international des droits de l'homme, Bruxelles : Nemesis, Bruylant, collection « Droit et justice », 2002, n° 35, 162 p., pp. 29-54.

[1163] Le Professeur H. TIGROUDJA indique que parmi les jurisprudences des autres juridictions internationales protectrices des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme se réfère le plus fréquemment aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans le but, par exemple, d'interpréter certains droits : TIGROUDJA (H.), *L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : en marge d'arrêts et avis consultatifs récents*, RTDH, 1er janvier 2002, n° 49, pp. 69-110. Voir par exemple Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 11 mars 2005, *Caesar contre Trinité-et-Tobago*, §§ 63-64 pour une référence, outre à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, à l'affaire *Tyrer contre Royaume-Uni* de la Cour européenne.

étrangers qu'ils envisagent d'expulser. C'est le Comité des droits de l'homme qui, amené à statuer sur la compatibilité avec le Pacte de mesures nationales d'éloignement, va développer la protection "par ricochet" des étrangers, englobant ainsi leur droit à une vie de famille.

L'expulsion d'un non-national, dont la famille est établie dans l'Etat d'accueil, peut soulever des questions au regard du Pacte selon le Comité des droits de l'homme[1164]. Ainsi, une mesure d'éloignement peut amener ce dernier à constater la violation du droit au respect de sa vie privée et de sa famille tel que garanti par l'article 17 du Pacte ou du droit à la protection de la famille tel que prévu à l'article 23 § 1.

362. Lorsque le Comité constate que l'expulsion d'un non-national représente une immixtion dans ses relations familiales développées dans l'Etat partie concerné, il statue ensuite sur la question de savoir si cette immixtion est illégale ou arbitraire. Dans l'affaire *Stewar*t de 1996, l'Etat expulsant avait estimé que les « *liens familiaux de* [l'intéressé] *au Canada ne justifiaient pas la révocation de l'ordonnance d'expulsion* »[1165]. Le Comité a été d'avis que « *l'immixtion (…) qui résultera inévitablement de* [l'expulsion de M. Stewart] *ne peut être considérée ni comme illégale ni comme arbitraire, dès lors que l'arrêté d'expulsion a été pris en vertu de la loi et conformément à l'intérêt légitime de l'Etat, et que toute l'attention voulue a été portée (…) aux liens familiaux de l'intéressé* »[1166]. Par conséquent, l'Etat partie n'a pas violé les articles 17 et 23 du Pacte.

363. Dans sa jurisprudence *Winata* du 26 juillet 2001 concernant l'expulsion pour situation irrégulière des parents d'un enfant né sur le territoire de l'Etat partie, en l'espèce l'Australie, le Comité avait estimé que dans certains cas « *le refus d'un Etat partie de laisser un membre d'une famille demeurer sur son territoire représente une immixtion dans la vie de famille de cette personne* »[1167], même si « *le simple fait que l'un des membres d'une famille ait le droit*

[1164] Voir par exemple, Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 23 juillet 2004, *Fatima Benali contre Pays-Bas*, communication n° 1272/2004 du 23 juin 2003, CCPR/C/81/D/1272/2004, 25 août 2004.
[1165] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 1er novembre 1996, *Charles E. Stewart contre Canada*, *op. cit.*, supra note n° 1037, paragraphe 12.10 des délibérations du Comité.
[1166] *Ibid.*
[1167] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 26 juillet 2001, *M. H. Winata et M. Li So Lan contre Australie*, communication n° 930/2000 du 11 mai 2000, CCPR/C/72/D/930/2000, 16 août 2001, § 7.1.

de rester sur le territoire d'un Etat partie ne fait pas forcément de l'éviction d'autres membres de la famille une immixtion du même ordre »[1168].

364. Dans l'affaire *Madafferi* relative à l'expulsion envisagée d'un ressortissant italien, marié à une australienne et père de quatre enfants nés en Australie, et motivée par une présence illégale sur le territoire ainsi que par des condamnations pénales prononcées à son encontre dans son Etat d'origine, le Comité reprend sa jurisprudence de 2001 en affirmant que la décision de l'expulser et d'obliger sa famille « *à choisir entre l'accompagner ou rester sans lui dans l'Etat partie* »[1169] doit être considérée comme une telle immixtion « *du moins dans le cas où, comme ici, quelle que soit la décision, une vie de famille établie depuis longtemps serait profondément bouleversée* »[1170]. Le Comité considère que d'une part les motifs avancés par l'Etat d'accueil pour expulser l'intéressé « *ne sont pas suffisamment* [pressants] *pour justifier une immixtion de cette ampleur dans la vie de la famille* »[1171] et que d'autre part l'expulsion placerait la famille et ses membres dans une situation de détresse certaine. Dès lors, le Comité estime qu'en cas d'exécution, « *l'expulsion de M. Madaferri constituerait (…) une immixtion arbitraire dans la famille, incompatible avec le paragraphe 1 de l'article 17 du Pacte, lu conjointement avec l'article 23 (…)* »[1172].

365. Sur la question des motifs invoqués par les autorités australiennes, Mme R. Wedgwood, membre du Comité, ne partage pas l'avis de la majorité lorsqu'elle déclare que « *l'Australie applique le principe du droit du sol et accorde donc la nationalité à tout enfant né sur son territoire mais le seul fait de donner naissance à un enfant ne protège pas un parent des conséquences de son entrée illégale dans le pays, et si une règle dans ce sens existait, elle créerait un sérieux obstacle à l'application des lois régissant l'immigration* »[1173]. Cette remarque peut être approuvée, mais la situation irrégulière de l'intéressé ne pouvait justifier en tant que telle la mesure d'expulsion. Dans ses constatations rendues le 26 juillet 2001, le Comité avait considéré qu'il est « *assurément incontestable qu'en vertu du Pacte un Etat partie peut exiger, en application de sa législation, le départ de personnes qui demeurent*

[1168] *Ibid.*
[1169] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 26 juillet 2004, *Francesco Madafferi et Anna Maria Immacolata Madafferi contre Australie*, *op. cit.*, supra note n° 1041, § 9.8.
[1170] *Ibid.*
[1171] *Ibid.*
[1172] *Id.*, § 10.
[1173] Voir l'opinion individuelle de Mme R. Wedgwood sur les constatations du 26 juillet 2004 précitées.

sur son territoire après l'expiration du permis qui leur a été délivré »[1174]. En ce sens, « *la naissance d'un enfant ou le fait qu'en application de la loi cet enfant acquière la nationalité à la naissance ou ultérieurement ne suffit pas pour rendre arbitraire la perspective d'expulsion d'un parent ou des deux* »[1175]. S'inspirant du raisonnement propre à la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité avait néanmoins ajouté que « *cette discrétion n'est pas illimitée et peut être exercée arbitrairement dans certaines circonstances* »[1176]. Dans l'affaire de 2004, le Comité aurait pu ainsi conclure que, puisque les enfants étaient tous nés en Australie et y avaient toujours vécu, les autorités australiennes devaient justifier l'expulsion de leur père en présentant « *d'autres éléments que la simple mise en œuvre de sa loi sur l'immigration pour éviter que l'expulsion ne soit qualifiée d'arbitraire* »[1177]. Toutefois, ce raisonnement ayant été fortement critiqué à l'occasion de l'affaire *Winata* [1178], le Comité ne le reprend pas expressément et procède à une argumentation beaucoup plus succincte et floue[1179].

366. Tandis que le Comité rejette le motif d'intérêt général invoqué par l'Etat expulsant, Mme Wedgwood affirme que « *la décision finale de l'État partie à l'égard de M. Madafferi n'est ni arbitraire ni illégale* [et que] *la sympathie que l'on peut ressentir pour un demandeur*

[1174] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 26 juillet 2001, *Winata contre Australie*, *op. cit.*, supra note n° 1167, § 7.3.
[1175] *Ibid.*
[1176] *Ibid.*
[1177] *Ibid.*
[1178] Dans son analyse des constatations, C. HUSSON rappelle qu'en 2001 quatre membres du Comité avaient refusé de cautionner, concernant les étrangers irréguliers ayant fondé une famille dans un Etat contractant et y ayant séjourné pendant une longue période tout en évitant d'être contrôlés, une jurisprudence n'acceptant pas que la mise en œuvre des dispositions nationales relatives à l'immigration puisse à elle seule justifier leur éloignement : selon eux « [l']*interprétation adoptée par le Comité implique que les personnes qui se trouvent illégalement sur le territoire d'un État partie et qui fondent une famille et parviennent à ne pas se faire prendre pendant suffisamment longtemps acquièrent dans les faits le droit de demeurer dans cet État* ». Or, il leur semble « *que cette interprétation ignore les règles du droit international en vigueur qui permettent aux États de réglementer en matière de séjour et d'entrée des étrangers sur leur territoire* ». Ils concluent que « *le mode d'approche du Comité peut donner un avantage injuste aux personnes qui ne respectent pas la réglementation d'un État partie en matière d'immigration et préfèrent demeurer illégalement sur son territoire plutôt que de suivre la procédure offerte aux candidats à l'immigration par la législation de l'État partie* » ; *cf.* HUSSON (C.), commentaire de l'affaire *Madafferi*, *in* L'Europe des libertés, « Actualité juridique de juin 2004 à septembre 2004», n° 15, mars 2005, pp. 57-60, sp. p. 59. Voy. aussi l'opinion individuelle dissidente de MM. Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Ahmed Tawfik Khalil, David Kretzmer et Max Yalden sur les constatations *Winata.*
[1179] Pourtant il faut insister sur le fait que cette jurisprudence *Winata* ne vaut que lorsqu'on se trouve "dans des circonstances exceptionnelles". D'ailleurs, le Comité a déjà eu l'occasion de la rappeler sans pour autant l'appliquer ; il a par exemple refusé de conclure à la violation de l'article 23 § 1 du Pacte en raison de l'absence de « facteurs exceptionnels comme ceux qui avaient été relevés dans l'affaire *Winata* » : *cf.* Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 28 mars 2003, *Mohammed Sahid contre Nouvelle-Zélande*, communication n° 893/1999 du 28 août 1998, CCPR/C/77/D/893/1999, 11 avril 2003, § 8.2. Sur cette affaire voir HUSSON (C.), *in* L'Europe des libertés, « Actualité juridique de février 2003 à avril 2003», n° 11, juin 2003, sp. pp. 72-73.

de visa et sa famille n'autorise pas à faire abstraction de critères raisonnables régissant l'octroi ou le refus des visas [dans la mesure où] *les États sont habilités à ne pas accepter des individus ayant un sérieux passé de conduite délinquante* »[1180]. Or, le fait que les peines prononcées à l'encontre du requérant soient éteintes empêchait de reconnaître le bien fondé des griefs soulevés par l'Etat partie.

367. Concernant les difficultés que rencontrerait la famille Madafferi si elle était expulsée, alors qu'elle est fondée depuis 14 ans, le Comité précise que « *si Mme Madafferi et les enfants devaient décider d'émigrer en Italie pour éviter l'éclatement de la famille, ils devraient (…) vivre dans un pays qu'ils ne connaissent pas (…), [et] s'occuper, dans un environnement qui leur est étranger, d'un époux et père dont la santé mentale est sérieusement délabrée, en partie du fait d'actes qui peuvent être attribués à l'État partie* »[1181]. Mme Wedgwood estime que l'interprétation faite par le Comité de l'article 17 du Pacte est un peu trop large, en soulignant que « *l'article 17 du Pacte n'est pas identique à la disposition correspondante de la Convention européenne des droits de l'homme et le critère des "perturbations importantes pour une famille constituée depuis longtemps" peut ne pas être adapté à un instrument universel où l'expression "immixtions arbitraires ou illégales" dans la vie de famille est utilisée* »[1182]. En utilisant le critère d'intégration tenant à la durée d'existence de la famille tel qu'il est défini par la Cour européenne des droits de l'homme[1183], le Comité des droits de l'homme ôterait tout sens clair aux termes "immixtion dans la famille" et "immixtion arbitraire" employés à l'article 17. En ce sens, l'opinion de Mme Wedgwood rejoint celle de la minorité des membres du Comité exprimée dans l'affaire *Winata* d'après laquelle « *l'article 17 du Pacte (…) vise une immixtion dans la famille et non le respect de la vie de famille visé à l'article 8 de la Convention européenne* »[1184]. Cette position est sans doute un peu sévère, car rien n'empêche le Comité d'avoir une jurisprudence évolutive et s'inspirant d'autres systèmes conventionnels et juridictionnels de protection des droits de l'homme. A tout le moins, il suffirait pour le Comité qu'il précise et étoffe son raisonnement.

[1180] Voir l'opinion individuelle de Mme R. Wedgwood sur les constatations du 26 juillet 2004, *op. cit.*, supra notes n° 1169 et 1173.
[1181] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 26 juillet 2004, *Francesco Madafferi et Anna Maria Immacolata Madafferi contre Australie*, *op. cit.*, supra note n° 1041, § 9.8.
[1182] Voir l'opinion individuelle de Mme R. Wedgwood sur les constatations du 26 juillet 2004 précitées.
[1183] HUSSON (C.), Commentaire de l'affaire *Madafferi*, *op. cit.*, supra note n° 1178, p. 59.

368. Cette récupération faite par les organes internationaux de la jurisprudence de la CEDH vaut tout particulièrement pour les Institutions communautaires.

PARAGRAPHE II : La protection garantie par le droit de l'Union européenne

369. Les différences de droits entre ressortissants communautaires et ressortissants d'Etats tiers en matière de circulation et de séjour au sein de l'Union européenne sont analogues à celles qu'on peut constater dans le domaine de la préservation de l'unité familiale. Il convient donc d'examiner successivement le niveau de protection garanti aux citoyens de l'Union (**A**) et aux étrangers (**B**).

A. La préservation de l'unité familiale des citoyens de l'Union

370. Le droit communautaire a très vite garanti aux ressortissants des Etats membres se déplaçant sur le territoire communautaire le droit de mener une vie familiale normale, autrement dit d'entrer et de séjourner sur ce territoire avec les membres de leur famille, quelle que soit leur nationalité.

371. L'article 1er de la directive 68/360 du Conseil de l'Union européenne prévoyait que « *les Etats membres suppriment (…), les restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants desdits Etats et des membres de leur famille auxquels s'applique le règlement (CEE) n° 1612/68* »[1185]. Le 5e considérant de ce règlement organisait le regroupement des familles migrantes, c'est-à-dire le droit pour la famille du travailleur salarié, qui exerçait sa liberté de circulation, d'entrer et de séjourner dans l'Etat membre d'accueil : « *Le droit de*

[1184] Voir l'opinion individuelle dissidente de Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Tawfik Khalil, David Kretzmer et Max Yalden sur *Winata*, *op. cit.*, supra note n° 1167.

libre circulation exige, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité, que soit assurée, en fait et en droit, l'égalité de traitement pour tout ce qui se rapporte à l'exercice même d'une activité salariée et à l'accès au logement, et aussi que soient éliminés les obstacles qui s'opposent à la mobilité des travailleurs notamment en ce qui concerne le droit pour le travailleur de se faire rejoindre par sa famille dans le milieu du pays d'accueil »[1186]. Les directives 73/148, 90/364, 90/365 et 93/96 avaient respectivement étendu ce droit au regroupement familial aux familles des ressortissants communautaires travailleurs indépendants, non-actifs, retraités et étudiants[1187].

372. La directive 64/221/CEE du Conseil définissait les mesures d'ordre public ou de sécurité publique que les Etats membres des Communautés pouvaient prendre afin de limiter l'entrée et le séjour des citoyens communautaires qui se déplaçaient à l'intérieur de la Communauté[1188]. Dans son arrêt *Rutili* de 1975, la Cour affirmait que les « *limitations apportées aux pouvoirs des Etats membres en matière de police des étrangers se présentent comme la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (…) et de l'article 2 du protocole n° 4 à la même Convention (…), qui disposent en des termes identiques que les atteintes portées, en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics, aux droits garantis par les articles cités ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins "dans une société démocratique"* »[1189]. En d'autres termes, les Etats membres étaient tenus de prendre en considération certains droits

---

[1185] Directive n° 68/360/CEE du Conseil du 15 octobre 1968 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, JO n° L 257 du 19 octobre 1968, p. 13.

[1186] Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO n° L 257 du 19 octobre 1968, p. 2. Le règlement est modifié par la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004, modification ayant pris effet au 30 avril 2006.

[1187] Directive 73/148/CEE du Conseil du 21 mai 1973 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des Etats membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services, JO n° L 172 du 28 juin 1973, p. 14. Directive n° 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour, JO n° L 180 du 13 juillet 1990, p. 26. Directive n° 90/365/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, JO n° L 180 du 13 juillet 1990, p. 28. Directive n° 93/96/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative au droit de séjour des étudiants, JO n° L 317 du 18 décembre 1993, p. 59.

[1188] Directive n° 64/221/CEE du Conseil du 25 février 1964 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, JO n° 56 du 4 avril 1964, p. 850.

[1189] CJCE, arrêt du 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur de la République française*, aff. C- 36/75, pt. 32, Rec. p. 1221 ; Conclusions de l'avocat général H. Mayras, présentées le 14 octobre 1975, Rec. p. 1237.

fondamentaux, parmi lesquels le droit au respect de la vie familiale, lorsqu'ils se prévalaient de raisons d'ordre public ou de sécurité publique pour justifier leurs mesures restrictives.

373. La Commission rappelait à son tour, en 1999, que « *toute restriction à la libre circulation individuelle doit être évaluée au regard des principes et droits fondamentaux* »[1190]. L'article 6 du TUE prévoit que « *l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres*. [Elle] *respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la* [Conv.EDH] *(…)* ». La Cour a précisé en 1991 que cette convention revêt une signification particulière[1191] et a affirmé, dans son avis 2/94, qu'elle-même assure le respect des droits fondamentaux[1192]. Dans ce cadre, la Cour de justice avait décidé que le règlement 1612/68, texte de base avec la directive 68/360 concernant le droit au regroupement familial, devait être interprété « *à la lumière du respect de la vie familiale mentionné à l'article 8 de la Convention européenne (…)* »[1193].

374. La directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil a remplacé les directives n° 68/360, 73/148, 90/364, 90/365, 93/96 et 64/221, et prévoit que « *le droit de tous les citoyens de l'Union de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres devrait, pour qu'il puisse s'exercer dans des conditions objectives de liberté et de dignité, être également accordé aux membres de leur famille quelle que soit leur nationalité* »[1194]. Elle exige en outre que, pour prendre une mesure d'éloignement pour des raisons d'ordre public ou de sécurité publique, les Etats membres doivent tenir compte notamment de la situation familiale, de l'intégration sociale et de l'intensité des liens de l'intéressé avec son pays d'origine[1195].

[1190] 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.
[1191] CJCE, arrêt du 18 juin 1991, *ERT*, aff. C- 260/89, pt. 41, Rec. I- p. 2925.
[1192] CJCE, avis n° 2/94 du 28 mars 1996, pt. 33, Rec. I- p. 1759.
[1193] CJCE, arrêt du 18 mai 1989, *Commission c/ RFA*, *op. cit.*, supra note n° 1160, Rec. I- p. 1294.
[1194] Considérant n° 5 de la 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, JOUE n° L 158 du 30 avril 2004, p. 77 ; rectificatif au JOUE n° L 229 du 29 juin 2004, p. 35 ; rectificatif au rectificatif au JOUE n° L 197 du 28 juillet 2005, p. 34. La directive a pris effet le 30 avril 2006.
[1195] *Id.*, article 28 § 1.

375. Les droits des membres de la famille des ressortissants communautaires dépendent de ceux de ces derniers. Pour que les citoyens européens et leur famille puissent bénéficier des garanties du droit communautaire, les premiers doivent exercer leur liberté de circulation. Le droit de séjour est donc fonction de l'exercice de cette liberté.

376. L'affaire *Carpenter* posait la question de savoir si la requérante, ressortissante philippine, mariée à un ressortissant communautaire exerçant sa liberté de prestation de services sur le territoire de l'Union, disposait d'un droit de séjour dans l'Etat membre d'origine de ce citoyen. Dans ses conclusions, l'avocat général Mme Stix-Hackl suggérait que le droit de séjour de Mme Carpenter découlait de l'application de la directive n° 73/148 et que celle-ci devait être *« interprétée à la lumière (…) des droits fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie familiale* » consacré par l'article 8 de la Conv.EDH[1196]. Elle rappelait qu'en vertu de l'article 6 § 2 du TUE, la Cour doit assurer le respect des droits fondamentaux. L'avocat général partait ensuite du principe que le refus de délivrance d'une autorisation de séjour et, partant, une décision d'expulsion portent atteinte au droit garanti par l'article 8§1[1197]. Reprenant le paragraphe 2 de cet article, Mme Stix-Hackl affirmait qu'une telle atteinte n'est possible que si elle est non seulement prévue par la loi mais aussi nécessaire dans une société démocratique : « *L'examen de la proportionnalité, c'est-à-dire de la nécessité de l'ingérence, doit consister (…) en une mise en balance de la gravité de l'ingérence, c'est-à-dire de l'atteinte* [au droit au respect de sa vie familiale], *et de la finalité de la réglementation relative aux étrangers* »[1198]. La Cour de justice n'a pas suivi intégralement l'avocat général.

377. Selon la Cour, la requérante ne bénéficie pas directement des libertés communautaires. Elle écarte en effet l'application de la directive de 1973 car celle-ci ne prévoit pas les situations dans lesquelles le conjoint n'accompagne pas le ressortissant d'un Etat membre prestataire ou destinataires de services qui se déplace à l'intérieur de l'Union pour les besoins de son activité professionnelle. Par contre, elle reconnaît indirectement le droit de séjour de Mme Carpenter en s'appuyant sur les droits de son mari, ressortissant communautaire, c'est-à-dire sur l'article 49 CE, « *lu à la lumière du droit fondamental au respect de* [sa] *vie*

[1196] Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, présentées le 13 septembre 2001, aff. 60/00, pt. 101, Rec. I- p. 6282.
[1197] *Id.*, pt. 86.
[1198] *Id.*, pt. 92.

familiale » au sens de l'article 8 de la Convention européenne[1199]. Elle rappelle que « *le législateur communautaire a reconnu l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des ressortissants des Etats membres afin d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité (…)* »[1200]. Or, l'expulsion de Mme Carpenter nuirait à la vie familiale du couple et de M. Carpenter, de même qu'à l'exercice de la liberté fondamentale de ce dernier de circuler sur le territoire d'autres Etats membres dans le cadre de son activité professionnelle[1201]. Même si la Cour n'en fait pas mention dans sa décision, il est clair que, et Mme Carpenter l'indiquait dans ses prétentions, sans son épouse pour s'occuper de ses enfants, M. Carpenter ne pourrait plus aussi facilement se déplacer à l'intérieur de la Communauté, de sorte que l'expulsion limiterait son droit de circulation. Par conséquent, la Cour estime qu' « *exclure une personne d'un pays où vivent ses parents proches peut constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale tel que protégé par l'article 8 § 1 de la convention,* [et que] *pareille ingérence enfreint la convention si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 du même article, à savoir si elle n'est pas (…) "nécessaire, dans une société démocratique", c'est-à-dire justifiée par un besoin social impérieux et, notamment proportionnée au but légitime poursuivi* »[1202]. A cet égard, la Cour se réfère à l'arrêt *Boultif* de la Cour de Strasbourg[1203]. La Cour recourt donc à l'article 49 CE combiné avec le droit fondamental de l'article 8 de la Conv.EDH pour combler le vide résultant de la non applicabilité de la directive n° 73/148.

[1199] CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, *Mary Carpenter c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-60/00, pt. 46, Rec. I- p. 6305.

[1200] *Id.*, pt. 38.

[1201] *Id.*, pts. 39 à 41. De même, la Cour a décidé dans un arrêt rendu le 31 janvier 2006 que « *dans le cas d'un ressortissant d'un Etat tiers, conjoint d'un ressortissant d'un Etat membre* », l'interprétation stricte de la notion d'ordre public, au sens de la directive n° 64/221/CEE du 25 février 1964 du Conseil, protège « *le droit de ce dernier au respect de sa vie familiale (…)* » : CJCE, arrêt du 31 janvier 2006, *Commission contre Espagne*, aff. C- 503/03, pt. 47, Rec. I- p. 1122 ; Conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott présentées le 10 mars 2005, Rec I- p. 1100. Dans cette affaire, deux ressortissants algériens, conjoints de citoyens européens, s'étaient vus refuser l'entrée dans l'espace Schengen au motif qu'ils faisaient l'objet d'un signalement dans le SIS pour des condamnations pénales de faible gravité. Or, si un tel signalement dans le SIS est suffisant pour éloigner ou refuser l'entrée dans l'espace Schengen au sens des règles du dispositif Schengen, il ne l'est pas au sens de la directive n° 64/221.

[1202] CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, *Carpenter*, *loc. cit.*, pt. 42. Pour une explication de cet arrêt et, particulièrement, du contrôle de la Cour de justice au regard des droits fondamentaux, voir la chronique d'actualité du droit communautaire de BELORGEY (J.-M.), GERVASONI (S.) et LAMBERT (C.), AJDA, 2002, n° 17, pp. 1122-1124 ; SOUSSE (M.), Observations *in* « Jurisprudence – Sommaires commentés », Le Dalloz, 27 février 2003, n° 9, pp.597-599 ; CAVALLINI (J.), *in* « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : les libertés de circulation – juillet 2002/juin 2003 », RMCUE, janvier 2004, n° 474, pp. 52-60, sp. pp. 59-60.

[1203] CEDH, arrêt du 2 août 2001, *Boultif contre Suisse*, *op. cit.*, supra note n° 1061, §§ 46-56.

378. De la même manière, dans l'arrêt *Akrich*, la Cour exclut l'application de l'article 10 du règlement de 1968 faute de séjour légal de l'intéressé, ressortissant d'un Etat tiers marié à un citoyen de l'Union[1204]. Elle décide néanmoins que son droit de séjour doit être apprécié au regard de ce même droit fondamental. Comme dans *Carpenter*, auquel elle renvoie, la Cour reprend les termes de l'article 8 § 2 de la Convention européenne et ajoute que « *les limites de ce qui est "nécessaire, dans une société démocratique", lorsque le conjoint a commis une infraction, ont été mises en exergue par la Cour européenne des droits de l'Homme dans ses arrêts Boultif et Amrollahi* »[1205].

379. Cette jurisprudence montre que la Cour se rattache de plus en plus fréquemment aux principes généraux du droit communautaire que sont les droits fondamentaux pour résoudre la difficulté d'un champ d'application finalement limité des dispositions communautaires et, de fait, pour en combler les lacunes[1206].

380. Lorsque le droit dérivé, garantissant le droit au regroupement familial, est applicable, il n'y a pas nécessairement de référence expresse à l'article 8 de la Conv.EDH et à la jurisprudence du juge européen. Dans l'affaire *MRAX*, la référence à cette disposition de la Convention européenne est indirecte. Cette affaire trouve son origine dans une requête introduite par le Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie devant le Conseil d'Etat belge demandant l'annulation d'une circulaire ministérielle « relative à la procédure de publication des bans de mariage et aux documents qui doivent être produits pour obtenir un visa en vue de la conclusion d'un mariage dans le Royaume ou obtenir un visa de regroupement familial sur la base d'un mariage contracté à l'étranger ». L'association prétend que la circulaire contient une disposition incompatible avec les directives communautaires

[1204] CJCE, arrêt du 23 septembre 2003, *Secretaty of State for the Home Department contre Hacene Akrich*, aff. C- 109/01, Rec. I- p. 9665.
[1205] *Id.*, pt. 60. Voir CEDH, arrêt du 11 juillet 2002, *Amrollahi contre Danemark*, *op. cit.*, supra note n° 1064, §§ 33-44.
[1206] Dans l'affaire *Akrich*, alors qu'elle estime que le droit communautaire n'est pas applicable, la Cour de justice indique que les autorités nationales compétentes doivent tenir compte, pour examiner la demande d'entrer et de séjourner sur leur territoire, du droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Conv.EDH. Se pose là un problème de compétence de la Cour quant à l'application de la Conv.EDH. Cette remarque est soulevée par PLENDER (R.), *Quo Vadis ? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire Akrich*, Cah. dr. eur., 2004, n° 1-2, pp. 261-288, sp. p. 287.

relatives au déplacement et au séjour à l'intérieur de la Communauté, en particulier les directives n° 68/360, 73/148 et 64/221[1207].

381. Sur la question relative au refoulement à la frontière d'un ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un ressortissant communautaire, pour absence de passeport ou de visa, l'avocat général Mme Stix-Hackl rappelle dans ses conclusions que l'article 5 du règlement, déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des Etats membres[1208], qualifie le visa de « *décision prise par un Etat membre exigée pour entrer sur son territoire* »[1209]. Mme Stix-Hackl estime néanmoins que si ce visa est une condition nécessaire, le refoulement d'un conjoint « *affecte à plusieurs égards le droit au respect de la vie familiale* » protégé par l'article 8 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme[1210]. En effet, le refoulement à la frontière ne respecte pas les obligations découlant de cet article pour les Etats membres « *de ne pas porter atteinte au droit des conjoints à une vie commune et (…) d'autoriser (…) certains membres de la famille* [à entrer] *sur le territoire* »[1211]. L'avocat général reprend alors les conditions prévues à l'article 8 § 2 de la Conv.EDH permettant aux Etats parties de restreindre ces obligations et considère que, conformément au principe de proportionnalité, il faut trouver le juste équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés, c'est-à-dire « *outre les intérêts de la personne concernée, ceux également des autres membres de la famille* »[1212].

382. La Cour de justice ne va pas développer de manière aussi approfondie cette exigence imposée aux Etats membres de prendre une mesure de refoulement du conjoint en conformité avec le droit au respect de la vie familiale et le principe de proportionnalité, ni se référer expressément à la Conv.EDH. La Cour souligne que « *si (…) le droit d'entrer sur le territoire des Etats membres du ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un ressortissant d'un Etat*

[1207] CJCE, arrêt du 25 juillet 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) contre Etat belge*, aff. C- 459/99, Rec. I- p. 6630.

[1208] Règlement (CE) n° 574/1999 du Conseil du 12 mars 1999, JOCE n° L 72 du 18 mars 1999, p. 2, remplacé par le règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001, JOCE n° L 81 du 21 mars 2001, p. 2 (modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1932/2006 du Conseil du 21 décembre 2006, JOUE n° L 405 du 30 décembre 2006, p. 23).

[1209] Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, présentées le 13 septembre 2001, aff. C- 459/99, pt. 54, Rec. I- p. 6595

[1210] *Id.*, pts. 54, 63 et 64.

[1211] *Id.*, pt. 63.

[1212] *Id.*, pts. 68 et 71. L'avocat général adopte le même raisonnement concernant l'éloignement d'un ressortissant d'un Etat tiers, conjoint d'un ressortissant communautaire, du territoire d'un Etat membre pour entrée irrégulière sur celui-ci ; *cf.* pts. 83 à 97.

membre, découle (…) du seul lien familial, (…) l'exercice de ce droit peut être subordonné à la possession d'un visa »[1213]. Toutefois, elle rappelle l'importance de la vie familiale des citoyens européens reconnue par le législateur communautaire « *afin d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité* »[1214] et se réfère en cela à sa jurisprudence *Carpenter*. La référence à l'article 8 de la convention européenne se fait ici indirectement à travers l'arrêt *Carpenter*. La Cour termine son raisonnement en affirmant que le refoulement est *« disproportionné et, partant, interdit si* [le conjoint, qui tente de pénétrer sur le territoire d'un Etat membre sans disposer d'un visa], *est en mesure de prouver son identité ainsi que le lien conjugal et s'il n'existe pas d'éléments de nature à établir qu'il représente un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique au sens* [des directives 68/360 et 73/148] »[1215].

383. La référence à l'article 8 de la Convention européenne peut même apparaître inutile. L'affaire *Zhu et Chen* concernait une ressortissante chinoise ayant mis au monde sa fille en Irlande afin que celle-ci acquière la nationalité de cet Etat membre et qu'elle puisse s'installer, en tant que citoyenne communautaire, sur le territoire de l'Union européenne. Désirant s'établir au Royaume-Uni, Mme Chen a demandé un permis de séjour de longue durée pour elle-même et sa fille auprès des autorités britanniques. L'avocat général estimait que Mme Chen ne pouvait bénéficier d'un droit durable de séjour directement de la directive 90/364, mais « *d'un droit de séjour dérivé de celui de sa fille* »[1216]. Refuser un tel droit de séjour « *priverait de tout effet utile le droit de séjour conféré par le traité à* [l'enfant] »[1217]. Aussi, cela « *serait manifestement contraire aux intérêts de la mineure et à l'exigence de respecter l'unité de la vie familiale* »[1218], donc incompatible avec le principe du respect de la vie familiale, tel qu'énoncé à l'article 8 de la Conv.EDH. La Cour, sans statuer sur la question de cet article 8, reconnaît que l'article 18 CE et la directive n° 90/364 confèrent un droit de séjour à l'enfant, citoyen de l'Union, sur le territoire de l'Etat membre d'accueil ainsi qu'au

[1213] CJCE, arrêt du 25 juillet 2002, *MRAX*, *op. cit.*, supra note n° 1207, pt. 59. Voir aussi CJCE, arrêt du 14 avril 2005, *Commission contre Royaume d'Espagne*, aff. C 157/03, pts. 28 et 32, Rec. I- p. 2933 ; Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, présentées le 9 novembre 2004, Rec. I- p. 2914.
[1214] CJCE, arrêt du 25 juillet 2002, *MRAX*, *op. cit.*, supra note n° 1207, pt. 53.
[1215] *Id.*, pts. 61 et 62.
[1216] Conclusions de l'avocat général M. A. Tizzano, présentées le 18 mai 2004, aff. C- 200/02, pt. 88, Rec. I- p. 9927.
[1217] *Id.*, pt. 90.
[1218] *Ibid.*

parent qui a la garde de ce ressortissant communautaire[1219]. Une solution inverse « *priverait de tout effet utile le droit de séjour de ce dernier* »[1220]. Il convient d'approuver cette décision par laquelle la Cour n'estime pas utile de recourir à l'article 8 de la Convention et préfère donner de l'ampleur au droit au regroupement familial que la requérante tire de l'article 18 du TCE ainsi que de la directive 90/364. En ce sens, elle confirme sa volonté de faire de la citoyenneté européenne un outil d'intégration[1221].

384. Quand cela est nécessaire, la Cour de justice n'hésite pas à s'inspirer de l'article 8 de la Conv.EDH, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Orfanopoulos*, elle va réaliser une nouvelle avancée en modifiant sa manière d'analyser les mesures d'éloignement des citoyens de l'Union. En l'espèce, la Cour de justice ne se contente pas de protéger la vie familiale du citoyen communautaire en se rattachant à l'article 8 de la Conv.EDH, visé en tant que réglementation internationale, elle emprunte également le raisonnement de la Cour de Strasbourg. L'affaire *Orfanopoulos* concernait l'expulsion d'un ressortissant grec, décidée par les autorités allemandes, pour infraction à la législation nationale sur les stupéfiants. L'intéressé séjournait depuis l'âge de treize ans sur le territoire allemand et y avait développé des relations sociales et familiales importantes. Dans son arrêt du 29 avril 2004, la Cour de justice relève que, pour apprécier « *le juste équilibre entre les intérêts légitimes en présence* », l'autorité nationale doit respecter les principes généraux du droit communautaire et tenir compte « *du caractère fondamental du principe de la libre circulation des personnes* [ainsi que] *des droits fondamentaux* »[1222]. Dans ce contexte, elle tient à rappeler à nouveau « *l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des ressortissants communautaires afin d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité* » et reprend encore sa jurisprudence *Carpenter* en considérant qu' « *exclure une personne du pays où vivent ses parents proches peut constituer une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale tel qu'il est protégé par l'article 8* »[1223].

[1219] CJCE, arrêt du 19 octobre 2004, *Catherine Zhu et Man Lavette Chen contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C- 200/02, pt. 46, Rec. I- p. 9951.
[1220] *Id.*, pt. 45.
[1221] Voir LUBY (M.), *La citoyenneté européenne : quand les mots ont enfin un sens !*, LPA, 12 mai 2005, n° 94, pp. 3-11, sp. p. 11.
[1222] CJCE, arrêt du 29 avril 2004, *Georgios Orfanopoulos et autres, et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg*, aff. jtes C- 482/01 et C- 493/01, pts. 95, 96 et 97, Rec. I- p. 5295 (Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, présentées le 11 septembre 2003, Rec. I- p. 5262).
[1223] *Id.*, pt. 98.

385. L'approche de la Cour de justice est ici novatrice dans le sens où elle aligne ensuite son appréciation de la proportionnalité de la mesure d'expulsion du territoire sur celle qu'utilise habituellement la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour de Luxembourg affirme que « *pour apprécier si l'ingérence envisagée est proportionnée au but légitime poursuivi (…), il convient de prendre en compte notamment la nature et la gravité de l'infraction commise (…), la durée de son 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 que risquent de connaître le conjoint et leurs enfants éventuels dans le pays d'origine de l'intéressé* »[1224]. La Cour de justice se réfère à nouveau de manière explicite à la jurisprudence *Boultif* et de manière implicite à l'affaire *Benhebba* de la Cour européenne. Surtout, elle reprend expressément certains des critères, permettant d'examiner les affaires concernant l'éloignement des non-nationaux, tels qu'ils ont été dégagés par le juge européen. Elle fournit dès lors une parfaite illustration de « *l'exploitation (…) littérale de la jurisprudence* » de ce dernier[1225].

386. Même si elle cherche essentiellement à assurer la protection du respect de la vie familiale des ressortissants des Etats membres, et même si l'exigence d'un tel respect entre dans le cadre économique de l'achèvement du marché intérieur, la Cour de justice garantit aussi le respect de la vie familiale des ressortissants étrangers lorsque ceux-ci sont membres de la famille d'un citoyen de l'Union.

387. Les étrangers qui résident sur le territoire des Etats membres et qui ne font pas partie de la famille d'un ressortissant communautaire, ne bénéficient pas d'une réglementation aussi libérale.

[1224] *Id.*, pt. 99.

[1225] PICHERAL (C.), observations *in* PICHERAL (C.) et SURREL (H.) (dir.) , « Droit communautaire des droits fondamentaux – Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes - 2003 », Institut de droit européen des droits de l'homme, RTDH, 1er juillet 2004, n° 59, pp. 721-745, sp. p. 723.
Voir aussi MAUBERNARD (C.), analyse de l'arrêt *Orfanopoulos in* PICHERAL (C.) et SURREL (H.) (dir.), « Droit communautaire des droits fondamentaux - Chronique de la jurisprudence la Cour de justice des Communautés européennes », Institut de droit européen des droits de l'homme, RTDH, 1er janvier 2005, n° 63, pp. 649-672, sp. pp. 651-654.

B. La préservation de l'unité familiale des étrangers

388. Les ressortissants des pays tiers qui résident légalement sur le territoire communautaire ne bénéficient pas d'un régime aussi favorable que les citoyens européens et les membres de leur famille[1226]. Or, le regroupement familial est une des premières raisons de l'entrée des ressortissants des pays tiers sur le territoire de l'Union européenne. Dans ses conclusions de l'affaire *MRAX*, l'avocat général Mme Stix-Hackl remarquait en effet que le regroupement familial est une des causes principales de l'immigration dans l'UE et qu'il contribue de manière importante à l'intégration des ressortissants de pays tiers qui se sont installés sur le territoire communautaire « *avant les membres de leur famille* »[1227]. La politique communautaire d'immigration subit cependant l'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Même si celle-ci accorde à compter des années 1980 une place importante à la vie privée et familiale des étrangers, elle prend davantage en compte la gravité des infractions qu'ils commettent et le devoir des Etats contractants de défendre leurs intérêts, si bien qu'elle n'incite guère l'Union européenne à se doter d'une législation véritablement protectrice « *des étrangers résidents de longue durée* »[1228].

389. Dans le cadre de la coopération intergouvernementale, le regroupement familial a fait l'objet de quelques dispositions et mesures[1229]. La résolution du 1er juin 1993 du Conseil sur l'harmonisation des politiques nationales relatives au regroupement familial, qui ne s'adresse qu'aux membres de la famille des ressortissants extra-communautaires résidant légalement sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté, ne présente pas de caractère juridiquement contraignant[1230]. Progressivement, le regroupement familial est cependant

---

[1226] A l'exception de certains étrangers qui peuvent invoquer le bénéfice des garanties communautaires en vertu d'un accord conclu avec la Communauté.
[1227] Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, aff. C- 459/99, *op. cit.*, supra note n° 1209, pt. 27.
[1228] COUSSIRAT-COUSTÈRE (V.), *Les politiques migratoires au sein de l'Union européenne …*, *op. cit.*, supra note n° 1077, pp. 228-229.
[1229] *Id.*, p. 222.
[1230] En effet, les Etats membres ne sont pas liés par cette résolution et les individus ne peuvent s'en prévaloir. *Cf.* Résolution du 1er juin 1993 du Conseil, doc. SN 2828/1/93 WGI 1497 REV 1, non publiée au JO. On peut également citer la résolution du 20 juin 1994 du Conseil concernant la limitation de l'admission à des fins d'emploi des ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres, la résolution du 30 novembre 1994 du Conseil concernant la limitation de l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres aux fins de l'exercice d'une activité professionnelle indépendante et la résolution du 30 novembre 1994 du Conseil relative à l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres à des fins d'étude, qui contiennent toute une clause relative à cette question du regroupement familial (publiées au JOCE n° C 274 du 19 septembre 1996).

devenu une priorité au sein de l'Union. En 1997, la Commission européenne propose l'établissement d'une Convention relative aux règles d'admission des ressortissants de pays tiers dans les Etats membres[1231]. Par cette proposition de Convention, elle « *entend* [notamment] *définir la réglementation devant régir l'admission des* [étrangers] *à des fins (…) de regroupement familial et l'octroi de droits fondamentaux aux étrangers résidents de longue durée dans un Etat membre* »[1232]. L'article 25 de la proposition prévoit que « *le regroupement familial des ressortissants de pays tiers qui sont membres de la famille d'un citoyen de l'Union* [qui n'exerce pas sa liberté de circulation et] *qui réside* [donc] *dans l'Etat membre dont il a la nationalité est soumis aux mêmes conditions que celles prévues par les articles 10 à 12 du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil (…)* »[1233]. L'objectif est de mettre fin à l'inégalité de traitement qui existe entre les citoyens migrants et les sédentaires. Néanmoins, on retrouve ici la question problématique des situations purement internes qui échappent à la compétence communautaire, cette proposition est par voie de conséquence difficilement acceptable.

390. Les matières relatives à l'immigration ont été communautarisées par le traité d'Amsterdam. Sur la base de l'article 63 point 3 a), le Conseil a alors adopté le 22 septembre 2003 la directive relative au regroupement familial des étrangers résidant légalement dans un Etat membre, qui n'est pas applicable aux membres de la famille des citoyens de l'Union[1234]. La directive prévoit le respect des droits fondamentaux et notamment de l'article 8 de la Conv.EDH[1235], et a pour objet d'assurer un traitement équitable aux ressortissants des pays

---

[1231] Proposition d'acte du Conseil établissant une Convention relative aux règles d'admission des ressortissants de pays tiers dans les Etats membres, 30 juillet 1997, COM(97) 387 final, JOCE n° C 337 du 7 novembre 1997, p. 9. Cette proposition n'a pas eu de suite et, n'étant plus d'actualité, la Commission l'a retirée le 11 décembre 2001.

[1232] NYS (M.), *L'immigration familiale à l'épreuve du droit – Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale*, Bruxelles, Bruylant, collection de la faculté de droit - Université libre de Bruxelles, 2002, 665 p., sp. p. 423. L'auteur précise que, comme pour les membres de la famille du citoyen communautaire migrant, les droits reconnus à la famille des étrangers résidents de longue durée sont des droits dérivés (p. 445).
Sur cette proposition de Convention, voir aussi BERGER (N.), *La politique européenne d'asile et d'immigration - Enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 269 p., sp. pp. 119-128.

[1233] La Commission européenne s'explique en affirmant que « *la citoyenneté de l'Union étant unique, il convient de combler les lacunes de la situation actuelle en prévoyant l'égalité de traitement entre citoyens de l'Union* ».

[1234] Directive n° 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JOUE n° L 251 du 3 octobre 2003, p. 12.

[1235] Le 22 décembre 2003, le Parlement européen a toutefois introduit un recours en annulation à l'encontre de cette directive au motif qu'elle serait notamment incompatible avec les exigences de l'article 8 de la Conv.EDH. En effet, il estime que les paragraphes 1er et 6 de l'article 4 de la directive litigieuse, qui posent des limites fondées sur l'âge des enfants, sont contraires aux articles 8 et 14 de ladite convention. En outre, le Parlement soutient que l'article 8 de la directive, en permettant aux Etats membres d'exiger un séjour légal de deux ans pour que la famille de l'étranger résident puisse le rejoindre ou de prévoir, pour des raisons de capacité

tiers et de faciliter leur intégration. Elle dispose en particulier que « *les Etats membres peuvent retirer le titre de séjour d'un membre de la famille ou refuser de le renouveler pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique* »[1236]. Dans ce cadre, les Etats doivent notamment tenir compte des liens familiaux de la personne concernée et de sa durée de résidence sur leur territoire[1237]. Ils ne peuvent justifier l'éloignement du territoire par le seul motif de maladies ou d'infirmités survenues après la délivrance du titre de séjour.

391. Concernant les étrangers présents illégalement sur le territoire communautaire, la protection de leur vie familiale n'est pas garantie aussi clairement. La recommandation du 30 novembre 1992 sur « les pratiques des Etats membres en matière d'éloignement » prévoit la prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme mais, comme pour l'article 3, elle n'impose pas spécifiquement le respect de l'article 8[1238]. Or, les ministres des Etats membres des Communautés européennes responsables de l'immigration aurait pu s'inspirer de la jurisprudence de la Cour européenne rendue alors en la matière et considérer que les immigrés de longue durée et les étrangers ayant de fortes attaches familiales avec un Etat membre d'accueil ne devraient pas, en principe, être expulsés[1239]. De même, dans la recommandation de 1993 sur le « contrôle et l'expulsion des ressortissants d'Etats tiers résidant ou travaillant sans autorisation »[1240], ces ministres des Etats membres chargés de l'immigration ne prirent pas en compte cette jurisprudence développée par la Cour européenne dans ses arrêts *Moustaquim* et *Beldjoudi*[1241]. Or, l'illégalité du séjour n'exempte pas les Etats membres des obligations qui découlent pour eux de l'article 8 de la Conv.EDH. Cette absence de considérations pour le droit des personnes de pays tiers au respect de leur vie privée et familiale est d'autant plus grave que l'expulsion est une mesure lourde de conséquences dans ce domaine pour les individus concernés.

---

d'accueil, une période d'attente pouvant aller jusqu'à trois ans entre la demande de regroupement et la délivrance d'un titre de séjour aux membres de la famille, constituerait également une violation au droit au respect de la vie familiale. La Cour de justice a rejeté le recours : CJCE, arrêt du 27 juin 2006, *Parlement européen contre Conseil*, aff. C- 540/03, Rec. I- p. 5809 ; Conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott, présentées le 8 septembre 2005, Rec. I- p. 5776.

[1236] Article 6 de la directive n° 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003, *op. cit.*, supra note n° 1234.

[1237] La même obligation est imposée en cas d'éloignement du regroupant lui-même, *cf.* article 17 de la directive.

[1238] Recommandation du 30 novembre 1992 des ministres chargés de l'immigration relative aux pratiques des Etats membres en matière d'éloignement, non publiée au JO.

[1239] Voy. GUILD (E.), *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union ...*, *op. cit.*, supra note n° 888, p. 233.

[1240] Recommandation des ministres chargés de l'immigration du 1er juin 1993.

[1241] Voir supra section I, paragraphe II, A. de ce chapitre, et plus spécialement §§ 312-321.

La directive 2001/40 du Conseil prévoit toutefois dans son considérant n° 4 que « *les décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers* [doivent être adoptées] *en conformité avec les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (…), notamment* [son article] *8 (…)* »[1242].

[1242] Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 sur la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JOCE n° L 149 du 2 juin 2001, p. 34.

Conclusion du Titre II

392. Les limites apportées au droit d'expulsion des Etats viennent essentiellement des règles posées par le droit international en matière de respect des droits humains et des libertés fondamentales. Ces règles ont été développées par des juridictions et instances internationales qui ont su faire preuve d'une certaine audace afin de permettre une pleine effectivité de ces droits et libertés : le caractère absolu de l'interdiction de la torture et autres mauvais traitements posé notamment par la Cour européenne des droits de l'homme ou l'appropriation par le Comité des droits de l'homme de la jurisprudence de celle-ci en matière de respect des liens familiaux en constituent les meilleurs exemples.

393. Toutefois, pour une protection toujours plus efficace de leurs droits et libertés individuels, les expulsés doivent avoir accès aux organes internationaux de contrôle. Les comités des Nations Unies, comme le Comité des droits de l'homme et le Comité contre la torture, n'ont pas de compétence obligatoire pour examiner leurs réclamations, et sont des instances non juridictionnelles dépourvues de pouvoir contraignant. Au niveau régional, seule la Cour européenne des droits de l'homme a une compétence obligatoire[1243]. En effet, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples[1244] ont une compétence facultative concernant les recours introduits par les particuliers[1245]. Néanmoins, les arrêts rendus par ces trois juridictions ont force obligatoire[1246].

[1243] Depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Conv.EDH le 1er novembre 1998 (Série des Traités européens n° 55).

[1244] Cet organe juridictionnel fut créé afin de pallier l'inefficacité de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, qui ne peut publier les rapports qu'elle rend après examen des affaires litigieuses que sur autorisation de la Conférence de l'Union africaine, organe politique.

[1245] Toutefois, la Commission interaméricaine des droits de l'homme et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sont obligatoirement compétentes pour recevoir les communications individuelles. Sur la première, voir SANTOSCOY (B.), *La Commission interaméricaine des droits de l'Homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, Paris, PUF, 1995, 209 p. L'auteur considère que « *l'absence de force obligatoire des résolutions de la [Commission interaméricaine] ne signifie pas cependant qu'elles n'auraient de portée que morale ou politique. En tant que recommandations provenant d'un organe international quasi juridique, leur valeur légale n'est pas négligeable* » (p. 111).

[1246] Les arrêts de la Cour européenne ont une portée déclaratoire, c'est-à-dire qu'ils se bornent à constater la violation ou non de la Conv.EDH. En principe, ces arrêts ont un effet rétroactif ; sous certaines conditions, ils peuvent valoir uniquement pour l'avenir : *cf*. CEDH, arrêt du 13 juin 1979, *Marckx contre Belgique*, série A n° 31. L'effet obligatoire implique que l'Etat condamné doit modifier son droit national pour être en conformité avec l'instrument juridique concerné. A ce sujet, voy. LAMBERT (E.), *Les effets des arrêts de la Cour*

Les expulsés ont donc tout intérêt à pouvoir les saisir afin qu'elles statuent sur leurs requêtes. Les constatations du Comité des droits de l'homme, de même que celles du Comité contre la torture, n'ont pas de force obligatoire, mais les Etats parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à son Protocole facultatif du 16 décembre 1966 se sont notamment engagés à en assurer le plein effet[1247]. Comme l'a souligné C. PETTITI, « *les conventions régionales et internationales de protection des droits de l'homme (…) permettent (…) de rappeler aux Etats leurs obligations internationales et de pousser ces derniers à reconnaître les droits garantis par les instruments juridiques* »[1248].

394. Le système européen de protection des droits et libertés fondamentaux est toutefois le plus avancé. Alors que le mécanisme américain de protection des droits de l'homme ne dispose pas d'un organe de contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour interaméricaine, le Conseil de l'Europe a institué le Comité des Ministres, qui est chargé de surveiller l'exécution des arrêts de la Cour européenne[1249]. Certes, les Etats montrent de nombreuses réticences à exécuter les décisions juridictionnelles, mais les arrêts de condamnation ont un impact majeur dans l'opinion internationale[1250]. En Europe, les Etats parties à la Conv.EDH s'efforcent de

---

européenne des droits de l'homme – Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1999, 624 p.

[1247] D'ailleurs, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ne se contente pas de constater les violations du Pacte puisqu'il indique également aux Etats en cause les mesures qu'il estime nécessaire de prendre pour que ceux-ci se conforment audit Pacte. En outre, un Rapporteur spécial, dont la mission est définie à l'article 95 du règlement intérieur du Comité, est chargé du suivi des constatations adoptées (voy. Règlement intérieur du Comité des droits de l'homme, U. N. Doc. CCPR/C/3/Rev.6 (2001)). Sur ces activités, le Professeur P. TAVERNIER précise que « *le Comité compte essentiellement sur la publicité* [qui en est donnée] » et rappelle que, selon le Rapporteur spécial, cette dernière « *non seulement serait dans l'intérêt des victimes de violations (…) du Pacte, mais pourrait également donner plus de poids aux constatations du Comité et inciter les Etats parties à y donner suite. La réaction des Etats parties au renforcement de la publicité et des activités de suivi et leur mise au grand jour (…) ont conforté le Comité dans sa volonté de continuer de donner de la publicité à cette procédure* » : DRZEMCZEWSKI (A.) et TAVERNIER (P.), *L'exécution des "décisions" des instances internationales de contrôle dans le domaine des droits de l'homme*, acte du colloque de la Société Française pour le Droit International sur « La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international » tenu à Strasbourg du 29 au 31 mai 1997, publication chez Paris, A. Pedone, 1998, 344 p., sp. pp. 197-270, p. 209 ; voir également le rapport intérimaire du Rapporteur spécial, CCPR/C/59/R.1 du 24 mars 1997.

[1248] PETTITI (C.), *Les instruments régionaux de protection des droits fondamentaux*, Gaz. Pal., 17-18 mars 2006, n° 76 à 77, pp. 5-7, sp. p. 7.

[1249] La Cour interaméricaine des droits de l'homme assure elle-même la surveillance de l'exécution de ses arrêts. En vertu de l'article 65 de la Convention de San José, elle peut formuler, lors de ses sessions ordinaires, des recommandations pour les cas où des Etats parties n'auraient pas exécuté ses arrêts, mais elle n'exerce pas d'influence équivalente à celle du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Rappelons que l'article 68 § 1 prévoit que « *Les Etats parties à la (…) Convention s'engagent à se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige où elles sont en cause* ».

[1250] La dénonciation le 26 mai 1998 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme par Trinité-et-Tobago a montré toute l'importance du droit international des droits de l'homme.

modifier leurs législations litigieuses[1251]. De même, les juridictions nationales s'évertuent à appliquer la jurisprudence européenne[1252].

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, le mécanisme de contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne est renforcé par le Protocole d'amendement n° 14, qui crée un recours en manquement[1253]. Il avait été proposé d'insérer une disposition prévoyant, comme dans le cadre de l'Union européenne, la possibilité de condamner l'Etat récalcitrant à une sanction pécuniaire, mais cela n'a pas été retenu. Cependant, comme le remarque le Professeur N. FRICERO, « [la] *constatation solennelle de la désobéissance de l'Etat constitue à n'en pas douter une pression de nature politique qui s'avèrera efficace* »[1254].

395. Il ressort de ce qui précède que les personnes frappées d'une mesure d'expulsion bénéficient d'une protection de plus en plus étendue. Les règles établies par la justice internationale sont en principe dépourvues de force exécutoire, mais elles participent à l'élaboration d'une jurisprudence internationale des droits fondamentaux bien plus que significative[1255]. En effet, au-delà de la portée juridique des décisions prises par les instances et juridictions internationales, c'est également l'importance politique et symbolique de ces décisions qui en assure le respect.

[1251] Pour des exemples en France, voir le rapport de synthèse présenté par le Professeur J.-P. MARGUENAUD lors du colloque organisé sur « L'actualité de la CEDH : nouveaux défis et pratiques » par le Centre d'études et de recherches en droit privé de l'Université de Nice Sophia-Antipolis le 13 mai 2005, dont les actes sont publiés aux Petites affiches du 2 mars 2006, n° 44, 45 p. (*cf.* pp. 44-47, sp. p. 47).

[1252] La Cour européenne oblige même ces juridictions à respecter ses décisions : voy. CEDH, arrêt du 29 novembre 1991, *Vermeire contre Belgique*, série A n° 214-C.

[1253] L'article 16 du Protocole n° 14 (Série des Traités du Conseil de l'Europe n° 194) modifie l'article 46 de la Convention en lui ajoutant un paragraphe 4 prévoyant que « *Lorsque le Comité des Ministres estime qu'une Haute Partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette Partie (…), saisir la Cour de la question du respect par cette Partie de son obligation (…)* ». Voir en particulier sur ce Protocole : LAGOUTTE (S.), *Le protocole 14 à la Conv.EDH : une assurance de la pérennité du système européen de protection des droits de l'homme*, Cah. dr. eur., 2005, n° 1-2, pp. 127-154 ; BOILLAT (P.), *Le Protocole n° 14 : les enjeux de la réforme*, LPA, 2 mars 2006, n° 44, pp. 6-11 ; NASCIMBENE (B.), *Le protocole 14 à la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière de ses travaux préparatoires*, RTDH, 1er juillet 2006, n° 67, pp. 531-546.

[1254] FRICERO (N.), *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : un enjeu pour l'Europe*, LPA, 2 mars 2006, n° 44, pp. 37-40, p. 40.

[1255] Pour une étude comparée des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme, voy. BUERGENTHAL (T.), *The Evolving International Human Rights System*, AJIL, octobre 2006, vol. 100, n° 4, pp. 783-807.

Conclusion de la Première Partie

396. En 1983, l'Institut de Droit international affirmait que « *l'exercice du droit d'expulser un étranger devrait être limité, sur le plan international, par l'obligation de respecter des droits de l'homme, notamment par le souci d'éviter le transfert d'une personne vers un Etat qui pourrait la persécuter, ainsi que par celui de s'abstenir de toute expulsion arbitraire* »[1256]. Il est clair que ce caractère conditionnel des limites au droit d'expulsion a laissé place à une obligation pour les Etats de motiver leurs décisions d'expulsion par des raisons légitimes dans le respect des droits et libertés fondamentaux des individus concernés.

397. En matière d'immigration, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle de manière récurrente le droit des Etats de contrôler l'entrée et l'éloignement des étrangers, puis leurs obligations en matière de droits de l'homme et de libertés fondamentales. En effet, elle débute toujours son raisonnement par le droit de l'Etat[1257]. Autrement dit, le droit de contrôle des Etats serait le principe, les droits individuels les exceptions[1258]. Or ce raisonnement est inopérant lorsque les étrangers sont des réfugiés invoquant l'interdiction absolue de la torture et des mauvais traitements puisque nul motif ne pourra justifier la mesure étatique d'éloignement. En outre, même pour les droits fondamentaux non absolus, qui peuvent faire l'objet d'ingérences étatiques, certains auteurs estiment à l'inverse qu'ils sont le principe et le droit de l'Etat l'exception. En ce sens, selon X. ROLIN, « *aux termes de l'article 8, c'est le droit de l'individu qui est premier, par rapport aux intérêts de l'Etat (…)* »[1259]. En droit communautaire, le droit fondamental qu'est la liberté de circulation et de séjour des citoyens de l'Union[1260] ne peut qu'être exceptionnellement et strictement restreint par les Etats membres pour des raisons d'ordre ou de sécurité publics ou de santé publique. Cependant, faut-il accepter une quelconque hiérarchie de ces différents droits ? En effet, ces droits sont en

[1256] Nous soulignons ; Institut de Droit international, Résolution du 1er septembre 1983 sur les « Nouveaux problèmes en matière d'extradition », session de Cambridge, 1983, article VIII § 2.
[1257] ROLIN (X.), *La double peine, une punition de la nationalité*, RDE, 2002, pp. 205-216, p. 208.
[1258] DELANGHE (C.), *Double peine : le difficile chemin de l'abolition*, RDE, avril-mai-juin 2005, n° 133, pp. 249-258, p. 255.
[1259] ROLIN (X.), *La double peine, une punition de la nationalité*, *loc. cit.*, p. 208.
[1260] Sur cette qualification, voir l'article 45 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

soi d'une valeur équivalente ; l'un prévaudra sur l'autre uniquement lorsqu'ils seront confrontés et analysés au regard des faits dans une situation donnée[1261].

398. Toujours est-il que la protection de ces droits fondamentaux est conditionnée par la possibilité offerte à l'expulsé d'en invoquer le respect. L'analyse des modalités de l'expulsion fait ainsi apparaître la nécessité d'un équilibre entre, d'une part, le respect des garanties procédurales et de la dignité humaine, et, d'autre part, l'obligation d'assurer l'exécution des mesures d'expulsion juridiquement fondées.

[1261] Paul MARTENS est d'avis qu'on ne peut pas considérer que « *le droit d'expulser un étranger,* [prévu] *à l'article 5 § 1 f) de la Convention et dans les protocoles n° 4 et 7, serait la règle et que l'exception tirée du respect de la vie familiale serait d'interprétation restrictive. Au contraire, (…) c'est ce principe [consacré par l'article 8] qui est au cœur de l'examen de la Commission, sans que celle-ci établisse une hiérarchie des normes qui imposerait de tenir l'article 5 § 1 comme supérieur à l'article 8 de la Convention (…)* » : MARTENS (P.), *Respect de la vie familiale et sauvegarde de l'ordre public*, RTDH, 1er juillet 1991, n° 7, pp. 385-394, sp. pp. 386-387.

SECONDE PARTIE
LES MODALITÉS DE L'EXPULSION

399. Au cours des années 1880, une commission d'étude fut instituée au sein de l'Institut de Droit international à charge pour elle de traiter du droit d'admission et d'expulsion des étrangers. Dans son « projet de réglementation de l'expulsion des étrangers » présenté par L.-J.-D. FÉRAUD-GIRAUD en 1891 lors de la session de Hambourg de l'Institut, la commission d'étude indiquait que « *l'expulsion peut être prononcée contre des étrangers individuellement, contre des catégories d'étrangers, par voie collective, et même, d'une manière générale, contre tous les étrangers appartenant à une ou plusieurs nationalités déterminées* [à condition que l'Etat qui utilise son droit d'expulsion s'efforce] *de concilier les devoirs qui lui incombent : d'un côté, d'assurer l'ordre sur son territoire et de garantir à l'intérieur et à l'extérieur sa propre sécurité ; de l'autre, de respecter les lois de l'humanité, les droits inhérents à la personne de tout individu (…)* »[1262].

La commission d'étude proposait en outre que « *Chaque Etat (…) détermine les garanties et les recours auxquels cette mesure est soumise (…) [et] ne peut (…) se dépouiller d'un droit d'action directe suffisante pour satisfaire à de justes réclamations, et s'exonérer ainsi de la responsabilité qui lui incombe, d'après le droit public international, de satisfaire à ces réclamations (…). L'Etat peut assurer l'effet des actes d'expulsion en soumettant l'expulsé qui y contrevient à des poursuites (…) et à des peines, à l'expiration desquelles l'expulsé sera contraint par la force de sortir du territoire* »[1263].

400. L'analyse des modalités d'exécution de la décision d'expulsion permet d'apprécier la tension existant en matière d'expulsion entre respect des droits fondamentaux et protection des prérogatives de l'Etat. L'étude des garanties procédurales doit ainsi permettre d'évaluer dans quelle mesure les droits matériels conférés aux expulsés peuvent être utilement invoqués (**Titre I**). Les difficultés de mise en œuvre de la décision d'expulsion, une fois les recours administratifs et judiciaires éventuellement épuisés, mettent en exergue l'opportunité d'une coopération interétatique dans le domaine de l'expulsion (**Titre II**).

[1262] Commission d'étude sur le droit d'admission et d'expulsion des étrangers de l'Institut de Droit international, *Projet de réglementation de l'expulsion des étrangers*, présenté par M. L.-J.-D. FÉRAUD-GIRAUD, session de Hambourg, septembre 1891, Annuaire de l'Institut de Droit international, tome XI, 1889-1892, pp. 275-282, sp. pp. 275-276.
[1263] *Id.*, p. 279.

TITRE PREMIER
LA DÉCISION D'EXPULSION ET LES GARANTIES PROCÉDURALES

401. Comme l'ont remarqué J. VELU et R. ERGEC, « *pour réaliser une protection efficace des droits de l'homme, il ne suffit pas de consacrer des droits matériels. Encore faut-il des garanties fondamentales de procédure de nature à renforcer les mécanismes de sauvegarde de ces droits* »[1264].

402. Lorsque l'étranger est frappé d'une mesure d'éloignement, il doit pouvoir faire valoir que son renvoi porte atteinte à sa vie privée ou familiale, ou qu'il l'expose à un risque de persécutions dans l'Etat de destination[1265]. Pour cela, encore faut-il que des recours lui soient ouverts dans l'Etat expulsant. Généralement, les réclamations peuvent être portées devant des autorités administratives, parfois devant une autorité ministérielle. Les avis rendus par des instances nationales spécialisées dans le domaine de l'immigration, même s'ils ne s'imposent pas aux autorités compétentes, peuvent être utiles afin d'éviter une expulsion sommaire[1266].

Le recours juridictionnel est souvent prévu dans les Etats. Cependant, comme le fait remarquer Mme AGUIAR, rapporteur de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie, « *l'effectivité du droit d'appel dépend largement du caractère suspensif de celui-ci* »[1267], lequel n'est évidemment pas systématique dans tous les Etats.

[1264] VELU (J.) et ERGEC (R.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, 1185 p., p. 435, extrait cité par BERNARD (F.) et BERTHE (A.), *Les garanties procédurales en matière de reconduite à la frontière au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH, 1997, n° 29, pp. 17-33, sp. p. 17.

[1265] Sur ces moyens de défense, voir Partie I, Titre II. Sur l'ensemble des garanties, tant matérielles que procédurales, voir l'étude de PUÉCHAVY (M.), *Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des drois de l'homme*, *in* LAMBERT (P.) et PETTITI (C.), « Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », Actes du séminaire du 21 mars 2003 organisé par les Instituts des droits de l'homme du barreau de Bruxelles et du barreau de Paris, Bruxelles, Bruylant, collection « Droit et justice », 2003, 149 p., pp. 75-95.

[1266] AGUIAR (M.), exposé des motifs du rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe sur la non-expulsion des immigrés de longue durée, 27 février 2001, doc. 8986, pt. III-27.

403. En droit international, les garanties de procédure consistent en des obligations d'information et en un droit de recours administratif ou judiciaire.

La notification répond à l'obligation de respecter les droits de la défense. L'article 22 § 3 de la Convention de 1990 sur la protection des droits des travailleurs migrants énonce que la décision d'expulsion « *doit être notifiée aux intéressés dans une langue qu'ils comprennent* »[1268]. Le droit conventionnel exige aussi parfois que les motifs de la décision d'expulsion ou que les voies de recours possibles soient communiqués. La Convention de 1990 prévoit dans son article 22 § 3 que « *(…) sauf circonstances exceptionnelles justifiées par la sécurité nationale,* [la décision d'expulsion est] *dûment motivée* ». Selon le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, lorsqu'une mesure d'éloignement a été prise ou lorsqu'une procédure d'éloignement est en cours, il appartient aux autorités compétentes d'indiquer à la personne concernée les raisons d'une telle mesure et de l'informer des différentes possibilités de recours auxquels elle a droit[1269]. Le recours doit être accessible, c'est-à-dire que si l'intéressé n'a pas les ressources suffisantes pour bénéficier d'une aide juridique, il doit pouvoir en disposer gratuitement[1270]. Une décision de détention, prise alors qu'une procédure d'expulsion est en cours, sera « *considérée comme nulle et non avenue si, au moment de la notification, la personne concernée n'est pas informée, par écrit et dans une langue qu'elle comprend, de ses droits, des modalités de recours et des moyens d'obtenir conseil et représentation juridiques gratuits* »[1271].

La protection juridictionnelle se caractérise par la possibilité pour l'étranger menacé d'expulsion de faire valoir ses droits devant un tribunal. Le droit pour un individu d'agir personnellement en justice contre son expulsion était théoriquement reconnu à la fin du XIXe siècle. L'article 21 des « règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers » adoptées en 1892 à Genève par l'Institut de Droit international prévoit en effet que « *tout individu expulsé a le droit, s'il (…) soutient que son expulsion est contraire soit à une loi, soit*

[1267] *Id.*, pt. III-29.
[1268] Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution n° 45/158 du 18 décembre 1990 et entrée en vigueur le 1er juillet 2003.
[1269] Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoption de vingt principes directeurs sur le retour forcé, 925e réunion des Délégués des Ministres, 4 mai 2005, documents CM, CM(2005) 40 final 9 mai 2005.
[1270] *Ibid.*
[1271] Recommandation n° 1624(2003) du 30 septembre 2003 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur une politique commune en matière d'immigration et d'asile.

à un traité international qui l'interdit ou l'exclut expressément, de recourir à une haute cour judicaire ou administrative, jugeant en pleine indépendance du gouvernement »[1272]. De même, à l'occasion de l'affaire *Ben Tillett*, il fut admis qu'un étranger menacé d'expulsion pouvait disposer d'un « *droit personnel de protestation* » grâce à sa qualité de résident[1273]. Mais, dans la pratique de cette époque, les réclamations sont portées par les Etats devant une justice arbitrale faisant intervenir au principal les Etats concernés, et non pas la personne intéressée.

L'ouverture d'un recours personnel commencera à être réglementée en droit international après la seconde guerre mondiale alors que naîtront différentes organisations de protection des droits de l'homme, acquérant ainsi valeur coutumière[1274].

404. Il existe des garanties procédurales spécialement prévues pour les cas d'expulsion. Leur étendue varie peu ou prou d'un système juridique à un autre.

Les textes établis par les Nations Unies, dans lesquels figurent des garanties procédurales minimales, ont inspiré l'adoption de normes similaires dans des instruments régionaux de protection des droits de l'homme et ont notamment mené à l'élaboration, au sein du Conseil de l'Europe, de règles procédurales spécialement applicables aux cas d'expulsion des étrangers. Ainsi, alors que les garanties procédurales des personnes expulsées ont rapidement été posées dans le cadre des Nations Unies, elles n'ont été que récemment établies dans l'ordre juridique européen des droits de l'homme. Néanmoins, pour pallier ce vide normatif, le juge européen a su tirer profit des divers mécanismes généraux et spéciaux de protection prévus dans le texte de la Convention européenne des droits de l'homme. La protection des expulsés demeure cependant limitée (**Chapitre I**).

Parallèlement à ce cadre juridique, le droit communautaire s'est assez rapidement doté de garanties d'ordre procédural afin d'assurer la protection des libertés de circulation des ressortissants des Etats membres. Il a été et est influencé par certains instruments universels,

---

[1272] Institut de Droit international, « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers », session de Genève, 9 septembre 1892, Annuaire de l'Institut, tome XII, 1892-1894, p. 218 sqq.
[1273] Sentence arbitrale, *Ben Tillett*, Royaume-Uni c/ Belgique, 26 décembre 1898, M. Grivaz, RGDI publ., 1899, pp. 46-55, p. 54.
[1274] Sur la valeur du devoir de protection judiciaire, voy. BA (A.-B.), *Le droit international de l'expulsion des étrangers : une étude comparative de la pratique des Etats africains et de celle des Etats occidentaux*, thèse, Paris II, ss. la direction de COMBACAU (J.), 1995, 930 p., pp. 561-565.

comme la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, et régionaux, tels la Convention européenne des droits de l'homme. Le droit de l'Union européenne s'enrichit toutefois de textes conventionnel et législatifs qui protègent plus largement les expulsés, établissant ainsi des garanties procédurales renforcées (**Chapitre II**).

CHAPITRE I
L'ÉTENDUE DES GARANTIES PROCÉDURALES EN DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME

405. Les normes internationales qui régissent la matière de l'expulsion prévoient généralement des garanties procédurales. Ces garanties dont bénéficient les étrangers menacés d'expulsion sont globalement similaires d'un texte à un autre (**Section I**). Concomitamment à l'aménagement d'un tel système de garanties minimales pour les cas d'expulsion dans un protocole à la Convention européenne des droits l'homme, le juge européen avait entrepris de faire profiter les étrangers des quelques garanties d'ordre procédural offertes par celle-ci (**Section II**).

SECTION I

LE DROIT INTERNATIONAL ET LES GARANTIES PROCÉDURALES MINIMALES

406. Ce sont les instruments des Nations Unies qui ont en premier lieu accordé des garanties procédurales aux étrangers afin de les protéger contre des expulsions arbitraires (**Paragraphe I**). En ouvrant ainsi la voie, ils ont inspiré l'adoption de normes similaires dans différentes régions du monde (**Paragraphe II**).

PARAGRAPHE I : Les garanties prévues par les instruments des Nations Unies

407. L'article 32 § 2 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés de 1951 prévoit que l'expulsion d'un réfugié se trouvant régulièrement sur le territoire d'un Etat contractant « *n'aura lieu qu'en exécution d'une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi. Le réfugié devra, sauf si des raisons impérieuses de sécurité nationale s'y opposent, être admis à fournir des preuves tendant à le disculper, à présenter un recours et à se faire représenter à cet effet devant une autorité compétente ou devant une ou plusieurs personnes spécialement désignées par l'autorité compétente* ». L'article 31 de la Convention relative au statut des apatrides de 1954 reprend intégralement cette disposition pour le cas des apatrides.

408. D. ALLAND et C. TEITGEN-COLLY rappellent que les travaux préparatoires de la Convention de 1951 permettent de mieux interpréter les dispositions de l'article 32 § 2[1275]. Il ressort de ces travaux que le réfugié doit « *disposer d'un recours devant une autorité tierce investie (…) d'un pouvoir de décision* » et prouver « *que l'accusation portée contre lui n'est pas fondée* »[1276]. Ladite autorité peut être administrative ou juridictionnelle[1277]. Les dérogations à ces garanties admises pour "des raisons impérieuses de sécurité nationale" sont par exemple « *les cas d'espionnage* »[1278], mais l'exception d'ordre public n'est pas admise.

409. Le Guide des procédures du Haut Commissariat pour les réfugiés contient également un ensemble de principes d'ordre procédural[1279]. Le HCR y suggère que les demandeurs d'asile devraient pouvoir demeurer sur le territoire de l'Etat d'accueil jusqu'à ce que l'instance nationale, saisie par eux, statue sur leurs recours. Il constate qu'« *étant donné que la question n'est pas expressément réglée par la Convention de 1951, les procédures adoptées*

[1275] ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, collection Droit fondamental, 2002, 693 p., p. 644.
[1276] *Ibid.*
[1277] *Ibid.*
[1278] *Ibid.*
[1279] Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut de réfugiés*, Genève, 1992. Les règles édictées ne sont pas contraignantes.

par les États parties (…) varient considérablement »[1280]. Celles-ci devraient donc respecter « *certaines exigences minimales* », dont la possibilité pour le demandeur d'asile débouté de pouvoir bénéficier d' « *un délai raisonnable pour demander le réexamen de la décision* », de même que « *rester dans le pays tant qu'une instance administrative supérieure ou les tribunaux d'appel n'auront pas statué sur son cas à la suite d'un recours* »[1281].

410. Pareillement, l'article 13 du Pacte international de 1966 dispose qu' « *un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin* ». La similarité avec la Convention de Genève s'explique aisément compte tenu du fait que l'article 13 est directement inspiré de l'article 32 de la Convention de 1951[1282]. L'article 13 s'applique à toutes les procédures ayant pour objet de contraindre un étranger à quitter le territoire d'un Etat, que la législation de cet Etat « *qualifie ce départ d'expulsion ou qu'elle emploie un autre terme* »[1283].

411. La première règle de procédure énoncée par cette disposition est l'obligation pour l'Etat d'accueil d'arrêter un ordre d'expulsion " conformément à la loi ". Aucune restriction n'est prévue par l'article 13 pour cette règle.

[1280] *Id.*, § 191.
[1281] *Id.*, § 192.
[1282] Précision rappelée par M. G. HECKMAN dans son commentaire des constatations du Comité des droits de l'homme des Nations Unies rendues dans l'affaire *Mansour Ahani* (constatations du 29 mars 2004, *Mansour Ahani contre Canada*, communication n° 1051/2002 du 10 janvier 2002, CCPR/C/80/D/1051/2002, 14 juin 2004) : HECKMAN (G.), *in* « International Decisions » edited by D. Bodansky, AJIL, 2005, vol. 99, pp. 669-675, sp. p. 673.
L'article 22 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille reprend ces termes de manière analogue. Son paragraphe 2 est le suivant : « *Les travailleurs migrants et les membres de leur famille ne peuvent être expulsés du territoire d'un Etat partie qu'en application d'une décision prise par l'autorité compétente conformément à la loi* » ; § 4 : « *En dehors des cas où la décision finale est prononcée par une autorité judiciaire, les intéressés ont le droit de faire valoir les raisons de ne pas les expulser et de faire examiner leur cas par l'autorité compétente, à moins que des raisons impératives de sécurité nationale n'exigent qu'il n'en soit autrement* » : Convention adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution n° 45/158 du 18 décembre 1990 et entrée en vigueur le 1er juillet 2003.
[1283] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, 27ème session, 1986, Observation Générale n° 15, « Situation des étrangers au regard du Pacte », § 9, HRI/GEN/1/Rev. 1, 1994.

En 1977, une réfugiée politique grecque suspectée d'être une terroriste potentielle est expulsée du territoire suédois vers son pays d'origine. Elle prétend que la décision d'expulsion n'a pas été prise "conformément à la loi" et ne respecte donc pas les dispositions de l'article 13 du Pacte de 1966. Le Comité des droits de l'homme estime à ce sujet que l'interprétation du droit national est une question relevant de la compétence des juridictions et des autorités de l'Etat partie concerné et qu'il n'est pas compétent « *pour apprécier si les autorités compétentes ont interprété et appliqué le droit interne de façon correcte au présent litige (…), à moins qu'il ne soit établi qu'elles ne l'ont pas interprété ou appliqué de bonne foi ou qu'il ne soit évident qu'il y a eu abus de pouvoir* »[1284].

412. La seconde règle procédurale est la possibilité qui doit être offerte à l'intéressé de recourir à une autorité pour pouvoir se défendre. Ici, toutefois, l'Etat d'accueil peut déroger à la règle pour "des raisons impérieuses de sécurité nationale". Cette justification est régulièrement examinée par le Comité des droits de l'homme. Deux affaires sont particulièrement illustratives. Dans la première affaire, Eric Hammel, avocat de nationalité française établi à Madagascar pendant une vingtaine d'années, avait défendu des prisonniers politiques et les principaux leaders de l'opposition politique et avait, à plusieurs occasions, représenté des individus devant le Comité des droits de l'homme. Il fut arrêté et détenu pendant 3 jours. Ayant eu seulement deux heures pour rassembler ses affaires, il fut procédé à son expulsion du territoire de Madagascar. Il est apparu, selon la Cour suprême de Madagascar, que les activités de l'intéressé ainsi que sa présence continue sur ce territoire ont été considérées comme perturbant l'ordre public et la sécurité publique. Saisi de ce litige, le Comité des droits de l'homme, statuant sur la question de la violation de l'article 13 du Pacte, observe que « *(…) the author was not given an effective remedy to challenge his expulsion and that the State party has not shown that there were compelling reasons of national security to deprive him of that remedy* »[1285]. Le Comité précise qu'il fonde sa décision en prenant notamment en compte son observation générale n° 15 de 1986. Dans cette dernière, il avait indiqué qu'« *un étranger doit recevoir tous les moyens d'exercer son recours contre*

[1284] Traduction libre ; Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 9 avril 1981, *Anna Maroufidou contre Suède*, communication n° 58/1979 du 5 septembre 1979, CCPR/C/12/D/58/1979, 8 avril 1981, § 10.1.

[1285] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 3 avril 1987, *Eric Hammel contre Madagascar*, communication n° 155/1983 du 1 août 1983, CCPR/C/29/D/155/1983, 3 avril 1987, § 19.2. Nous traduisons : « *(…) il ne fut pas accordé à l'auteur de recours effectif pour contester son expulsion et que l'Etat*

l'expulsion, de manière à être en toutes circonstances à même d'exercer effectivement son droit » et que les règles de procédure, énoncées dans l'article 13 et qui bénéficient aux étrangers réguliers faisant face à une expulsion, « *ne peuvent souffrir d'exception que si des raisons impérieuses de sécurité nationale l'exigent* »[1286].

Dans la seconde affaire, M. Mansour Ahani, ressortissant iranien, entra au Canada en 1991 où il obtint le statut de réfugié en vertu de la Convention de Genève. En 1993, le Solliciteur général du Canada et le Ministre de l'immigration découvrirent que l'intéressé s'était illustré par des actes de terrorisme. Ce dernier fut arrêté et détenu jusqu'en 2002, date à laquelle il fut finalement expulsé vers l'Iran en raison du danger qu'il représentait pour la sécurité de l'Etat d'accueil. M. Mansour Ahani a soutenu que son expulsion et la procédure ayant mené à cette expulsion étaient contraires à l'article 13 du Pacte international de 1966. Selon le Comité, lors de ladite procédure visant à établir le caractère raisonnable de l'attestation de menace pour la sécurité nationale, le requérant a pu se défendre et répondre aux faits reprochés[1287]. Dès lors, vu les questions de sécurité nationale, il semble que la procédure ait été juste à son égard et qu'il n'y ait pas eu violation de l'article 13 du Pacte par la juridiction nationale lors de cette procédure.

413. Au-delà des problèmes qui peuvent être soulevés au titre de l'article 13, la question est de savoir si les dispositions de l'article 14 du Pacte sont applicables à la matière de l'immigration. Cet article 14 est à rapprocher de l'article 6 de la Conv.EDH. Il prévoit le droit à un procès équitable devant un tribunal impartial et indépendant qui doit être compétent pour statuer sur le bien-fondé de toute accusation en matière pénale, de même que sur les contestations portant sur les droits et obligations de caractère civil. Les travaux préparatoires montrent que les rédacteurs de l'article 14 ont exprimé la volonté de faire appliquer ledit article aux litiges mettant en cause un ou plusieurs individus face à l'Etat[1288]. En 1986, le Comité a indiqué que cette disposition s'applique aux procédures de droit public et a reconnu

---

partie n'a pas démontré qu'il y avait des raisons impératives de sécurité nationale permettant de le priver de ce recours ».

[1286] *Ibid. Cf.* aussi Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Observation Générale n° 15, « Situation des étrangers au regard du Pacte », *op. cit.*, supra note n° 1283, § 10.

[1287] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 29 mars 2004, *Mansour Ahani*, *op. cit.*, supra note n° 1282, § 10.5.

[1288] HECKMAN (G.), commentaire de l'affaire *Mansour Ahani*, *op. cit.*, supra note n° 1282, p. 674.

que les litiges entre particuliers et pouvoir public entrent dans son champ d'application[1289]. Le Comité a malheureusement manqué l'occasion qui s'est présentée à lui, lors de l'affaire *Mansour Ahani*, pour se prononcer sur l'éventuelle application de cet article aux questions relatives à l'immigration. Sans convaincre, il a décidé que puisque l'article 13 du Pacte comporte « *des éléments relatifs à un procès équitable* », qui se retrouvent aussi dans l'article 14, il n'y a pas lieu « *compte tenu de l'économie du Pacte d'appliquer directement les dispositions plus larges et plus générales de l'article 14* »[1290]. Il faut souhaiter que l'instance internationale ira plus loin que la Cour européenne des droits de l'homme en accordant ultérieurement des garanties procédurales plus larges[1291].

414. Dans son observation générale n° 15 de 1986, le Comité rappelait que si la procédure d'expulsion prévoit l'arrestation, « *les garanties prévues par le Pacte en cas de privation de liberté peuvent aussi être applicables* »[1292]. Ces garanties sont celles énoncées aux articles 9 et 10 dudit Pacte. L'article 10 a trait aux conditions de détention. Quant à l'article 9, il pose les garanties d'ordre procédural dont peut bénéficier toute personne privée de sa liberté. Son paragraphe 4 dispose que « *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* ». Quel que soit le but de la privation de liberté, un tribunal doit pouvoir statuer sur sa légalité. Le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme a rappelé, en 2002, que pareille procédure devrait être menée rapidement[1293]. Dans l'affaire *Mansour Ahani*, l'intéressé fut placé en détention en raison d'une attestation de menace pour la sécurité intérieure et fut maintenu en détention jusqu'à son expulsion. Le Comité des droits de l'homme note que le placement en détention a eu lieu sans que l'intéressé ait été condamné pour une infraction

---

[1289] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 8 avril 1986, *Yvon Landry contre Canada*, communication n° 112/1981 du 7 décembre 1981, CCPR/C/27/D/112/1981, 8 avril 1986, §§ 9.2-9.5. Constatations citées par G. HECKMAN, *ibid.*
Dans une opinion séparée, certains membres du Comité ont toutefois considéré que le litige opposant un particulier au Gouvernement ne relève pas de l'article 14 § 1 du Pacte : *cf.* l'opinion présentée par MM. B. Graefrath, F. Pocar et C. Tomuschat en annexe des constatations.
[1290] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 29 mars 2004, *Mansour Ahani*, *op. cit.*, supra note n° 1282, § 10.9.
[1291] Pour la jurisprudence de la Cour européenne en la matière, voir infra section II de ce chapitre.
[1292] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Observation Générale n° 15, « Situation des étrangers au regard du Pacte », *op. cit.*, supra note n° 1283, § 9.
[1293] Rapport intérimaire du 2 juillet 2002 du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, Theo van Boven, chargé d'examiner les questions se rapportant à la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies en application de sa résolution n° 56/143 du 19 décembre 2001, A/57/173, § 16.

pénale ou frappé d'une peine d'emprisonnement[1294]. Il estime dès lors que celui-ci doit, en vertu du paragraphe 4 de l'article 9, pouvoir faire contrôler la légalité de sa détention par une autorité judiciaire, « *c'est-à-dire obtenir le contrôle du bien-fondé de la mesure de détention puis par la suite des contrôles à intervalles suffisamment fréquents* »[1295].

415. Par la suite, les Etats ont adopté des textes internationaux régionaux de protection des droits de l'homme dans lesquels ils ont introduit des garanties procédurales du même type que celles prévues par les instruments des Nations Unies.

PARAGRAPHE II : Les garanties énoncées par les instruments régionaux

416. L'article 22 § 6 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 impose aux Etats américains parties de n'expulser un étranger légalement admis sur leur territoire « *qu'en vertu d'une décision conforme à la loi* ». L'article 12 § 4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 prévoit expressément la même obligation. Cependant, ces deux instruments n'exigent que le respect du principe de légalité[1296].

417. Sous l'égide du Conseil de l'Europe, il faut attendre le Protocole n° 7 à la Conv.EDH du 22 novembre 1984 pour que soient prévues des garanties procédurales directes minimales au bénéfice des étrangers menacés d'expulsion. Pourtant, l'adoption de garanties de procédure en cas d'expulsion individuelle avait déjà été envisagée par l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe au début des années 1960. En effet, dans son projet de l'article 4 du

[1294] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 29 mars 2004, *Mansour Ahani*, *op. cit.*, supra note n° 1282, § 10.2.
[1295] *Ibid.*
[1296] Au titre de la Convention de San José, l'intéressé peut contester la mesure d'expulsion qui le frappe devant une juridiction compétente lorsqu'elle n'a pas été prise conformément à la loi. Selon l'article 25 § 1, « *Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention (…)* ».

Protocole n° 4, l'Assemblée reprenait en partie le texte de l'article 3 de la Convention européenne d'établissement de 1955. Ce dernier est relatif à l'expulsion des ressortissants des Parties contractantes résidant régulièrement sur le territoire de l'une de ces dernières et prévoit notamment un certain nombre de garanties procédurales. La proposition de l'Assemblée n'avait toutefois pas été retenue par le Comité d'experts chargé d'étudier le projet de Protocole. Le Comité d'experts avait noté que le texte de la Convention européenne d'établissement encadrait déjà l'expulsion individuelle des étrangers[1297]. En outre, il avait estimé qu'une disposition similaire « *limitée à des garanties d'ordre procédural, aurait été insuffisante* »[1298], l'Etat en cause ayant la possibilité, après avoir souverainement apprécié l'existence de raisons impérieuses touchant à sa sécurité, de ne pas respecter lesdites garanties. Or, d'après le Comité d'experts, cette possibilité « *portait atteinte aux pouvoirs de contrôle que la Convention confère aux organes institués pour assurer le respect des engagements des Etats contractants* »[1299]. Le Comité d'experts avait également mis en doute le fait que l'autorité compétente chargée d'examiner la situation d'un étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement puisse dans tous les cas être impartiale étant donné qu'elle « *aurait pu être l'autorité habilitée à prendre la décision d'expulsion* »[1300]. En réalité, la raison pour laquelle le Comité d'experts s'opposa à l'insertion d'une disposition relative à l'expulsion individuelle est qu'il « *n'aurait pu adopter une disposition limitant les motifs de l'expulsion* »[1301].

Par la suite, afin d'ajouter à la Convention européenne certaines dispositions matérielles figurant dans le Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques, le Comité d'experts en matière de droits de l'homme a élaboré un projet de protocole additionnel, soumis au Comité directeur pour les droits de l'homme et adopté par le Comité des Ministres le 22 novembre 1984. L'article 1er du Protocole n° 7, prévoyant des garanties procédurales en

[1297] Comité d'experts en matière de droits de l'homme, Rapport explicatif de février 1963 sur le Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention (Série des Traités européens n° 46). Le rapport explicatif peut être trouvé sur le site du Conseil de l'Europe à la page suivante : http://conventions.coe.int/Treaty/Fr/
[1298] *Ibid.*
[1299] *Ibid.*
[1300] *Ibid.*
[1301] *Ibid.*

cas d'expulsion d'étrangers, se veut ainsi plus précis que l'article 13 du Pacte et a pour objectif de protéger les étrangers concernés à défaut d'autres instruments internationaux[1302].

418. Le Royaume-Uni n'a pas encore signé le Protocole n° 7[1303]. Plusieurs États ont fait des réserves ou déclarations concernant l'article 1er au moment de sa ratification. La Suède a déclaré qu' « *un étranger, qui est habilité à faire appel contre une décision d'expulsion, peut, conformément au § 70 de la loi suédoise sur les étrangers (n° 1980/376), faire une déclaration (d'acceptation) par laquelle il renonce à son droit d'appel contre la décision. La déclaration d'acceptation est irrévocable. Si l'étranger a fait appel avant de faire la déclaration, son recours est considéré comme caduc du fait de la déclaration* »[1304] [1305]. De son côté, la Suisse a fait la réserve suivante : « *Lorsque l'expulsion intervient à la suite d'une décision du Conseil fédéral fondée sur l'article 70 de la Constitution pour menace de la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse, la personne concernée ne bénéficie pas des droits énumérés au 1er alinéa, même après l'exécution de l'expulsion* »[1306].

419. Ces différentes dispositions accordant des garanties minimales aux étrangers en cas d'expulsion ne s'appliquent qu'à ceux d'entre eux qui se trouvent en situation régulière sur le territoire de l'Etat expulsant. L'article 1er du Protocole n° 7 est la seule disposition à contenir une condition de résidence. Le paragraphe 1 de cet article 1 prévoit en effet qu' « *un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi (…)* »[1307]. Dans son rapport explicatif de cet article[1308], le Comité directeur pour les droits de l'homme explique que le terme « résidant » ne désigne pas « *l'étranger qui est arrivé dans un port ou tout autre point d'entrée* [et qui] *n'est pas encore passé par le contrôle d'immigration,* [ni] *l'étranger qui a été admis sur le*

[1302] Conseil de l'Europe, Rapport explicatif sur le Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Série des Traités européens n° 117). Le rapport explicatif peut être trouvé sur le site du Conseil de l'Europe à la page suivante : http://conventions.coe.int/Treaty/Fr/

[1303] Certains Etats ont signé le Protocole n° 7 mais ne l'ont toujours pas ratifié. Il s'agit de l'Allemagne, Andorre, la Belgique, l'Espagne, les Pays-Bas et la Turquie.

[1304] Déclaration faite par la Suède lors du dépôt de l'instrument de ratification le 8 novembre 1985.

[1305] La Belgique et la République de Saint-Marin ont également fait une déclaration relative à l'article 1 du Protocole n° 7.

[1306] Réserve faite par la Suisse lors de la ratification le 24 février 1988.

[1307] Nous soulignons.

[1308] Le rapport explicatif a pour seul but d'aider à l'interprétation du texte du Protocole.

territoire d'un Etat uniquement en transit ou, comme non-résident, pour une période limitée »[1309].

Quant au terme « régulièrement », le Comité directeur précise que chaque Etat fixe les conditions qu'un étranger doit remplir afin d'être en situation régulière sur son territoire. Aussi, l'article 1er du Protocole n° 7 « *s'applique non seulement à l'étranger qui est entré régulièrement sur le territoire, mais aussi à celui qui est entré irrégulièrement et dont la situation a été régularisée par la suite* »[1310]. A l'inverse, la personne qui ne remplit plus les conditions d'entrée ou de séjour telles qu'elles sont déterminées par la législation de l'Etat partie concerné « *ne peut pas être considéré*[e] *comme se trouvant "régulièrement" sur le territoire de* [cet] *Etat* »[1311]. D'autres textes adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe donnent une définition plus concise des termes de résidence régulière : ainsi, la section II b) du Protocole annexé à la Convention européenne d'établissement de 1955 dispose brièvement que « *les ressortissants des Parties contractantes sont considérés comme résidant régulièrement sur le territoire de l'une d'entre elles lorsqu'ils se sont conformés* [aux prescriptions réglementant l'admission, le séjour et la circulation des étrangers] ».

420. En 1993, la Commission européenne des droits de l'homme a déclaré que l'article 1§1 du Protocole n° 7 ne s'applique pas quand les requérants sont demeurés sur le territoire de l'Etat en cause en attendant « *une décision sur* [leur] *demande d'asile politique ou l'obtention d'un titre de séjour* », alors que leur visa provisoire est venu à expiration[1312]. La Commission a ajouté que ledit article ne s'applique pas davantage lorsque l'intéressé ne dispose pas de titre de séjour, dès lors que sa demande d'asile a été définitivement rejetée[1313]. Quant à la Cour européenne, elle a également eu l'occasion de se prononcer sur les modalités d'application de cette disposition, en particulier dans l'affaire *Sejdovic* dans laquelle elle a estimé « *qu'au moment où les autorités italiennes ont décidé d'expulser les requérants, ceux-ci ne se trouvaient pas « régulièrement » en Italie, étant donné qu'ils étaient démunis d'un titre de séjour valide, et que l'article 1 du Protocole n° 7 ne trouve pas à s'appliquer au cas*

[1309] Conseil de l'Europe, Rapport explicatif sur le Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, *op. cit.*, supra note n° 1302.
[1310] *Ibid.*
[1311] *Ibid.*
[1312] Comm.EDH, décision du 13 janvier 1993, *Voulfovitch et autres contre Suède*, req. n° 19373/92, *D.R.* 74, p. 199.
[1313] Comm.EDH, décision du 8 février 1993, *S.T. contre France*, req. n° 20649/92.

d'espèce »[1314]. A l'inverse, dans l'arrêt *Bolat* du 5 octobre 2006 concernant l'expulsion de Russie d'un ressortissant turc, la Cour a noté que l'article 1 du Protocole n° 7 était applicable dans la mesure où, en l'espèce, le requérant « *avait été régulièrement admis sur le territoire russe pour y résider* [et] *s'était vu délivrer un permis de séjour, qui fut par la suite prorogé, en vertu d'une décision judiciaire en sa faveur* »[1315].

421. De son côté, le Comité des droits de l'homme a, dans son observation générale n° 15 de 1986, expliqué que la condition de régularité prévue à l'article 13 du Pacte de 1966 implique que les règles nationales relatives à l'entrée et au séjour doivent être prises en compte « *pour déterminer l'étendue de* [la protection accordée par cet article aux étrangers], *et qu'en particulier les immigrés clandestins et les étrangers qui ont dépassé la durée de séjour prévue par la loi ou par l'autorisation qui leur a été délivrée ne sont pas protégés* [par cette disposition] »[1316]. Cependant, il ajoute que si la légalité de l'entrée ou du séjour d'un ressortissant étranger est mise en cause, toute mesure d'expulsion doit être adoptée « *dans le respect de l'article 13* »[1317].

422. Concernant plus précisément les garanties accordées aux étrangers frappés d'expulsion, l'ensemble de ces dispositions internationales exige que cette dernière soit exécutée en vertu d'une mesure prise conformément à la loi. A ce propos, le Comité directeur pour les droits de l'homme précise que la règle prévue au paragraphe 1er de l'article 1er du Protocole n° 7 à la Conv.EDH « *ne souffre aucune exception* »[1318]. En ce sens, la mesure d'expulsion doit être adoptée « *par l'autorité compétente conformément aux dispositions du droit matériel et aux règles de procédure applicables* »[1319].

423. Les similitudes entre ces différents textes s'arrêtent là puisque les dispositions américaines et africaines ne prévoient pas d'autres garanties procédurales en cas d'expulsion

---

[1314] CEDH, décision sur la recevabilité du 14 mars 2002, *Sejdovic et Sulejmanovic contre Italie*, req. n° 57575/00, pt. 8, affaire rayée du rôle par un arrêt du 8 novembre 2002.
[1315] CEDH, arrêt du 5 octobre 2006, *Bolat contre Russie*, req. n° 14139/03, § 77.
[1316] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Observation Générale n° 15, « Situation des étrangers au regard du Pacte », *op. cit.*, supra note n° 1283, § 9.
[1317] *Ibid.*
[1318] Conseil de l'Europe, Rapport explicatif sur le Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, *op. cit.*, supra note n° 1302.
[1319] *Ibid.* Règle reprise par la Cour européenne, voir par exemple arrêt du 5 octobre 2006, *Bolat*, *op. cit.*, supra note n° 1315, § 81.

d'étrangers. Par contre, le Protocole européen et les textes des Nations Unies énumèrent trois garanties supplémentaires.

La première garantie consiste pour l'étranger frappé d'une mesure d'expulsion à « *faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion* »[1320], ou à « *être admis à fournir des preuves tendant à le disculper* »[1321]. A ce sujet, le Comité directeur pour les droits de l'homme a tenu à indiquer que cette garantie pouvait être exercée par l'étranger avant la seconde garantie[1322]. Celle-ci réside dans le droit de « *faire examiner son cas* »[1323], ou de « *présenter un recours* »[1324]. Le Comité directeur précise que la procédure ne doit pas nécessairement se dérouler « *en deux étapes devant des autorités différentes* »[1325]. La troisième garantie consiste en la possibilité pour la personne étrangère concernée de se faire représenter devant l'autorité nationale compétente ou devant une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité. Cette dernière peut être administrative ou judiciaire et n'a pas obligatoirement à être celle qui doit statuer en dernier ressort[1326].

424. Des mesures restrictives fondées sur des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public peuvent être adoptées[1327]. La lecture combinée des paragraphes 1 et 2 de l'article 1er du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme implique que l'étranger en cause doit pouvoir exercer ses droits avant[1328] d'être éloigné. La lettre du paragraphe 2, selon lequel « *un étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés au paragraphe 1 a, b et c de cet article lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale* », signifie que l'étranger, même après son expulsion, doit pouvoir bénéficier des garanties énoncées au paragraphe 1er.

[1320] Voir l'article 1 § 1 a) du Protocole n° 7 à la Conv.EDH et l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.
[1321] Voir l'article 32 § 2 de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 et l'article 31 § 2 de la Convention relative au statut des apatrides de 1954.
[1322] Conseil de l'Europe, Rapport explicatif sur le Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, *op. cit.*, supra note n° 1302.
[1323] Voir l'article 1 § 1 a) du Protocole n° 7 à la Conv.EDH et l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.
[1324] Voir l'article 32 § 2 de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 et l'article 31 § 2 de la Convention relative au statut des apatrides de 1954.
[1325] Conseil de l'Europe, Rapport explicatif sur le Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, *op. cit.*, supra note n° 1302.
[1326] *Ibid.*
[1327] Voir l'article 32 de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951, l'article 31 de la Convention relative au statut des apatrides de 1954 ainsi que l'article 1er du Protocole n° 7 à la Conv.EDH.
[1328] C'est nous qui soulignons.

425. En 2001, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, sous l'impulsion de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie[1329], a proposé aux Etats membres de mettre en place une législation donnant aux immigrés de longue durée menacés d'expulsion accès à certaines garanties procédurales[1330]. Ces garanties sont le droit à un juge, le droit à un débat contradictoire, le droit à l'assistance d'un avocat et le droit d'appel suspensif, en raison des conséquences irréversibles de l'exécution de l'expulsion. Soutenant cette recommandation, le Comité des Ministres a même suggéré le droit à être entendu ainsi que le droit d'obtenir une décision motivée, allant ainsi au-delà des exigences de l'article 1 du Protocole n° 7[1331]. Concernant l'effet suspensif du recours, le Comité a considéré qu'en l'absence d'un tel effet prévu par la loi, « *une demande de suspendre l'exécution d'une décision d'expulsion devrait être dûment examinée eu égard aux nécessités de la sécurité nationale* »[1332].

426. Indépendamment du Protocole n° 7, l'étranger peut toujours invoquer son droit à un recours effectif au titre de l'article 13 de la Convention européenne mais, ce dernier ayant un caractère accessoire, un requérant ne peut s'en réclamer qu'en combinaison avec un autre article de la Convention. L'article 13 a un champ d'application plus large que l'article 1er du Protocole 7, l'article 6 ou encore l'article 5 § 4, mais il offre des garanties moindres que ces dispositions. Aussi, l'article 1er du Protocole n° 7 est d'autant plus important que les juges de Strasbourg refusent d'appliquer l'article 6 de la Convention à la matière de l'expulsion. L'analyse de la Convention européenne des droits de l'homme et, notamment, de l'interprétation jurisprudentielle qui en est faite fait ainsi apparaître le caractère limité des garanties procédurales afférentes à cette matière.

[1329] Voir Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, rapport sur la non-expulsion des immigrés de longue durée, 27 février 2001, doc. 8986.
[1330] Recommandation n° 1504(2001) du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la non-expulsion des immigrés de longue durée.
[1331] Voir la réponse du 4 décembre 2002 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à la Recommandation n° 1504(2001) du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire, adoptée à la 820e réunion des Délégués des Ministres, doc. 9633 6 décembre 2002 et, en annexe, l'avis du Comité directeur pour les droits de l'homme sur la Recommandation 1504(2001) de l'Assemblée parlementaire, adopté lors de sa 54e réunion, 1er- 4 octobre 2002, pt. 13.
[1332] *Ibid.*

SECTION II

LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LES GARANTIES PROCÉDURALES LIMITÉES

427. Les étrangers sont expulsés parce ce qu'ils n'ont pas satisfait aux règles nationales sur l'immigration, ou parce qu'ils sont une menace pour la tranquillité publique du pays d'accueil. Pour ces motifs, ces étrangers peuvent être condamnés pénalement à une peine d'emprisonnement et/ou à une amende. Une fois qu'ils ont purgé leur peine, ces étrangers sont le plus souvent éloigné du territoire d'accueil. La mesure d'éloignement peut être prise à leur encontre par une autorité publique, en France par le préfet ou le ministre de l'Intérieur, ou par la juridiction pénale lors de la condamnation. Il s'agira respectivement d'une mesure de police administrative et d'une "sanction" assortie à la peine de prison et/ou d'amende. Dans les deux cas, le résultat à atteindre est cependant le même : l'exclusion du territoire. L'effet de la mesure d'éloignement étant identique, la frontière entre une décision prise par une autorité administrative ou par une autorité judiciaire semble dès lors très mince. D'ailleurs, comme l'exprime J.-L. GUERRIVE, « *il n'existe (…), ni dans les faits ni dans le droit, d'étanchéité absolue entre la répression pénale et la protection de l'ordre public* »[1333]. La condamnation pénale de l'étranger sera généralement prise en compte par l'autorité administrative lorsqu'elle décidera de le renvoyer vers les frontières d'un autre Etat. De la même manière, le juge pénal prend en considération l'infraction commise par l'étranger quand il prononce à son encontre une interdiction du territoire. Si cette dernière est volontiers qualifiée de "double peine" par la doctrine, la mesure administrative ne l'est pas, alors que leurs effets sont identiques. Le droit européen refuse cette qualification de « double peine », que la décision d'éloignement soit prise par une autorité administrative ou judiciaire, affaiblissant de fait une garantie procédurale fondamentale qu'est la règle *non bis in idem*.

Par conséquent, qu'elle soit amenée à statuer sur une décision administrative d'expulsion[1334] ou sur une expulsion judiciaire[1335], la Cour européenne des droits de l'homme

[1333] GUERRIVE (J.-L.), *Double peine et police des étrangers*, Recueil Dalloz, 7 mars 2002, n° 10, pp. 829-832, p. 829.
[1334] Voir par exemple CEDH, arrêt du 21 juin 1988, *Berrehab contre Pays-Bas*, série A n° 138 ; ou encore CEDH, arrêt du 21 octobre 1997, *Boujlifa contre France*, recueil 1997-VI.

procèdent à la même analyse juridique car elle assimile ces deux mesures à des mesures d'éloignement (**Paragraphe I**).

A défaut d'invalider ces mesures d'éloignement consécutives à une condamnation pénale, la Cour européenne des droits de l'homme a mis en place une protection par ricochet des personnes expulsées fondée sur les garanties procédurales posées par le texte de la Convention. Ces garanties restent néanmoins limitées. En effet, il apparaît notamment que le droit à un recours ne se voit que progressivement conférer un caractère suspensif (**Paragraphe II**).

PARAGRAPHE I : L'absence d'encadrement de la "double peine"

428. Certains étrangers sont condamnés à une peine d'emprisonnement pour avoir commis une ou des infractions pénales, de même que le sont les nationaux ayant accompli les mêmes actes. Mais les méfaits des étrangers sont perçus comme plus dommageables que ceux des nationaux. Ainsi, leurs auteurs sont généralement détenus pendant une période déterminée puis expulsés[1336]. Cette mesure d'éloignement a été communément admise dans son principe par la doctrine de la fin du XIXe siècle au début du XXe siècle, et demeure régulièrement pratiquée par les Etats. Toutefois, la doctrine actuelle critique ce système qu'elle qualifie de "double peine".

429. Au XIXe siècle, la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique a rendu deux décisions qui sont à l'origine du droit américain de l'immigration actuel[1337]. Dans la première, connue

---

[1335] Voir par exemple CEDH, arrêt du 30 novembre 1999, *Baghli contre France*, recueil 1999-VIII.

[1336] Pour un rappel de cette disparité entre nationaux et étrangers, voy. JULIEN-LAFERRIERE (F.), *Ordre public et droit des étrangers*, *in* REDOR (M.-J.) (dir.), « L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux », actes du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, publiés chez Bruylant, Nemesis, collection « Droit et Justice », 2001, 436 p., pp. 285-297, sp. p. 292.

[1337] KANSTROOM (D.), *Vivre dans une "nation d'immigrés" ? Les Etats-Unis après le 11 septembre 2001*, 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, Etats-Unis », 20 mai 2003, actes publiés à la Gazette du Palais, 19-21 octobre 2003, n° 292 à 294, pp. 2-24, sp. pp. 6-11, p. 11.

sous le nom de "*Chinese Exclusion Case*"[1338], la Cour a refusé de reconnaître un quelconque droit aux immigrés demandant à entrer « *chez eux* » sur le territoire des Etats-Unis[1339]. Dans la seconde décision, la Cour suprême a refusé d'accorder au travailleur chinois frappé d'éloignement une protection aussi étendue que celle existant dans le domaine pénal[1340]. Depuis cette jurisprudence, l'éloignement n'est pas considéré comme une sanction[1341].

430. En droit international, l'idée que l'expulsion n'est pas une peine fut admise relativement tôt. En 1930, A. BLONDEL affirme, en se basant sur les règles de droit international public européen et américain, que « *l'expulsion est toujours une mesure administrative ou gouvernementale ; il en résulte que l'expulsion (…) reste une mesure de police laissée à l'appréciation du pouvoir exécutif ou des autorités administratives et qu'elle n'est nullement une peine même lorsqu'elle* [*est prononcée à la suite d'une condamnation*] »[1342].

431. Etant une mesure administrative, l'expulsion ne revêt pas de caractère pénal. Pourtant, l'expulsion peut être judiciaire. L'expulsion judiciaire est infligée par le juge pénal pour une ou plusieurs infractions pénales. C'est ainsi que l'interdiction du territoire français apparaît en France en 1893. Elle fut créée par une loi pénale prescrivant pour la première fois des sanctions différentes selon que l'intéressé est un national ou un étranger[1343].

432. L'interdiction du territoire français fut prévue dans une loi du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et à la répression du trafic et de l'usage illicite de stupéfiants[1344], qui posait que, pour la même infraction, la nature de la peine variait en fonction de la nationalité[1345]. Puis, la loi du 27 juin 1973[1346] permit de condamner tout étranger à une ITF en cas d'infraction aux règles sur l'hébergement collectif[1347].

[1338] Cour suprême des Etats-Unis, 13 mai 1889, *Chae Chan Ping v. United States*, US Reports, 1888 (130), pp. 581-611.
[1339] KANSTROOM (D.), *Vivre dans une "nation d'immigrés" ?...*, *op.cit*, supra note n° 1337, p. 11.
[1340] Cour suprême des Etats-Unis, 15 mai 1893, *Fong Yue Ting v. United States*, US Reports, 1892 (149), pp. 698-763, décision citée par D. KANSTROOM, *op.cit*, supra note n° 1337, p. 11.
[1341] KANSTROOM (D.), *Vivre dans une "nation d'immigrés" ?...*, *op.cit*, supra note n° 1337, p. 11.
[1342] BLONDEL (A.), voir « expulsion », *in* LAPRADELLE (A.) (de) et NIBOYET (J.-P.), *Répertoire de droit international*, Paris, Sirey, tome 8 : Théorie générale de la condition des étrangers, 1930, 706 p., pp. 105-162, p. 109.
[1343] Il s'agit de la loi du 8 août 1893 : *cf.* HOESTLAND (M.) et SAAS (C.), *L'ITF : une peine injustifiable*, Plein Droit, 05/2000, n° 45, pp. 12-16, p. 13.
[1344] Loi n° 70-1320 du 31 décembre 1970.
[1345] HOESTLAND (M.) et SAAS (C.), *loc. cit.*, p. 13.

En 1981, la mesure d'interdiction du territoire français est insérée dans la législation relative à l'entrée et au séjour des étrangers[1348]. La loi du 16 juillet 1984[1349] rend l'ITF possible lorsque l'étranger a commis une infraction à l'occasion d'une manifestation sportive[1350]. La législation sur le travail prévoit également cette mesure d'éloignement en cas de condamnation pour travail clandestin[1351] ou pour avoir embauché un ressortissant étranger ne pouvant pas exercer d'emploi salarié en France[1352]. Actuellement, plus de 200 infractions peuvent être sanctionnées par une ITF, en vertu du code pénal[1353].

433. L'ITF est prononcée par le juge pénal contre un étranger à titre principal ou accessoire en complément d'une peine de prison[1354]. Dans cette dernière hypothèse, on parle de "double peine". Pour avoir commis la même infraction qu'un national, le ressortissant étranger sera condamné à la même peine d'emprisonnement que ce dernier mais, éventuellement, sera également frappé d'une interdiction du territoire français[1355]. Cette expulsion judiciaire peut être temporaire ou définitive. Exécutée après que l'étranger a purgé sa peine, elle se rapproche de la mesure administrative d'expulsion qui est généralement décidée par l'autorité administrative alors que la peine touche à sa fin[1356]. Cette mesure administrative apparaît tout aussi sévère et contestable puisqu'elle est généralement prise parce que la présence de l'intéressé constitue, en raison de ses antécédents judiciaires, une menace pour l'ordre public, alors que le juge pénal n'aura pas, lui, jugé utile de prononcer une interdiction du territoire français en plus de la peine d'emprisonnement[1357].

[1346] Loi n° 73-548 du 27 juin 1973.
[1347] Assemblée nationale, rapport n° 395 du 26 novembre 2002 du Député C. CARESCHE fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 380) visant à protéger certaines catégories d'étrangers des mesures d'éloignement du territoire.
[1348] Voir la loi n° 81-973 du 29 octobre 1981. Plus précisément, l'ITF est prononcée pour récidive d'infraction à la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers. Ces règles furent renforcées à plusieurs reprises, notamment par la loi n° 86-1025 du 9 septembre 1986 qui supprima cette « *condition de récidive* » : Assemblée nationale, rapport n° 395 du 26 novembre 2002 du Député C. CARESCHE, *ibid*.
[1349] Loi n° 84-610 du 16 juillet 1984.
[1350] Assemblée nationale, rapport n° 395 du 26 novembre 2002 du Député C. CARESCHE, *loc. cit*.
[1351] Voir loi n° 91-1383 du 31 décembre 1991.
[1352] Assemblée nationale, rapport n° 395 du 26 novembre 2002 du Député C. CARESCHE, *loc. cit.* ; Loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993.
[1353] *Ibid.*
[1354] JULIEN-LAFERRIERE (F.) et SEZE (S.) (de), Rapport national – France, *in* NASCIMBENE (B.) (ed.), « Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries », Milan, Giuffrè, 2001, 602 p., pp. 183-221, sp. p. 188.
[1355] *Ibid*.
[1356] GUERRIVE (J.-L.), *Double peine et police des étrangers*, Recueil Dalloz, 7 mars 2002, n° 10, pp. 829-832, p. 829.
[1357] *Ibid.*

434. En France, les étrangers qui se retrouvent sous le coup de la "double peine" sont en grande majorité des hommes. Selon la CIMADE[1358], « *seulement 2 % des dossiers* [de "double peine"] *concernent des femmes* »[1359]. ce taux de masculinité s'explique par le nombre d'hommes incarcérés : « *la sur-représentation des hommes est liée au fait qu'ils sont plus souvent des délinquants poursuivis que les femmes* »[1360].

Par ailleurs, il a été constaté que lorsque les étrangers arrivent à un jeune âge sur le territoire français, ils risquent plus d'être frappés par un arrêté d'expulsion que d'être condamnés à une ITF[1361]. A l'inverse, lorsqu'ils sont arrivés en France à un âge supérieur à 20 ans, ils ont plus de chance de voir leur condamnation pénale assortie d'une interdiction du territoire français (le plus souvent temporaire) que de faire l'objet d'un arrêté d'expulsion[1362]. Les étrangers tombent sous le coup d'un tel arrêté généralement parce qu'ils ont été condamnés aux assises[1363].

435. L'expulsion judiciaire est également pratiquée en Italie. En effet, selon la législation italienne relative aux questions d'immigration et d'asile, le juge peut prononcer l'expulsion contre les étrangers condamnés pénalement et présentant un certain degré de "dangerosité sociale"[1364]. Certaines personnes comme les mineurs et les conjoints de ressortissants italiens sont protégées contre l'expulsion judiciaire mais peuvent faire l'objet d'une expulsion administrative[1365]. L'administration peut prendre une décision d'expulsion pour des raisons d'ordre public ou de sécurité, mais en principe elle ne peut pas prendre en considération les antécédents judiciaires de l'étranger.

[1358] Service œcuménique d'entraide des étrangers migrants, des demandeurs d'asile et des réfugiés.
[1359] http://www.unepeinepointbarre.org, statistiques 2000-2001 effectuées sur demande de la CIMADE pour la campagne d'actions nationale lancée en 2000 contre la double peine.
[1360] La CIMADE se base sur les chiffres établis par le Sénat au 1er janvier 1999 : Rapport du Sénat : « Prisons, une humiliation pour la République ».
[1361] Statistiques CIMADE, *loc. cit.*, tableau 5.
[1362] *Ibid.*
[1363] *Ibid.*
[1364] Selon le code pénal italien, est considéré comme socialement dangereux l'étranger qui a commis une infraction et qui risque de récidiver ; l'infraction punie d'au moins dix ans de prison justifie à elle seule l'expulsion judiciaire. Selon d'autres textes, justifie pareille expulsion les infractions à la législation sur les stupéfiants, les infractions contre tout Etat, ou encore les infractions liées à la mafia ou à la prostitution d'enfants.
[1365] Voir le décret législatif n° 286 du 25 juillet 1998, modifié par la loi n° 159 du 30 juillet 2002. Cette loi est publiée dans la Gazzetta Ufficiale du 26 août 2002, n° 199, pp. 5-32.

436. Au Portugal, l'expulsion judiciaire est aussi consacrée. Le décret-loi du 10 janvier 2001 a modifié la législation réglementant le régime juridique des étrangers et prévoit en particulier que le juge peut prononcer l'expulsion en complément de la condamnation à une peine de prison d'au moins un an contre les étrangers résidents ayant commis une infraction volontaire[1366]. L'expulsion peut également être décidée par l'autorité administrative pour menace suffisamment grave à l'ordre public ou la sécurité nationale, mais il est entendu que les antécédents judiciaires de l'intéressé ne peuvent pas justifier ladite expulsion[1367]. Dans la pratique, on peut douter que les autorités administratives ne prennent pas en compte la condamnation pénale pour apprécier la menace pour l'ordre public. Tout au moins, on peut supposer que la condamnation pénale est un des éléments entrant dans cette appréciation.

437. L'expulsion judiciaire et la mesure administrative d'expulsion ont pour but l'exclusion de l'étranger du territoire[1368]. Toutes deux peuvent avoir des conséquences très graves pour l'intéressé. Selon les termes de X. ROLIN, « *La distinction entre expulsion administrative et sanction pénale s'avère (…) largement théorique. L'expulsion entraîne en effet des conséquences identiques à une véritable peine, et est vécue comme telle par celui qui en est l'objet* »[1369]. Ecarté du territoire d'accueil, ce dernier peut se retrouver loin de ses biens et séparé de sa famille et de ses amis. Plus grave encore, il peut courir le risque de subir des mauvais traitements dans l'Etat de destination[1370]. Ces conséquences ont amené M. WALINE à qualifier les mesures administratives de "droit pseudo-pénal"[1371]. Celui-ci « *ressemble* [en effet] *au droit pénal par ses effets, en ce sens qu'il comporte des pénalités qui peuvent être très lourdes, plus graves même que certaines sanctions pénales* »[1372]. Il parait donc difficile d'accepter que l'expulsion ne soit pas considérée comme une peine.

[1366] Décret-loi n° 244 du 2 août 1998, modifié par le décret-loi n° 4 du 10 janvier 2001 (puis par le décret-loi n° 34 du 25 février 2003 et le décret législatif n° 6 du 26 avril 2004).

[1367] Sur ces législations nationales, *cf.* les travaux du service des études juridiques du Sénat français, *La double peine*, Documents de travail du Sénat, Etudes de législation comparée, février 2003, n° LC 117, http://www.senat.fr

[1368] HUET (I.), *La double peine et la Convention européenne des droits de l'homme*, *in* LAMBERT (P.) et PETTITI (C.), « Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », Actes du séminaire du 21 mars 2003 organisé par les Instituts des droits de l'homme du barreau de Bruxelles et du barreau de Paris, Bruxelles, Bruylant, collection « Droit et justice », 2003, 149 p., pp. 59-74, p. 59.

[1369] ROLIN (X.), *La double peine, une punition de la nationalité*, RDE, 2002, pp. 205-216, p. 210.

[1370] Voir partie I, titre II de cette étude.

[1371] WALINE (M.), *Droit administratif*, Paris, Sirey, 1957, 7ème édition, 892 p., p. 481.

[1372] *Ibid.*

438. Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que celle-ci admet que certaines infractions de droit commun, comme le trafic de drogues, justifient l'éloignement de l'étranger au motif qu'elles troublent l'ordre public. En validant une mesure d'éloignement prise contre un étranger ayant purgé sa peine, la Cour valide dans le même temps la pratique de la "double peine".

439. Que l'on soit en présence d'une "interdiction du territoire" ou d'une "expulsion", la Cour s'oppose à inclure l'une ou l'autre dans la matière pénale. Amenée à statuer sur la caractère de la mesure d'interdiction du territoire français dans son arrêt *Maaouia* du 5 octobre 2000, la Cour adopte un raisonnement sibyllin. Alors qu'elle pose au préalable que la qualification donnée à une telle mesure dans l'ordre interne n'est pas pertinente, elle relève que dans la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe la mesure d'interdiction du territoire n'a pas de caractère pénal et qu'elle « *peut également être prise par l'autorité administrative* »[1373]. La Cour assimile donc la décision judiciaire d'expulsion à la mesure administrative d'expulsion, puis ajoute que l'interdiction du territoire « *constitue, de par sa nature, une mesure de prévention spécifique en matière de police des étrangers* »[1374]. Or, dans sa jurisprudence antérieure, elle a reconnu que des autorités administratives pouvaient prendre des mesures de nature pénale[1375].

En outre, la Cour européenne semble associer le caractère préventif de la mesure d'éloignement litigieuse à la matière administrative. Toujours dans l'affaire *Maaouia*, elle prend le soin de dire que « *Le fait qu'elle* (l'interdiction du territoire) *est prononcée dans le cadre d'une procédure pénale ne saurait changer son caractère essentiellement préventif* »[1376]. En d'autres termes, la Cour estime que la décision d'éloignement a été prise sur des considérations indépendantes de son rattachement à une procédure pénale. Elle se base sur une opposition répression/prévention pour justifier le caractère pénal ou administratif de la décision d'éloignement alors qu'en réalité, tant la sanction pénale que la mesure de police

[1373] CEDH, arrêt du 5 octobre 2000, *Maaouia contre France*, recueil 2000-X, § 39.

[1374] *Ibid.* La Cour confirme, dans un arrêt du 18 octobre 2006, que les mesures administratives « *de nature à protéger la société* », comme la mesure d'interdiction du territoire, « *doivent être considérées comme revêtant un caractère préventif plutôt que punitif* » : CEDH, arrêt du 18 octobre 2006, *Üner contre Pays-Bas*, § 56. Sur cet arrêt, voir commentaire *in* EHRLR, n° 1, 2007, pp. 102-105.

[1375] TIGROUDJA (H.), *L'inapplicabilité de l'article 6 § 1er de la Convention à la procédure de relèvement d'une interdiction du territoire*, observations sous l'arrêt Maaouia, RTDH, 2002, pp. 446-462, p. 453. Dans son opinion concordante sur cet arrêt, le juge J.-P. Costa cite en exemple l'arrêt de la Cour du 24 février 1994, *Bendenoun contre France*, Série A n° 284.

peuvent obéir à ces deux objectifs. Comme le souligne le juge J.-P. Costa, dans cette affaire, l'interdiction du territoire français « *a un caractère à la fois préventif et répressif, (…)* [or] *les sanctions pénales n'ont-elles pas toujours ce double objet, punir le délinquant et le dissuader de recommencer ?* »[1377].

440. Le Professeur G. CORNU définit la peine de « *châtiment édicté par la loi à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction* »[1378]. La Cour semble mesurer quantitativement le caractère plus ou moins préventif d'une mesure pour en déterminer la nature administrative ou pénale. La mesure qui aurait pour principal objectif de réprimer les infractions et pour objectif moindre d'empêcher la commission desdites infractions serait une sanction. A l'inverse, la mesure qui aurait un caractère essentiellement dissuasif et accessoirement répressif serait une mesure de police, peu important qu'elle soit prononcée par le juge pénal ou par l'autorité administrative. Ce système d'évaluation du caractère plus ou moins répressif ou préventif d'une mesure est des plus discutables. En somme, la Cour européenne refuse d'encadrer le dispositif national de la "double peine", laissant ainsi toute liberté aux Etats de le maintenir. On ne peut que regretter pareille frilosité de la part du juge européen des droits de l'homme sur ce point.

441. Reconnaître la qualification de peine à l'expulsion judiciaire, autrement dit reconnaître la notion juridique de "double peine", conduirait inévitablement à la question de sa compatibilité avec la règle *non bis in idem*[1379] prévue à l'article 4 § 1 du Protocole n° 7 à la Convention européenne[1380]. Si ce problème de compatibilité ne peut être juridiquement soulevé à l'encontre d'une mesure de nature administrative, il n'en demeure pas moins que

---

[1376] CEDH, arrêt du 5 octobre 2000, *Maaouia*, *op. cit.*, supra note n° 1373, § 39.

[1377] Opinion concordante de M. J.-P. Costa à laquelle se rallient MM. les juges Hedigan et Pantîru, sur CEDH, arrêt du 5 octobre 2000, *Maaouia*, *op. cit.*, supra note n° 1373.

[1378] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Association Henri Capitant, 1992, 3e édition, p. 588.

[1379] La question est notamment soulevée par le Professeur H. TIGROUDJA dans ses observations sous l'arrêt *Maaouia*, *op. cit.*, supra note n° 1375, pp. 453-454 et par X. ROLIN, *La double peine, une punition de la nationalité*, *op. cit.*, supra note n° 1369, p. 210.
Sur ce thème, voir PRALUS (M.), *A propos de la règle non bis in idem, valeur en droit interne de l'un de ses aspects : non bis ?*, Archives de politique criminelle, 1996, n° 18, pp. 37-71.

[1380] Le texte du Protocole dispose que « *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat* ».
La règle *non bis in idem* est prévue dans d'autres dispositions comme l'article 14 § 7 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques de 1966, qui prescrit que « *Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays* ».

« *le principe fondamental* [protégé par cette règle *non bis in idem*] *se trouve cependant sérieusement malmené lorsqu'une expulsion s'ajoute à l'incarcération* »[1381]. Pourtant, la Cour européenne a décidé « *qu'une décision (…) de prononcer une mesure d'interdiction du territoire à l'égard d'un immigré de longue durée à la suite d'une infraction pénale qui a valu à l'intéressé une condamnation à une sanction pénale ne constitue pas une double peine, ni aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7 ni d'une manière plus générale* »[1382].

442. A tout le moins, lorsqu'une décision d'éloignement menace l'immigré de seconde ou troisième génération ou l'immigré de longue durée, elle renvoie au débat entourant sa nature discriminatoire. La question sur ce caractère devient pertinente lorsque le litige oppose le national non à un simple étranger mais à un "quasi-national". Si la Cour européenne refuse de soulever le problème, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe au contraire a pris part au débat à la suite d'un rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie datant du 27 février 2001[1383]. Dans ce rapport, la Commission qualifie l'expulsion à laquelle est exposé l'immigré de longue durée condamné pénalement de discriminatoire, « *car l'Etat ne dispose pas de ce moyen pour les ressortissants nationaux ayant commis les mêmes actes* »[1384]. Elle précise que « *le trouble à l'ordre public commis par un ressortissant* [national] *est sanctionné dans le cadre du droit pénal,* [mais que], *contrairement* [à ce national, l'étranger est] *sanctionné par l'expulsion* »[1385]. La Commission des migrations considère aussi qu'une telle mesure est une sanction[1386] « *grave,* [qui] *révoque immédiatement le droit de résidence et oblige une personne à quitter le territoire de l'Etat* »[1387]. Au final, la Commission des migrations estime que la mesure d'expulsion constitue une « double peine » lorsqu'elle fait suite à l'emprisonnement[1388].

443. Le mois suivant, l'Assemblée parlementaire a adopté la recommandation 1504(2001) relative à la « non-expulsion des immigrés de longue durée », dans laquelle elle a jugé que

---

[1381] ROLIN (X.), *La double peine, une punition de la nationalité*, *op. cit.*, supra note n° 1369, p. 210.
[1382] CEDH, arrêt du 18 octobre 2006, *Üner*, *op. cit.*, supra note n° 1374, § 56. Sur cet arrêt, voir la note de BENOITON (L.), *in* JDI, avril-mai-juin 2007, n° 2, pp. 722-724 ; voy. également l'analyse de RAUX (C.), *Les mesures d'éloignement du territoire devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH, 1er juillet 2007, n° 71, pp. 837-853, sp. pp. 846-853.
[1383] Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, rapport sur la non-expulsion des immigrés de longue durée, 27 février 2001, doc. 8986.
[1384] *Id.*, pt. I-3.
[1385] *Id.*, pt. III-3.
[1386] *Id.*, pt. I-6.
[1387] *Id.*, pt. III-3.

« *l'application de mesures d'expulsion* [à l'égard de ces derniers] *s'avère disproportionnée (…) car elle représente pour la personne concernée des conséquences à vie, entraînant souvent la séparation de sa famille et la rupture avec son environnement* »[1389]. L'Assemblée parlementaire a également repris les termes de la Commission des migrations concernant le caractère discriminatoire de l'application de telles mesures aux immigrés légaux intégrés. Elle a ainsi invité les gouvernements des Etats membres à « *admettre que l'expulsion d'une personne après qu'elle a purgé une peine de prison constitue une "double peine"* ».

Dans son avis sur cette recommandation, le Comité directeur pour les droits de l'homme s'est néanmoins montré plus réservé quant à une telle qualification en rappelant que « *la notion de « double sanction » dénoncée par l'Assemblée n'est pas admise dans la jurisprudence de la Cour* » et a simplement estimé qu'il fallait rester « *attentif* » à l'égard des expulsions prononcées suite à une condamnation, du point de vue du respect de l'article 8 de la Convention[1390]. Quant à l'aspect discriminatoire des mesures d'expulsion, le Comité aligne sa position sur celle de la Cour européenne, d'après laquelle « *une discrimination contraire à l'article 14 implique de traiter différemment des individus placés dans des situations analogues ou de façon identique des personnes dont les situations sont différentes* »[1391]. Or, continue-t-il, « *les immigrés, même de longue durée, ne sont pas dans une situation analogue à celle des nationaux parce que ces derniers ont le droit de résider, contrairement aux premiers* »[1392].

444. A l'occasion de litiges portant sur la matière de l'éloignement, certains juges composant la Cour européenne des droits de l'homme ont manifesté leur désapprobation et leurs inquiétudes à l'égard de cette "double peine". Le juge J.-M. Morenilla évoque ce problème dans l'affaire *Boujlifa* de 1997[1393]. A propos de l'expulsion d'un immigré de seconde génération, il estime qu'elle aggrave la condamnation pénale de l'intéressé par

---

[1388] *Ibid.*
[1389] Recommandation n° 1504(2001) du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la non-expulsion des immigrés de longue durée.
[1390] Pt. 8 de l'avis du Comité directeur pour les droits de l'homme sur la Recommandation n° 1504(2001) du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire, adopté lors de sa 54e réunion, 1er- 4 octobre 2002, et annexé à la réponse du 4 décembre 2002 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à la Recommandation 1504(2001) de l'Assemblée parlementaire, adoptée à la 820e réunion des Délégués des Ministres, doc. 9633 6 décembre 2002.
[1391] *Ibid.*
[1392] *Ibid.*

rapport à celle des nationaux et qu'elle est tout simplement « *contraire au but de réhabilitation sociale des délinquants* »[1394]. Assimilé à un "quasi-national", l'immigré de la deuxième génération devrait être traité de la même manière qu'un national[1395].

Comme le souligne également le Député C. CARESCHE, cette "double peine" « *laisse entendre que le "traitement pénitentiaire" ne* [peut jamais parvenir] *à remplir sa fonction de réadaptation sociale à l'égard des délinquants étrangers, ces derniers étant considérés a priori comme des récidivistes inévitables qu'il est préférable d'éloigner* »[1396].

445. Quel que soit son statut, l'idée est convenue que l'étranger n'a le droit de commettre aucune faute, aucune infraction. Pour reprendre P. LIEBERMANN, il « *doit mériter sa présence aux côtés des* [nationaux] »[1397]. Or, comme ces derniers, l'étranger paie sa dette envers la société lorsqu'il commet une infraction en purgeant sa peine de prison. Le juge J.-P. Costa profite dès lors de l'arrêt *Baghli* pour qualifier la mesure d'interdiction du territoire, qui ne peut frapper que les étrangers, de véritable "bannissement légal"[1398]. Dans l'affaire *Maaouia*, alors juge de la majorité, il reprend ce qualificatif et ajoute que « *cette aggravation légale de la dette de l'étranger envers la société ne (…) paraît pas, dans une société démocratique, nécessaire* » surtout que ce dernier est « *déjà* [privé] *en général de l'ensemble des garanties offertes aux nationaux* »[1399].

446. Un courant minoritaire de juristes accepte cette condamnation à une "double peine" dès lors qu'elle est envisagée comme sanctionnant un étranger ayant commis une infraction de

---

[1393] Opinion dissidente de M. J.-M. Morenilla sur CEDH, arrêt du 21 octobre 1997, *Boujlifa contre France*, recueil 1997-VI.

[1394] *Ibid.* Le juge assimile l'immigré de seconde génération aux nationaux en qualifiant la mesure d'expulsion de discriminatoire.

[1395] Voir par exemple l'opinion dissidente commune des juges A. B. Baka et P. Van Dijk sur CEDH, arrêt du 21 octobre 1997, *Boujlifa*, *loc. cit.* ; aussi, l'opinion dissidente du juge M. E. Palm sur CEDH, arrêt du 29 juin 1997, *Bouchelkia contre France*, recueil 1997-I.

[1396] Assemblée nationale, rapport n° 395 du 26 novembre 2002 du Député C. CARESCHE, *op.cit*, supra note n° 1347. Le Député renvoie à l'étude de NASRI (A.), *Brèves réflexions sur le fondement de l'interdiction du territoire français*, Droit pénal, Juris-classeur, février 2000.

[1397] LIEBERMANN (P.), *Double peine pour double faute. En finir avec le bannissement des immigrés*, RDE, 2000, pp. 355-358, p. 357.

[1398] Opinion dissidente commune des juges M. J.-P. Costa et Mme F. Tulkens sur CEDH, arrêt du 30 novembre 1999, *Baghli contre France*, recueil 1999-VIII.

[1399] Opinion concordante de M. J.-P. Costa à laquelle se rallient MM. les juges Hedigan et Pantîru, sur CEDH, arrêt du 5 octobre 2000, *Maaouia*, *op. cit.*, supra note n° 1373.

droit commun « *en tant que "visiteur"* »[1400]. Ce point de vue ne peut être juridiquement valable et serait difficilement défendable si l'étranger concerné se révélait être un immigré de seconde, voire troisième génération. Les défenseurs de la "double peine" prétendent que l'éloignement a pour but de prévenir une autre transgression des règles de l'Etat d'accueil. Or, peu importe que l'étranger ait été condamné pour entrée ou séjour irréguliers, pour atteinte à l'ordre ou la sécurité publics ou pour infraction de droit commun. Rien ne l'empêche de se soustraire à l'interdiction de demeurer sur le territoire, et donc de rester ou de revenir illégalement sur ledit territoire, et d'enfreindre à nouveau les règles nationales, en particulier celles sur l'immigration[1401]. La "double peine" n'atteindrait donc pas son but et, à ce titre, de nombreux auteurs la jugent inefficace[1402]. Comme le remarque C. DELANGHE[1403], « *la double peine cause un problème d'ordre public bien plus qu'elle ne le résout* »[1404].

447. Si on accepte l'idée d'un traitement différent entre les nationaux et les étrangers, il serait sans doute moins perturbant que la législation offre la possibilité de prendre à l'encontre d'un étranger ayant commis une infraction de droit commun soit une peine d'emprisonnement, soit une mesure d'éloignement de sorte que celui-ci n'aurait pas à faire face à une "double peine". Mais cela serait nier l'idée même de l'Etat de droit qui veut que l'auteur d'une infraction soit traduit en justice, sanctionné et exécute sa peine. Pour reprendre les termes de B. BOISSARD, « *l'impunité n'existe pas dans nos sociétés actuelles*, [elle] *existerait si l'individu jouissait de la mesure d'expulsion sans être jugé pour ses crimes* »[1405]. Il serait plus approprié que le juge pénal ne puisse pas prendre de mesure d'éloignement et que les autorités administratives aient le pouvoir de prendre une mesure d'expulsion à l'encontre de tout étranger menaçant, par son comportement, l'ordre public, sans avoir la possibilité de se fonder sur son passé pénal.

448. P. LIEBERMANN constate que derrière ce problème de "double peine" demeure l'idée que « *la présence d'un étranger sur son territoire n'est jamais tout à fait "normale"*

[1400] HOESTLAND (M.) et SAAS (C.), *L'ITF : une peine injustifiable*, *op. cit.*, supra note n° 1343, p. 15. L'idée est que l'étranger doit respecter les règles d'hospitalité du pays d'accueil.
[1401] *Ibid.*
[1402] Voir entre autres ROLIN (X.), *La double peine, une punition de la nationalité*, *op. cit.*, supra note n° 1369, p. 213.
[1403] Juriste au MRAX.
[1404] DELANGHE (C.), *Double peine : le difficile chemin de l'abolition*, RDE, avril-mai-juin 2005, n° 133, pp. 249-258, p. 255.

(…) [et qu'elle est] *destinée à prendre fin par le retour des immigrés "chez eux" (…)* »[1406]. Cette idée se heurte à la réalité car certains immigrés ne peuvent pas être renvoyés et certains étrangers ne sont pas "immigrés" au sens strict du terme mais nés de parents immigrés, de sorte que leur "chez eux" est le pays de naissance.

449. Depuis 2000-2001, la tendance dans certains Etats est marquée par une volonté politique affichée de mettre fin à cette "double peine". La législation portugaise en date du 10 janvier 2001 a supprimé la possibilité de prendre une peine complémentaire d'expulsion contre trois catégories d'étrangers, posant ainsi pour la première fois une interdiction absolue d'expulsion[1407]. Sont concernés les étrangers nés au Portugal et qui y résident habituellement, les étrangers parents d'enfants mineurs à charge qui résident au Portugal, et ceux qui ont leur domicile au Portugal depuis l'âge de dix ans.

450. En France, le débat sur la "double peine"s'est ouvert en 2001 pour déboucher en 2002 sur une proposition de loi[1408]. A cette occasion, les sénateurs ont noté que la "double peine" est une « *anomalie* » qui consiste « *à punir par deux fois pour un même délit une personne, au motif exclusif qu'elle n'est pas de nationalité française* »[1409]. Ils précisent que cette double punition se caractérise par une condamnation à une peine d'emprisonnement et par une interdiction du territoire français décidée par le juge pénal ou une décision d'expulsion prise par l'autorité administrative. Le problème de la "double peine" s'étend donc à toute mesure d'éloignement consécutive à une peine de prison, quelle que soit sa dénomination et quelle que soit l'autorité, administrative ou judiciaire, qui la prononce. Les sénateurs reconnaissent que « *la coexistence d'une voie administrative et d'une voie judiciaire d'éloignement du territoire* » pose de réels problèmes. Ils marquent leur préférence pour l'expulsion administrative parce qu'elle est infligée après que l'intéressé a purgé sa peine si celui-ci représente un danger pour l'ordre public. L'expulsion judiciaire est, elle, exécutée aussitôt la peine purgée sans considération aucune pour l'éventuelle amélioration du comportement de

---

[1405] BOISSARD (B.), *L'éloignement des étrangers : le débat sur l'intégration*, Cahiers du CREDHO, 2000, n° 6, pp. 179-203, sp. p. 189.
[1406] LIEBERMANN (P.), *Double peine pour double faute…*, *op. cit.*, supra note n° 1397, p. 355.
[1407] Décret-loi n° 244 du 2 août 1998, modifié par le décret-loi du 10 janvier 2001.
[1408] Proposition de loi tendant à supprimer la peine complémentaire d'interdiction du territoire français, texte n° 272 (2001-2002), séance du Sénat du 21 février 2002, http://www.senat.fr. La proposition ne visait pas l'interdiction du territoire prononcée en vertu de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers, mais celle prise en application du code pénal, du code du travail ou de lois plus spécifiques.
[1409] *Ibid.*

l'étranger, ce qui réduit à néant l'effort de réinsertion sociale poursuivi par le régime carcéral[1410].

451. Dans de nombreux Etats comme au Royaume-Uni, en Belgique et en Allemagne, l'expulsion judiciaire n'existe pas. L'expulsion peut uniquement y être prononcée par une autorité administrative. Malgré cela, de nombreuses voix s'élèvent contre cette pratique de "double peine"[1411], principalement lorsqu'elle touche des étrangers nés ou arrivés dans leur enfance dans le pays d'accueil, et proposent généralement d'appliquer à ce type d'étrangers des règles moins sévères.

452. Finalement, la loi française n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 a réformé la "double peine" et modifié le code pénal[1412]. Ce dernier ne supprime pas l'ITF, mais prévoit que celle-ci ne pourra pas être prononcée ou devra être spécialement motivée lorsqu'elle est prise à l'encontre des étrangers remplissant certaines conditions de résidence et/ou ayant certains liens familiaux en France[1413]. En Belgique, les préoccupations suscitées par la "double peine" ont conduit à l'adoption de la loi du 26 mai 2005[1414]. Celle-ci n'offre contre l'éloignement qu'un petit nombre de garanties à quelques catégories d'étrangers, au regret du Comité des droits de l'homme qui souhaitait que la loi assure « *en toutes circonstances que des étrangers ayant la majorité de leurs attaches en Belgique ne seront pas expulsés* »[1415].

[1410] L'expulsion judiciaire empêche la libération conditionnelle, puisque inutile, excluant ainsi toute réinsertion sociale.

[1411] M. C. DELANGHE définit la double peine, en Belgique, comme « *la mesure administrative d'éloignement infligée aux étrangers délinquants (…)* » : DELANGHE (C.), *Double peine …*, *op. cit.*, supra note n° 1404, p. 249.

[1412] Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JORF n° 274 du 27 novembre 2003, p. 20136. Voy. JULIEN-LAFERRIERE (F.), *La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, *in* CARLIER (J.-Y.) et DE BRUYCKER (P.) (dir.), « Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates – Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile », Bruxelles, Bruylant, 2005, 681 p., sp. pp. 530-558 : l'auteur y traite notamment de cette réforme de la double peine, *cf.* p. 547 sqq. Sur cette question, voir également JULIEN-LAFERRIERE (F.), *Le débat sur la double peine*, La documentation française, Regards sur l'actualité, n° 288, février 2003.

[1413] Voir les articles 131-30 à 131-30-2 du code pénal, dispositions reproduites à l'article 541-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

[1414] Loi du 26 mai 2005 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

[1415] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, « Observations finales : Belgium », 12 août 2004, CCPR/CO/81/BEL, § 25, citées par DELANGHE (C.), *Double peine …*, *op. cit.*, supra note n° 1404, p. 251.

453. Les récentes évolutions de certaines législations nationales témoignent d'une prise en compte des problématiques posées par la "double peine". En refusant d'encadrer cette pratique, la Cour européenne des droits de l'homme tend cependant à amoindrir la portée du principe *non bis in idem*. Elle veille toutefois au respect d'autres garanties procédurales, dans la limite des dispositions de la Conv.EDH.

PARAGRAPHE II : La protection par ricochet des personnes expulsées

454. Hormis le paragraphe 1er du Protocole n° 7 qui s'applique aux étrangers en résidence régulière, le texte de la Convention européenne des droits de l'homme ne réglemente pas directement la matière de l'expulsion. Il ne contient donc pas de garanties procédurales auxquelles les étrangers menacés d'expulsion pourraient avoir recours pour « *sauvegard*[er leurs] *intérêts légitimes* »[1416]. Mais, comme ce fut le cas pour les garanties matérielles, le juge européen a, au fil de sa jurisprudence, permis aux étrangers frappés d'éloignement de tirer profit de différentes garanties procédurales fixées par la Convention de Rome.

Sous cet angle, les étrangers peuvent invoquer le droit général à un recours effectif, tel qu'il est énoncé par l'article 13 de la Convention (**A**). Toutefois, ce dernier est écarté lorsqu'une *lex specialis* est applicable (**B**).

A. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit général à un recours effectif

455. Les étrangers peuvent réclamer le bénéfice des garanties prévues à l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon cette disposition, « *Toute personne dont*

[1416] SUDRE (F.), *Le contrôle des mesures d'expulsion et d'extradition par les organes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, *in* TURPIN (D.) (dir.), « Immigrés et réfugiés dans les

les droits et libertés reconnus dans la (…) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Cet article est inspiré de l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de décembre 1948 qui prévoit que « *Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la Constitution ou par la loi* »[1417]. Pour l'intéressé qui l'invoque, il n'est pas évident de voir le moyen tiré de la violation de l'article 13 couronné de succès, tant les critères d'application sont limités (**1**). Par ailleurs, même si son champ d'action est large, l'étendue du droit qu'il protège doit encore évoluer (**2**).

1) Les conditions d'application de l'article 13

456. Cet article ne peut être invoqué seul, indépendamment des autres dispositions de la Convention. Si la lettre de cet article suppose la violation d'un autre droit ou d'une liberté protégés par la Convention, la Cour lui a toutefois reconnu une existence autonome. En effet, dans son arrêt *Klass*, elle décide que l'article 13 « *semble indiquer que l'on n'a droit à un recours interne que s'il y a eu "violation". Cependant, nul ne peut en établir une devant une instance nationale s'il n'est pas d'abord à même de saisir une telle instance. (…) on ne peut donc subordonner le jeu de l'article 13 à la condition que la Convention soit vraiment violée. (…) l'article 13 exige qu'un individu s'estimant lésé par une mesure prétendument contraire à la Convention dispose d'un recours devant une instance nationale afin de voir statuer sur son grief (…). Il faut ainsi l'interpréter comme garantissant un recours effectif (…) à quiconque allègue une violation de ses droits et libertés protégés par la Convention* »[1418]. Peu

démocraties occidentales. Défis et solutions », Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 319 p., p. 255.

[1417] DRZEMCZEWSKI (A.) et GIAKOUMOPOULOS (C.), commentaire de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, *in* PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (dir.), « La convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article », Paris, Economica, 1999, 2ème édition, 1230 p., pp. 455-474, sp. p. 456. Ces deux auteurs précisent que cet article 8 est lui-même inspiré de l'article 18 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, adoptée à Bogota en mai 1948, selon lequel «*Toute personne peut recourir aux tribunaux pour faire valoir ses droits. De même, il doit exister une procédure simple et rapide qui permette à la justice de la protéger contre les actes de l'autorité violant, à son préjudice, certains droits fondamentaux reconnus par la Constitution* ».

[1418] CEDH, arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres contre Allemagne*, § 64, série A n° 28.

importe qu'au final la violation soit constatée ou non. L'effectivité du recours ne dépend en aucun cas « *de la certitude d'un résultat favorable au requérant* »[1419].

457. Par la suite, la Cour rappelle systématiquement que « *l'article 13 de la Convention garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés de la Convention, tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés* »[1420]. Mais elle ajoute aussi que « *cette disposition a (…) pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant à examiner le contenu d'un « grief défendable » fondé sur la Convention (…)* »[1421]. Il ne suffit pas pour le requérant de se prétendre victime de la violation de n'importe quel autre droit, encore faut-il que le grief tiré de la violation de cet autre droit soit défendable[1422]. Il n'y a pas de définition du « grief défendable ». Selon la Cour, il faut « *rechercher, à la lumière des faits comme de la nature du ou des problèmes juridiques en jeu, si chaque allégation de violation à l'origine d'un grief présenté sur le terrain de l'article 13* [peut] *se défendre* »[1423]. Un grief jugé mal fondé peut par exemple ne pas être défendable[1424].

458. Par conséquent, la garantie offerte par l'article 13 de la Conv.EDH est des plus incertaines. A cela s'ajoute le fait que l'instance nationale habilitée à statuer sur le recours n'a pas nécessairement à être judicaire. Pourtant, la garantie prévue à l'article 13 est essentielle. A partir du moment où le grief apparaît défendable, l'article 13 est applicable et l'effectivité du recours sera examinée. L'utilité de ce recours dépendra notamment de son caractère ou non suspensif.

[1419] CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, § 122, série A n° 161.
[1420] Voir par exemple CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal contre Royaume-Uni*, § 145, recueil 1996-V.
[1421] Voir CEDH, arrêt du 5 février 2002, *Conka et autres contre Belgique*, § 75, recueil 2002-I.
[1422] CEDH, arrêt du 25 mars 1983, *Silver et autres contre Royaume-Uni*, série A n° 61 et CEDH, arrêt du 27 avril 1988, *Boyle et Rice contre Royaume-Uni*, série A n° 131.
[1423] CEDH, arrêt du 27 avril 1988, *Boyle et Rice*, *loc. cit.*, § 55.
[1424] Sur le problème de la distinction entre le caractère défendable d'un grief et son caractère manifestement fondé, voy. CEDH, arrêt du 9 octobre 1979, *Airey contre Irlande*, § 18, série A n° 32 ; CEDH, arrêt du 27 avril 1988, *Boyle et Rice*, *loc. cit.*, ainsi que les articles 28 et 29 de la Convention.

2) Le recours effectif garanti par l'article 13 : un recours suspensif ?

459. En 1892, l'Institut de Droit international adopte lors de sa session de Genève les « règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers » dont l'article 21 alinéa 1 dispose que « *l'expulsion peut être exécutée provisoirement, nonobstant le recours* »[1425]. De manière générale, le recours effectif n'implique pas qu'il soit suspensif[1426].

460. Cela vaut pour le recours effectif tel que garanti par l'article 13 de la Convention européenne. Cependant, en matière d'éloignement, aussi bien la Commission que la Cour européenne estiment qu'un recours n'est effectif au sens de cet article que lorsqu'il est suspensif[1427]. Dès lors, quand un recours est introduit à l'encontre d'une mesure d'éloignement, l'exécution de cette dernière doit être suspendue tant que l'instance nationale saisie n'a pas statué. Pour autant, pendant longtemps, les instances de Strasbourg n'ont imposé cette règle que lorsque l'article 13 était invoqué à l'appui de l'article 3 de la Convention relatif à l'interdiction de la torture et des mauvais traitements[1428]. Cette exigence était, et elle l'est toujours, d'autant plus nécessaire lorsque le requérant visé par la mesure d'éloignement était un demandeur d'asile puisque le plus grand risque pour ce dernier était de subir des mauvais traitements sur le territoire de l'Etat de destination. Dans son arrêt *Chahal*, l'article 13 étant applicable et le grief tiré de la violation de l'article 3 étant défendable, la Cour européenne affirmait que « *vu le caractère irréversible du dommage pouvant se produire si le risque de mauvais traitements se concrétisait (…), la notion de recours effectif au sens de l'article 13 exige d'examiner en toute indépendance l'argument qu'il existe des motifs sérieux de redouter un risque réel de traitements contraires à l'article 3* »[1429]. La Cour ajouta dans l'affaire *Jabari* que « *la notion de recours effectif au sens de l'article 13 requiert*

[1425] 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.

[1426] On notera que l'article 22 § 4 de la Convention internationale de 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille prévoit que « *En attendant* [l'examen du recours contre la décision d'expulsion], *les intéressés ont le droit de demander la suspension de la décision d'expulsion* ».

[1427] SAROLEA (S.), *Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH, 1999, n° 37, pp. 119-145, sp. pp. 136-140.

[1428] Voir par exemple concernant l'article 3 : Comm.EDH, décision du 27 février 1991, *A. contre France*, req. n° 17262/90. Pour faire la différence avec d'autres articles pour lesquels l'effet suspensif du recours n'est pas requis, voy. un exemple concernant la violation alléguée mais non reconnue de l'article 8 de la Conv.EDH : CEDH, arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres contre Allemagne*, *op. cit.*, supra note n° 1418.

[1429] CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal*, *op. cit.*, supra note n° 1420, pt. 151.

(…) la possibilité de faire surseoir à l'exécution de la [décision d'expulsion] »[1430]. Par ailleurs, cette exigence se justifiait pleinement au regard du caractère absolu de l'article 3. En 1978, la Cour avait estimé, dans une affaire où était alléguée la violation de l'article 8 de la Convention, que l'article 13 ne requiert qu'un « *recours aussi effectif qu'il peut l'être* »[1431]. Elle avait toutefois considéré dans l'affaire *Chahal* que cette interprétation était exclue « *pour un grief selon lequel l'expulsion de l'intéressé l'exposera à un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3, domaine où les questions de sécurité nationale ne doivent pas entrer en ligne de compte* »[1432].

461. Les articles 2 et 3 de la Convention contiennent une obligation procédurale propre. Aussi, la Cour peut conclure à la "double violation" d'une de ces dispositions[1433]. H. LAMBERT souligne alors que ces « *garanties procédurales indissociables de l'article 3 (ou 2) ont pour effet de renforcer le droit à un recours effectif prévu à l'article 13 de la Convention* »[1434].

462. En 1998, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe prend en compte la jurisprudence de la Cour européenne relative à l'application de l'article 13, combiné à l'article 3 de la Conv.EDH, concernant notamment les demandeurs d'asile déboutés faisant l'objet d'une expulsion. Il adopte alors une recommandation sur le droit au recours effectif de tels demandeurs d'asile[1435]. Le Comité des Ministres recommande aux Etats membres, lors de l'application de leurs règles de procédure, de respecter un certain nombre de garanties « *dans leur législation ou leur pratique* »[1436]. A ce titre, le Comité des Ministres considère que « *tout recours devant une instance nationale est considéré effectif lorsque (…) l'exécution de l'ordre d'expulsion est suspendue jusqu'à ce* [que cette instance ait statué sur le recours introduit par un demandeur d'asile débouté de sa demande d'asile qui] *fait valoir un grief défendable*

[1430] CEDH, arrêt du 11 juillet 2000, *Jabari contre Turquie*, pt. 50, recueil 2000-VIII. L'affaire concernait une ressortissante iranienne qui soutenait que son expulsion vers son Etat d'origine l'exposerait à des mauvais traitements prohibés par l'article 3 de la Conv.EDH.
[1431] CEDH, arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres contre Allemagne*, *op. cit.*, supra note n° 1418.
[1432] CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal*, *op. cit.*, supra note n° 1420, pt. 150.
[1433] Voir CEDH, arrêt du 28 juillet 1999, *Selmouni contre France*, recueil 1999-V.
[1434] LAMBERT (H.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 8 révisé, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2001, 80 p., p. 39.
[1435] Recommandation n° R (1998) 13 du 18 septembre 1998 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile déboutés à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme.
[1436] *Ibid.*

prétendant qu'il serait soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »[1437]. Il a rappelé ce caractère suspensif en 2005[1438].

463. Pendant longtemps, les instances de Strasbourg ont donc considéré qu'un recours, dirigé contre une décision d'expulsion jugée contraire à l'article 3 de la Convention, est effectif à la condition d'être suspensif.

464. Puis, l'idée a émergé d'étendre cette garantie aux recours introduits à l'encontre de mesures d'éloignement estimées contraires à d'autres dispositions de la Convention. En 2001, le Commissaire aux Droits de l'Homme indique aux Etats membres du Conseil de l'Europe qu' « *il est indispensable de non seulement garantir, mais d'assurer en pratique le droit d'exercer un recours judiciaire, au sens de l'article 13 de la* [Convention], *lorsque la personne concernée allègue que les autorités compétentes ont violé, ou risquent de violer, l'un des droits garantis par la* [Convention]. *Ce droit à un recours effectif doit être garanti à tous ceux qui souhaitent contester une décision de refoulement ou d'expulsion du territoire. Ce recours doit être suspensif de l'exécution d'une décision d'expulsion, au moins lorsqu'il est allégué une violation éventuelle des articles 2 et 3 de la* [Convention] »[1439]. Le Commissaire semble considérer que la garantie doit au minimum bénéficier aux étrangers alléguant les griefs défendables tirés des articles 2 et 3 de la Convention. A contrario, le Commissaire ne parait pas exclure que l'effet suspensif d'un tel recours pourrait être exigé lorsque la violation d'autres droits protégés par la Convention est alléguée.

Dans son arrêt *Conka* du 5 février 2002, la Cour franchit le pas et reconnaît que l'effet suspensif d'un recours introduit contre une mesure d'éloignement est également requis lorsque la violation de l'article 4 du Protocole 4 est alléguée[1440]. Elle rappelle tout d'abord que « *l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont*

[1437] *Ibid.*
[1438] Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoption de vingt principes directeurs sur le retour forcé, 925e réunion des Délégués des Ministres, 4 mai 2005, documents CM, CM(2005) 40 final 9 mai 2005.
[1439] Souligné par nous ; Recommandation du 19 septembre 2001 du Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des Etats membres du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion, CommDH/Rec(2001) 1, pt. 11.
[1440] CEDH, arrêt du 5 février 2002, *Conka et autres contre Belgique*, *op. cit.*, supra note n° 1421.

potentiellement irréversibles »[1441] et que « *l'article 13 s'oppose* [dès lors] *à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la Convention* »[1442]. La Cour estime ensuite que, même si les Etats parties à la Convention sont libres de décider de la manière de se conformer aux obligations de cet article 13, « *on ne saurait exclure que, dans un système où la suspension est accordée sur demande, au cas par cas, elle puisse être refusée à tort, notamment s'il devait s'avérer ultérieurement que l'instance statuant au fond doive (…) annuler une décision d'expulsion pour non-respect de la Convention, par exemple parce que l'intéressé aurait subi des mauvais traitements dans le pays de destination ou aurait été victime d'une expulsion collective* »[1443]. Dans une telle hypothèse, le recours introduit pour faire valoir le grief tiré de l'article 4 du Protocole n° 4 ne remplirait pas la condition d'effectivité exigée par l'article 13. Or, en l'occurrence, l'effet suspensif des recours en suspension ordinaire et en extrême urgence devant le Conseil d'Etat belge n'est pas obligatoire, donc est aléatoire. Dès lors, le requérant n'est pas assuré que le Conseil d'Etat statue avant qu'il soit expulsé. La Cour estime alors que « *les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique* »[1444]. La Cour n'impose pas que les recours intentés contre des mesures d'éloignement soient désormais suspensifs de plein droit. Elle semble considérer qu'il ne suffira plus nécessairement que la pratique puisse offrir un effet suspensif à de tels recours[1445]. La Cour exige davantage que des prescriptions non contraignantes sur la question[1446].

465. A propos de ces obligations étatiques relatives au droit à un recours effectif, la Cour affirme en des termes plus généraux dans son arrêt *Mamatkulov* de 2005 « *l'importance du recours suspensif dans les cas d'expulsion ou d'extradition* »[1447].

[1441] *Id.*, § 79. La Cour renvoie à ce propos à l'affaire *Jabari* : CEDH, arrêt du 11 juillet 2000, *op. cit.*, supra note n° 1430.
[1442] *Ibid.*
[1443] *Id.*, § 82.
[1444] *Id.*, § 83.
[1445] Sur la jurisprudence antérieure contraire, *cf.* CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, *op. cit.*, supra note n° 1419.
[1446] Pour une appréciation de l'arrêt *Conka* relative aux règles de procédure belges, voy. GILLIAUX (P.), *L'arrêt Conka et l'effectivité des recours devant le Conseil d'Etat*, RDE, 2002, n° 118, pp. 313-328.
[1447] CEDH, arrêt du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov contre Turquie*, § 124, recueil 2005-I.

466. L'"esprit de l'article 13" se rencontre aussi dans les articles 5 § 4 et 6 de la Convention[1448]. Ces derniers sont des *lex specialis* par rapport aux exigences de l'article 13[1449] ; par conséquent, lorsqu'ils trouvent à s'appliquer, l'allégation tirée de la violation de l'article 13 n'est pas examinée.

B. Les règles spéciales de protection

467. L'article 5 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme permet la privation de liberté d'une personne « *pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion (…) est en cours* ». Les paragraphes suivants prévoient des garanties entourant cette privation de liberté résultant d'une arrestation ou d'une détention (**1**). L'article 6 est une disposition autonome relative au droit à un procès équitable. Ces dispositions ont un champ d'application matériel limité. Cela vaut d'autant plus pour l'article 6 § 1 que son champ ne s'étend pas au droit des étrangers, et tout particulièrement aux procédures d'expulsion des étrangers (**2**).

1) L'article 5 et les garanties procédurales en cas de privation de liberté

468. L'article 5 de la Convention, relatif au droit à la liberté et à la sûreté, autorise en son paragraphe 1 f) la privation de liberté d'une personne s'il s'agit de l'empêcher d'entrer irrégulièrement sur le territoire, ou lorsqu'une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours contre elle. Toutefois, la personne concernée dispose d'un certain nombre de garanties énumérées aux paragraphes suivants de l'article 5.

[1448] CHARRIER (J. L.), *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Litec, Editions du Juris-Classeur, 2002, 383 p., p. 176.

[1449] Pour l'article 5 § 4, voir CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal*, *op. cit.*, supra note n° 1420, § 126 ; voy. également CEDH, arrêt du 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga contre Belgique*, § 110, (sur cette affaire, voy. les observations de DOCKX (V.), *Tabitha ou la démocratie en péril*, RDE, juillet-août-septembre 2006, n° 139, pp. 436-458). Pour l'article 6 § 1, voir CEDH, arrêt du 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp contre Belgique*, § 95, série A n° 12.

469. S'agissant de l'article 5 § 2, il énonce que « *Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle* ». Le fait que le terme de « détention » ne figure pas dans ce paragraphe est « *inopérant* »[1450]. L'objet de cette règle est de permettre à la personne privée de sa liberté de se défendre en connaissance de cause. Son droit de recours sera inefficace « *si on ne lui révèle pas dans le plus court délai, et à un degré suffisant, les faits et les règles juridiques invoqués pour le priver de liberté* »[1451]. Concernant la « langue », un mandat d'arrêt n'a pas à être obligatoirement rédigé dans une langue comprise par l'intéressé ou même traduit dans sa propre langue à partir du moment où un interprète est présent. Selon la Cour, cette disposition « *oblige à signaler à une telle personne, dans un langage simple accessible pour elle, les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse en discuter la légalité devant un tribunal en vertu du paragraphe 4* »[1452]. En outre, l'individu placé en détention devrait pouvoir faire appel à un avocat afin qu'il l'informe de sa situation.

470. L'article 5 § 4 de la Convention s'applique quelle que soit la raison de la privation de liberté prévue par le paragraphe 1er. Il accorde notamment un droit de recours, devant une juridiction nationale, à l'étranger arrêté ou détenu dans le cadre d'une procédure d'expulsion. Il dispose que « *Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale* »[1453]. Ce droit est celui de *l'habeas corpus*.

Le droit de recours doit être accessible et efficace. Par conséquent, tant en théorie qu'en pratique, une voie de recours doit assurément exister[1454]. Le tribunal doit revêtir la

---

[1450] GOUTTES (R.) (de), commentaire de l'article 5 § 2, *in* PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (dir.), « La convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article », Paris, Economica, 1999, 2ème édition, 1230 p., pp. 203-209, sp. p. 205.

[1451] CEDH, arrêt du 5 novembre 1981, *X contre Royaume-Uni*, série A n° 46, arrêt cité par R. de GOUTTES, *loc. cit.*, p. 203.

[1452] CEDH, arrêt du 5 février 2002, *Conka*, *op. cit.*, supra note n° 1421, § 50. En l'espèce, la violation de l'article 5 § 2 ne fut pas reconnue, ce qui peut être désapprouvé : *cf.* LEJEUNE (J .), *L'arrêt Conka contre Belgique : la procédure d'asile belge à l'aune des droits de l'homme*, RDE, 2002, n° 118, pp. 298-312, sp. pp. 305-306.

[1453] Pareillement, l'article 7 § 6 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969 prévoit que « *Toute personne privée de sa liberté a le droit d'introduire un recours devant un juge ou un tribunal compétent pour voir celui-ci statuer sans délai sur la légalité de son arrestation ou de sa détention et ordonner sa libération si l'arrestation ou la détention est illégale* ».

[1454] CEDH, arrêt du 12 mars 2003, *Öcalan contre Turquie*, § 69.

qualité d'indépendance à l'égard des parties et de l'exécutif, et statuer selon une procédure conforme « *aux principes généraux de la Convention même si les garanties ne sont pas obligatoirement celles exigées à l'article 6* »[1455]. Ainsi, la procédure doit respecter le principe du contradictoire[1456]. Le requérant doit être entendu en personne ou se faire représenter[1457]. En outre, devant statuer « à bref délai », la décision du tribunal doit être rendue rapidement. Le « bref délai » est apprécié au cas par cas puisque, selon la Cour, cette notion « *ne peut se définir in abstracto, mais doit – comme pour le "délai raisonnable"* [de l'article 6 § 1] – *s'apprécier à la lumière des circonstances de chaque affaire* »[1458]. Dès lors, il y a violation de cet article lorsque le juge a mis 46 jours pour statuer sur la légalité d'une détention opérée dans le cadre d'une procédure d'extradition[1459].

471. Quand la Cour est saisie pour se prononcer sur la violation alléguée de ce paragraphe 4, elle est compétente pour apprécier non pas la régularité de la décision de détention mais « *la régularité de la détention en vue d'expulsion* »[1460]. Le respect de ce paragraphe est examiné alors même qu'il n'y aurait pas de violation du paragraphe 1. Par ailleurs, la Cour a rappelé que « *l'article 5 § 4 n'exige pas que les tribunaux internes soient habilités à examiner si la décision d'expulsion initiale se justifie au regard de la législation interne ou de la Convention* »[1461]. Néanmoins, ces tribunaux sont en droit de contrôler les autorités nationales concernées à partir du moment où l'affaire en cause a trait à la sécurité nationale et au terrorisme[1462].

[1455] CHARRIER (J. L.), *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, supra note n° 1448, pp. 53-54, et CEDH, arrêt du 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp*, *op. cit.*, supra note n° 1449, §§ 76-78. Voy. également SOHIER (J.), *Les privations de liberté de l'étranger, en droit belge, au regard de l'article 5 de la Convention européenne*, RTDH, 1999, n° 37, pp. 147-167, p. 159.

[1456] *Cf.* CEDH, arrêt du 21 octobre 1986, *Sanchez-Reisse contre Suisse*, § 51, série A n° 107.

[1457] CEDH, arrêt du 24 octobre 1979, *Winterwerp contre Pays-Bas*, § 60, série A n° 33. Dans l'affaire *Sanchez-Reisse*, *loc. cit.*, la Cour a admis que la procédure pouvait être entièrement écrite. Toutefois, deux des juges ont noté l'insuffisance de pareille procédure pour satisfaire aux exigences de l'article 5 § 4 de la Convention, et ce, même si l'intéressé est assisté d'un avocat et a la possibilité « *de contester la légalité de sa détention devant les juridictions compétentes* » : *cf.* l'opinion concordante commune de MM. W. Ganshof Van Der Meersch et B. Walsh, sur l'arrêt en question.

[1458] CEDH, arrêt du 21 octobre 1986, *Sanchez-Reisse*, *loc. cit.*, § 55.

[1459] *Ibid*.

[1460] SUDRE (F.), *Le contrôle des mesures d'expulsion et d'extradition par les organes de la Convention …*, *op. cit.*, supra note n° 1416, p. 257. Voir également STREIFF (Y.), *La police des étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Archives de politique criminelle, 1990, n° 12, pp. 23-45, sp. pp. 37-38.

[1461] CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal*, *op. cit.*, supra note n° 1420, § 128.

[1462] *Id.*, § 131.

472. Cet article 5 § 4 n'est pas un droit intangible. Ainsi, les Etats contractants peuvent y déroger en cas d'état d'urgence, en vertu de l'article 15 de la Convention. La réalisation d'infractions terroristes ne suffit pas à constituer cet état d'urgence. La Cour européenne a estimé que ces infractions ne permettent pas de donner carte blanche aux Etats concernés « *pour arrêter et placer en garde à vue des suspects, à l'abri de tout contrôle effectif par les tribunaux internes et, en dernière instance, par les organes de contrôle de la Convention (…)* »[1463].

473. L'article 6 de la Convention européenne fait l'objet de la jurisprudence la plus abondante établie par la Cour. Son champ d'application est néanmoins limité à certaines matières et le juge européen refuse de l'étendre à la matière de l'éloignement.

2) La non-application de l'article 6 à la matière de l'expulsion

474. Selon l'article 6 § 1 de la Convention, « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ».

475. Jusqu'à son arrêt *Maaouia* de 2000, la Cour n'a jamais eu l'occasion de statuer sur l'applicabilité de cet article aux mesures d'éloignement des étrangers. En revanche, la Commission européenne des droits de l'homme a développé une jurisprudence constante à ce sujet. Dans une décision du 17 décembre 1976, elle a considéré que la décision d'expulsion qui frappe un individu, au sens de l'article 6, « *n'implique aucune décision sur ses droits et obligations de caractère civil, ni sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui* »[1464]. A propos des droits et obligations de caractère civil, la Commission précise

[1463] CEDH, arrêt du 12 mars 2003, *Öcalan*, *op. cit.*, supra note n° 1454, § 106.
[1464] Comm.EDH, décision du 17 décembre 1976, *P. B. F. Agee contre Royaume-Uni*, § 29, req. n° 7729/76, *D.R.* 7, p. 164. Voir également Comm.EDH, décision du 2 mai 1979, *Uppal et Singh contre Royaume-Uni*, req. n° 8244/78, *D.R.* 17, p. 149 ; Comm.EDH, décision du 2 décembre 1992, *Youcef Ayadi contre France*, req. n°

que « *(…) lorsque les autorités publiques d'un Etat décident d'expulser un étranger pour des motifs de sécurité, cela constitue un acte de gouvernement qui relève du domaine public et cela ne représente pas une décision relative à des droits et obligations de caractère civil au sens de l'article 6. Il s'ensuit que, bien que la décision d'expulser le requérant puisse entraîner des conséquences à propos de droits de caractère civil, (…) l'Etat n'est pas tenu (…) d'entendre la cause du requérant conformément aux exigences de l'article 6 § 1* »[1465].

476. Le premier litige touchant à ce problème, dont la Cour européenne fut saisie, ne portait pas sur les "procédures d'expulsion" des étrangers mais sur la mesure d'"interdiction du territoire" français. En l'occurence, M. Maaouia prétendait que la durée de la procédure en relèvement de l'interdiction judiciaire du territoire français d'une durée de dix ans, à laquelle il fut notamment condamné pour n'avoir pas obtempéré à un arrêté d'expulsion vers la Tunisie pris à la suite d'une condamnation pour vol et violences avec arme, avait dépassé le délai raisonnable tel que prévu par l'article 6 § 1. Le gouvernement français faisait tout particulièrement état de la jurisprudence de la Commission selon laquelle « *une mesure d'expulsion ou d'interdiction du territoire ne porte pas sur le bien-fondé d'une accusation pénale ni ne constitue une peine (…)* »[1466]. S'interrogeant sur l'applicabilité de l'article 6 § 1 au litige, la Grande Chambre de la Cour européenne rappelle « *qu'il faut interpréter les dispositions de la Convention en prenant en considération l'ensemble du système conventionnel, y compris les dispositions des protocoles* »[1467]. Elle rappelle alors l'existence du Protocole n° 7 ratifié par la France et notamment son article 1er et son préambule, qui indique que le texte prévoit de « *nouvelles mesures propres à assurer la garantie collective de certains droits et libertés par la Convention (…)* »[1468].

477. Dans un premier temps, pour décider que les procédures d'expulsion d'étrangers ne sont pas soumises à l'article 6 § 1 de la Convention, la Cour se base sur la lecture combinée de ces dispositions du Protocole ainsi que sur le rapport explicatif de ce dernier. Dans ce rapport, il est précisé que d'une part, l'étranger frappé d'expulsion bénéficie déjà d'un certain nombre de garanties accordées par plusieurs articles de la Convention, parmi lesquels n'est

---

18000/91 ; et encore Comm.EDH, décision du 5 décembre 1996, *Urrutikoetxea contre France*, req. n° 31113/96, *D.R.* 87-A, p. 151.

[1465] Comm.EDH, décision du 17 décembre 1976, *Agee*, *loc. cit.*

[1466] CEDH, arrêt du 5 octobre 2000, *Maaouia contre France*, § 29, recueil 2000-X.

[1467] *Id.*, § 36.

[1468] *Ibid.*

pas cité l'article 6, et que, d'autre part, l'article 1er dudit Protocole « *n'affecte pas* [l']*interprétation de l'article 6* » établie par la Commission dans sa décision du 17 décembre 1976[1469]. En conséquence, la Cour estime « *qu'en adoptant l'article 1 du Protocole n° 7 contenant des garanties spécifiques aux procédures d'expulsion d'étrangers, les Etats ont clairement marqué leur volonté de ne pas inclure ces procédures dans le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention* »[1470].

Dans un second temps, la Cour explique pourquoi les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers ne remplissent pas les conditions d'application de l'article 6 § 1. Afin de conclure que la procédure en relèvement de l'interdiction du territoire ne porte pas sur une contestation de "caractère civil" au sens de cet article, elle relève que même si la décision incriminée a causé « *accessoirement des conséquences importantes sur la vie privée et familiale* » du requérant, cela « *ne saurait suffire à faire entrer* [la] *procédure dans le domaine des droits civils protégés par l'article 6 § 1 (…)* »[1471]. Pour conclure que la mesure d'éloignement en cause ne porte pas non plus sur le bien-fondé d'une accusation pénale, la Cour note qu'elle « *ne revêt pas en général un caractère pénal dans les Etats membres du Conseil de l'Europe* » et que de surcroît elle « *constitue, de par sa nature, une mesure de prévention spécifique en matière de police des étrangers* »[1472].

478. Finalement, la Cour décide que « *les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers* », c'est-à-dire les mesures prises en matière d'immigration, ne relèvent pas de l'article 6 § 1 de la Conv.EDH[1473].

Cet arrêt fut prononcé par quinze voix contre deux, celles des juges MM. L Loucaides et K. Traja. Ceux-ci contestent le fait que la procédure nationale, objet du litige, n'emportait pas « *décision sur un droit de caractère civil* »[1474]. Selon eux, « *l'expression "de caractère civil" doit s'entendre comme couvrant tous les autres droits juridiques qui ne revêtent pas un caractère pénal (…)* » et doit donc « *(…) recevoir l'interprétation la plus large possible qui*

[1469] *Ibid.*
[1470] *Id.*, § 37.
[1471] *Id.*, § 38.
[1472] *Id.*, § 39.
[1473] *Id.*, § 40. Les garanties de l'article 6 ne sont pas non plus applicables aux procédures en matière d'asile politique : CEDH, décision sur la recevabilité du 31 mai 2001, *Fatgan Katani et autres contre Allemagne*, req. n° 67679/01.

(…) doit s'étendre à tous les droits et obligations juridiques de l'individu, dans ses rapports avec d'autres particuliers comme avec l'Etat », parce qu'il « *serait absurde d'admettre que les garanties judiciaires n'étaient conçues que pour certains droits, en particulier ceux existant entre les individus, et non pour tous les droits et obligations juridiques y compris ceux existant face à l'administration* »[1475].

479. On peut adhérer à ce raisonnement si on considère que la mesure d'interdiction du territoire ne relève pas de la matière pénale. Par contre, ces deux juges estiment, sur le fondement de l'article 53 de la Convention, que « *les Protocoles ajoutent aux droits des individus* [et non] *les restreignent (…) ni ne les abolissent* »[1476]. Surtout, le raisonnement de la Cour est en totale contradiction avec l'article 7 du même Protocole n° 7 qui dispose que « *les Etats parties considèrent les articles 1 à 6 du présent Protocole comme des articles additionnels à la Convention et toutes les dispositions de la Convention s'appliquent en conséquence* ». A ce sujet, G. BITTI déclare que le juge européen « *adopt*[e] *une jurisprudence qui n'a guère de sens et qui fait jouer aux Protocoles un rôle contre-productif totalement contraire à leur vocation* »[1477]. Il ajoute que « *c'est une arme donnée aux Etats pour combattre l'évolution progressive de l'interprétation donnée aux articles de la Convention par la jurisprudence de Strasbourg* »[1478].

480. Certes, cet arrêt fut rendu par quinze voix contre deux, mais les quinze juges ne s'accordent pas tous sur les motivations de la majorité. Selon le juge J.-P. Costa, dont l'avis est partagé par d'autres juges, l'article 1er du Protocole 7 sur lequel s'appuie la Cour pour prendre sa décision est hors de propos étant donné qu'il vise l'"expulsion" des étrangers en situation "régulière" sur le territoire d'un Etat contractant alors que la mesure dont il s'agit en l'espèce est celle d'interdiction du territoire, laquelle fut prise à l'encontre d'un individu en situation irrégulière puisque pour non respect d'un arrêté d'expulsion. Cet argument tenant à

[1474] Opinion dissidente des juges MM. L. Loucaides et K. Traja, sur l'arrêt précité.
[1475] *Ibid.*
[1476] *Ibid.*
[1477] BITTI (G.), *Le champ d'application de l'article 6 Conv.EDH en matière d'éloignement des étrangers. Le cas de l'interdiction du territoire : l'affaire Maaouia*, Cahiers du CREDHO, 2001, n° 7, pp. 89-102, sp. p. 98. L'auteur rappelle à l'occasion que l'argumentation de la Cour européenne basée sur le Protocole n° 7 revient sur une jurisprudence antérieure de 1994 qui soulignait que « *(…) en vertu de l'article 7 du Protocole n° 7, l'article 5* [de ce Protocole] *s'analyse en une clause additionnelle à la Convention et en particulier aux articles 8 et 60. Par conséquent, il ne saurait se substituer à l'article 8 ni en réduire la portée* » : CEDH, arrêt du 22 février 1994, *Burghartz contre Suisse*, § 23.
[1478] BITTI (G.), *Le champ d'application …*, *ibid.*

la condition de régularité posée à l'article 1er dudit protocole est juridiquement juste. D'ailleurs, M. Maaouia n'invoquait pas ce protocole[1479]. Par ailleurs, la Cour conclut son arrêt en affirmant que « *les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers* »[1480] n'entrent pas dans le champ d'application matériel de l'article 6 § 1[1481]. Or, l'article 1er du Protocole n° 7 ne vise ni l'entrée, ni le séjour des étrangers. Dès lors, si on suit le raisonnement de la Cour excluant la matière de l'éloignement du champ d'application de l'article 6 § 1 à la lumière du texte de ce Protocole, on ne peut faire de même à propos des mesures relatives à l'entrée et au séjour[1482].

481. Concernant la matière pénale, il faut, comme certains juges, admettre que l'interdiction du territoire en relève dans la mesure où elle est ordonnée par une juridiction pénale pour une infraction pénale[1483]. Par contre, la procédure en relèvement de cette mesure ne relève pas de la matière pénale. Pour reprendre le juge M. Rozakis, ladite procédure « *(…) n'entre pas dans la phase de la décision sur une accusation en matière pénale, mais dans celle de l'exécution de la peine (…)* »[1484]. Une partie de la doctrine rappelle que certes, la Cour exclut du champ de la matière pénale les décisions concernant « *l'exécution des peines* », mais qu'il serait logique que la nature pénale de telles décisions découle de celle de « *la peine elle-même* »[1485].

482. Quelques mois plus tard, la Cour reprend cette jurisprudence « *constante des organes de la Convention* »[1486], cette fois dans une affaire d'expulsion, en décidant que « *les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur les droits ou obligations de caractère civil des requérants ni n'ont trait au bien-fondé*

[1479] Opinion concordante de M. J.-P. Costa à laquelle MM. les juges Hedigan et Pantîru se rallient, sur l'arrêt *Maaouia* précité en note n° 1466.
[1480] Souligné par nous.
[1481] CEDH, arrêt du 5 octobre 2000, *Maaouia*, *op. cit.*, supra note n° 1466, § 40.
[1482] Voir les observations sous cet arrêt *Maaouia* de MM. DE SCHUTTER (O.) et FRUMER (P.), *Les garanties procédurales dans le cadre du contentieux de l'accès au territoire, du séjour et de l'éloignement des étrangers*, RDE, 2000, n° 110, pp. 522-530, sp. p. 525.
[1483] Opinion concordante de M. J.-P. Costa, *loc. cit.* Voir également l'opinion concordante du juge M. C. L. Rozakis, sur le même arrêt.
[1484] Opinion concordante du juge M. C. L. Rozakis, sur l'arrêt *Maaouia* précité en note n° 1466.
[1485] DE SCHUTTER (O.) et FRUMER (P.), *Les garanties procédurales dans le cadre du contentieux de l'accès au territoire …*, *loc. cit.*, p. 528.
Les auteurs renvoient notamment à l'ouvrage suivant : GROTRIAN (A.), *L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable*, Dossier sur les droits de l'homme n° 13, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1996 (réimpression de 1994), 90 p., sp. pp. 25-26.

d'une accusation en matière pénale dirigée à leur encontre [et que] *partant l'article 6 § 1 de la Convention ne s'y applique pas* »[1487]. La Cour a donc décidé de ne pas modifier sa jurisprudence, laquelle s'applique également en matière d'extradition[1488]. Sur ce point, B. POYNOR estime que « *l'extradition n'est indubitablement pas " une décision concernant l'entrée, le séjour ou l'expulsion d'un étranger " dans le sens de l'immigration utilisé* [par la Cour] »[1489]. En outre, cet auteur regrette que la Cour interprète de façon restrictive l'article 6§1 et qu'elle ne revienne pas sur un précédent raisonnement d'après lequel « *la détermination d'une accusation pénale (…) exige une décision de condamnation ou une déclaration d'innocence, ce qui ne peut exister dans le cadre d'une procédure d'extradition (…)* »[1490].

483. La Cour n'a toutefois pas exclu que l'article 6 puisse exceptionnellement être applicable à la matière de l'éloignement. Elle a décidé dans l'affaire *Soering* qu' « *une décision d'extradition* [peut] *exceptionnellement soulever un problème sur le terrain de ce texte au cas où le fugitif aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant (…)* »[1491]. Cette espèce concernait le problème d'un « déni de justice flagrant » dans l'Etat de destination, autrement dit l'effet extraterritorial de l'article 6 de la Convention. La Cour a confirmé et précisé cette jurisprudence dans des arrêts ultérieurs. Dans l'affaire *Drozd et Janousek* de 1992, la Cour considère que même s'ils n'ont pas l'obligation de vérifier que l'Etat de destination tiendra compte des garanties inscrites à l'article 6, les « *Etats contractants doivent toutefois se garder d'apporter leur concours* [dans le domaine judiciaire][1492] *s'il apparaît que la condamnation résulte d'un déni de justice flagrant* »[1493]. Il appartient au requérant d'apporter la preuve du « *caractère "flagrant" du déni de justice auquel il redoute d'être exposé* »[1494].

[1486] CEDH, décision partielle de la deuxième section sur la recevabilité du 15 février 2001, *Nina Shevanova et J. Ševanovs c/ La Lettonie*, req. n° 58822/00.
[1487] *Ibid.*
[1488] Voir CEDH, arrêt du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov*, *op. cit.*, supra note n° 1447, § 82.
[1489] POYNOR (B.), *Mamatkulov and Askarov versus Turkey : The Relevance of Article 6 to Extradition Proceedings*, EHRLR, n° 4, 2005, pp. 409-418, sp. p. 416. Traduit par nous de : "*extradition is arguably not a "decision reguarding the entry, stay or deportation of an alien" in the immigration sense used* [by the Court]".
[1490] *Ibid.* Traduit par nous de : "*…a determination of a criminal charge (…) required a finding of guilt or innocence not present in extradition proceedings (…)*".
[1491] CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, *op. cit.*, supra note n° 1419, § 113.
[1492] LAMBERT (H.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, supra note n° 1434, p. 53.
[1493] CEDH, arrêt du 26 juin 1992, *Drozd et Janousek contre France*, § 110, série A n° 240, cité par H. LAMBERT, *loc. cit.*, p. 53.
[1494] CEDH, décision sur la recevabilité du 9 mai 2006, *Abu Salem contre le Portugal*, req. n° 26844/04.

L'arrêt *Mamatkulov* de 2005 concernait l'extradition de deux ressortissants ouzbeks vers leur pays d'origine. Les requérants se plaignaient de ne pas pouvoir y bénéficier d'un procès équitable au sens de l'article 6 § 1. Ils soutenaient en particulier qu'ils auraient été emprisonnés au secret jusqu'au procès, n'auraient pas eu le droit de choisir leur avocat et que leurs dépositions auraient été obtenues sous la torture. La Cour se réfère à son arrêt *Soering* et précise que le risque de déni de justice flagrant doit être évalué par rapport « *aux circonstances dont l'Etat contractant avait ou devait avoir connaissance au moment de l'extradition* » ainsi qu' « *à la lumière des informations dont dispose la Cour au moment où elle examine l'affaire* »[1495]. L'article 6 est également applicable lorsque l'exécution de la mesure d'éloignement risque de causer un tel déni de justice dans l'Etat auteur de la mesure[1496].

484. Il ressort de ce qui précède que les étrangers frappés d'expulsion bénéficient de garanties procédurales très insuffisantes, celles-ci n'étant guère nombreuses et s'appliquant dans des conditions très strictes, de sorte que leur invocabilité est des plus limitées. A ce constat, s'ajoute le fait que le Protocole n° 7 ne lie pas tous les Etats contractants de la Convention européenne. Il en découle que dans certains Etats, « *certaines catégories d'étrangers ne bénéficient d'aucune garantie procédurale* »[1497].

485. Néanmoins, il a été proposé que les immigrés de longue durée, frappés d'expulsion, bénéficient non seulement de plus larges garanties matérielles mais également de garanties procédurales plus étendues. En effet, en mars 2001, sous les auspices du Conseil de l'Europe, la Commission permanente a adopté, au nom de l'Assemblée parlementaire, une recommandation concernant la non-expulsion de ces immigrés[1498]. Dans cette recommandation, la Commission permanente a souhaité que les Etats contractants élaborent des règles venant poser des garanties procédurales plus conséquentes que celles posées à l'article 1er du protocole 7, et notamment un droit d'appel suspensif[1499]. La Cour européenne

[1495] CEDH, arrêt du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov*, *op. cit.*, supra note n° 1447, § 90. Voir aussi CEDH, arrêt du 10 août 2006, *Olaechea Cahuas contre Espagne*, § 61.
[1496] ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Traité du droit de l'asile*, *op. cit.*, supra note n° 1275, p. 123.
[1497] NDIAYE (D.), *L'inapplicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux des étrangers*, Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, 2003, n° 2, numéro spécial sur « Les titulaires particuliers des droits fondamentaux », pp. 93-98, sp. p. 97.
[1498] Recommandation n° 1504(2001) du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la non-expulsion des immigrés de longue durée.
[1499] *Ibid*.

pourrait s'inspirer de la recommandation de l'Assemblée pour développer un véritable droit au juge pour cette catégorie d'étrangers, puisqu'en l'état actuel du droit positif, les étrangers peuvent aussi bien être déférés devant une autorité administrative qu'une autorité judiciaire[1500]. Il faut rappeler que, dans son arrêt *Benhebba*, la Cour a reconnu l'importance des liens que les immigrés de seconde génération et ceux de longue durée peuvent tisser avec leur pays d'accueil[1501].

486. Si la reconnaissance de la possibilité pour toute personne, faisant l'objet d'une procédure d'expulsion, de se défendre personnellement se retrouve rapidement inscrite dans les textes adoptés par les Nations Unies, et particulièrement dans ceux applicables à certaines catégories d'étrangers, elle est plus lente, voire encore inexistante, dans les conventions régionales, sauf au sein de l'Union européenne. En effet, tandis que les garanties procédurales assurées par la Convention européenne des droits de l'homme s'avèrent assez limitées, celles prévues par le droit de l'Union européenne sont de plus en plus significatives.

L'influence du droit international et européen des droits de l'homme, mais également la poursuite des objectifs spécifiques de l'Union européenne, notamment le développement des libertés de circulation, ont poussé le droit communautaire à accorder une protection plus large aux personnes frappées d'expulsion, renforçant ainsi leurs garanties procédurales.

[1500] Voir dans ce chapitre, section I, paragraphe II, notamment § 423.
[1501] Voir CEDH, arrêt du 10 juillet 2003, *Benhebba contre France*, § 33.

CHAPITRE II
L'ÉTENDUE DES GARANTIES PROCÉDURALES EN DROIT COMMUNAUTAIRE

487. Concernant les citoyens de l'Union européenne, et les membres de leur famille, qui se rendent ou séjournent dans un Etat membre autre que celui dont ils ont la nationalité, le régime procédural, régi jusqu'au 30 avril 2006 par la directive 64/221/CEE du 25 février 1964, a été remplacé par la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 (**Section I**).

Quant aux ressortissants des Etats tiers, qui ne sont pas membres de la famille d'un ressortissant communautaire ou qui ont un lien familial avec un citoyen de l'Union n'ayant pas exercé son droit à la libre circulation, ils sont soumis aux règles nationales de l'Etat membre d'accueil. Le droit communautaire n'envisage que la situation dans laquelle un Etat membre a pris une décision d'éloignement contre un ressortissant d'un Etats tiers, qui se trouve sur le territoire d'un autre Etat membre. Dans une telle hypothèse, la directive 2001/40 du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers est applicable[1502]. L'article 4 de cette directive prévoit que l'intéressé doit pouvoir former, selon la législation de l'Etat membre où il se trouve, un recours afin de contester la mise en œuvre de la décision d'éloignement dont il fait l'objet[1503].

Néanmoins, certains ressortissants de pays tiers bénéficient selon leur statut de règles procédurales qui se rapprochent plus ou moins de celles dont jouissent les citoyens de l'Union et leur famille (**Section II**).

[1502] Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JOCE n° L 149 du 2 juin 2001, p. 34.

[1503] L'article 5 du projet de directive n'exigeait pas que le recours soit suspensif mais prévoyait notamment qu'en cas de recours suspensif, la mise en œuvre de la mesure d'exécution de la décision d'éloignement ne pouvait intervenir qu'après épuisement des voies de recours et confirmation de ladite mesure d'exécution : voy. Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JOCE n° C 243 du 24 août 2000, p. 1.

SECTION I

LES GARANTIES PROCÉDURALES DES RESSORTISSANTS COMMUNAUTAIRES ET DES MEMBRES DE LEUR FAMILLE

488. Alors que le juge européen des droits de l'homme refuse d'invalider les mesures d'éloignement consécutives à une condamnation pénale, le droit communautaire pose a minima le refus d'une automaticité entre une telle condamnation et une mesure d'expulsion prise à l'encontre de ressortissants communautaires ou de membres de leur famille (**Paragraphe I**). Par ailleurs, le droit communautaire a dès l'origine recherché le respect des libertés de circulation garanties par le TCE et a rapidement développé des règles procédurales permettant, notamment, d'assurer l'effectivité d'un droit au recours (**Paragraphe II**).

PARAGRAPHE I : Un début d'encadrement de la "double peine"

489. En droit communautaire, des limitations peuvent être apportées à la liberté de circulation des ressortissants communautaires. Ainsi, l'éloignement est autorisé pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

490. La directive n° 64/221/CEE prévoyait en son article 3 § 2 qu'une condamnation pénale ne peut à elle seule motiver automatiquement de telles mesures d'ordre public ou de sécurité publique[1504]. La Commission des Communautés européennes a cependant remarqué que dans la pratique de nombreux Etats membres, la décision d'éloignement peut être prise de manière consécutive à une condamnation pénale[1505]. Aux Pays-Bas, par exemple, les autorités

[1504] Directive n° 64/221/CEE du 25 février 1964 du Conseil 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, JO n° 56 du 4 avril 1964, p. 850.

[1505] 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.

nationales ont appliqué à des ressortissants communautaires une législation générale relative aux étrangers permettant d'établir un lien systématique et automatique entre une condamnation pénale et une mesure d'éloignement. Dans un arrêt rendu le 7 juin 2007, la Cour de justice a rappelé que « *le droit communautaire s'oppose aux dispositions nationales partant d'une présomption selon laquelle les ressortissants d'autres Etats membres ayant été condamnés à une certaine peine pour des délits spécifiques doivent être expulsés* » [1506]. Elle a constaté qu'en l'espèce la législation néerlandaise « *permet d'expulser (…), en dehors des garanties matérielles et procédurales prévues par la directive 64/221, des citoyens de l'Union ayant fait l'objet d'une condamnation pénale* [dans la mesure où] *il ne saurait être exclu qu'une décision d'expulsion soit prononcée contre une telle personne, malgré la prise en compte des considérations d'ordre familial, sans qu'il ne soit tenu compte de son comportement personnel ni de l'existence ou non d'une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public* »[1507]. La Cour a donc reconnu que le Royaume des Pays-Bas avait manqué aux obligations découlant de la directive 64/221.

La Commission a également confirmé qu'un lien automatique entre ce type de condamnation et une mesure d'éloignement est prohibé par la directive communautaire. Elle a considéré qu' « *il y a "lien automatique" si une disposition nationale est libellée de telle manière qu'elle ne laisse aux autorités nationales ou à la juridiction nationale aucune marge d'appréciation ou aucune possibilité de prendre en considération des circonstances individuelles* »[1508]. Or, l'article 3 § 1 de la directive 64/221 dispose que « les mesures d'ordre public ou de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet ». En conséquence, la "double peine" est admise à la condition que les autorités nationales compétentes tiennent compte « *de l'ensemble des facteurs pertinents* », c'est-à-dire de tous les « *arguments individuels ou spécifiques* »[1509].

491. Dans sa directive n° 2004/38 du 29 avril 2004, remplaçant la directive 64/221, le législateur communautaire reconnaît l'éloignement pris à titre de peine ou de mesure

[1506] CJCE, arrêt du 7 juin 2007, *Commission contre Royaume des Pays-Bas*, aff. C- 50/06, pt. 44, non encore publié au recueil.
[1507] *Id.*, pt. 45.
[1508] 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 …, *op. cit.*, supra note n° 1505.
[1509] *Ibid.*

accessoire à une peine privative de liberté[1510]. En effet, il prévoit à l'article 33 que « *l'Etat membre d'accueil (…) peut ordonner une mesure d'éloignement du territoire à titre de peine ou de mesure accessoire à une peine de détention (…)* ». Le législateur communautaire admet par conséquent le principe même de la "double peine", l'article 33 envisageant l'existence d'une décision accessoire d'éloignement, qu'elle soit prise par une autorité administrative ou par une autorité judiciaire. Les termes de « peine » et de « mesure » montrent que le caractère de la décision d'éloignement importe peu. L'important est que la mesure d'éloignement soit prise dans le respect des règles fixées aux articles 27 à 29 de la directive, dispositions qui encadrent l'éloignement envisagé pour des motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

492. En outre, l'article 33 § 2 de la directive énonce que « *lorsqu'une décision d'éloignement (…) 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 avait été prise* ». Dès lors, les mesures d'interdiction du territoire ou d'expulsion prononcées par les autorités compétentes des Etats membres en complément d'une peine d'emprisonnement ne pourront pas faire l'objet d'une exécution automatique si un délai de plus de deux ans s'est écoulé depuis leur adoption.

Il est regrettable que la directive impose une durée longue de plus de deux années entre la date d'adoption de la décision litigieuse et la date de son exécution. En effet, certains Etats membres éloigneront généralement les ressortissants communautaires, condamnés à une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure à deux ans aussitôt leur peine principale purgée, si bien qu'ils ne seront probablement pas tenus par les obligations découlant de l'article 33 § 2. Or, il est des cas où la personne frappée d'éloignement peut rapidement ne plus représenter un danger pour l'ordre ou la sécurité publics, de même qu'il peut arriver que les circonstances d'une affaire changent très vite. Par ailleurs, rien n'empêche les Etats membres de prononcer une remise de peine en faveur d'une personne punie de plus de deux

[1510] 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, JOUE n° L 158 du 30 avril 2004, p. 77 ; rectificatif au JOUE n° L 229 du 29 juin 2004, p. 35 ; rectificatif au rectificatif au JOUE n° L 197 du 28 juillet 2005, p. 34.

ans d'emprisonnement et de l'expulser immédiatement dans le seul but d'échapper à ces obligations.

493. Cette pratique de "double peine" pose à nouveau la question du respect du principe *non bis in idem*[1511]. En outre, cette pratique envisagée ainsi dans une directive relative à la circulation et au séjour sur le territoire communautaire des citoyens européens et des membres de leurs familles n'est-elle pas contraire au principe de non-discrimination ? Car les nationaux ne peuvent pas être sanctionnés à la fois d'une peine de détention et d'une mesure d'éloignement. Faut-il donc considérer, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice, que pour ne pas heurter ledit principe, chaque Etat membre devrait prévoir à l'encontre de ses nationaux une ou des mesures destinées à combattre leur comportement frauduleux de la même manière que les mesures, que sont la détention et l'éloignement, prévues pour les ressortissants des autres Etats membres ?[1512]. Cette question n'a toujours pas été tranchée.

Le respect des principes *non bis in idem* et de non-discrimination peut pousser, à terme, les Institutions communautaires à effectuer un encadrement plus contraignant des pratiques de "double peine". En effet, le droit communautaire a montré sa spécificité par sa capacité à développer un corpus efficace de règles procédurales.

<u>PARAGRAPHE II</u> : Une optimisation de garanties procédurales

494. L'ancien régime procédural était régi par la directive 64/221/CEE du 25 février 1964[1513]. Celle-ci posait des garanties procédurales qui étaient de deux ordres. Elle imposait à l'Etat membre d'accueil une obligation de notifier la décision d'éloignement à l'individu

[1511] Voir supra paragraphe I, section II du chapitre I de ce titre.
[1512] Voir CJCE, arrêt du 18 mai 1982, *R. Adoui contre Etat belge et ville de Liège et D. Cornuaille contre Etat belge*, aff. jtes C- 115 et 116/81, pts. 8 et 9, Rec. p. 1668, et CJCE, arrêt du 26 novembre 2002, *Ministre de l'intérieur contre Aitor Oteiza Olazabal*, aff. C- 100/01, pts. 41 et 42, Rec. I- p. 11000.
[1513] Directive n° 64/221/CEE du 25 février 1964 du Conseil 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, JO n° 56 du 4 avril 1964, p. 850.

concerné (**A**) et de lui accorder un droit de recours (**B**). Devenue inadaptée, cette directive a été abrogée par la directive 2004/38/CE du 29 avril 2004, qui reprend cette double garantie mais qui se veut plus protectrice et consacre les principales évolutions jurisprudentielles[1514].

A. La notification de la décision d'expulsion

495. Toute personne relevant de la directive n° 64/221 doit se faire communiquer la décision d'éloignement prise à son encontre et ses motifs. L'article 7 alinéa 1er de la directive dispose en effet que « *(…) la décision d'éloignement du territoire est notifiée à l'intéressé* ». A propos de la langue à utiliser, la Cour de justice des Communautés européennes a précisé que la notification devait être effectuée de manière à ce que la personne visée en saisisse non seulement le contenu mais également l'effet[1515]. L'article 6 impose, sauf raisons touchant à la sûreté de l'Etat, la communication des motifs d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique qui fondent ladite décision. La Cour a décidé que cette communication « *doit être suffisamment détaillée et précise* »[1516], ceci afin de permettre à l'intéressé de se défendre de façon utile[1517]. L'article 7 alinéa 2 prévoit que la notification doit indiquer « *le délai imparti pour quitter le territoire* ». Il est précisé que « *ce délai ne peut être inférieur à quinze jours* [si] *l'intéressé n'a pas encore (…) de titre de séjour, et à un mois dans les autres cas* »[1518].

496. La directive 2004/38 a apporté des modifications substantielles aux règles de la législation de 1964 en prenant en compte la jurisprudence de la Cour. Les décisions d'éloignement doivent toujours être notifiées, mais désormais, elles doivent l'être « *par*

[1514] 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, JOUE n° L 158 du 30 avril 2004, p. 77 ; rectificatif au JOUE n° L 229 du 29 juin 2004, p. 35 ; rectificatif au rectificatif au JOUE n° L 197 du 28 juillet 2005, p. 34. L'abrogation de la directive 64/221/CEE a pris effet à l'expiration du délai de deux ans après la date d'entrée en vigueur du nouveau texte, c'est-à-dire le 30 avril 2006.

[1515] CJCE, arrêt du 18 mai 1982, *R. Adoui contre Etat belge et ville de Liège et D. Cornuaille contre Etat belge*, aff. jtes C- 115 et 116/81, pt. 13, Rec. p. 1668 ; Conclusions de l'avocat général F. Capotorti, présentées le 16 février 1982, Rec. p. 1714.

[1516] *Ibid.*

[1517] Voir aussi CJCE, arrêt du 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur de la République française*, aff. C- 36/75, pt. 39, Rec. p. 1221 ; Conclusions de l'avocat général H. Mayras, présentées le 14 octobre 1975, Rec. p. 1237.

[1518] Sauf en cas d'urgence.

écrit » aux personnes concernées « *dans des conditions* [leur] *permettant d'en* [comprendre] *le contenu et les effets* »[1519]. Demeure inchangée l'obligation consistant à informer les personnes migrantes des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique motivant lesdites décisions[1520]. Est simplement consacrée la règle jurisprudentielle exigeant une communication à la fois précise et complète. Par contre, ces personnes doivent à présent être informées, par la notification, de la juridiction ou de l'autorité administrative devant laquelle elles ont un droit de recours, de même que du délai de recours. Dans le même temps, la notification doit indiquer le délai qui leur est laissé pour sortir du territoire de l'Etat membre d'accueil, délai qui doit, sauf s'il y a urgence, être d'au moins un mois à compter de la date de notification. Sur ce point, le législateur ne distingue plus selon que les personnes sont titulaires d'un titre de séjour ou non, et impose que l'urgence soit dûment justifiée.

497. A côté de cette première garantie qu'est la notification de la mesure d'éloignement, les deux directives en prévoient une seconde, à savoir l'ouverture d'une voie de recours.

B. Le droit à un recours effectif

498. S'agissant du droit de recours, la directive de 1964 énonce en son article 8 que « *l'intéressé doit pouvoir introduire contre la décision d'entrée, de refus de délivrance ou de refus de renouvellement du titre de séjour, ou contre la décision d'éloignement du territoire, les recours ouverts aux nationaux contre les actes administratifs* ». La CJCE rappelle de manière constante depuis son arrêt *Pecastaing* du 5 mars 1980 que cela signifie que les décisions visées par la directive sont considérées comme des « actes administratifs » et que toute personne faisant l'objet d'une de ces décisions doit avoir accès aux mêmes recours dont bénéficient les nationaux contre les actes de l'administration[1521]. Il s'ensuit qu'un Etat

[1519] Voir l'article 30 de la directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 1514.
[1520] Il est toujours possible pour l'Etat membre d'y déroger pour des motifs relevant de la sûreté de l'Etat.
[1521] CJCE, arrêt du 5 mars 1980, *Josette Pecastaing contre Belgique*, aff. C-98/79, pt. 10, Rec. p. 691 ; Conclusions de l'avocat général M. G. Reischl, présentées le 31 janvier 1980, Rec. p. 680. Voir aussi CJCE, arrêt du 18 octobre 1990, *Massam Dzodzi contre Etat belge*, aff. jtes C- 297/88 et 197/89, pt. 58, Rec. I- p. 3783; Conclusions de l'avocat général M. M. Darmon, présentées le 3 juillet 1990, Rec. I- p. 3763.

membre ne peut accorder à de telles personnes « *des recours obéissant à des procédures particulières qui offriraient de moindres garanties que celles offertes* » aux nationaux[1522]. Par conséquent, un recours doit être ouvert à tout individu « *relevant de la directive, contre toute décision susceptible de donner lieu à éloignement* », avant même son exécution[1523]. Cette obligation soulève deux questions.

499. La première est de savoir devant quelle instance nationale le recours peut être porté. L'article 8 de la directive est muet sur ce point. En réalité, cela dépend du système judiciaire de chaque Etat membre[1524]. Selon la Cour de justice, « *si dans un Etat membre, des recours contre les actes administratifs peuvent être portés devant les juridictions ordinaires, les personnes relevant du champ d'application de la directive n° 64/221 doivent être traitées de la même manière que les nationaux en ce qui concerne les possibilités de recours ouvertes devant ces juridictions contre les actes de l'administration* »[1525]. De même, si dans un Etat membre, ces juridictions ont compétence pour ordonner le sursis à exécution d'une décision administrative telle une décision d'éloignement, alors que les juridictions administratives n'ont pas ce pouvoir, ledit Etat doit permettre aux bénéficiaires de la directive d'adresser une demande de suspension aux premières « *dans les mêmes conditions que les nationaux* »[1526].

La seconde question concerne l'effet suspensif éventuel du recours juridictionnel. Statuant sur renvoi préjudiciel dans l'affaire *Royer* en 1976, la Cour de justice avait clairement établi que « *la décision d'éloignement ne saurait être exécutoire avant que l'intéressé ait été en mesure d'introduire un tel recours* »[1527]. Ainsi, les Etats membres sont tenus, avant même que la décision d'éloignement soit exécutée, non seulement de prévoir pour toute personne visée par la directive la possibilité d'agir en justice contre une telle

---

[1522] *Ibid.*
[1523] CJCE, arrêt du 5 mars 1980, *Pecastaing*, *op. cit.*, supra note n° 1521, pt. 10.
[1524] Le Professeur O. DE SCHUTTER définit le principe de l'autonomie procédurale des Etats membres comme « *le principe selon lequel l'organisation des voies de recours devant les autorités juridictionnelles des Etats membres dépend de ceux-ci uniquement, sans qu'il revienne en principe au législateur ou au juge communautaire de s'y immiscer* » : DE SCHUTTER (O.), *Vers l'Union de droit – L'amélioration de la protection juridictionnelle dans l'Union européenne comme élément du débat sur l'avenir de l'Union*, Rapport établi à la demande de l'Unité A5, « Citoyenneté, Charte des droits fondamentaux, Racisme et Xénophobie, Programme Daphné », de la DG Justice et Affaires intérieures de la Commission européenne, Université catholique de Louvain, 54 p., p. 3, http://cridho.cpdr.ucl.ac.be/Autresdocuments/Uniondedroit.fevrier2003.pdf. Voir aussi sur ce principe CJCE, arrêt du 7 juillet 1981, *Rewe*, aff. C- 158/80, Rec. I- p. 1805.
[1525] CJCE, arrêt du 5 mars 1980, *Pecastaing*, *op. cit.*, supra note n° 1521, pt. 11.
[1526] *Ibid.* Voir aussi CJCE, arrêt du 18 octobre 1990, *Dzodzi*, *op. cit.*, supra note n° 1521, pt. 59.
[1527] CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Jean-Noël Royer*, aff. C- 48/75, pt. 60, Rec. p. 497 ; Conclusions de l'avocat général H. Mayras, présentées le 10 mars 1976, Rec. p. 521.

décision, mais aussi de permettre à ces personnes de saisir effectivement le tribunal compétent. Il ne suffit pas qu'un recours juridictionnel soit possible, encore faut-il que les intéressés aient réellement les moyens de recourir à cette justice. Autrement dit, pour reprendre la formule utilisée par la Cour dans son arrêt *Pecastaing*, ils doivent avoir « *la possibilité d'accomplir les formalités nécessaires à l'introduction de* [leur] *recours* »[1528].

500. Toutefois, dans ce dernier arrêt, la Cour a refusé de reconnaître le droit pour le migrant communautaire de se trouver sur le territoire de l'Etat membre d'accueil « *pendant toute la durée du procès* », car si ce migrant pouvait « *suspendre unilatéralement, par l'introduction d'un recours, la mesure prise à son égard* », cela irait à l'encontre de « *l'objectif de la directive qui est de concilier les besoins de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique avec les garanties devant être assurées aux personnes concernées par ces mesures* »[1529]. Il apparaît clairement que la Cour restreint la protection juridictionnelle du migrant communautaire. Pourtant, sa jurisprudence *Royer* laissait entendre que le migrant devait pouvoir jouir de l'issue éventuellement positive du recours et semblait de ce fait exclure l'exécution de la décision d'éloignement avant la fin du procès. En effet, la Cour avait estimé aux points 55 et 56 que les Etats membres devaient faire en sorte que « *toute personne frappée par une mesure restrictive de ce genre* [doit être assurée de] *la jouissance effective de la sauvegarde que constitue, pour elle, l'exercice de ce droit de recours* » et que « *cette garantie deviendrait (…) illusoire si les Etats membres pouvaient, par l'exécution immédiate d'une décision d'éloignement, priver l'intéressé de la possibilité de faire fruit, utilement, des moyens de recours dont la jouissance lui est garantie (…)* »[1530]. Elle avait alors conclu sans grande équivoque qu' « *une décision d'éloignement ne saurait être exécutée, sauf urgence dûment justifiée, (…) avant que l'intéressé ait été en mesure <u>d'épuiser</u> les recours dont l'exercice lui est assuré par les articles 8 et 9 de la directive (…)* »[1531]. Il semble donc que l'arrêt *Pecastaing* ait constitué un recul significatif par rapport à la jurisprudence *Royer*.

Par ailleurs, dans l'affaire *Pecastaing*, le problème de compatibilité de l'absence d'un effet suspensif obligatoire du recours introduit à l'encontre d'une mesure d'éloignement avec l'article 6 de la Conv.EDH avait également été porté devant la Cour. En somme, était posée la

[1528] CJCE, arrêt du 5 mars 1980, *Pecastaing*, *op. cit.*, supra note n° 1521, pt. 12.
[1529] *Ibid.*
[1530] CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Royer*, *op. cit.*, supra note n° 1527, pts. 55 et 56.
[1531] Nous soulignons, *id.*, pt. 62.

question de savoir si une telle absence équivalait à l'absence d'un procès équitable. La Cour avait estimé que la directive 64/221 répond à l'exigence du "procès équitable" telle que « *formulée par l'article 6 de la Convention européenne, à tout le moins en ce qui concerne le régime des recours juridictionnels visés à l'article 8 de la directive* »[1532]. Cette interprétation est si vague qu'elle montre que la Cour avait clairement refusé de régler la question.

501. La directive n° 64/221 poursuit à l'article 9 § 1 qu' « *en l'absence de possibilités de recours juridictionnels ou si ces recours ne portent que sur la légalité de la décision ou s'ils n'ont pas effet suspensif, (…) la décision d'éloignement du territoire d'un porteur d'un titre de séjour n'est prise par l'autorité administrative, à moins d'urgence, qu'après avis donné par une autorité compétente du pays d'accueil devant laquelle l'intéressé doit pouvoir faire valoir ses moyens de défense et se faire assister ou représenter dans les conditions de procédure prévues par la législation nationale (…)* ». Le texte précise que l' « autorité compétente » ne doit pas être celle habilitée à prendre la décision d'éloignement.

Il y a lieu de rappeler que cette directive, qui vise les travailleurs communautaires ayant exercé leur droit à la libre circulation, s'applique également, en vertu de son article 1er, paragraphe 2, « *au conjoint et aux membres de la famille qui répondent aux conditions des règlements et directives pris dans ce domaine en exécution du traité* ». Aussi, selon la Cour de justice, le ressortissant d'un pays tiers conjoint d'un citoyen européen, qui remplit les conditions pour relever de la directive 64/221 « *bénéficie des garanties procédurales minimales prévues à l'article 9 de cette directive, même s'il ne dispose pas d'un document d'identité ou si, étant soumis à l'obligation de visa, il est entré sur le territoire de l'Etat membre sans visa ou s'y est maintenu après l'expiration de son visa* »[1533]. Si lesdites garanties ne pouvaient s'appliquer au motif que l'intéressé est entré ou se trouve illégalement sur le territoire de l'Etat membre d'accueil, elles seraient privées de leur effet utile. Les dispositions de l'article 9 ont dès lors un large champ d'application personnel[1534].

[1532] CJCE, arrêt du 5 mars 1980, *Pecastaing*, *op. cit.*, supra note n° 1521, pt. 22.

[1533] CJCE, arrêt du 25 juillet 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) contre Etat belge*, aff. C- 459/99, pt. 102, Rec. I- p. 6630 ; Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, présentées le 13 septembre 2001, Rec. I- p. 6595.

[1534] La Commission envisageait une interprétation plus restrictive puisqu'elle conditionnait le bénéfice de la protection accordée par l'article 9 § 2 de la directive 64/221 pour les étrangers ne disposant pas de document d'identité à l'établissement de la qualité de "conjoint d'un ressortissant d'un Etat membre" : *cf.* l'arrêt précité pts. 98 et 99.

502. Que se passe t-il si le ressortissant d'un Etat membre est menacé d'expulsion alors qu'il n'est pas tenu d'être en possession d'un titre de séjour pour pouvoir résider dans un autre Etat membre ? Les dispositions de l'article 9 § 1 trouvent-elles à s'appliquer ? Car cet article vise bien "la décision d'éloignement d'un porteur d'un titre de séjour". Tel fut le problème ainsi posé à la Cour dans une affaire concernant un ressortissant irlandais expulsé du Royaume-Uni parce que lié à des activités terroristes en rapport avec les affaires d'Irlande du Nord. Selon une jurisprudence constante de la Cour, la liberté de circulation des personnes doit être interprétée de manière favorable aux ressortissants communautaires. Le juge communautaire a donc logiquement fait une interprétation large du paragraphe 1 de l'article 9 de la directive 64/221 et décidé que celui-ci s'adresse en réalité aux ressortissants « *d'un Etat membre qui séjourne*[nt] *déjà légalement sur le territoire d'un autre Etat membre* »[1535], à savoir non seulement les titulaires d'un titre de séjour, mais aussi les citoyens qui, selon la législation de l'Etat d'accueil, ne sont pas tenus d'avoir un tel titre. Autrement dit, l'article 9§1 s'applique aux décisions d'expulsion des ressortissants des Etats membres qui résident légalement dans un Etat membre d'accueil, même s'ils n'ont pas pour obligation de posséder un titre de séjour.

503. Le paragraphe 1 de cet article 9 confère aux ressortissants communautaires en séjour régulier dans un Etat membre des garanties procédurales minimales dans trois situations. La CJCE a expliqué dans son arrêt *Pecastaing* que, soit l'intervention d'une « autorité compétente » doit pallier l'impossibilité pour la personne concernée de pouvoir saisir une juridiction, soit cette intervention doit permettre l'examen exhaustif de la situation en cause, « *y compris l'opportunité de la mesure envisagée, avant que la décision soit définitivement arrêtée* », soit pareille intervention doit permettre à l'intéressé de demander, et éventuellement d'obtenir, le sursis à exécution de l'éloignement envisagé, à défaut pour lui de se le voir accorder par une autorité judiciaire[1536].

Cette interprétation est confirmée dans l'arrêt *Commission contre Pays-Bas* de la CJCE en date du 7 juin 2007, aff. C- 50/06, pts. 35 et 36.

[1535] CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, *The Queen contre Secretary of State for the Home Department, ex parte John Gallagher*, aff. C- 175/94, pt. 14, Rec. I- p. 4268 ; Conclusions de l'avocat général M. M. B. Elmer présentées le 12 octobre 1995, Rec. I- p. 4255. Sur cet arrêt, voy. le commentaire de LUBY (M.), *in* « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la CJCE », JDI, avril-mai-juin 1997, n° 2, pp. 479-637, sp. pp. 536-538.

[1536] CJCE, arrêt du 5 mars 1980, *Pecastaing*, *op. cit.*, supra note n° 1521, pt. 15.

Au sujet de la seconde hypothèse, et plus particulièrement de l'examen exhaustif des faits et circonstances, la Cour a jugé que n'était pas compatible avec l'article 9 § 1 la réglementation nationale consistant à limiter le contrôle des expulsions projetées à « *une vérification approfondie du droit matériel dans les délais* »[1537]. Il appartient aux autorités nationales compétentes « *d'examiner l'opportunité des mesures d'expulsion* »[1538].

504. C'est encore dans ce sens que la CJCE rend l'arrêt *Dörr et Ünal* le 2 juin 2005[1539]. La juridiction communautaire est interrogée sur la compatibilité de la protection juridique prévue par le droit autrichien avec les exigences de la directive 64/221 dans une affaire concernant, d'une part, un ressortissant allemand condamné à plusieurs mois de prison pour escroquerie aggravée et frappé d'une interdiction de séjour de dix ans, et d'autre part, un ressortissant turc condamné plusieurs fois à des amendes et frappé d'un ordre d'expulsion. Le droit administratif procédural national permet seulement aux juridictions compétentes de statuer sur la légalité des actes administratifs attaqués et ne prévoit pas l'intervention d'une autorité compétente au sens de l'article 9 de la directive. La CJCE estime en conséquence que ce droit « *ne permet pas d'assurer aux ressortissants d'autres Etats membres auxquels est opposée une décision mettant fin à leur séjour sur le territoire autrichien la garantie d'un examen exhaustif de l'opportunité de la mesure envisagée et ne satisfait donc pas aux exigences d'une protection suffisamment efficace* »[1540].

505. Les trois hypothèses envisagées au paragraphe 1 de l'article 9 « *s'appliquent également dans le cadre du paragraphe 2 de cette disposition* »[1541]. Ce second paragraphe s'adresse aux personnes qui se voient refuser la délivrance d'un premier titre de séjour, ainsi qu'à celles à l'encontre desquelles est adoptée une mesure d'éloignement avant qu'un titre de séjour ne leur ait été délivré. Il pallie les insuffisances des recours juridictionnels en assurant à ces personnes une garantie procédurale minimale. La personne concernée doit donc avoir le droit de saisir l'"autorité compétente" en vue d'un contrôle, et, à cette occasion, se défendre personnellement, sauf si elle en est empêchée pour des raisons de sûreté de l'Etat. Les Etats

[1537] CJCE, arrêt du 29 avril 2004, *Georgios Orfanopoulos et autres, et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg*, aff. jtes C- 482/01 et C- 493/01, pt. 109, Rec. I- p. 5295 (Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl, présentées le 11 septembre 2003, Rec. I- p. 5262).
[1538] *Id.*, pt. 112.
[1539] CJCE, arrêt du 2 juin 2005, *G. Dörr et I. Ünal*, aff. C-136/03, Rec. I- p. 4779.
[1540] *Id.*, pt. 47.

membres sont libres de choisir les modalités de saisine ; celle-ci peut être effectuée par l'intéressé lui-même[1542]. A la différence du paragraphe 1er, qui s'adresse aux titulaires d'un titre de séjour contre lesquels une autorité administrative ne peut pas prendre une décision d'éloignement ou refuser le renouvellement d'un tel titre avant avis d'une autre autorité, le paragraphe 2 vise des personnes qui sont déjà frappées par une décision administrative restrictive. Les migrants en possession d'un titre de séjour sont donc mieux protégées que ceux n'en ayant pas. N'est-on pas là en présence d'une discrimination ? Cette différence ne semble pas préoccuper la Cour, ni l'avocat général M. Elmer qui, dans l'affaire *Gallagher*, souligne la spécificité du paragraphe 2 de l'article 9 par rapport à son paragraphe 1er en ce que justement « *dans les situations visées au paragraphe 1, l'avis* [de l'autorité compétente] *doit précéder l'adoption de la décision* [d'expulsion] », tandis que dans celles visées au paragraphe 2, « *l'avis est recueilli après l'adoption de la décision et uniquement à la demande de la personne concernée (…)* »[1543].

506. Le libellé de l'article 9 ne prévoit pas de garanties particulières contre la décision de refus d'entrée. En vertu de l'article 8, l'intéressé doit pouvoir introduire contre cette décision les mêmes recours que ceux qui sont mis à la disposition des nationaux contre les actes administratifs. Mais bénéficie-t-il des garanties minimales posées à l'article 9 s'il ne lui est pas ouvert un recours juridictionnel suspensif ? Selon la Cour, dans l'arrêt *Yiadom*, une réponse négative se justifie si le ressortissant communautaire « *ne se trouve pas physiquement sur le territoire d'un Etat membre* » et ne peut dès lors se défendre personnellement devant l'autorité compétente[1544]. Toutefois, la Cour juge que si la personne est admise à titre temporaire sur le territoire d'un Etat membre, en attendant que la décision la concernant soit adoptée, et s'y trouve donc physiquement, la mesure prise à son encontre peut ne pas être qualifiée de "décision d'entrée" au sens de l'article 8 de la directive 64/221, de sorte qu'en l'absence d'un recours juridictionnel suspensif la personne concernée a droit aux garanties procédurales de l'article 9 de ladite directive[1545]. Pour cela il faut, comme dans l'affaire au

---

[1541] CJCE, arrêt du 17 juin 1997, *Singh Shingara et Abbas Radiom*, aff. jtes. C-65/95 et C-111/95, pt. 37, Rec. I- p. 3376.
[1542] CJCE, arrêt du 18 mai 1982, *Adoui et Cornuaille*, *op. cit.*, supra note n° 1515, pt. 17.
[1543] CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, *The Queen contre Secretary of State for the Home Department, ex parte John Gallagher*, *op. cit.*, supra note n° 1535, pt. 20 ; Conclusions de l'avocat général M. M. B. Elmer présentées le 12 octobre 1995, Rec. I- p. 4255.
[1544] CJCE, arrêt du 9 novembre 2000, *Nana Yaa Konadu Yiadom*, aff. C- 357/98, pt. 34, Rec. I- p. 9285 ; Conclusions de l'avocat général M. P. Léger présentées le 30 mars 2000, Rec. I- p. 9267.
[1545] *Id.*, pt. 38.

principal, qu'une longue période ait séparé le moment de l'entrée physique de l'intéressé dans l'Etat membre et la décision refusant l'entrée. Afin d'éviter que les Etats membres ne prévoient pas de recours juridictionnel à caractère suspensif, ni n'autorisent l'exercice d'un emploi pendant la durée du recours, la Cour ne prend pas en compte dans la qualification de ladite décision le temps écoulé entre cette dernière et l'issue du recours[1546].

Quelle est alors la qualification à donner à une telle décision au sens de la directive 64/221 ? La personne visée est dépourvue de titre de séjour. Si la décision ne concerne pas l'"entrée", alors elle a pour objet le refus de délivrance d'un titre de séjour et l'éloignement avant délivrance d'un tel titre. Il résulte de cette analyse qu'au sens de l'article 8, une décision de refus d'entrée prise par un Etat membre contre un ressortissant communautaire autorisé à y demeurer temporairement dans l'attente de cette décision est en réalité une décision de refus d'un titre de séjour et donc d'éloignement lorsqu'un long délai s'est écoulé entre l'admission de ce ressortissant et la notification de la décision. L'intéressé jouit dès lors des garanties de l'article 8. A défaut de recours juridictionnel suspensif, il bénéficie de celles organisées au paragraphe 2 de l'article 9.

507. L' "autorité compétente" prévue à l'article 9 de la directive 64/221 n'a pas à être nécessairement une juridiction, ni même être composée de magistrats[1547]. Ses membres ne doivent pas obligatoirement être nommés « *pour une période déterminée* »[1548]. Le juge communautaire exige que l'autorité soit "indépendante". Selon lui, les Etats membres sont libres de la désigner[1549]. Il peut s'agir d'une « *autorité publique indépendante de l'autorité administrative appelée à prendre* [une mesure d'expulsion], *organisée de manière à ce que l'intéressé ait le droit de se faire représenter et de faire valoir ses moyens de défense devant elle* »[1550]. L'important est donc que l'intéressé puisse se défendre conformément aux règles fixées par la directive, et que l'autorité agisse en toute indépendance et ne puisse pas faire l'objet d'un contrôle de la part de l'autorité ayant compétence pour adopter la mesure

[1546] *Id.*, pts. 42 et 43.
[1547] CJCE, arrêt du 18 mai 1982, *Adoui et Cornuaille*, *op. cit.*, supra note n° 1515, pt. 16. Voy. Aussi CJCE, arrêt du 18 octobre 1990, *Dzodzi*, *op. cit.*, supra note n° 1521, pt. 65.
[1548] *Ibid.*
[1549] CJCE, arrêt du 22 mai 1980, *Regina et Secrétaire d'Etat aux affaires intérieurs*, aff. 131/79, pt. 19, Rec. p. 1631 ; Conclusions de l'avocat général J.-P. Warner, présentées le 27 février 1980, Rec. p. 1585.
[1550] CJCE, arrêt du 29 avril 2004, *Orfanopoulos*, *op. cit.*, supra note n° 1537, pt. 114.

restrictive[1551]. Par ailleurs, l'avis donné par l'autorité compétente doit être dûment notifié à la personne concernée [1552].

508. Dans l'affaire *Dzodzi*, s'est posée la question de savoir si cette autorité pouvait prendre des mesures conservatoires en matière de séjour avant que ne soit exécutée la mesure d'éloignement. La directive ne prévoit rien à ce sujet et la Cour ne va pas reconnaître l'obligation pour les Etats membres de mettre en place des autorités ayant compétence pour prendre de telles mesures conservatoires[1553]. La Cour va simplement rappeler que l' « autorité compétente » doit, sauf en cas d'urgence, donner son avis avant l'exécution de la décision d'éloignement[1554]. Cette exigence a pour but d'assurer l'effet utile de l'article 9[1555]. Une fois l'avis rendu, ladite décision peut être prise et exécutée. Cependant, la juridiction communautaire ne va pas manquer d'insister sur le droit consistant pour la personne visée par la mesure d'éloignement de « *séjourner sur le territoire de l'Etat membre le temps nécessaire pour introduire le recours qui lui est ouvert en vertu de l'article 8 de la directive* »[1556].

509. En définitive, il découle du libellé et de l'interprétation par la Cour de justice des articles 8 et 9 de la directive n° 64/221 que les Etats membres n'ont pas pour obligation de garantir aux personnes visées par celle-ci un recours préalable à l'exécution de l'éloignement devant une juridiction statuant en urgence et compétente pour prendre des mesures conservatoires. La CJCE peut paraître peu audacieuse quant à l'étendue des garanties juridictionnelles.

510. Dans ses conclusions du 26 novembre 1996 pour les affaires jointes *Shingara et Radiom*, l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer a ainsi dénoncé le texte même de l'article 9§1

[1551] CJCE, arrêt du 18 mai 1982, *Adoui et Cornuaille*, *op. cit.*, supra note n° 1515, pt. 16 et CJCE, arrêt du 18 octobre 1990, *Dzodzi*, *op. cit.*, supra note n° 1521, pt. 65. Dans *Adoui et Cornuaille*, la Cour juge que les membres de l' « autorité compétente » peuvent être rémunérés à partir du budget accordé pour l'autorité administrative habilitée à prendre des mesures prévues par la directive 64/221, et son secrétariat peut être « *assuré par un fonctionnaire appartenant à la même administration* ».
[1552] CJCE, *Adoui et Cornuaille*, pt. 18 ; *Dzodzi*, pt. 64.
[1553] CJCE, *Dzodzi*, pts. 66 et 69.
[1554] Voir CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Royer*, *op. cit.*, supra note n° 1527, pt. 61 ; CJCE, arrêt du 5 mars 1980, *Pecastaing*, *op. cit.*, supra note n° 1521, pt. 17 et CJCE, arrêt du 18 octobre 1990, *Dzodzi*, *op. cit.*, supra note n° 1521, pt. 66.
[1555] CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Royer*, *op. cit.*, supra note n° 1527, pts. 56 et 61.
[1556] CJCE, arrêt du 18 octobre 1990, *Dzodzi*, *op. cit.*, supra note n° 1521, pt. 66.

de la directive de 1964 et tout spécialement les trois hypothèses qui y sont mentionnées[1557]. Tout d'abord, il considère inacceptable, vu le droit communautaire actuel, qu'il soit admis que des décisions administratives touchant à la libre circulation des personnes puissent ne pas être soumises à un contrôle juridictionnel[1558]. Dans un premier temps, R.-J. Colomer démontre que cette hypothèse est apparue en décalage par rapport à l'évolution de la jurisprudence. Il souligne en effet que la directive de 1964 est inadaptée aux progrès apportés par la jurisprudence de la Cour de justice qui a notamment jugé en 1987 que « *l'existence d'une voie de recours de nature juridictionnelle contre toute décision d'une autorité nationale refusant le bénéfice* [du droit fondamental à la libre circulation des travailleurs] *est essentielle pour assurer au particulier la protection effective de son droit* »[1559]. Plus généralement, la Cour a rappelé à plusieurs reprises que « *l'exigence d'un contrôle juridictionnel de toute décision d'une autorité nationale constitue un principe général de droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et qui a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme* »[1560]. Du constat de ce décalage entre la législation et la jurisprudence, l'avocat général en déduit que la directive « *rend possible d'"abaisser" la garantie de procédure minimum puisque son article 9 permet qu'il n'existe pas de recours juridictionnel contre les décisions d'expulsion adoptées par les autorités administratives nationales, à la seule condition qu'elles le fassent après avoir entendu l'avis d'une autre autorité nationale, avis par lequel elles ne sont, du reste, pas liées* »[1561].

Ensuite, l'avocat général estime inadmissible que des décisions administratives puissent ne pas être examinées au fond. Les personnes concernées ont droit à un recours juridictionnel et à ce que celui-ci soit effectif. Un recours non effectif serait inopérant. R.-J. Colomer considère que tel serait le cas d'un recours juridictionnel limité « *aux aspects*

[1557] Conclusions de l'avocat général M. R.-J. Colomer, présentées le 26 novembre 1996, aff. jtes. *Shingara et Radiom*, C-65/95 et C-111/95, Rec. I- p. 3343. Cette critique de l'avocat général est partagée par la doctrine et est rappelée dans l'étude suivante : ILIOPOULOU (A.), *Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille : la directive 2004/38/CE*, RDUE, 2004, n° 3, pp. 523-557, p. 552.
[1558] Pt. 68 des conclusions, *ibid*.
[1559] Pt. 74 des conclusions. L'avocat général cite le point 14 de l'arrêt *Heylens* : CJCE, arrêt du 15 octobre 1987, *Unectef contre G. Heylens et autres*, aff. C- 222/86, Rec. p. 4112 (Conclusions de l'avocat général M. G. F. Mancini, présentées le 18 juin 1987, Rec. p. 4106).
[1560] Pt. 71 des conclusions. L'avocat général renvoie ici aux arrêts *Heylens* (*loc. cit.*), *Johnston* (CJCE, arrêt du 15 mai 1986, *M. Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. C- 222/84, Rec. p. 1663 ; Conclusions de l'avocat général M. Darmon, présentées le 28 janvier 1986, Rec. p. 1654), et *Borelli* (CJCE, arrêt du 3 décembre 1992, *Oleificio Borelli contre Commission*, aff. C-97/91, Rec. I- p. 6313).
[1561] Pt. 77 des conclusions.

strictement externes des décisions relatives au droit d'accès des étrangers au territoire national ou à leur expulsion et qui empêcherait ainsi les juridictions d'examiner le fond du litige, c'est-à-dire la conformité de la décision avec le principe de proportionnalité (…) »[1562]. Il convient donc de permettre au juge de procéder à un examen complet de la décision administrative qu'il est amené à contrôler.

Enfin, l'avocat général analyse la troisième et dernière hypothèse visée par l'article 9 de la directive, à savoir l'absence possible d'un recours suspensif. Il met en exergue la différence de formulation de cette hypothèse qui existe entre les versions linguistiques. Selon la version anglaise, « *le recours juridictionnel ne peut pas avoir d'effet suspensif* »[1563]. D'après les autres versions, le recours peut avoir un tel effet mais pas obligatoirement. L'avocat général opte pour l'interprétation la plus conforme aux buts du traité et aux principes généraux du droit de l'Union et affirme que « *l'expression en cause du paragraphe 1 de l'article 9 ne peut se référer qu'aux règles de procédure qui, sans interdire que les recours juridictionnels aient des effets suspensifs, n'exigent pas davantage qu'ils en aient nécessairement* »[1564]. Dès lors, si un tel effet n'est pas obligatoire, il doit au moins être possible. L'avocat général explique que cette interprétation de l'article 9 § 1 serait d'ailleurs parfaitement « *conforme au droit communautaire* [qui] *(…) n'impose pas l'obligation, mais la simple possibilité, que de tels recours aient un effet suspensif* »[1565]. En outre, il considère que « *la juridiction compétente doit pouvoir, à titre conservatoire, suspendre l'exécution des décisions entreprises, voire même adopter des mesures positives pour régler provisoirement la situation de l'intéressé* »[1566]. La Cour de justice a déjà estimé en 1991 que les juridictions nationales peuvent, en cas d'urgence, accorder un sursis à exécution d'un acte administratif national pris en application du droit communautaire dérivé[1567].

511. Il s'avère que l'absence d'un recours juridictionnel, ou l'absence d'un recours permettant un contrôle d'opportunité de la décision litigieuse ou l'absence d'un recours à effet suspensif ouvre le droit à la garantie procédurale de l'article 9 de la directive de 1964. Or, il

---

[1562] Pt. 85 des conclusions.
[1563] Pt. 92 des conclusions. « *where the appeal cannot have suspensory effect* ».
[1564] Pt. 96 des conclusions.
[1565] Pt. 97 des conclusions.
[1566] Pt. 102 des conclusions.
[1567] CJCE, arrêt du 21 février 1991, *Zuckerfabrik contre Hauptzollamt*, aff. jtes. C-143/88 et C-92/89, Rec. I-p. 415.

est vrai que cette garantie minimale, qu'est la possibilité pour l'intéressé d'obtenir l'avis d'une autorité indépendante avant que l'autorité administrative compétente puisse prendre une décision d'éloignement, remplace difficilement un contrôle juridictionnel.

512. L'un des buts premiers du droit communautaire est de garantir et de favoriser l'exercice des libertés de circulation, lesquelles ne peuvent donc être que strictement limitées. La protection de ces libertés doit être maximale. Dès lors, selon la thèse de l'avocat général R.-J. Colomer, toute décision d'éloignement devrait pouvoir être examinée au fond par une juridiction ayant compétence pour prendre des mesures provisoires de conservation. Mais dans son arrêt du 17 juin 1997, la Cour de justice saisie de questions préjudicielles sur le droit de recours de deux ressortissants communautaires frappés d'expulsion de Grande-Bretagne, ne s'est pas prononcée sur ces interrogations[1568].

513. Bien qu'elle ait reconnu dans ses arrêts *Johnston* et *Heylens* le caractère fondamental du droit à un recours effectif et considéré le respect de ce droit comme faisant partie des principes généraux du droit[1569], la Cour de justice est demeurée fidèle à l'esprit des articles 8 et 9 de la directive de 1964 ; or, peut-on réellement le lui reprocher ? Il appartient au législateur lui-même de modifier un dispositif devenu inapproprié.

514. Le premier apport apparaît en droit positif dans les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Sauf à interdire les expulsions collectives, la Charte ne contient pas de garanties procédurales spécifiques en cas d'éloignement. Dans l'exposé des motifs de l'un des projets de cette Charte, il était précisé que « *les dispositions de l'article 1 du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme relatives aux garanties procédurales en cas d'expulsion n'ont pas été reprises car la plupart des Etats membres n'ont pas signé ou ratifié ce protocole* [et que] *de toute façon,* [concernant les réfugiés] *la Convention de Genève contient des garanties en ce domaine* »[1570]. La Charte consacre

[1568] CJCE, arrêt du 17 juin 1997, *Shingara et Radiom*, *op. cit.*, supra note n° 1541. Pour un résumé de cette décision, voy. note BOUTARD-LABARDE (M.-C), *in* « Chronique Communauté européenne – Droit communautaire », JCP, La semaine juridique Édition générale, 4 février 1998, n° 6, I 109, pp. 230-234, sp. p. 233 ; ou encore BISCHOFF (J.-M.) et HUET (A.), *in* « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », JDI, avril-mai-juin 1998, n° 2, pp. 463-586, sp. pp. 505-507.
[1569] CJCE, arrêt du 15 mai 1986, *Johnston*, *op. cit.*, supra note n° 1560, pt. 18, et CJCE, arrêt du 15 octobre 1987, *Heylens*, *op. cit.*, supra note n° 1559, pt. 14.
[1570] Voir exposé des motifs du projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, 11 mai 2000, Doc. Charte 4284/1/00, REV 1/convent 28.

toutefois la jurisprudence *Johnston* et *Heylens* de la Cour de justice des Communautés européennes. En effet, elle prévoit en son article 47 le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial. L'alinéa 1 de cet article dispose que « *toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal (…)*». Dans ses explications, le Présidium a précisé que cet alinéa est fondé sur l'article 13 de la Conv.EDH qui garantit un droit à un recours effectif devant une instance nationale[1571]. Mais l'alinéa 1er prévoit une protection plus large car il garantit un recours effectif devant une juridiction.

L'alinéa 2 de l'article 47 énonce que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter* ». Ce libellé ne va pas s'en rappeler l'article 6 de la Conv.EDH. Cependant, dans le droit de l'Union, le droit d'accès à un tel tribunal n'est pas limité aux contestations sur les droits et obligations de caractère civil ou aux accusations en matière pénale.

515. Récemment, le législateur est intervenu pour mettre fin à l'application des articles 8 et 9 de la directive de 1964. La directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Conseil et du Parlement européen abroge ainsi la directive de 1964 et renforce de manière significative les garanties procédurales[1572]. Elle prend en compte la majeure partie des critiques qui ont été formulées à propos des articles 8 et 9 de l'ancienne législation. L'accès à une juridiction est à présent garanti. L'absence de possibilités de recours juridictionnels, tolérée jusqu'alors, n'est donc plus admise. En effet, le paragraphe 1er de l'article 31, article qui organise le droit de recours juridictionnel, donne accès pour les intéressés « *aux voies de recours juridictionnelles et, le cas échéant, administratives dans l'Etat membre d'accueil pour attaquer une décision prise à leur encontre (…)* ». S'il y a lieu, le recours administratif est par conséquent possible, en plus du recours juridictionnel. Cette règle nouvelle est d'une grande importance, d'autant plus qu'à l'origine, la Commission ne s'était pas clairement exprimée sur le droit à un recours

[1571] Voir l'exposé des motifs par le Présidium des dispositions du projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 28 juillet 2000, Doc. Charte 4422/00, convent 45.
[1572] Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 1514.

juridictionnel dans tous les cas[1573]. Tout en affirmant qu' « *En toute circonstance, un recours juridictionnel doit être ouvert au citoyen de l'Union et aux membres de sa famille* », l'Institution avait prévu à l'article 29 § 1 de sa proposition de directive qu' « *en cas (…) d'éloignement, (…) pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, l'intéressé a accès aux voies de recours administratives et juridictionnelles dans l'État membre d'accueil* »[1574]. La Commission modifia cette disposition et formula clairement qu'« *il doit toujours y avoir un recours juridictionnel et un recours administratif est également possible s'il est prévu par l'Etat membre d'accueil (par exemple avant de pouvoir introduire un recours juridictionnel)* »[1575].

516. Le recours juridictionnel est simplifié et amélioré. Il a pour but le contrôle de la légalité de la décision et l'examen des faits et circonstances ayant motivé la mesure prévue. En ce qui concerne l'éloignement, l'article 31 § 2 prévoit la suspension de l'exécution de l'éloignement du territoire tant qu'il n'a pas été statué sur la demande de sursis à exécution de la décision d'éloignement. A l'origine, la Commission n'avait envisagé cette suspension de l'expulsion que comme une possibilité laissée à l'appréciation du juge national. Celui-ci aurait pu ordonner pareille suspension jusqu'à ce qu'il ait statué s'il jugeait « *prima facie la décision injustifiée* » alors même que le droit national n'aurait pas prévu le caractère suspensif du recours[1576]. La Commission avait jugé qu'un recours suspensif automatique entrainerait des abus. Sur invitation du Parlement européen, la Commission a toutefois reconnu un effet suspensif de principe des recours juridictionnels dans sa proposition modifiée. L'article 29 § 3 de cette dernière se lit alors comme suit : « *lorsque le recours introduit contre une décision d'éloignement du territoire est accompagné d'une demande de suspension de cette mesure, l'éloignement effectif du territoire n'a pas lieu tant qu'il n'aura pas été statué sur cette demande* »[1577]. Dans ses explications, la Commission affirme que « *les Etats sont tenus de reconnaître à leurs juridictions la compétence de faire droit à une demande de suspension de*

[1573] Remarque partagée par ILIOPOULOU (A.), *Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union…*, *op. cit.*, supra note n° 1557, p. 553, note 151.
[1574] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2001 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, COM(2001) 257 final, JOCE n° 270 E du 25 septembre 2001, p. 150.
[1575] Amendement 83, Proposition modifiée de directive du 15 avril 2003 du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, COM(2003) 199 final.
[1576] Article 29 § 3 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2001, *loc. cit.*
[1577] Proposition modifiée de directive du 15 avril 2003 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 1575.

la mesure d'éloignement du territoire » et qu'à cet effet, « *une procédure en référé doit (…) être possible* »[1578]. Pareille procédure devrait être « *efficace et rapide, car dans l'attente d'une décision du juge sur la demande de suspension, la mise à exécution de l'ordre de quitter le territoire est suspendue* »[1579]. Les Etats n'auraient cependant pas pour obligation de garantir « *un effet suspensif au recours jusqu'à la décision au fond sur la légalité de la mesure d'éloignement* »[1580].

517. Le Conseil a admis cette suspension de principe. L'article 31 § 2 de la directive 2004/38 prévoit donc que si le recours contre la décision d'éloignement est assorti d'une demande en référé ayant pour objet la suspension de l'exécution de ladite décision, alors il ne peut être procédé à l'éloignement effectif tant qu'une ordonnance de référé n'a pas été rendue. Des exceptions sont néanmoins prévues à cette interdiction d'éloignement effectif « *lorsque la décision se fonde sur une décision judiciaire antérieure, ou lorsque les personnes concernées ont eu auparavant accès à un recours juridictionnel, ou lorsque la décision se fonde sur des motifs impérieux de sécurité publique (…)* »[1581]. Ces exceptions ajoutées par le Conseil ont été acceptées par la Commission, laquelle a considéré que l'objectif principal de la disposition, qui est de garantir au citoyen migrant un droit de recours effectif contre son expulsion avant que celle-ci ne soit exécutée, est préservé[1582]. Mais, si l'exception de sécurité publique est légitime, les deux autres ne paraissent pas suffisantes pour justifier que l'intéressé soit éloigné.

518. Alors que la directive n° 2004/38 n'a toujours pas pris effet mais est entrée en vigueur, la Cour reprend, dans son arrêt *Dörr et Ünal* du 2 juin 2005, le libellé de sa jurisprudence *Royer* concernant l'effet suspensif du recours. En particulier, la Cour reformule plus clairement les termes du point 56 de cette dernière[1583] et affirme que les Etats membres ne doivent pas pouvoir, « *par l'exécution immédiate d'une (…) décision* [d'éloignement], *priver l'intéressé de la possibilité de bénéficier du succès des moyens invoqués dans son*

[1578] *Ibid.*
[1579] *Ibid.*
[1580] *Ibid.*
[1581] Directive n° 2004/38/CE du 29 avril 2004 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 1514.
[1582] Voir Communication du 30 décembre 2003 de la Commission au Parlement européen conformément à l'article 251 § 2 alinéa 2 du traité CE concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, SEC/2003/1293 final, COD 2001/0111.

recours »[1584]. Cette exigence d'un recours juridictionnel à effet suspensif automatique rend insuffisante la règle nationale consistant pour les juridictions compétentes à pouvoir ordonner systématiquement la suspension de la décision d'éloignement. Qui dit effet suspensif, dit effet suspensif automatique[1585]. En l'absence d'un tel recours suspensif et pour satisfaire aux obligations découlant de la directive 64/221, doit être prévue l'intervention d'une « autorité compétente ». En effet, selon la Cour « *il est incontestable qu'une réglementation d'un Etat membre qui ne confère pas d'effet suspensif aux recours juridictionnels portant sur les décisions mettant fin au séjour de ressortissants d'autres Etats membres n'est pas conforme aux exigences de la directive 64/221, à moins que ne soit instituée une autorité compétente au sens de l'article 9, paragraphe 1, de cette directive* »[1586]. Or, en l'occurrence, la réglementation nationale n'a pas mis en place une telle autorité.

519. Sur la comparution personnelle, l'article 31 § 4 de la directive 2004/38 donne le droit à l'intéressé de présenter en personne ses moyens de défense. Toutefois, le Conseil a introduit des exceptions lorsque la comparution « *risque de provoquer des troubles graves à l'ordre et à la sécurité publics* » ou lorsque la décision litigieuse est un refus d'entrer ou un refoulement.

520. Par ailleurs, il faut noter que la saisine d'une autorité indépendante, devant laquelle l'intéressé pouvait faire valoir ses moyens de défense, notamment à défaut de recours juridictionnel suspensif, est supprimée malgré la proposition contraire de la Commission[1587].

A l'article 25 § 5 bis de sa proposition modifiée, la Commission avait posé, pour insister sur la caractère exceptionnel des mesures d'éloignement, l'obligation pour les Etats membres de l'Union de lui notifier toute décision d'éloignement prise contre un ressortissant communautaire ou un membre de sa famille[1588]. Le Conseil n'a pas accepté cette disposition au motif qu'une telle procédure serait trop lourde pour les Etats ainsi que pour la

---

[1583] CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Royer*, *op. cit.*, supra note n° 1527, pt. 56.
[1584] CJCE, arrêt du 2 juin 2005, *Dörr et Ünal*, *op. cit.*, supra note n° 1539, pt. 49.
[1585] *Id.*, pt. 51.
[1586] *Id.*, pt. 50.
[1587] Voir l'article 29 § 2 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2001, *op. cit.*, supra note n° 1574.
[1588] Proposition modifiée de directive du 15 avril 2003 du Parlement européen et du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 1575.

Commission, et qu'elle n'apporterait aucun avantage concret aux citoyens[1589]. S'il est évident que le respect de cette obligation serait des plus ardues pour les Etats, on peut douter qu'elle ne profiterait pas aux ressortissants communautaires et à leur famille. Ces derniers pourraient en effet bénéficier de l'aide de la Commission dans leur défense contre de telles mesures restrictives de leur liberté de circulation[1590].

521. Au regard de ce qui précède, il est évident que les garanties procédurales des citoyens de l'Union et des membres de leur famille, quelle que soit leur nationalité, se sont considérablement améliorées avec la jurisprudence récente et évolutive de la Cour de justice mais surtout grâce à l'intervention active et progressiste de la Commission européenne et du Parlement européen. En revanche, pour les ressortissants des Etats tiers à l'Union, à moins d'avoir acquis un statut privilégié comme les bénéficaires d'un accord d'association avec la Communauté, les garanties procédurales en cas d'éloignement restent en l'état du droit positif assez modestes.

SECTION II

LES GARANTIES PROCÉDURALES DES RESSORTISSANTS DES ETATS TIERS A L'UNION EUROPÉENNE

522. Les ressortissants de pays tiers peuvent être éloignés soit pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale, soit pour infraction aux règles nationales relatives à l'entrée et au séjour des étrangers[1591]. Ces immigrés bénéficient alors des garanties procédurales prévues par la législation de l'Etat membre d'accueil, mais aussi de celles garanties par la Conv.EDH et ses protocoles, ainsi que de celles accordées pour les seuls réfugiés par la Convention de

[1589] Voir Communication du 30 décembre 2003 de la Commission au Parlement européen conformément à l'article 251 § 2 alinéa 2 du traité CE concernant la position commune arrêtée par le Conseil, *op. cit.*, supra note n° 1582.
[1590] ILIOPOULOU (A.), *Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union…*, *op. cit.*, supra note n° 1557, p. 556.
[1591] Voir partie I, titre I, chapitre I, section II, paragraphe II.

Genève. Le législateur communautaire a toutefois adopté en faveur des demandeurs d'asile des garanties minimales concernant la procédure d'asile, l'octroi et le retrait du statut de réfugié dans le respect des dispositions de cette Convention de Genève et de son protocole du 31 janvier 1967 (**Paragraphe I**).

523. En principe, le droit de l'Union ne trouve pas à s'appliquer aux étrangers. Néanmoins, certains d'entre eux, qui résident légalement sur le territoire des Etats membres, peuvent en vertu du droit communautaire se voir doter de droits et obligations se rapprochant de ceux des citoyens de l'Union (**Paragraphe II**). Mieux, certains peuvent acquérir un statut les plaçant dans une situation équivalente à celle des ressortissants communautaires. Ces étrangers bénéficieront dès lors, en cas d'éloignement, des garanties procédurales prévues par ces règles communautaires spécifiques (**Paragraphe III**).

PARAGRAPHE I : Les demandeurs d'asile

524. En 1995, le Conseil de l'Union adopte une résolution établissant des garanties de procédure communes applicables aux demandeurs d'asile[1592], dans le cadre de la Convention de Dublin du 15 juin 1990 relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes[1593]. Il est prévu que tant que la décision sur la demande d'asile n'a pas été rendue, le demandeur d'asile doit avoir la possibilité de demeurer sur le territoire de l'Etat membre saisi de cette demande[1594]. En cas de rejet et si la législation de l'Etat concerné le prévoit, le demandeur peut notamment s'informer ou être informé des différentes possibilités de recours. Il doit alors bénéficier d'un délai suffisant pour introduire un recours et pour préparer sa défense. En principe, ce recours est suspensif. Mais l'Etat concerné peut exceptionnellement exclure

[1592] Résolution du Conseil du 20 juin 1995 sur les garanties minimales pour les procédures d'asile, JOCE n° C 274 du 19 septembre 1996, p. 13.
[1593] Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes, 15 juin 1990, JOCE n° C 254 du 19 août 1997, p. 1.
[1594] Si le demandeur se trouve à la frontière, il ne peut pas être éloigné tant que la décision sur sa demande n'a pas été prise.

l'exercice du droit de rester sur son territoire, par exemple lorsque la demande d'asile est manifestement mal fondée. Dans ce cas, le Conseil a estimé que « *le demandeur devrait au moins avoir la possibilité de demander, auprès (…)* [d'un] *tribunal ou* [d'une] *autorité de révision indépendante, à être autorisé, en raison des circonstances particulières de son cas, à résider provisoirement sur le territoire de cet Etat pendant la durée de la procédure devant ces instances ;* [aussi] *aucune mesure d'éloignement ne pourra être prise avant qu'intervienne une décision sur cette demande* »[1595]. Amesty International et le Conseil Européen pour les Réfugiés et les Exilés ont critiqué cette règle d'exception et estimé que « *dans tous les cas,* [le recours] *doit avoir un effet suspensif, même pour les demandes considérées comme manifestement infondées* »[1596]. Par ailleurs, la résolution n'exige pas que le recours soit effectif, ce qui pose un problème de compatibilité avec l'article 13 de la Conv.EDH. Au total, les garanties prévues par la résolution apparaissent très insuffisantes.

525. La Convention de Dublin a été remplacée par le règlement du Conseil du 18 février 2003[1597]. Ce règlement prévoit que lorsqu'un Etat membre auprès duquel une demande d'asile a été introduite estime qu'un autre Etat membre est responsable de l'examen de cette demande, il peut décider de procéder alors au transfert du demandeur vers cet autre Etat. Il doit toutefois notifier cette décision au demandeur, qui peut en demander la révision ou former un recours. Le règlement prévoit que ce recours n'est pas suspensif, de sorte que l'intéressé pourra être transféré, sauf si le tribunal ou l'instance saisie s'y oppose. Dans sa proposition, la Commission expliquait cette absence d'effet suspensif par le fait qu'un tel renvoi ne peut pas causer « *un préjudice grave et difficilement réparable* »[1598], étant entendu que « *les Etats membres sont considérés comme des pays sûrs par les ressortissants de pays tiers* »[1599]. Le but est d' « *améliorer l'efficacité et la rapidité du dispositif et* [d']*éviter que des recours ne soient* [introduits] *à des fins exclusivement dilatoires* »[1600].

[1595] Résolution du Conseil du 20 juin 1995, *op. cit.*, supra note n° 1592, pt. 17.

[1596] BERGER (N.), *La politique européenne d'asile et d'immigration - Enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 269 p., p. 179.

[1597] Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JOCE n° L 050 du 25 février 2003, p. 1. Les modalités d'application de ce règlement n° 343/2003 sont apportées par le règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003, JOCE n° L 222 du 5 septembre 2003, p. 3.

[1598] Proposition de règlement du Conseil du 26 juillet 2001 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, COM(2001) 447 final, pt. 3.2.

[1599] Règlement n° 343/2003 du Conseil, *loc. cit.*, deuxième considérant.

[1600] Proposition de règlement du Conseil du 26 juillet 2001, *loc. cit.*, pt. 3.2.

526. En outre, l'Etat membre responsable peut, en vertu de la directive n° 2004/83 du 29 avril 2004, rejeter la demande d'asile ou retirer le statut de réfugié[1601] et renvoyer alors le demandeur débouté vers son pays d'origine ou vers un autre pays tiers dans le respect de la Convention de Genève. Selon la directive du Conseil n° 2005/85 du 1er décembre 2005, cette décision de rejet ou de retrait doit être motivée en fait et en droit et les Etats membres sont tenus de communiquer par écrit les possibilités de recours[1602]. La décision doit « *faire l'objet d'un recours effectif devant une juridiction* » telle qu'elle est entendue au sens de l'article 234 du TCE[1603]. Autrement dit, le demandeur d'asile doit accéder à une instance juridictionnelle qui statue en permanence et en conformité avec la loi, et qui applique les règles de droit en toute indépendance selon une procédure contradictoire[1604]. L'article 39 § 2 de la directive de 2005 dispose en outre que « *les Etats membres prévoient des délais et énoncent les règles nécessaires pour que le demandeur puisse exercer son droit à un recours effectif (…)* ». Dans sa proposition modifiée de la directive, la Commission explique que « *la notion de recours effectif devant une juridiction s'inspire de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux (…)* »[1605], lequel prescrit le droit à un recours effectif et à un tribunal impartial, assurant ainsi une protection plus large que l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par conséquent, comme pour la directive n° 2004/38 du 29 avril 2004[1606], la directive n° 2005/85 s'inspire de cette disposition de la Charte afin d'imposer le recours devant une juridiction, protégeant ainsi de manière plus étendue que ne le fait la Conv.EDH les droits des citoyens de l'Union et des membres de leur famille, et ceux des demandeurs d'asile. La Commission rappelle que selon la Cour de justice, un recours est effectif lorsque la juridiction

---

[1601] Directive n° 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JOUE n° L 304 du 30 septembre 2004, p. 12.

[1602] Articles 9 § 2 et 38 § 2 de la directive n° 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, JOUE n° L 326 du 13 décembre 2005, p. 13 ; rectificatif, JOUE n° L 236 du 31 août 2006, p. 36. Concernant la décision de rejet de la demande d'asile, il n'y a pas obligation à la charge des Etats de communiquer les voies de recours dans l'hypothèse où le demandeur d'asile en a déjà été informé.

[1603] *Id.*, considérant n° 27.

[1604] ISAAC (G.) et BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 2006, 9e édition, 539 p., p. 451. Voir en particulier CJCE, 27 janvier 2005, *Denuit et Cordenier*, aff. C- 125/04, pt. 12, Rec. I- p. 923.

[1605] Voir l'exposé des motifs de la proposition modifiée de directive du 3 juillet 2002 du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, COM(2002) 326 final/2. Sur cette proposition, voy. TRUJILLO HERRERA (R.), *Premiers pas vers une procédure commune en matière d'asile dans l'UE : commentaires sur la nouvelle proposition de directive*, RDUE, 2003, n° 4, pp. 831-848.

[1606] 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

a « *le pouvoir de confirmer ou d'annuler une décision* »[1607]. Par ailleurs, elle précise que même si le recours juridictionnel est obligatoire, les Etats membres peuvent prévoir en plus un recours administratif.

527. Le législateur communautaire est également intervenu pour doter les résidents légaux et les immigrés de longue durée de droits se rapprochant de ceux des citoyens de l'Union.

PARAGRAPHE II : Les résidents légaux et les immigrés de longue durée

528. Parmi les étrangers résidant légalement sur le territoire des Etats membres, certains peuvent avoir pour objectif d'obtenir un droit de séjour permanent et exprimer alors la volonté de se faire rejoindre par leur famille. La directive n° 2003/86/CE du Conseil[1608] peut s'appliquer à la condition que ces regroupants[1609] possèdent un titre de séjour délivré par les autorités d'un Etat membre d'une durée de validité supérieure ou égale à un an[1610]. Elle ne s'applique pas aux membres de la famille d'un ressortissant communautaire et ne porte pas atteinte aux règles plus favorables d'accords conclus entre la Communauté ou la Communauté et ses Etats membres, d'une part, et des Etats tiers, d'autre part.

529. Le regroupant et les membres de sa famille peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement. Dans ce cas, ils peuvent invoquer le bénéfice de l'article 18 de la directive

---

membres, JOUE n° L 158 du 30 avril 2004, p. 77 ; rectificatif au JOUE n° L 229 du 29 juin 2004, p. 35 ; rectificatif au rectificatif au JOUE n° L 197 du 28 juillet 2005, p. 34.

[1607] Proposition modifiée de directive du 3 juillet 2002 du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres …, *op. cit.*, supra note n° 1605.

[1608] Directive n° 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JOUE n° L 251 du 3 octobre 2003, p. 12.

[1609] Selon l'article 2 de cette directive, le regroupant est « *un ressortissant de pays tiers qui réside légalement dans un Etat membre et qui demande le regroupement familial, ou dont les membres de la famille demandent à le rejoindre* ».

[1610] L'article 3 § 2 de la directive ne s'applique pas lorsque le regroupant a) sollicite le statut de réfugié et n'a pas encore obtenu de décision définitive ; b) est autorisé à séjourner dans un Etat membre en vertu d'une protection temporaire, ou a fait la demande d'une telle autorisation et attend une décision sur son statut ; c) est autorisé à séjourner dans un Etat membre en vertu de formes subsidiaires de protection, ou a demandé une telle autorisation et attend une décision sur son statut.

n° 2003/86 qui leur permet de contester en justice les décisions d'adoption des mesures d'éloignement. La procédure alors applicable pour l'exercice de ce droit de contestation relève de la compétence des Etats membres concernés.

530. Ces étrangers, résidents légaux, peuvent également être concernés par la directive 2003/109/CE du Conseil s'ils acquièrent le statut de résidents de longue durée[1611]. Pour obtenir ledit statut, les ressortissants d'Etat tiers doivent avoir résidé légalement et sans interruption dans un Etat membre « *pendant les cinq années qui ont immédiatement précédé l'introduction de la demande en cause* »[1612]. En outre, ils doivent disposer de ressources suffisantes et d'une assurance maladie, et ne doivent pas présenter une menace pour l'ordre public et la sécurité publique. Selon le considérant n° 16 de la directive 2003/109, ces résidents de longue durée « *devraient bénéficier d'une protection renforcée contre l'expulsion, (…)* [et à ce titre] *les Etats membres devraient prévoir le droit à un recours effectif devant des instances juridictionnelles* ». Ainsi, l'article 12 § 4 prévoit que « *lorsqu'une décision d'éloignement a été arrêtée, le résident de longue durée peut exercer un recours juridictionnel dans l'Etat membre concerné* ».

531. Il ressort de ce qui précède que les droits reconnus aux immigrés de longue durée sont beaucoup plus limités que ceux des étrangers bénéficiaires de règles relatives à la libre circulation[1613]. Comme pour les garanties matérielles[1614], les garanties procédurales sont loin d'être aussi proches que celles des ressortissants communautaires, même s'il ne faut pas négliger toute l'importance d'un recours juridictionnel.

532. Parmi les ressortissants des Etats tiers, certains ont donc un statut privilégié calqué sur celui des ressortissants communautaires.

[1611] Directive n° 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JOUE n° L 16 du 23 janvier 2004, p. 44.
[1612] *Id.*, article 4 § 1.
[1613] Voir infra paragraphe III de cette section II.
[1614] Voir partie I, titre I, chapitre II, section II, paragraphe II.

<u>PARAGRAPHE III</u> : Les ressortissants d'Etats tiers bénéficiaires d'un accord bilatéral ou multilatéral

533. S'ils ne sont pas membres de la famille d'un citoyen de l'Union, les ressortissants des Etats tiers peuvent quand même bénéficier des règles protectrices sur la libre circulation en vertu d'un accord d'association conclu entre leur Etat d'origine et la Communauté européenne.

534. On peut citer par exemple l'important accord d'association Communauté européenne – Turquie de 1963[1615]. Il a pour objet le développement des relations commerciales et économiques entre les deux parties. En particulier, il prévoit la mise en place progressive de la libre circulation des travailleurs turcs. Cet accord et le protocole additionnel[1616] attribuent, à cet effet, les droits consacrés aux articles 39 à 41 CE aux ressortissants turcs bénéficiant de ceux reconnus par la décision n° 1/80 prise pour le développement de cette association[1617]. Selon l'article 6 § 1 de cette décision, le travailleur turc qui appartient au marché régulier de l'emploi d'un Etat membre acquiert progressivement différents droits dans cet Etat en fonction du nombre d'années d'emploi régulier. En vertu de l'article 6 § 1 tiret 3, il bénéficie après quatre ans d'emploi régulier dans un Etat membre donné du libre accès à toute activité salariée de son choix. Quant à l'article 7, il porte sur le libre accès à l'emploi des membres de la famille de ces travailleurs turcs. En outre, l'article 14 § 1 de ladite décision prévoit que les « *dispositions de la présente section sont appliquées sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité et de santé publique* ».

535. La Cour a déjà eu l'occasion de reconnaître aux travailleurs turcs, qui relèvent de l'article 6 § 1 tiret 3 de la décision n° 1/80, le bénéfice de droits substantiels inscrits à l'article 39 du TCE, à savoir le droit d'exercer l'emploi salarié de leur choix et son corollaire le droit

[1615] 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, JO 1964, n° 217, p. 3685.
[1616] Protocole additionnel, signé à Bruxelles le 23 novembre 1970, conclu, approuvé et confirmé au nom de la Communauté économique européenne par le règlement (CEE) n° 2760/72 du Conseil du 19 décembre 1972, JO n° L 293, p. 1.
[1617] Décision n° 1/80 du Conseil d'association institué par l'accord d'association, 19 septembre 1980, relative au développement de l'association.

de séjour[1618]. Dans ce cadre, elle a rappelé que l'article 14 § 1 de cette décision pose les mêmes exceptions que celles qui peuvent justifier une mesure restrictive frappant un ressortissant d'un État membre[1619]. Elle a donc considéré que l'interprétation de l'exception d'ordre public envisagée à cet article doit être analogue à celle « *donnée de la même exception en matière de libre circulation des travailleurs ressortissants des Etats membres* »[1620].

536. Demeurait cependant en suspens le point de savoir si les garanties procédurales prévues aux articles 8 et 9 de cette directive pouvaient également être attribuées aux travailleurs turcs. La question s'est posée dans l'affaire *Dörr et Ünal*, concernant notamment un ressortissant turc, M. Ünal, séjournant légalement en Autriche et y exerçant un emploi salarié. Condamné plusieurs fois pour différents délits, l'intéressé fut frappé par un ordre d'expulsion. Saisi du litige, le Verwaltungsgerichtshof a posé à la Cour de justice la question de savoir si les garanties procédurales fixées aux articles 8 et 9 de la directive 64/221[1621] s'appliquaient aux travailleurs turcs dont la situation juridique relève des articles 6 ou 7 de la décision 1/80. L'avocat général a considéré dans ses conclusions que « *Dans la mesure où les droits substantiels conférés aux ressortissants des Etats membres ont été étendus aux ressortissants turcs en vertu de la décision n° 1/80, la protection procédurale accordée par le droit communautaire pour faire valoir ces droits doit également leur être reconnue* »[1622]. La Cour l'a suivi en décidant que « *les principes consacrés dans le cadre des articles 8 et 9 de la directive 64/221* [sont] *transposables aux travailleurs turcs bénéficiant des droits reconnus par la décision n° 1/80* »[1623]. Dans ses explications, la Cour a estimé que pour que le droit individuel en matière d'emploi et le droit corrélatif de séjour, qui découlent des articles 6 et 7 tels qu'interprétés par la Cour, soient effectifs, ils « *doivent pouvoir être invoqués par les travailleurs turcs devant les juridictions nationales* »[1624]. La Cour a ajouté que pour « *assurer l'efficacité de cette protection juridictionnelle, il est indispensable de reconnaître auxdits travailleurs les mêmes garanties procédurales que celles accordées par le droit*

[1618] Voir CJCE, arrêt du 19 novembre 2002, *Bülent Kurz contre Land Baden-Württemberg*, aff. C- 188/00, pt. 31, Rec. I- p. 10712 ; CJCE, arrêt du 30 septembre 2004, *Ayaz*, aff. C- 275/02, pt. 44, Rec. I- p. 8792 (Conclusions de l'avocat général M. L. A. Geelhoed présentées le 25 mai 2004, Rec. I-p. 8767) ; et CJCE, arrêt du 11 novembre 2004, *Inan Cetinkaya contre Land Baden-Württemberg*, aff. C- 467/02, pt. 42, Rec. I- p. 10924 (Conclusions de l'avocat général M. P. Léger, présentées le 10 juin 2004, Rec. I- p. 10898).
[1619] CJCE, arrêt du 11 novembre 2004, *Cetinkaya*, *loc. cit*, pts. 46 et 47.
[1620] *Id*., pt. 43.
[1621] Directive n° 64/221/CEE du 25 février 1964 du Conseil, *op. cit.*, supra note n° 1513.
[1622] Point 59 des conclusions de l'avocat général M. M. Poiares Maduro présentées le 21 octobre 2004, aff. C- 136/03, Rec. I- p. 4762.
[1623] CJCE, arrêt du 2 juin 2005, *Dörr et Ünal*, *op. cit.*, supra note n° 1539, pt. 65.

communautaire aux ressortissants des Etats membres et, partant, de permettre à ces travailleurs de se prévaloir des garanties prévues aux articles 8 et 9 de la directive 64/221 »[1625]. En outre, alors que cela ne lui était pas demandé, la Cour de justice a précisé que les membres de la famille des ressortissants turcs concernés, qui relèvent de l'article 7 de la décision n° 1/80, jouissent des mêmes garanties[1626].

537. La Commission a présenté le 1er septembre 2005 une proposition de directive sur le retour des étrangers, qui devrait s'appliquer aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier mais pas aux étrangers qui sont membres de la famille des citoyens européens ayant exercé leur liberté de circulation, ou qui, en vertu d'accords conclus par la Communauté et ses Etats membres, jouissent de cette liberté[1627]. Le nouveau texte prévoit plusieurs garanties de nature procédurale. Son article 11 dispose que les « *décisions de retour et d'éloignement sont rendues par écrit* », doivent contenir les motifs de droit et de fait et doivent, si les intéressés le demandent, être traduites par écrit ou oralement dans une langue qu'ils comprennent. Cet article prévoit également que les étrangers concernés doivent être informés par écrit des voies de recours possibles contre pareilles décisions. L'article 12 oblige les Etats membres à veiller à ce qu'ils disposent « *d'un droit de recours effectif devant une juridiction* » et soient à ce titre assistés d'un avocat[1628]. Toutefois, il stipule que ce recours est suspensif ou leur « *confère (…) le droit de demander le sursis à l'exécution de la décision de retour ou d'éloignement, auquel cas l'exécution de ladite décision est reportée jusqu'à ce qu'elle soit confirmée ou ne soit plus susceptible de recours suspensif* ». Le caractère suspensif du recours juridictionnel n'est donc pas automatique.

[1624] *Id.*, pt. 67.
[1625] *Ibid.*
[1626] *Id.*, pt. 68. Sur cet arrêt, voir le commentaire de SIMON (D.), *in* Europe, août-septembre 2005, n° 8, comm. n° 290, pp. 20-21.
[1627] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM(2005) 391 final.

Conclusion du Titre I

538. Les garanties procédurales, dont bénéficient les personnes frappées d'expulsion, s'accroissent progressivement du fait des intruments régionaux et internationaux de protection des droits de l'Homme et des jurisprudences afférentes. A ce titre, la possibilité d'un recours effectif contre la décision d'expulsion constitue une condition fondamentale du respect des droits et libertés individuels[1629].

539. Le recours peut aboutir à l'annulation de l'acte d'expulsion pour illégalité. Mais il se peut que cet acte ait déjà été exécuté. Dans une telle hypothèse, l'intéressé devrait pouvoir demander réparation. A ce titre, l'article 22 § 5 de la Convention internationale du 18 décembre 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille donne le droit à ces derniers « *de demander des réparations conformément à la loi* »[1630]. Surtout, en cas d'annulation de la décision d'expulsion, l'expulsé devrait pouvoir demander à revenir dans l'Etat expulsant sans que puisse lui être opposée cette décision[1631]. Pour refuser l'entrée sur son territoire, ce dernier devrait présenter d'autres motifs.

En revanche, si l'acte d'expulsion n'est pas annulé ou s'il n'est pas contesté en justice, il peut être exécuté. L'intéressé a alors pour obligation de quitter l'Etat concerné. Il peut arriver que l'expulsé, qui ne remplit pas ou plus les conditions requises pour se trouver ou séjourner dans un Etat, accepte de s'éloigner du territoire de celui-ci et de retourner dans son Etat d'origine ou dans un autre Etat. Le retour volontaire doit donc être envisagé en priorité. En 2005, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a insisté sur ce retour volontaire en affirmant que « *l'Etat d'accueil devrait prendre des mesures encourageant le retour*

[1628] Au besoin, une aide juridictionnelle sera accordée.

[1629] Dans de nombreux pays, des associations sont apparues afin d'aider les étrangers menacés d'éloignement à porter réclamation. Des associations de protection des immigrés apportent ainsi une aide essentielle aux travailleurs étrangers comme aux demandeurs d'asile. En France, le Groupement d'Intervention et de Soutien aux Travailleurs Immigrés (GISTI) est à l'origine de nombreux recours devant les tribunaux administratifs. Site de l'association : http://www.gisti.org

[1630] Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution n° 45/158 du 18 décembre 1990 et entrée en vigueur le 1er juillet 2003.

volontaire, lequel est préférable au retour forcé »[1632]. En effet, le retour volontaire est plus respectueux de la dignité humaine tout en étant administrativement plus facile à gérer. Par conséquent, comme l'a estimé l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, l'expulsion forcée « *ne saurait concerner que les personnes opposant une résistance manifeste et persistante, et (…) 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* »[1633]. Dans le même sens, la Commission des Communautés européennes a indiqué, dans sa proposition de directive sur le retour du 1er septembre 2005, que la décision de retour doit prévoir « *un délai approprié de départ volontaire de quatre semaines au maximum, sauf s'il y a lieu de penser que la personne pourrait prendre la fuite au cours du délai fixé* »[1634]. Dès lors, l'expulsion devra s'effectuer par la force à partir du moment où l'expulsé refuse de quitter le territoire, par exemple en opposant une résistance physique ou en opérant un choix de pays de destination non acceptable. Dans tous les cas, le retour des personnes expulsées doit se faire dans le respect des droits de l'homme et les libertés fondamentales.

540. Cependant, que le retour soit volontaire ou forcé, il peut se heurter à quelques complications. L'échec d'un retour peut ne pas résulter du refus de l'intéressé de se plier à l'ordre d'expulsion, mais du refus de l'Etat de destination de l'accueillir, et en particulier de son Etat d'origine de le réadmettre. Pour faciliter les réadmissions, l'Union européenne conclut alors des accords bilatéraux avec des Etats tiers. En outre, le retour nécessite parfois la collaboration d'un ou de plusieurs autres Etats, dits de transit. Par conséquent, l'Union tente également de mettre en place un ensemble de règles dans ce domaine.

[1631] L'article 22 § 5 de la Convention internationale du 18 décembre 1990 prévoit que la décision d'expulsion annulée ne peut en effet être invoquée par l'Etat expulsant pour empêcher la personne concernée de revenir sur son territoire.

[1632] Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoption de vingt principes directeurs sur le retour forcé, 925e réunion des Délégués des Ministres, 4 mai 2005, documents CM, CM(2005) 40 final 9 mai 2005.

[1633] Recommandation n° 1547(2002) du 22 janvier 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.

[1634] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM(2005) 391 final.

TITRE SECOND
LA DÉCISION D'EXPULSION ET SA MISE EN ŒUVRE

541. En principe, il appartient à l'expulsé de choisir lui-même un Etat de destination. Pour reprendre les termes employés par M. Féraud-Giraud dans le projet de réglementation de l'expulsion des étrangers de 1891, « *habituellement, (…) l'expulsé (…) doit être conduit à la frontière du territoire de la nation à laquelle il appartient, ou à la frontière la plus voisine (…)* »[1635]. Néanmoins, il « *doit toujours être libre de choisir pour lieu de sa sortie du territoire une frontière autre que celle de l'Etat dont il est le ressortissant* »[1636]. Finalement, dans l'article 33 de ses règles sur l'admission et l'expulsion des étrangers du 9 septembre 1892, l'Institut de Droit international impose à « *l'étranger auquel il a été enjoint de sortir du territoire (…) de désigner la frontière par laquelle il entend sortir* »[1637].

542. Aujourd'hui, certaines conventions internationales posent ce principe de libre choix de l'Etat de destination. Ainsi, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille prévoit en son article 22 § 7 que « *Sans préjudice de l'exécution d'une décision d'expulsion, les travailleurs migrants ou les membres de leur famille qui font l'objet d'une telle décision peuvent demander à être admis dans un Etat autre que leur Etat d'origine* » [1638]. La Convention de Genève de 1951 pose également cette règle spécifique[1639] : un réfugié, à qui l'Etat d'accueil ordonne de quitter son

[1635] Commission d'étude sur le droit d'admission et d'expulsion des étrangers de l'Institut de Droit international, *Projet de réglementation de l'expulsion des étrangers*, présenté par M. L.-J.-D. Féraud-Giraud, session de Hambourg, septembre 1891, Annuaire de l'Institut de Droit international, tome XI, 1889-1892, pp. 275-282, sp. p. 280, § XV.
[1636] *Ibid.*
[1637] 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.
[1638] Convention adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution n° 45/158 du 18 décembre 1990 et entrée en vigueur le 1er juillet 2003.
[1639] CHETAIL (V.), *Le principe de non refoulement et le statut de réfugié en droit international*, *in* CHETAIL (V.) (dir.), « La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives », publication de l'Institut international des droits de l'Homme, Bruxelles, Bruylant, 2001, 456 p., pp. 3-61, p. 49.

territoire pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public et qui ne peut pas être renvoyé vers les territoires où il existe un risque pour sa vie ou sa liberté, doit avoir la possibilité de rechercher un pays qui accepte de l'admettre et qui respectera ces dernières. En effet, l'article 32 § 3 de la Convention de Genève organise l'exécution de la mesure d'expulsion rendue à l'encontre d'un réfugié et prévoit que « *Les Etats contractants accorderont à un tel réfugié un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays (…)* ». Une telle recherche peut se révéler infructueuse, rendant l'exécution de l'expulsion très difficile car seul le pays d'origine est tenu d'admettre le réfugié et peu d'Etats sont prêts à laisser entrer une personne menaçant potentiellement la sécurité ou l'ordre public[1640]. Le Comité exécutif du Haut Commissariat pour les réfugiés a conseillé aux Etats que « *dans les cas où l'exécution d'une mesure d'expulsion est impraticable,* [ils] *devraient envisager d'accorder aux réfugiés délinquants le même traitement qu'aux délinquants nationaux* »[1641].

543. L'expulsé peut refuser d'opérer un quelconque choix ou désigner un Etat improbable, ou tout simplement avoir des difficultés pour trouver un Etat qui l'accepte. Il incombe alors à l'Etat expulsant de déterminer le pays ou le territoire de destination. Cependant, l'Etat peut lui aussi se heurter à des complications. Les raisons sont multiples. L'intéressé peut dissimuler sa nationalité afin de rendre plus difficile la recherche d'un Etat de destination. Concrétement, il est fréquent que les étrangers qui tentent d'entrer sur le territoire d'un Etat détruisent leurs papiers d'identité et leurs documents de voyage. Ou bien, l'Etat de destination choisi ou envisagé exclut d'admettre l'étranger concerné.

Les difficultés rencontrées au moment de l'exécution de la décision d'éloignement sont donc récurrentes. Il peut s'agir tout aussi bien du refus de l'étranger de quitter le territoire ou d'un problème d'identification de la personne, que d'un manque de moyens financiers ou de personnels.

544. Que l'exécution de l'éloignement soit ou non rendue difficile par une raison quelconque, on en arrive parfois à des solutions de facilité, mais interdites, comme les

---

[1640] *Ibid.*

[1641] Conclusion n° 7 (XXVIII) (1977) du Comité exécutif du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, citée par M. CHETAIL, *loc. cit.*, p. 49.

expulsions collectives ou les extraditions déguisées. Il arrive même que l'exécution de l'éloignement laisse apparaître des situations extrêmement violentes, comme des mauvais traitements portés sur la personne des expulsés dans le cadre de leur détention aux fins de leur expulsion ou au cours même de leur éloignement. En effet, lorsque l'étranger refuse d'obtempérer à la décision d'expulsion, celle-ci est exécutée par la force. Il peut en résulter des mauvais traitements au moment qui précède la montée dans le moyen de transport choisi ou pendant le voyage de retour. Or, l'expulsion doit être accomplie dans le respect de la loi et de façon à causer le moins de dommage possible à l'étranger[1642].

545. Les mesures nationales d'expulsion sont nombreuses et le sont de plus en plus lorsqu'il s'agit de satisfaire à une politique d'immigration restrictive ou sécuritaire. Parfois, c'est au moment de l'exécution matérielle de ces mesures d'expulsion qu'apparaissent des irrégularités. Or, cette exécution matérielle est peu réglementée en droit international. En matière d'éloignement, le contrôle juridictionnel s'est donc étendu de la décision d'éloignement elle-même à l'exécution de cette décision d'éloignement. Il ne suffit pas que les décisions d'expulsion prises à l'encontre d'étrangers soient régulières, encore faut-il qu'elles soient exécutées dans le respect d'un certain nombre de règles.

546. Afin de faire face aux difficultés posées par l'exécution matérielle des décisions d'expulsion (**Chapitre I**), l'Union Européenne a mis en place ou envisage de mettre en place des mécanismes de coopération (**Chapitre II**).

[1642] BOECK (C.) (de), *L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique*, RCADI, 1927, tome 3, 673 p., pp. 447-647, p. 608.

CHAPITRE I
LES DIFFICULTÉES POSÉES PAR L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS D'EXPULSION

547. L'exécution matérielle des décisions d'expulsion constitue une problématique majeure pour les Etats, partagés entre le souci d'efficacité et le nécessaire respect des droits fondamentaux et des conventions internationales. Ces difficultés sont apparentes tout au long du processus d'expulsion (**Section I**). La tentation est alors forte pour les Etats de privilégier une plus grande efficience des dispositifs d'éloignement et de détourner la procédure d'expulsion de ses objectifs initiaux (**Section II**).

SECTION I

LE DÉROULEMENT DE L'EXPULSION

548. Dans le cadre d'une exécution forcée, le déroulement de l'expulsion peut être marqué par deux étapes : l'intéressé peut être privé de sa liberté (**Paragraphe I**) et être contraint à effectuer le voyage du retour (**Paragraphe II**). Il est donc nécessaire de conjuguer l'application de la décision d'éloignement avec le respect des droits fondamentaux.

PARAGRAPHE I : La privation de liberté aux fins d'expulsion

549. L'exécution de l'expulsion « *nécessite souvent des mesures d'accompagnement* »[1643], comme l'arrestation et la détention. Ces mesures participent de l'exécution forcée de l'expulsion. La détention donne le temps aux autorités compétentes de préparer l'expulsion, en particulier de réunir les documents nécessaires au renvoi[1644], tout en empêchant l'expulsé d'échapper à la mesure qui le frappe et d'entrer dans la clandestinité. Cependant, la légalité de la privation de liberté (**A**), ainsi que les conditions de sa mise en œuvre (**B**), doivent respecter certaines exigences.

A. La légalité de la privation de liberté

550. La privation de liberté est souvent rendue nécessaire pour que les étrangers faisant l'objet d'une mesure d'expulsion soient réellement renvoyés. En France, la mise en œuvre d'une procédure d'expulsion peut nécessiter le placement de l'étranger en rétention administrative si celui-ci ne peut pas quitter immédiatement le territoire français[1645]. La Commission des Communautés européennes note que « *les placements en rétention (…)* [peuvent être] *prononcés, dans l'attente d'un éloignement, afin de faciliter l'identification de la personne en situation irrégulière et d'obtenir les documents de voyage nécessaires à son retour, ou pour empêcher l'intéressé de prendre la fuite avant son éloignement du territoire* »[1646]. La privation de liberté apparaît donc indissociable, voire "inhérente" à une

[1643] BA (A.-B.), *Le droit international de l'expulsion des étrangers : une étude comparative de la pratique des Etats africains et de celle des Etats occidentaux*, thèse, Paris II, ss. la direction de COMBACAU (J.), 1995, 930 p., p. 610.

[1644] Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, pt. 26 du rapport relatif aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, 10 septembre 2001, doc. 9196.

[1645] La rétention a été validée par le Conseil constitutionnel (*cf.* Décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980). La décision de placement est prise par l'autorité administrative. Elle est écrite et motivée : voir les articles L. 551-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, entré en vigueur le 1er mars 2005 et modifié par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JORF n° 170 du 25 juillet 2006, p. 11047.

[1646] Livre vert de la Commission relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, 10 avril 2002, pt. 3.1.3., COM(2002) 175 final.

telle mesure[1647]. En 1930, rappelant l'affaire *Ben Tillett*[1648], C. DE BOECK rappelait que le droit d'expulsion « *implique celui de détention dans la mesure raisonnablement nécessaire pour assurer l'expulsion elle-même (…)* »[1649]. Toutefois, les autorités ne devraient recourir à cette solution que lorsque l'exécution de la décision d'expulsion ne peut pas être accomplie aussi efficacement par des mesures non privatives de liberté comme « *la surveillance, l'obligation de se signaler régulièrement auprès des autorités, la liberté sous caution ou d'autres moyens de contrôle* »[1650]. Dans le projet de directive sur le retour des étrangers en séjour irrégulier présenté par la Commission des Communautés européennes le 1er septembre 2005[1651], il est prévu que les Etats membres ne pourront avoir recours à la « garde temporaire à des fins d'éloignement » que « *si elle est nécessaire pour prévenir le risque de fuite et si l'application de mesures moins coercitives ne suffit pas* »[1652]. L'article 14 § 1 de la proposition énumère de manière non exhaustive ces mesures moins contraignantes. Ainsi, peuvent être imposées les obligations de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière, de remettre des documents ou de demeurer en un endroit déterminé[1653]. La privation de liberté doit donc demeurer une exception.

551. La privation de liberté des étrangers doit être légale et peut s'inscrire dans le cadre de l'exécution d'une mesure d'éloignement. Dans la Convention européenne des droits de l'homme, elle est réglementée à l'article 5 § 1. Cette disposition est inspirée des articles 3 et 9 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme[1654], lesquels prévoient respectivement que « *Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne* » et que « *Nul ne*

[1647] Pour reprendre le terme de M. F. SUDRE : SUDRE (F.), *Le contrôle des mesures d'expulsion et d'extradition par les organes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, *in* TURPIN (D.) (dir.), « Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales. Défis et solutions », Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 319 p., p. 258.

[1648] Sentence arbitrale, *Ben Tillett*, Royaume-Uni c/ Belgique, 26 décembre 1898, A. Desjardins, Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée, 1899, tome 26, pp. 203-210.

[1649] BOECK (C.) (de), *L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique*, RCADI, 1927, tome 3, 673 p., pp. 447-647, p. 622.

[1650] *Cf.* Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoption de vingt principes directeurs sur le retour forcé, 925e réunion des Délégués des Ministres, 4 mai 2005, documents CM, CM(2005) 40 final 9 mai 2005.

[1651] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM(2005) 391 final.

[1652] *Id.*, exposé des motifs.

[1653] La Commission des Communautés européennes avait également parlé de moyens comme l'assignation à résidence, la surveillance électronique etc : voir Communication du 14 octobre 2002 de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2002) 564 final.

[1654] CHARRIER (J. L.), *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Litec, Editions du Juris-Classeur, 2002, 383 p., p. 48.

peut être arbitrairement arrêté, détenu ni exilé »[1655]. L'article 5 § 1 est plus précis et organise l'exercice de ce droit[1656]. Il a pour objet de protéger les individus contre l'arbitraire, c'est-à-dire leur liberté physique « *contre toute arrestation et détention arbitraire ou abusive* »[1657]. L'article 5 § 1 précise que « *Toute personne a le droit à la liberté et à la sûreté* » et que « *Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans* [certains] *cas* [limitativement déterminés] *et selon les voies légales* »[1658]. Les "voies légales" renvoient principalement aux normes du droit interne, mais se réfèrent aussi aux principes généraux de la Convention et notamment au but de son article 5[1659]. Les normes nationales doivent être suffisamment accessibles et précises afin de permettre aux intéressés d'en prendre connaissance. S'agissant des étrangers, l'article 5 prévoit les exceptions à ce droit dans son paragraphe 1 f). Ainsi la privation de liberté est possible « *s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours* ». Pour certains auteurs, l'objectif de cet article est bien « *de permettre l'exécution de l'expulsion* »[1660]. De même pour le juge européen des droits de l'homme, la privation de liberté d'une personne destinée à être expulsée a pour but d'empêcher cette personne de se soustraire à l'ordre d'expulsion et, partant, d'assurer le bon déroulement de l'exécution de l'expulsion.

552. Les exceptions prévues à l'article 5 § 1 de la Conv.EDH sont exhaustives et d'application stricte. La Cour a rappelé ce caractère et en a précisé la portée. Dans l'affaire

---

[1655] D'après les travaux préparatoires, les Etats devaient « *s'engager à assurer à toute personne résidant sur leur territoire les articles 3 (…) de la Déclaration universelle (…)* [de même que] *l'immunité contre toute arrestation, détention, exil et autres mesures arbitraires, conformément aux articles 9, 10 et 11* ».

[1656] CHARRIER (J. L.), *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, supra note n° 1654, p. 48.

[1657] SUDRE (F.), *La première affaire française devant la Cour européenne des droits de l'homme : l'arrêt Bozano du 18 décembre 1986*, RGDI publ., 1987, n° 2, pp. 533-584, p. 556.

[1658] Pareillement, l'article 9 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 dispose que « *(…) Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs, et conformément à la procédure prévus par la loi* ».

[1659] Voir CEDH, arrêt du 24 octobre 1979, *Winterwerp contre Pays-Bas*, § 45, Série A n° 33. Il convient de préciser que les normes internationales incorporées dans les droits nationaux doivent également être prises en compte dans l'examen par la Cour de la régularité de la détention : *cf.* Comm.EDH, décision du 3 mars 1978, *Franco Caprino contre Royaume-Uni*, req. n° 6871/75, *D. R.* 12, p. 14. Dans cette affaire d'expulsion, la Commission a tenu à souligner que « *l'origine des dispositions juridiques déterminant la régularité d'une mesure déterminée sous l'angle de la législation interne n'entre pas en ligne de compte pour un examen sous l'angle de la Convention, et qu'il convient également de tenir compte des dispositions du droit international qui ont été incorporées dans la législation interne* ».

[1660] NOLL (G.) et VEDSTED-HANSEN (J.), *Non communautaires : politiques relatives aux réfugiés et à l'asile*, *in* ALSTON (P.) (dir.) avec le concours de BUSTELO (M.) et de HEENAN (J.), « L'Union européenne et les droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 2001, 983 p., pp. 373-427, p. 423.

Conka, les autorités concernées avaient "rusé"[1661] en convoquant les demandeurs d'asile sous prétexte de compléter leur dossier alors qu'en réalité elles les arrêtèrent puis les expulsèrent. La Cour a estimé que les exceptions de l'article 5 § 1 doivent être interprétées strictement et que « *cette exigence doit se refléter (…) dans la fiabilité des communications telles que celles adressées aux requérants, que les intéressés se trouvent en séjour légal ou non* »[1662]. Aussi, la Cour a considéré « *qu'il n'est pas compatible avec l'article 5 que, dans le cadre d'une opération planifiée d'expulsion et dans un souci de facilité ou d'efficacité, l'administration décide consciemment de tromper des personnes, même en situation illégale, sur le but d'une convocation, pour mieux pouvoir les priver de leur liberté* »[1663]. La méthode employée par les autorités de police ne satisfaisait pas à l'exigence de proportionnalité requise par la Convention. Comme le fait remarquer le juge J. Velaers, « *l'emploi d'une ruse telle que celle utilisée par la police de Gand risque d'engendrer la non-crédibilité générale des autorités publiques dans leurs relations administratives avec les étrangers qui résident illégalement sur le territoire national* »[1664].

553. En ce qui concerne l'expulsion, le libellé du paragraphe f) « *n'exige pas que la détention* (…) *soit considérée comme raisonnablement nécessaire, par exemple pour l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir* », il impose uniquement qu'une procédure d'expulsion soit en cours[1665]. Sa version anglaise est particulièrement éclairante sur ce point puisqu'elle prévoit que l'arrestation ou la détention d'une personne est régulière lorsqu'elle vise une personne contre laquelle « *action is being taken with a view to deportation* »[1666]. Autrement dit, la détention n'a lieu d'être qu'à partir du moment où le dispositif d'éloignement est « *actif* »[1667]. Si bien que lorsque celui-ci prend fin, l'individu détenu doit être remis en liberté. Par ailleurs, la détention n'est pas subordonnée à la condition

[1661] Terme employé notamment par la Cour, *cf.* pt. 41 de l'arrêt : CEDH, arrêt du 5 février 2002, *Conka et autres contre Belgique*, req. n° 51564/99, recueil 2002-I.
[1662] *Id*., pt. 42.
[1663] *Ibid.*
[1664] Voy. l'opinion partiellement concordante et partiellement dissidente du juge M. J. Velaers sur l'arrêt précité, pt. 3.
[1665] CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal contre Royaume-Uni*, § 112, recueil 1996-V.
[1666] Voir DRZEMCZEWSKI (A.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 8, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1993, réimpression de l'édition de 1984, 52 p., p. 10.
Nous traduisons : « *une action est (en train d'être) menée en vue d'une expulsion* ».
[1667] Terme du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, vingt principes directeurs sur le retour forcé, 925e réunion des Délégués des Ministres, 4 mai 2005, *op. cit.*, supra note n° 1650.

que l'intéressé soit déjà frappé d'une décision d'expulsion[1668]. Peu importe alors le résultat auquel aboutira la procédure d'expulsion[1669].

S'il suffit que pareille procédure soit en cours, la Commission, puis la Cour, ont considéré que « *seul le déroulement de la procédure* [d'expulsion] *justifie la privation de liberté fondée sur cette disposition* [et que] *si la procédure n'est pas menée avec la diligence requise ou si le maintien en détention résulte de quelque abus de pouvoir, la détention cesse d'être justifiée au regard de l'article 5 § 1 f)* »[1670]. Dès lors, est contraire à celui-ci la détention systématique des demandeurs d'asile ayant essuyé un refus de leur demande d'asile[1671].

554. La privation de liberté au sens de cet article s'apprécie à partir de la situation *in concreto* et en fonction de critères tels que le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure en cause[1672]. Aussi, il ne faut pas, par exemple, que la procédure d'expulsion ait été détournée de sa finalité naturelle, comme ce fut le cas dans l'affaire *Bozano*. Celle-ci fut la première affaire française portée devant la Cour européenne et la première condamnation de la France par cette Cour. Par ailleurs, c'était la première fois que la Cour devait traiter d'un problème d'expulsion d'un étranger dans le cadre de la violation alléguée de l'article 5 § 1 de la Convention[1673]. L. Bozano, ressortissant de nationalité italienne, avait été condamné par contumace par la Cour d'assises de Gênes pour enlèvement et assassinat d'une enfant, ainsi que pour violence sexuelle sur plusieurs femmes. Ayant fui en France, les autorités italiennes avaient demandé son extradition. Mais la justice française s'y était opposée en raison de la non-conformité de la procédure italienne de contumace avec les règles de l'ordre public français. L'intéressé fut cependant arrêté par la police française et expulsé vers la Suisse sur la base d'un arrêté ministériel pris pour motifs d'ordre public. En

---

[1668] DRZEMCZEWSKI (A.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, supra note n° 1666, p. 10.
[1669] *Ibid.*
[1670] Comm.EDH, décision du 6 octobre 1976, *W. P. Lynas contre Suisse*, req. n° 7317/75, *D.R.* 6, p. 141 ; voir aussi CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal*, *op. cit.*, supra note n° 1665, § 113 et CEDH, décision sur la recevabilité du 2 juin 2005, *Nancy Ntumba Kabongo contre Belgique*, req. n° 52467/99.
[1671] NOLL (G.) et VEDSTED-HANSEN (J.), *Non communautaires…*, *op. cit.*, supra note n° 1660, p. 423.
[1672] CEDH, arrêt du 25 juin 1996, *Amuur contre France*, § 42, recueil 1996-III.
[1673] CEDH, arrêt du 18 décembre 1986, *Bozano contre France*, série A n° 111. Sur cette affaire, voy. COHEN-JONATHAN (G.), *La France et la Convention européenne des droits de l'homme – L'arrêt Bozano contre France*, RTD eur., avril-juin 1987, n° 2, pp. 255-272 ; LABAYLE (H.), *Le contrôle contentieux des « expulsions dirigées » ou les prolongements de la jurisprudence Bozano au Palais-Royal*, RFD adm., janvier-février 1989, n° 1, pp. 3-25.

particulier, le requérant était poursuivi pour établissement de faux documents administratifs[1674]. Les autorités suisses avaient répondu favorablement à la demande italienne d'extradition.

M. Bozano, arrêté et détenu en vue de son expulsion, invoquait en particulier la violation de l'article 5 § 1. La Cour reconnut l'applicabilité de l'article 5 § 1 f) en notant que « *la privation de liberté litigieuse ne se situait pas dans le cadre d'une procédure d'extradition (…)* [mais] *constituait le moyen choisi pour donner effet à l'arrêté* [d'expulsion] »[1675]. Elle constata ensuite l'irrégularité et l'incompatibilité de la privation de liberté avec cette disposition en considérant qu'il ne s'agissait nullement « *d'une détention nécessaire dans le cadre normal d'une procédure d'expulsion* »[1676]. En effet, les autorités françaises ont mis plus d'un mois pour notifier l'arrêté d'expulsion à M. Bozano, l'empêchant ainsi d'introduire un recours. Surtout, il semble qu'elles aient agi de la sorte afin de « *le laisser dans l'ignorance de ce qui se préparait contre lui, pour mieux le placer ensuite devant le fait accompli* »[1677]. Une fois arrêté et détenu, M. Bozano n'eut guère la possibilité de choisir son pays de destination et fut remis de force aux autorités suisses. La France ne s'est adressée qu'à la Suisse, Etat ayant conclu un traité d'extradition avec l'Italie et où le requérant faisait l'objet d'un mandat d'arrêt extraditionnel. La Cour fit état de ces modalités d'exécution de la mesure d'expulsion et nota « *la soudaineté de l'interpellation* »[1678].

555. Concernant la durée de la détention, il ne faut pas qu'elle soit excessive ou non prévue par la loi, ni que sa prolongation soit injustifiée. Le cas échéant, il ne s'agira plus d' une simple restriction à la liberté nécessaire « *par la force des choses* » mais d'une privation de liberté[1679].

[1674] Il est difficile de considérer que ce délit puisse à lui seul être de nature à menacer l'ordre public.
[1675] CEDH, arrêt du 18 décembre 1986, *Bozano*, *op. cit.*, supra note n° 1673, § 53.
[1676] *Id.*, § 60.
[1677] *Id.*, § 59.
[1678] *Ibid.*
[1679] CEDH, arrêt du 25 juin 1996, *Amuur*, *op. cit.*, supra note n° 1672, § 43. Dans cet arrêt, la Cour ajoute que « *Entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence* », § 42.

Dans les pays d'Europe, la durée de détention s'étend de trois jours à plus d'un an dans les cas extrêmes[1680]. Selon un rapport du Congrès américain sur la pratique des droits de l'homme au Royaume-Uni en 1999[1681], 16% des étrangers sont détenus moins d'un mois, 38% entre deux et six mois et 7 % pendant plus d'un an. Dans l'affaire *Chahal contre Royaume-Uni*, concernant un ressortissant indien soupçonné de terrorisme et détenu dans le cadre d'une procédure d'expulsion, la Cour a jugé que pareille détention, d'une durée de presque quatre ans, n'était pas excessive étant donné la gravité des circonstances de cette affaire dans laquelle « *il* [n'était] *ni de l'intérêt du requérant ni de l'intérêt général à une bonne administration de la justice que* [la décision de demande d'asile] *soit prise à la hâte, sans tenir compte de tous les points et éléments pertinents* »[1682].

556. La durée de la détention doit être conforme à ce qui est prévu par la loi. Ainsi l'illustre 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. Après plusieurs tentatives d'expulsion, 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§1, la Cour a fait remarquer que le principe général de sécurité juridique doit 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 (…)* »[1683]. 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 § 1 de la Convention et que, la décision d'expulsion ayant continué à être exécutée en l'absence de toute base légale[1684], la privation de liberté n'avait pas eu lieu selon « les voies légales » au sens de cet article[1685].

[1680] Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, pt. 28 du rapport relatif aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme …, *op. cit.*, supra note n° 1644.
[1681] Cité dans le rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie, *Ibid.*
[1682] CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal*, *op. cit.*, supra note n° 1665, § 117.
[1683] CEDH, arrêt du 27 novembre 2003, *Shamsa contre Pologne*, § 49.
[1684] *Id.*, § 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).
[1685] CEDH, arrêt du 27 novembre 2003, *Shamsa*, *loc. cit.*, §§ 54-57.

557. La prolongation d'une détention peut s'avérer nécessaire pour les étrangers représentant un danger pour l'ordre public ou la sécurité. Elle doit être décidée par une juridiction ou une personne pouvant exercer des fonctions judiciaires. Cette exigence n'est pas expressément prévue par le texte de l'article 5 de la Conv.EDH, mais la Cour européenne en a décidé ainsi dans sa jurisprudence *Shamsa*[1686]. Au point 59 de cet arrêt, elle déduit cette règle de l'intégralité de l'article 5, et en particulier du paragraphe 1 c)[1687] ainsi que du paragraphe 3[1688]. La Cour se réfère également à « la garantie d'*habeas corpus* » contenue dans l'article 5§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* »[1689].

Dans sa proposition de directive sur le retour du 1er septembre 2005, la Commission des Communautés européennes a prévu à l'article 14 § 3 que « *la garde temporaire* [à des fins d'éloignement] *peut être prolongée par les autorités judiciaires* », sa durée ne pouvant excéder six mois[1690].

558. La Fédération internationale des ligues des droits de l'homme a, dans un rapport rendu en octobre 2005 intitulé « *L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'homme : les clés de la compatibilité* »[1691], exprimé son inquiétude quant à la menace que représentent pour ces droits de l'homme les récentes législations et pratiques nationales en matière d'immigration et de

---

[1686] *Ibid*.

[1687] L'article 5 § 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* <u>*devant l'autorité judiciaire compétente*</u>*, 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* » (souligné par nous).

[1688] L'article 5 § 3 établit que : « *Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article,* <u>*doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires*</u> *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* » (souligné par nous).

[1689] CEDH, arrêt du 27 novembre 2003, *Shamsa*, *op. cit.*, supra note n° 1683, § 59.

[1690] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres …, *op. cit.*, supra note n° 1651.

[1691] 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 sub-saharienne au motif de la lutte contre le terrorisme : une situation à hauts risques », rapport n° 429-A, novembre 2005.

lutte contre le terrorisme[1692]. Elle établit en particulier une liste des libertés et droits fondamentaux les plus menacés. Parmi ces droits, figure le droit à la sûreté et à la liberté[1693].

559. La loi britannique sur la sécurité et la lutte contre la criminalité et le terrorisme, adoptée en 2001 au lendemain des attentats ayant frappé le territoire des Etats-Unis d'Amérique, permet d'user d'une procédure qui pose ainsi un problème de compatibilité avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme[1694]. Toute personne étrangère, terroriste ou « *dont la présence sur le territoire constituerait un danger pour la sécurité nationale* »[1695], qui ne peut pas être expulsée vers son pays d'origine par respect d'une obligation internationale conventionnelle comme l'article 3 de la Convention européenne ou pour des raisons pratiques - impossibilité de trouver un autre Etat de destination -, peut être arrêtée et détenue pour une durée illimitée, et sans être informée des griefs qui lui sont reprochés[1696]. Une telle détention heurte le paragraphe 1er de l'article 5 puisqu'elle n'est justifiée par aucune des six raisons limitativement énoncées par cette disposition[1697]. Elle apparaît notamment contraire à l'alinéa f) dudit paragraphe 1er parce qu'une procédure d'expulsion ne pourrait pas être considérée comme étant en cours dans la mesure où elle ne pourrait pas aboutir ou être poursuivie faute de destination alternative. De même, ce pouvoir étendu d'arrestation et de détention est de nature à emporter la violation du paragraphe 2 de l'article 5, qui donne le droit à toute personne privée de sa liberté d'être « *informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de*

[1692] Pour des commentaires sur ce rapport, *cf.* MOCK (H.), *"Guerre" contre le terrorisme et droits de l'homme*, RTDH, 1er janvier 2006, n° 65, pp. 23-34.

[1693] Selon les termes de la FIDH, « *quel que soit le mécanisme de défense des droits de l'Homme pris en considération, il est communément admis par la doctrine et la jurisprudence existantes en la matière que les droits et libertés principaux qui sont bafoués ou susceptibles de l'être dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (…)*[sont les] *garanties liées à l'arrestation et à la détention,* [les] *garanties liées au procès* », etc.

[1694] The Anti-terrorism, Crime and Security Act, promulgué le 14 décembre 2001. Voir CHAMPEIL-DESPLAT (V.), *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, Etats-Unis », 20 mai 2003, actes publiés à la Gazette du Palais, 19-21 octobre 2003, n° 292 à 294, pp. 2-24, sp. pp. 12-19, p. 16.

[1695] CHAMPEIL-DESPLAT (V.), *Ibid.*

[1696] *Ibid.* A ce sujet, voy. BULLIER (A.J.), *La réponse du Royaume-Uni face au terrorisme international : la loi britannique de décembre 2001, Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, RD pén. crim., juin 2003, n° 6, pp. 878-880.

[1697] En cela, l'article 5 § 1 de la Convention est plus précis que l'article 9 du Pacte de 1966, qui ne dresse pas la liste des motifs pour lesquels la privation de liberté est possible. L'article 9 se contente d'autoriser la privation de liberté *« pour des motifs (…) prévus par la loi* ». Par la loi de 2001, le gouvernement britannique a dérogé à l'article 9 et signalé cette dérogation conformément à l'article 4 du Pacte.

toute accusation portée contre elle »[1698]. Toutefois, l'article 15 § 1 de la Convention permet de déroger à bon nombre des obligations qu'elle prévoit, en cas de guerre ou de danger public.

560. Dans ce contexte, le gouvernement britannique a informé le 18 décembre 2001, conformément à l'article 15 § 3 de la Convention, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de sa décision de se prévaloir du droit de dérogation conféré par l'article 15 § 1 pour justifier la disposition litigieuse prévue par la loi. Dans sa déclaration[1699], le gouvernement a soutenu qu'il existait une menace terroriste de la part de personnes se trouvant sur son territoire et qu'il y avait dès lors danger public au sens de l'article 15 § 1[1700]. Cependant, il n'a apporté aucune preuve de cette menace à la sécurité nationale du Royaume-Uni et a reconnu que « *l'exercice du pouvoir élargi de détention peut être non conforme aux obligations du Royaume-Uni en vertu de l'article 5 § 1* »[1701]. En effet, le gouvernement a précisé que « *nonobstant une intention continue de renvoyer ou d'expulser une personne détenue, il y* [a] *des circonstances au regard desquelles on ne peut prétendre qu'une "procédure d'expulsion [soit] en cours" au sens de l'interprétation donnée à l'article 5 § 1 f) par la Cour (…)* »[1702]. Le Commissaire aux Droits de l'Homme a émis l'avis que l'accroissement du risque terroriste résultant des attentats du 11 septembre 2001 ne suffit pas à justifier la mesure dérogatoire[1703]. Selon lui, la détention « *[illimitée sans procédure d'accusation en bonne et due forme, sur un simple examen qui ne prend pas en compte certaines garanties de procédure importantes] est déterminée (…) uniquement par la suspicion de participation à une organisation terroriste internationale* »[1704]. En conséquence, une telle détention constitue une importante « *restriction à l'exercice du droit à la liberté et à la sûreté* »[1705]. En conclusion, le Commissaire a estimé que même s'il est possible de déroger à l'article 5 § 1 de la Conv.EDH

[1698] Sur cet article 5 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, voir supra titre I, chapitre I, section II, paragraphe II, B, 1), de cette partie.
[1699] Déclaration du 18 décembre 2001 sur la dérogation du Royaume-Uni à la Convention européenne des Droits de l'Homme en vertu de son article 15.
[1700] Comité Directeur pour les Droits de l'Homme, Groupe de spécialistes sur les Droits de l'Homme et la lutte contre le terrorisme, « Dérogation du Royaume-Uni à la Convention européenne des Droits de l'Homme en vertu de son article 15 », DH-S-TER(2002)004, Strasbourg, 29 janvier 2002.
[1701] *Ibid.*
[1702] *Ibid.* Pour l'intégralité du texte de la dérogation, se reporter à la RUDH, 2002, p. 155.
[1703] Avis n° 1/2002 du 26 août 2002 du Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, M. A. Gil-Robles, sur certains aspects de la dérogation à l'article 5 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme adoptée par le Royaume-Uni en 2001, Doc. CommDH(2002)7, § 33.
[1704] *Id.*, § 39.
[1705] *Ibid.*

en vertu de l'article 15, pareilles mesures ne sauraient être tolérées que « *dans des circonstances tout à fait exceptionnelles* »[1706].

561. Le 16 décembre 2004, la Cour d'appel de la Chambre des Lords a déclaré que ces dispositions litigieuses de la loi de 2001 étaient contraires à la Conv.EDH[1707]. Six jours plus tard, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe a indiqué au gouvernement britannique que la loi devait être abrogée[1708]. La loi antiterroriste du 11 mars 2005 a modifié la loi de 2001 sur le point litigieux[1709] mais a étendu l'application de certaines dispositions restrictives des libertés aux ressortissants britanniques suspectés d'actions terroristes[1710]. Elle prévoit notamment à l'encontre de toute personne soupçonnée de mener de telles activités des restrictions à leur droit d'aller et venir.

562. 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 procédurales[1711]. Sur cette base, la Commission interaméricaine des droits de 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* »[1712].

[1706] *Id.*, § 40.

[1707] House of Lords, 16 décembre 2004, *A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Departmemt*, (2004) UKHL 56.

[1708] PAYE (J.-C.), *The Prevention Security Act britannique du 11 mars 2005*, RTDH, 1er juillet 2005, n° 63, pp. 635-647, sp. p. 637.

[1709] Les dispositions litigieuses concernant la détention sans procès des étrangers ont été abrogées.

[1710] The Prevention of Terrorism Act 2005. Sur cette nouvelle législation, voir par exemple BONNER (D.), *Checking the Executive ? Detention Without Trial, Control Orders, Due Process and Human Rights*, Eur. Publ. Law, vol. 12, issue 1, mars 2006, pp. 45-71.

[1711] Selon l'article 7 § 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* ».

[1712] Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Diez años de actividades - 1971-1981*, Organisation des Etats américains, Washington, 1982, p. 320, référence citée par la FIDH, rapport n° 429 d'octobre 2005, *op. cit.*, supra note n° 1691.

563. La Commission des Communautés européennes estime, quant à elle, que certaines catégories de personnes ne devraient pas être placées en rétention en attente de leur éloignement. Il s'agit des mineurs non accompagnés, des personnes gravement malades ou handicapées, des personnes âgées qui sont sous tutelle ou curatelle, des femmes enceintes sous certaines conditions, et des personnes ayant subi des mauvais traitements[1713].

564. La mise en détention d'une personne devant être expulsée implique le respect de sa dignité et de son intégrité physique. Aussi, les conditions de détention ne doivent pas constituer de mauvais traitements tels qu'ils sont prohibés par le droit international.

B. Les conditions de détention

565. Les Etats sont responsables des individus détenus sur leur territoire comme ils le sont de toute personne relevant de leur juridiction. Ainsi, l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 5 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme précisent que la principale finalité du maintien en détention doit être le "reclassement social"[1714], c'est-à-dire la réinsertion des individus au sein de la communauté. Les Etats doivent donc respecter la personne des détenus. Quiconque est privé de sa liberté doit être traité avec le respect de la dignité humaine[1715]. Par exemple, le fait de laisser un détenu dormir à même le sol sans soins médicaux dans une cellule dépourvue d'installations sanitaires constitue une atteinte à son intégrité physique, psychique et morale ainsi qu'à sa dignité[1716]. Ces conditions d'emprisonnement sont relativement courantes[1717]. Néanmoins,

---

[1713] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 14 octobre 2002, *op. cit.*, supra note n° 1653.
[1714] Voir plus précisément les articles 10 § 3 et 5 § 6 de ces textes respectifs.
[1715] Voir les articles 10 § 1 du Pacte de 1966, et 5 § 2 de la Convention américaine.
[1716] Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 11 mars 2005, *Caesar contre Trinité-et-Tobago*, §§ 98-100. En 1998, Trinité-et-Tobago a dénoncé la Convention américaine relative aux droits de l'homme, en vertu de son article 78, et la reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour. Il est donc fortement probable que l'arrêt du 11 mars 2005 ne sera pas exécuté. Sur cet arrêt, voy. la chronique de DE TORRES (A. Ú.), *in* « Jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », actualité juridique de janvier-avril 2005, L'Europe des libertés, n° 17, septembre 2005, pp. 51-53, sp. pp. 51-52. Voir aussi Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 25 novembre 2005, *Garcia Asto y Ramirez Rojas contre Pérou*, §§ 228-229.

dans une affaire introduite à l'encontre de l'Ukraine, la violation de l'article 10 § 1 du Pacte international de 1966[1718] a simplement été reconnue pour interdiction faite à un prévenu au cours de sa détention d'accéder à son dossier médical[1719].

Dans son projet de directive du 1er septembre 2005 sur le retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, la Commission des Communautés européennes prévoit que ceux qui sont placés en garde temporaire en attendant leur éloignement doivent « *être traités humainement et dignement dans le respect de leurs droits fondamentaux (…)* »[1720].

566. En outre, les Etats devraient éviter de mettre en contact les détenus en attente de leur expulsion avec les personnes condamnées pénalement. Dans sa sentence arbitrale *Ben Tillett* du 26 décembre 1898, A. Desjardins constate qu' « *il est impossible d'astreindre un Etat 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 (…) un quartier spécial* »[1721]. En l'espèce, le gouvernement belge s'était toutefois efforcé d'isoler le requérant. Sur cette règle minimale, la Commission des Communautés européennes fait remarquer, en 2002, que « *lorsque des centres de rétention ne sont pas disponibles ou que les capacités d'accueil dans*

[1717] Voir par exemple Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 3 avril 1987, *Eric Hammel contre Madagascar*, communication n° 155/1983 du 1 août 1983, CCPR/C/29/D/155/1983, 3 avril 1987, § 7.1 pour les détails des conditions d'emprisonnement.

[1718] L'article 10 § 1 du Pacte se lit comme suit : « *Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* ».

[1719] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 29 octobre 2002, *Valentina Zheludkova contre Ukraine*, communication n° 155/1983 du 28 mars 1994, CCPR/C/76/D/726/1996, 6 décembre 2002, § 8. La violation de l'article 10 § 1 du Pacte n'est cependant pas constatée à l'unanimité : trois membres considèrent dans leur opinion individuelle que le refus de l'État partie d'autoriser l'accès au dossier médical ne peut pas constituer « *en tant que tel* » une violation de l'article 10 § 1. Ils soulignent notamment que des soins médicaux ont été prodigués au prévenu et qu'un certificat médical, dont le contenu était identique à celui du dossier médical, a été établi par les autorités. Pour M. Rafael Rivas Posada, « *conclure que le refus d'autoriser une personne privée de liberté à avoir accès à son dossier médical constitue un traitement inhumain et est contraire au respect de la dignité inhérente à la personne dépasse le champ d'application de* [cet article 10§1] ». Cependant, Mme Cecilia Medina Quiroga estime que la majorité n'est pas allée assez loin et soutient que l'article 10 § 1 « *entraîne une obligation de respect qui s'applique à tous les droits de l'homme reconnus dans le Pacte* ». Selon cet autre membre, « *Le droit d'avoir accès à son dossier médical fait partie du droit qu'a chacun d'avoir accès aux informations qui le concernent* [et] *(…) le simple fait de rejeter la demande de la victime constitue donc une violation de l'obligation qui lui incombe de respecter le droit de chacun d'être "traité avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine", que ce refus ait eu ou non des conséquences pour les soins médicaux de la victime* ».

[1720] Article 15 § 1 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres …, *op. cit.*, supra note n° 1651.

[1721] Sentence arbitrale, *Ben Tillett*, Royaume-Uni c/ Belgique, 26 décembre 1898, A. Desjardins, Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée, 1899, tome 26, pp. 203-210, p. 207.

ces centres sont épuisées, les personnes en attente de rapatriement qui sont placées en rétention dans des établissements pénitentiaires ordinaires [devraient] *être séparés des autres détenus de manière à éviter toute criminalisation* »[1722]. Le 1er septembre 2005, dans sa proposition de directive sur le retour, la Commission exige que la garde temporaire avant éloignement des étrangers en séjour irrégulier se fasse dans des centres spécialisés, mais prévoit que si un Etat membre doit placer des ressortissants d'Etat tiers dans un lieu pénitentiaire, « *il veille à ce* [qu'ils] *soient en permanence séparés physiquement des prisonniers de droit commun* »[1723].

567. L'administration de mauvais traitements au cours de la détention peut engager la responsabilité de l'Etat qui expulse. En effet, elle est prise en compte par l'autorité habilitée à examiner la réclamation de l'expulsé. En 1931, dans un litige opposant le Royaume-Uni et la France, l'arbitre norvégien M. Beichman cherchait déjà à savoir si M. Chevreau, ressortissant français arrêté en Perse par les forces britanniques et détenu avant son expulsion, avait subi des mauvais traitements pendant sa détention[1724].

568. Contrairement au Pacte de 1966, la Convention européenne des droits de l'homme ne prévoit pas de règles spécifiques sur la protection des personnes privées de leur liberté. Néanmoins, la Cour européenne examine si les conditions de détention peuvent constituer une violation de l'article 3 de la Convention. L'administration par les forces de police ou par les agents de l'immigration de mauvais traitements sur la personne d'un étranger, qui se trouve en détention « *préalablement à* [son] *expulsion* »[1725], peut emporter la violation de cette disposition. De même, la détention d'un étranger avant son expulsion dans un local surpeuplé,

---

[1722] Pt. 3.1.3. du livre vert de la Commission relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, 10 avril 2002, *op. cit.*, supra note n° 1646. Dans son avis sur ce livre vert, le Comité économique et social est plus sévère lorsqu'il estime qu' « *il ne faut pas utiliser des centres pénitentiaires pour délinquants aux fins de la rétention de personnes dans l'attente de leur éloignement ou expulsion, car les résidents clandestins ne sont pas des délinquants. Les centres de rétention doivent être des structures spécialement prévues à cette fin et les établissements pénitentiaires ne pourront être utilisés comme lieu de rétention que dans le cas où l'expulsion est motivée par des délits commis* » : avis du Comité économique et social sur le « Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier », pt. 5.2, JOUE n° C 61 du 14 mars 2003, p. 61.

[1723] Article 15 § 2 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres …, *op. cit.*, supra note n° 1651.

[1724] Sentence arbitrale, *Chevreau*, France c/ Royaume-Uni, 9 juin 1931, M. Beichman, RSA, vol. II, p. 1113.

[1725] LAMBERT (H.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 8 révisé, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2001, 80 p., p. 34.

sale, dépourvu de lits et sans que des contacts avec l'extérieur soient possibles constitue un traitement dégradant contraire à l'article 3[1726].

569. La détection de ces mauvais traitements peut être effectuée par des membres du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), organe de contrôle institué par la Convention de 1987[1727]. Ces membres sont des experts exerçant leurs compétences en toute indépendance ; ils sont « *juristes, médecins, psychiatres, spécialistes des questions pénitentiaires ou de la police* »[1728]. Ils peuvent visiter périodiquement, aussi bien de jour que de nuit, tout lieu où des personnes sont détenues par une autorité publique afin de contrôler leurs conditions de détention et la manière dont elles sont traitées[1729].

570. Lorsque le Comité rend un rapport faisant état de mauvais traitements commis sur la personne d'un détenu, il est fortement probable que l'intéressé saisisse ensuite la Cour européenne en invoquant la violation de l'article 3 de la Convention[1730]. La Cour et le Comité peuvent se référer l'un à l'autre[1731] mais sont indépendants. La jurisprudence de la Cour ne lie pas le Comité, de même que les rapports de ce dernier ne s'imposent pas à la Cour[1732]. Le Comité travaille sur la base des différentes normes internationales de protection des droits de l'homme mais développe également ses propres règles générales[1733].

[1726] CEDH, arrêt du 6 mars 2001, *Dougoz contre Grèce*, §§ 44-49, recueil 2001-II.
[1727] 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. Il y a autant de membres que d'Etats parties.
[1728] LARRALDE (J.-M.), *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, p. 31.
[1729] *Ibid.*
[1730] *Id.*, p. 34.
[1731] Par exemple, dans l'affaire *Dougoz*, la Cour se réfère aux rapports du CPT : CEDH, arrêt du 6 mars 2001, *Dougoz*, *loc. cit.*, sp. §§ 46-47.
[1732] LARRALDE (J.-M.), *La protection du détenu par l'action du Comité européen pour la prévention de la torture*, *loc. cit.*, pp. 34 et 35.
[1733] *Id.*, p. 34.
Le travail accompli par le Comité pour la prévention de la torture est d'une grande importance pour la protection des personnes privées de leur liberté : sur l'apport du CPT, voir MURDOCH (J.), *The Impact of the Council of Europe's "Torture Committee" and the Evolution of Standard-setting in Relation to Places of Detention*, EHRLR, n° 2, 2006, pp. 158-179.

571. Dans son septième rapport général, le CPT a remarqué qu'il est fréquent que des étrangers soient retenus en vertu de législations relatives à l'entrée et au séjour[1734]. Il a constaté qu'il s'agit *inter alia* de demandeurs d'asile, d'étrangers entrés ou séjournant illégalement et que les lieux de rétention sont très divers : zones de rétention aux points d'entrée sur le territoire, commissariats, établissements pénitentiaires, etc. Dans l'affaire *Amuur*, la Cour européenne a même considéré que le maintien de demandeurs d'asile dans la zone de transit d'un aéroport peut constituer une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 f) de la Convention européenne, alors même que les intéressés sont libres de quitter volontairement le territoire où ils demandent à entrer[1735]. Le CPT a par ailleurs jugé inadmissible que les étrangers retenus partagent un local avec des personnes condamnées pour des infractions pénales ou soient placés dans une prison, laquelle « *par définition, n'est pas un lieu approprié pour la détention d'une personne qui n'est ni reconnue coupable, ni soupçonnée d'une infraction pénale* »[1736]. Néanmoins, il a considéré que la détention en prison d'un tel étranger peut se révéler appropriée lorsqu'il est réputé violent. Le cas échéant, l'étranger doit être séparé des condamnés et ne doit pas être moins bien traité que ces derniers. En 2006, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté une recommandation établissant des règles pénitentiaires européennes qui portent notamment sur les conditions humaines de détention et dont devraient s'inspirer les gouvernements des Etats parties au Conseil[1737]. Il insiste sur le respect de la dignité humaine et encourage l'administration pénitentiaire à se comporter avec humanité. Il recommande en particulier la création de dossiers sur la situation personnelle de chaque détenu et de rapports médicaux[1738].

572. Même s'il constate que les Etats s'y conforment de plus en plus dans la pratique, le CPT a rappelé que, par principe, les personnes privées de leur liberté pour infraction à la législation sur les étrangers devraient être retenues dans « *des centres spécifiquement conçus à cet effet* »[1739] et que le personnel devrait être choisi et formé pour y travailler.

[1734] CPT, 7e rapport général d'activités couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 1996, 22 août 1997, CPT/Inf (CEDH 97) 10.
[1735] CEDH, arrêt du 25 juin 1996, *Amuur*, *op. cit.*, supra note n° 1672.
[1736] CPT, 7e rapport général d'activités, *loc. cit.*, § 28.
[1737] Recommandation Rec(2006) 2 du 11 janvier 2006 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les Règles pénitentiaires européennes, adoptée lors de la 952e réunion des Délégués des Ministres.
[1738] *Ibid.*
[1739] CPT, 7e rapport général d'activités, *loc. cit.*, § 29.

Le Comité des ministres le confirme : au minimum, les individus concernés devraient être suivis médicalement et ne pas être coupés du monde extérieur[1740]. Ils devraient être détenus dans des locaux entretenus, non agencés comme les lieux de détention carcérale[1741] et disposant d'un personnel qualifié. De plus, les hommes et les femmes devraient être séparés mais dans le respect de l'unité familiale[1742].

573. Un traitement convenable des personnes privées de leur liberté est donc exigé, qu'elles soient en attente de leur expulsion ou qu'elles soient condamnées à une peine d'emprisonnement assortie d'une mesure d'expulsion[1743]. La reconnaissance de mauvais traitements infligés au cours d'une détention doit donner lieu à réparation.

574. Ce souci du respect de la dignité humaine s'avère aussi prégnant sur les conditions du voyage de retour.

PARAGRAPHE II : Le voyage de retour

575. La plupart des éloignements sont exécutés par voie aérienne. Des conventions internationales relative au domaine de l'aviation comportent des dispositions spécifiques qui peuvent trouver à s'appliquer à certaines situations particulières ou à certaines catégories de personnes, telles les personnes expulsées (**A**). En outre, les droits fondamentaux de la personne humaine et les principes humanitaires doivent être respectés pendant le voyage de retour (**B**).

[1740] Comité des ministres du Conseil de l'Europe, vingt principes directeurs sur le retour forcé, 925e réunion des Délégués des Ministres, 4 mai 2005, *op. cit.*, supra note n° 1650.
[1741] *Ibid.*
[1742] *Ibid.*
[1743] BA (A.-B.), *Le droit international de l'expulsion des étrangers : une étude comparative …*, *op. cit.*, supra note n° 1643, p. 656.

A. Le respect des règles internationales sur le transport aérien

576. En matière de transport aérien, il existe de nombreuses conventions internationales. Toutefois, deux d'entre elles peuvent s'appliquer au cas particulier de l'éloignement des personnes.

577. L'annexe 9 de la Convention de Chicago du 7 décembre 1944, relative à l'aviation civile internationale[1744], contient des dispositions sur les personnes non admissibles et les personnes expulsées. Ces dispositions posent des obligations à la charge des Etats contractants.

Le vol choisi par l'Etat expulsant doit être, si possible, un vol direct sans escale. Préalablement au vol, cet Etat doit informer l'expulsé de l'Etat de destination. Pour la sécurité du vol, l'Etat qui expulse doit déterminer si le voyage de retour doit se faire avec ou sans agent d'escorte. A cette fin, il doit apprécier si la santé, la capacité physique et mentale de l'intéressé permettent un renvoi par voie aérienne, si ce dernier accepte ou refuse ledit renvoi, et s'il a ou a eu un comportement violent. L'Etat expulsant doit fournir ces renseignements, ainsi que les noms et nationalités des agents d'escorte, à l'exploitant d'aéronefs concerné. Durant le vol, le respect de la dignité de la personne est exigé. En cas de vol avec escale, les Etats contractants veillent à ce que l'escorte reste « *auprès de la personne déportée jusqu'à sa destination finale, à moins que les autorités et l'exploitant intervenant au point de transit ne conviennent à l'avance de dispositions de rechange appropriées* ». Par ailleurs, les Etats doivent délivrer les documents de voyage nécessaires au retour de leurs propres ressortissants[1745].

578. Les dispositions de la Convention de Tokyo de 1963, relative aux infractions et à certains autres actes survenus dans les transports aériens[1746], sont applicables lorsqu'une

[1744] Texte disponible sur le site de l'office de l'aviation civile internationale : http://www.icao.int/ . Voir également la publication « Convention on international civil aviation, signed at Chicago on 7 december 1944 », S.I., coll. ICAO 7300, 49 p. ; ainsi que « Convention on international civil aviation : élaboration et coordination des annexes techniques à la Convention », S.I., coll. ICAO 7300, 1951.

[1745] S'ils refusent ou s'ils s'opposent autrement à leur retour, lesdits Etats les rendraient apatrides.

[1746] Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, signée à Tokyo le 14 septembre 1963. La convention fut publiée en langue française en 1963 : « Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, signée à Tokyo le 14 septembre 1963 »,

personne, qui peut être une personne faisant l'objet d'un éloignement, perturbe par ses actes la sécurité en vol[1747]. En vertu de ces dispositions, lorsqu'une personne à bord a accompli ou s'apprête à accomplir une infraction ou un acte pouvant compromettre le bon ordre ou la sécurité de l'aéronef ou des autres voyageurs, le commandant peut prendre à son encontre des mesures de contrainte pour que la sécurité et la discipline soient maintenues à bord[1748]. Il pourra également débarquer la personne concernée ou la remettre aux autorités compétentes[1749]. Avant que l'avion, qui transporte une personne soumise à une mesure de contrainte, n'atterrisse sur le territoire d'un Etat, le commandant doit alerter ledit Etat de la présence d'une telle personne. Il appartient aux Etats contractants d'autoriser et d'aider le commandant d'un aéronef immatriculé dans un autre Etat contractant à débarquer pareille personne. L'Etat contractant concerné peut toutefois, en vertu de sa législation relative à l'entrée et au refoulement des étrangers, la refouler de son territoire[1750].

579. Dans le cadre de l'Union européenne, le Conseil et le Parlement européen ont adopté, en 2002, un règlement relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile[1751]. Ce règlement prévoit que des mesures de sûreté sont instituées pour les passagers susceptibles de causer des troubles, sans définir ces derniers. Afin de simplifier, d'harmoniser et de préciser les règles ainsi établies et d'élever les niveaux de sûreté, le Conseil a proposé, en 2006, d'abroger ledit règlement[1752]. Sans préjudice de la Convention de Tokyo de 1963, le nouveau texte devrait notamment porter sur « *les mesures de sûreté applicables à bord des aéronefs, ou pendant un vol, des transporteurs aériens communautaires* ». Les "passagers susceptibles de causer des troubles" y sont définis comme

---

Montréal, Québec : O.A.C.I., 1963, 13 p. Sur cette convention, voy. RICHARD (P.), *La Convention de Tokyo. Etude de la Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs*, Lausanne, Pont frères, 1971, 240 p.

[1747] Ne sont pas concernés par cette convention les aéronefs utilisés à des fins militaires, de douane et de police.

[1748] Article 6 § 1 de la Convention de Tokyo.

[1749] *Ibid.*

[1750] Article 15 § 2 de la Convention de Tokyo.

[1751] Règlement (CE) n° 2320/2002 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile, JOCE n° L 355 du 30 décembre 2002, p. 1. Ce règlement a été adopté à la suite des actes criminels commis aux Etats-Unis le 11 septembre 2001. Il a été modifié par le règlement (CE) n° 849/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant le règlement (CE) n° 2320/2002 relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile, JOUE n° L 158 du 30 avril 2004, p. 1 ; rectificatif au JOUE n° L 229 du 29 juin 2004, p. 3.

[1752] Position commune (CE) n° 3/2007 arrêtée par le Conseil le 11 décembre 2006 en vue de l'adoption d'un règlement (CE) du Parlement européen et du Conseil relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile et abrogeant le règlement (CE) n° 2320/2002, JOUE n° C 70E du 27 mars 2007, p. 21.

pouvant être des personnes expulsées[1753]. Il est précisé que ces passagers doivent être soumis à des mesures de sûreté appropriées avant le départ de l'avion et au cours du vol[1754].

580. Au-delà de ces conventions internationales spécifiques, c'est bien le respect des droits fondamentaux qui sous-tend celles-ci et qui s'impose lors de l'exécution d'une décision d'expulsion.

B. Le respect des droits fondamentaux et de la dignité humaine

581. Le nombre d'expulsions forcées exécutées avec violence s'accroît. Ainsi, dans un rapport rendu le 10 septembre 2001, la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie fait état des violences, mauvais traitements et décès que subissent de nombreux étrangers au cours de leur expulsion de pays européens[1755]. Entre 1998 et 2001, dix étrangers sont morts pendant leur expulsion d'Autriche, de Belgique, d'Allemagne, de France ou de Suisse[1756]. De nombreuses instances de protection des droits de la personne humaine s'inquiètent de ces recours à la force lors des procédures d'éloignement. Alertée par plusieurs organisations non gouvernementales, dont Amnesty International, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a attiré l'attention sur la multiplication des décès survenant lors de l'exécution des procédures d'expulsion forcée dans les Etats membres du Conseil de l'Europe[1757]. Ces graves incidents ne sont pas rares et semblent dûs aux méthodes violentes et dangereuses employées par les agents en charge de l'exécution des expulsions, c'est-à-dire les

---

[1753] Aux fins de l'article 3, 18) du projet de règlement, il faut entendre par « *"passager susceptible de causer des troubles", un passager qui est soit une personne expulsée, une personne réputée non admissible par les autorités d'immigration ou encore une personne faisant l'objet d'un mandat de justice* ».

[1754] Sur les règles relatives au transport en Europe, voy. par exemple GRARD (L.) (dir.), *L'Europe des transports*, actes du Colloque d'Agen, 7-8 octobre 2004, Université Montesquieu-Bordeaux IV, Paris, La documentation française, 2005, 857 p.

[1755] Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, rapport relatif aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, 10 septembre 2001, doc. 9196.

[1756] *Ibid.*

[1757] Recommandation n° 1547(2002) du 22 janvier 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.

forces policières[1758] et les professionnels des transports. L'Assemblée note que le risque de mauvais traitements n'a pas uniquement lieu lorsque les étrangers sont en attente de leur expulsion[1759]. Il est également possible pendant l'exécution de la mesure, lors du transport par avion ou bateau, ainsi qu'à l'arrivée dans l'Etat de destination[1760]. Ainsi, l'injection de médicaments et l'assénement de coups pratiqués lors de l'exécution d'une décision d'expulsion constituent des mauvais traitements[1761]. La Cour européenne reconnaît les « *énormes difficultés que rencontrent à notre époque les Etats pour protéger leur population de la violence terroriste* »[1762], mais considère que le recours à la force physique « *doit être rendu strictement nécessaire par le propre comportement* » de l'intéressé[1763].

582. L'Assemblée parlementaire fait remarquer que les forces de police et de sécurité ne sont généralement pas formées pour assurer ces responsabilités[1764]. Or, le Commissaire aux droits de l'homme avait déjà recommandé, en 2001, que « *les fonctionnaires des services d'immigration ou d'escorte doivent recevoir une formation adéquate destinée à réduire au minimum les risques de violence* »[1765]. En particulier, les membres de l'escorte devraient être informés des moyens coercitifs pouvant être utilisés. L'Assemblée a donc proposé au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe de mettre en place un groupe de travail chargé d'élaborer des lignes directrices de bonne conduite en matière de procédures d'expulsion, destinées à guider les Etats en vue de l'adoption de normes nationales dans cette matière. Finalement, le Comité des Ministres a adopté vingt principes directeurs sur le retour forcé[1766]. S'il n'est pas opposé à l'usage de différentes formes de contrainte sur la personne de

---

[1758] Dans la pratique, il appartient à des forces de l'ordre spécialisées de s'acquitter de la préparation et de l'exécution des expulsions : la police des frontières en France et en Allemagne, la police des étrangers en Grèce et aux Pays-Bas, les forces de sécurité en Autriche (source : Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, rapport relatif aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme…, *op. cit.*, supra note n° 1755, pt. 14.

[1759] Recommandation n° 1547 (2002) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *op. cit.*, supra note n° 1757.

[1760] *Ibid.*

[1761] LAMBERT (H.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, supra note n° 1725, p. 34.

[1762] CEDH, arrêt du 12 mai 2005, *Öcalan contre Turquie*, § 179. En l'espèce, le requérant a été transféré de force du Kenya vers la Turquie par avion. Durant le vol, il a été drogué et menotté, ses yeux ont été bandés.

[1763] CEDH, arrêt du 4 décembre 1995, *Ribitsch contre Autriche*, § 38, série A n° 336, arrêt cité par Hélène LAMBERT, *loc. cit.*, p. 34.

[1764] Recommandation n° 1547 (2002) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe précitée.

[1765] Recommandation du 19 septembre 2001 du Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des Etats membres du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion, CommDH/Rec(2001) 1, pts. 16 et 15.

[1766] Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoption de vingt principes directeurs sur le retour forcé, 925e réunion des Délégués des Ministres, 4 mai 2005, *op. cit.*, supra note n° 1650.

l'expulsé, il juge seules acceptables celles qui sont « *strictement proportionnées à la résistance réelle* » de celui-ci. Ces principes directeurs ont été élaborés en association avec le CPT[1767]. Ce dernier reconnaît qu'éloigner un étranger est « *une tâche difficile* »[1768] et que l'emploi de la force est parfois inévitable. Il est toutefois d'avis que « *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* »[1769]. S'agissant de l'éloignement par voie aérienne, le CPT relève que le risque flagrant de mauvais traitements concerne non seulement « *la phase préparatoire à l'éloignement* », mais aussi « *la phase du vol proprement dit* »[1770]. Il explique que le risque apparaît dès le moment où l'étranger à expulser est sorti du lieu où il est retenu, car il arrive que les agents d'escorte usent de gaz irritants ou immobilisent l'intéressé afin de lui mettre des menottes. De même, le CPT note que le risque existe lorsque l'étranger embarqué à bord de l'avion refuse de s'asseoir et s'oppose alors aux membres de l'escorte. Il recommande alors que ceux-ci soient « [sélectionnés] *avec le plus grand soin et bénéfici*[ent] *d'une formation spécifique appropriée, destinée à réduire au minimum les risques de mauvais traitements* »[1771]. En outre, il invite les Etats à mettre en place des systèmes de contrôle et/ou de surveillance de ces opérations d'éloignement forcé. Dans cette perspective, les moyens de contrainte utilisés ou les incidents survenus devraient être consignés[1772].

583. De son côté, le Commissaire aux droits de l'homme a considéré que doivent être interdits l'utilisation d'objets pouvant causer une asphyxie – coussin, sparadrap, bâillon, casque - de gaz dangereux, et de médicaments ou piqûres sans décision médicale[1773]. Le Commissaire prohibe également l'usage de menottes lors du décollage et de l'atterrissage quand l'expulsion est effectuée par avion. Dans le même sens, la Commission des Communautés européennes estime que même lorsque l'intéressé manifeste une résistance physique à son expulsion, il doit pouvoir être éloigné et reconnaît qu'il est parfois nécessaire

[1767] Voir CPT, 15e rapport général d'activités couvrant la période du 1er août 2004 au 31 juillet 2005, 22 septembre 2005, CPT/Inf (2005) 17.
[1768] CPT, 7e rapport général d'activités, *op. cit.*, supra note n° 1734, § 35.
[1769] *Ibid.*
[1770] CPT, 13e rapport général d'activités couvrant la période du 1er janvier 2002 au 31 juillet 2003, 10 septembre 2003, § 31, CPT/Inf (2003) 35.
[1771] *Id.*, § 42.
[1772] *Id.*, §§ 44-45.

de procéder à des mesures coercitives[1774]. Elle juge toutefois que ces dernières doivent être encadrées, en respectant l'intégrité physique ainsi que l'état psychologique de l'étranger. Elle suggère l'utilisation de lignes directrices en matière d'expulsion et d'escortes, et spécialement celles d'International Air Transport Association / Control Authorities Working Group (IATA/CAWG)[1775]. L'objectif de l'IATA est de fournir aux Etats un guide de bonnes pratiques pour les expulsions effectuées par vols commerciaux, dans le respect de l'annexe 9 de la Convention relative à l'aviation civile internationale du 7 décembre 1944. Ainsi, sont établies des règles de coopération entre les opérateurs et les Etats concernés[1776]. Par ailleurs, les vols directs sont préconisés et, en cas de transit, il est recommandé que l'escorte reste avec l'intéressé et que l'attente soit la plus courte possible[1777]. De même, le pilote, informé de la présence d'un ou plusieurs expulsés et d'une éventuelle escorte, peut refuser l'embarquement de certaines personnes devant être éloignées pour des raisons de sécurité[1778]. Le pilote doit en particulier justifier sa décision de manière objective par le comportement de ces personnes au moment où elles ont été embarquées ou après l'embarquement[1779].

584. La dignité des personnes expulsées n'est pas la seule à devoir être respectée lors de l'éloignement. La protection des passagers doit également être assurée. Selon le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, il faut garantir « *le même niveau de sécurité aux autres passagers et aux membres de l'équipage qu'à l'intéressé lui-même* »[1780]. IATA/CAWG indique dans ses lignes directrices que les expulsés devant être maitrisés physiquement devraient être embarqués avec le plus de discrétion possible[1781].

[1773] Recommandation du 19 septembre 2001 du Commissaire aux Droits de l'Homme, *op. cit.*, supra note n° 1765, pt. 17.
[1774] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 14 octobre 2002, *op. cit.*, supra note n° 1653. Voir également l'article 10 § 1 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres …, *op. cit.*, supra note n° 1651.
[1775] IATA/CAWG, Guidelines on Deportation and Escort, octobre 1999, révisées sans modification en mai 2003. Les lignes directrices définissent l'éloigné comme la personne qui est entrée légalement ou illégalement dans un Etat et à qui les autorités de cet Etat ont ordonné de quitter son territoire (§ 2.1).
[1776] Par exemple, les lignes directrices prévoient que l'Etat expulsant devrait informer l'opérateur du nom, de l'âge, de la nationalité de la personne expulsée, de l'Etat de destination et des noms et nationalités des agents d'escorte (§ 3.4).
[1777] IATA/CAWG, Guidelines on Deportation and Escort, *loc. cit.*, § 3.6, § 4.6 et § 8.7.
[1778] *Id.*, §§ 1.2 et 3.10.
[1779] *Id.*, § 8.5.
[1780] Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoption de vingt principes directeurs sur le retour forcé, 925e réunion des Délégués des Ministres, 4 mai 2005, *op. cit.*, supra note n° 1650.
[1781] IATA/CAWG, Guidelines on Deportation and Escort, *loc. cit.*, § 6.4.

585. Les problématiques posées par les décisions d'expulsion tiennent autant aux difficultés d'exécution matérielle qu'aux possibilités de détournements de procédure.

SECTION II

LES DÉTOURNEMENTS DE LA PROCÉDURE D'EXPULSION

586. Le processus d'éloignement, de par ces contraintes inhérentes au déroulement de l'expulsion, est relativement complexe à gérer. Dès lors, les Etats sont tentés de s'affranchir du respect de certaines règles au moment de l'exécution. L'interdiction des expulsions collectives (**Paragraphe I**) prend ainsi une dimension nouvelle afin de mieux encadrer certaines pratiques abusives. Les Etats peuvent également être tentés de détourner les procédures d'expulsion de leurs finalités, afin de contourner des procédures encore plus contraignantes, telles l'extradition (**Paragraphe II**).

PARAGRAPHE I : L'interdiction des expulsions collectives

587. Dans l'Antiquité, les expulsions collectives n'étaient pas rares et s'expliquaient habituellement par des différences de races ou des conflits de religions[1782]. Au début du XXe siècle, la majorité des auteurs était d'avis que les expulsions collectives étaient légitimes. Les Etats pouvaient craindre que la présence d'un trop grand nombre d'étrangers sur leur territoire menace leur existence[1783]. Cependant, s'appliquait la règle coutumière exigeant que

[1782] BLONDEL (A.), voir « expulsion », *in* LAPRADELLE (A.) (de) et NIBOYET (J.-P.), *Répertoire de droit international*, Paris, Sirey, tome 8 : Théorie générale de la condition des étrangers, 1930, 706 p., pp. 105-162, p. 113. À Athènes, les bannissements de masse sont perçus comme le fait de tyrans, tandis que les bannissements individuels sont « *caractéristiques des régimes démocratiques* » : FORSDYKE (S), *Exile, Ostracism, and Democracy – The Politics of Expulsion in Ancient Greece*, Princeton University Press, 2005, 344 p. , p. 9.

[1783] BLONDEL (A.), étude précitée ci-dessus, p. 112. Voy. aussi BOECK (C.) (de), *L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique*, *op. cit.*, supra note n° 1649, p. 451.

« *l'exercice du droit d'expulsion en masse (…)* [soit] *accompagné de l'octroi d'un délai raisonnable et suffisant* »[1784]. Depuis, le droit international pose l'interdiction pure et simple des expulsions collectives d'étrangers.

588. L'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1963 reprend cette interdiction[1785], qui fut consacrée[1786] en mémoire des expulsions massives ayant résulté de la seconde guerre mondiale[1787]. De même, les derniers paragraphes respectifs de l'article 22 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 et de l'article 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 interdisent l'expulsion collective d'étrangers. L'article 19 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[1788] semble moins précis dans la mesure où il pose l'interdiction des expulsions collectives sans en préciser les bénéficiaires[1789]. Or, dans le projet de Charte de mai 2000, l'article 21 intitulé « Droit d'asile et expulsion » prévoyait dans son deuxième paragraphe que « *les expulsions collectives d'étrangers sont interdites* »[1790]. Dans son exposé des motifs, le Présidium expliquait que ce paragraphe était « *inspiré de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention*

[1784] BLONDEL (A.), *loc. cit.*, p. 113.

[1785] L'article 4 du Protocole n° 4 à la Conv.EDH établit que « *Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites* ». La Grèce et la Suisse n'ont pas encore signé le Protocole. Andorre, l'Espagne, le Royaume-Uni et la Turquie l'ont signé mais ne l'ont toujours pas ratifié. Lors de sa signature le 6 octobre 1988, la République de Chypre a déclaré que le texte de l'article 4 de ce Protocole ne s'applique pas aux étrangers se trouvant illégalement sur son territoire en raison de « *la situation résultant de l'invasion et de l'occupation militaire continues d'une partie du territoire (…) par la Turquie* ». Cette déclaration a été confirmée lors du dépôt de l'instrument de ratification le 3 octobre 1989. Voir la liste des déclarations et réserves formulées au titre du traité n° 046, disponible sur le site du Conseil de l'Europe : http://conventions.coe.int

[1786] L'interdiction des expulsions collectives d'étrangers n'était pas prévue dans le projet initial de ce deuxième Protocole additionnel à la Convention. En effet, elle ne fut pas originellement formulée par l'Assemblée consultative mais par le Comité d'experts constitué pour examiner le texte du projet deladite Assemblée : Comité d'experts en matière de droits de l'homme, Rapport explicatif de février 1963 sur le Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention (Série des Traités européens n° 46). Le rapport explicatif peut être trouvé sur le site du Conseil de l'Europe à la page suivante : http://conventions.coe.int/Treaty/Fr/

[1787] Pour le cas des ressortissants de nationalité allemande, voy. PRAUSER (S.) et REES (A.), *The Expulsion of the German Communities from Eastern Europe at the End of the Second World War*, EUI Working Paper HEC n° 2004/1, Florence : European University Institute, décembre 2004, 92 p. À partir de 1945, à la suite de la conférence de Potsdam, les personnes de nationalité allemande sont expulsées massivement des territoires d'Europe de l'Est occupés par les Soviétiques.

[1788] La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne fut intégrée dans la seconde partie du Traité établissant une Constitution pour l'Europe : *cf.* www.constitution-europeenne.fr

[1789] « Les expulsions collectives sont interdites ».

[1790] Souligné par nous. Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, 11 mai 2000, Doc. Charte 4284/1/00, REV 1/convent 28.

européenne des droits de l'homme »[1791]. Aussi, au sujet de la version finale prévue à l'article 19 § 1, le Présidium précise qu'il « *a le même sens et la même portée que l'article 4 du Protocole n° 4* »[1792], lequel vise les étrangers et, parmi eux, les apatrides[1793]. La disposition de la Charte concerne donc les ressortissants des Etats tiers et non pas les citoyens de l'Union, qui bénéficient des règles plus protectrices du droit communautaire en matière d'éloignement[1794].

589. L'interdiction des expulsions collectives n'est toutefois pas absolue. En effet, l'article 15 de la Convention européenne autorise les Parties contractantes à déroger à certaines de leurs obligations en cas d'état d'urgence et, plus précisément, « *en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation* »[1795]. De la même manière, l'article 27 de la Convention américaine prévoit la possibilité pour les Etats Parties de suspendre certaines obligations, dont celle déterminée à l'article 22, dernier paragraphe, « *en cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace* [leur] *indépendance ou* [leur] *sécurité* ». Cette possibilité de dérogation est cependant encadrée puisque l'article 27 ajoute qu'il ne faut pas qu'il y ait « *discrimination fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale* ». Cette interdiction de discrimination est reprise par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa déclaration de 1985 sur les droits de l'homme des personnes qui ne possédent pas la nationalité du pays dans

---

[1791] Voir l'exposé des motifs par le Présidium des dispositions du projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 11 mai 2000, *ibid*.

[1792] Voir l'exposé des motifs par le Présidium des dispositions du projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 28 juillet 2000, Doc. Charte 4422/00, convent 45.

[1793] Comité d'experts en matière de droits de l'homme, Rapport explicatif de février 1963 sur le Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, *op. cit.*, supra note n° 1786.
M. Andrew DRZEMCZEWSKI rapporte que dans les projets initiaux sur l'interdiction des expulsions collectives, les étrangers étaient définis comme étant « *ceux qui n'ont pas un droit actuel de nationalité dans l'Etat sans distinguer, ni s'ils sont simplement de passage ou s'ils sont résidents ou domiciliés, ni s'il sont des réfugiés ou s'ils sont entrés dans le pays de leur plein gré, ni s'ils sont apatrides ou possèdent une autre nationalité* » : *cf.* DRZEMCZEWSKI (A.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 8, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1993, réimpression de l'édition de 1984, 52 p., p. 12.

[1794] *Cf.* partie I de cette étude.

[1795] Il faut préciser qu'aucune dérogation n'est admise concernant les articles 2 (sauf en cas de peine de mort prononcée en temps de guerre), 3, 4 § 1, et 7 de la Convention, et l'article 4 du Protocole n° 7.
Sur l'article 2 relatif au droit à la vie, voy. le Protocole n° 13 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, adopté à Vilnius le 3 mai 2002 et entré en vigueur le 1er juillet 2003 (Série des Traités du Conseil de l'Europe n° 187). L'expression « en toutes circonstances » englobe les temps de paix et de guerre, les cas de danger imminent de guerre et autre danger public menaçant la vie de la nation. En France, le Conseil Constitutionnel a décidé que ce protocole n'est pas contraire à la Constitution : *cf.* Conseil Constitutionnel, décision 2005-524/525 DC du 13 octobre 2005 (sur cette décision, voy. la note de SCHOETTL (J.-E), *in* Gaz. Pal., 20-22 novembre 2005, pp. 15-20).

lequel elles vivent[1796]. En effet, l'article 7 de la déclaration prohibe les expulsions collectives d'étrangers se trouvant légalement sur le territoire d'un Etat « *pour des motifs de race, de couleur, de religion, de culture, d'ascendance ou d'origine nationale ou ethnique* »[1797].

La Charte africaine, quant à elle, ne prévoit pas de dérogations possibles à certains droits et libertés en cas de menace pour la sécurité de l'Etat ou en cas d'état d'urgence et, en cela, elle se distingue de la majorité des textes internationaux de protection des droits de l'homme[1798].

590. Même si elles ne font pas souvent l'objet de recours devant les instances internationales, les expulsions collectives ne sont pas rares, mais elles sont moins fréquentes que les expulsions individuelles[1799]. En revanche, elles sont plus nombreuses en Afrique[1800]. Le Burundi fut le premier Etat de ce continent à être condamné pour expulsion collective, ayant ordonné en 1989 l'expulsion de toutes les personnes de nationalité libyenne[1801]. La sentence arbitrale rendue en 1991 sur cette pratique souligne qu'« *en prenant une décision frappant collectivement des personnes dont faisaient partie les intéressés sans donner à ces derniers les motifs les concernant personnellement, ni les charges pesant sur eux, le gouvernement du Burundi paraît avoir frappé les deux Libyens intéressés, non parce qu'il était convaincu, après un examen objectif de leur dossier, qu'ils étaient coupables d'activités contraires à l'ordre public, mais parce qu'ils avaient la qualité de citoyen libyen* »[1802].

[1796] Résolution n° 40/144 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 13 décembre 1985, « Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possédent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent ».

[1797] *Ibid.*

[1798] SERMET (L.), *De la carence dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de la clause de dérogation aux droits de l'homme*, RGDI publ., 2005, n° 2, pp. 389-406, p. 389. L'auteur plaide pour « *l'inscription d'une clause jurisprudentielle de dérogation aux droits de l'homme dans la Charte* » ; il considère en effet que l'absence d'une clause de dérogation est défavorable aux droits de l'homme (*cf.* sp. p. 397). Notons toutefois que l'article 27 § 2 de cette Charte africaine dispose que « *Les droits et libertés de chaque personne s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun* ».

[1799] La raison principale du faible nombre de recours pour expulsion collective tient dans les difficultés rencontrées par les intéressés pour agir devant les instances internationales de protection des droits de l'homme une fois qu'ils sont arrivés dans l'Etat de destination.

[1800] BA (A.-B.), *Le droit international de l'expulsion des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 1643, p. 319 et note 112 pour des exemples. La Libye procèdent régulièrement à des expulsions collectives d'étrangers et de réfugiés : FERRÉ (N.), *La Libye pour « externaliser » le droit d'asile de l'UE ?* , Le Monde, 20 juillet 2005, n° 18813, p. 15.

[1801] BA (A.-B.), étude précitée ci-dessus, p. 320.

[1802] Sentence arbitrale, *Lafico contre Burundi*, 4 mars 1991 (citée par A.-B. BA, *loc. cit.*).

591. Le problème juridique qui se pose en cette matière consiste à définir la notion même d'« expulsion collective ». Celle-ci est parfois remplacée par les expressions « expulsion en masse » ou encore « expulsion extraordinaire »[1803]. Parmi les dispositions des textes régionaux interdisant les expulsions collectives, seul l'article 12 § 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 permet de nous éclairer sur ce point. Il indique que l'expulsion collective vise des « *groupes* ». La question est alors de savoir à partir de combien de personnes est-on en présence d'un tel groupe ? Aucun texte, ni aucune jurisprudence ne répond directement à cette interrogation. Néanmoins, la décision *Becker*, rendue en 1975 par la Commission européenne des droits de l'homme, apporte quelques précisions en la matière[1804]. En l'occurrence, la Commission devait statuer sur le rapatriement de près de 200 enfants de nationalité vietnamienne. Dans sa définition de l'expulsion collective, elle qualifia ces derniers de "groupe". Etant donné le nombre impressionnant d'individus concernés, la question du nombre ne s'est guère posée. Elle n'a cependant pas davantage gêné la Commission saisie d'une requête concernant l'expulsion de seulement deux familles[1805]. Un nombre minimum de personnes victimes d'une expulsion collective ne semble donc pas être nécessaire pour que la requête soit déclarée recevable.

592. Toutefois, la définition de l'expression « expulsion collective » demeure problématique. Excepté l'article 12 § 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, aucun des textes précédemment cités ne précise ce terme « expulsion collective ». Selon ledit article 12 § 5, il s'agit de « *celle qui vise globalement des groupes nationaux, raciaux, ethniques ou religieux* ». Sur la base de cette définition, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples devra apprécier si une expulsion donnée vise un groupe de personnes présentant des caractéristiques déterminées et est alors discriminatoire[1806].

[1803] Termes employés par exemple par l'Institut de Droit international dans ses "Règles sur l'expulsion des étrangers" : *cf.* Institut de Droit international, « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers », session de Genève, 9 septembre 1892, Annuaire de l'Institut, tome XII, 1892-1894, p. 218 sqq. Selon l'article 23 de ces règles, l'expulsion extraordinaire (ou en masse) s'applique à des catégories d'individus.

[1804] Comm.EDH, décision du 3 octobre 1975, *H. Becker contre Danemark*, req. n° 7011/75, *D. R.* 4, p. 215.

[1805] Comm.EDH, décision du 3 mars 1978, req. n° 7757/77, citée par DISPA (A.) et HAUSMAN (J.-M.), *La notion d'expulsion collective d'étrangers, prévue à l'article 4 du protocole 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : c'est l'intention qui compte…*, Annales de Droit de Louvain, 2005, vol. 65, n° 1-2, pp. 73-86, sp. p. 80.

[1806] Le Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, adopté le 9 juin 1998, est entré en vigueur le 25 janvier 2004 suite à la ratification par les Comores (15e instrument de ratification déposé le 26 décembre 2003). Concernant les requêtes individuelles, la compétence de la Cour est facultative. Sur cette entrée en vigueur, voy. KOWOUVIH (S.), *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : une rectification institutionnelle du concept de « spécificité africaine » en matière des droits de l'homme*, RTDH, 1er juillet 2004, n° 59,

Cependant, la définition donnée par l'article 12 § 5 de la Charte africaine demeure sujette aux interprétations les plus diverses : le caractère collectif de l'expulsion doit-il être recherché dans la décision, dans son exécution ou dans les deux ? L'article 12 § 5 ne donne aucune précision à ce sujet.

593. Tel n'est pas le cas d'autres dispositions similaires, dont les travaux préparatoires ou l'interprétation jurisprudentielle permettent de mieux cerner les termes d'« expulsions collectives ».

Concernant l'article 19 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, O. DUHAMEL indique que les rédacteurs ont, par ces termes, entendu « *les déplacements forcés de populations* » et non pas les « *renvois groupés* » ou de masse[1807]. Plus clairement, le Présidium explique que ledit article « *vise à garantir que chaque décision fasse l'objet d'un examen spécifique et que l'on ne puisse décider par une mesure unique d'expulser toutes les personnes ayant la nationalité d'un Etat déterminé* »[1808]. La lettre de ces explications montre parfaitement que le caractère collectif de l'expulsion doit être recherché dans la décision d'expulsion. Etant donné que l'article 19 § 1 « *a le même sens et la même portée que l'article 4 du Protocole n° 4* »[1809], les explications du Présidium ne sont pas surprenantes. En effet, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme considérait qu'il y avait « expulsion collective » au sens de l'article 4 du Protocole n° 4 lorsque l'Etat en cause avait décidé d'expulser plusieurs personnes par une mesure unique. A propos d'un rapatriement envisagé par le gouvernement danois d'enfants de nationalité vietnamienne séjournant légalement sur le territoire du Danemark, la Commission avait estimé qu'il fallait « *entendre par "expulsion collective d'étrangers" toute mesure de l'autorité compétente contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la*

---

pp. 757-790 ; KAMARA (M.), *La promotion et la protection des droits fondamentaux dans le cadre de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et du protocole facultatif additionnel de juin 1998*, RTDH, 1er juillet 2005, n° 63, pp. 709-727.

[1807] DUHAMEL (O.), *Pour l'Europe – Le texte intégral de la Constitution, expliqué et commenté*, Paris, Seuil, 2003, 442 p., p. 268.

[1808] Voir l'exposé des motifs par le Présidium des dispositions du projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 28 juillet 2000, *op. cit.*, supra note n° 1792.

[1809] *Ibid.*

situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe »[1810]. Elle avait ajouté qu'en l'espèce, « *on ne* [pouvait] *parler (…) d'expulsion collective* », le Danemark ayant accepté « *que chaque cas soit examiné (…) selon ses mérites propres et qu'il* [pouvait] *être dans l'intérêt de certains (…) enfants d'être rapatriés (…)*»[1811].

594. La Cour européenne a interprété de la même manière la notion d' « expulsion collective ». Dans la décision *Andric* du 23 février 1999, elle reprend expressément les termes employés par la Commission, puis poursuit en affirmant que « *le fait que plusieurs étrangers reçoivent des décisions similaires ne permet pas de conclure à une expulsion collective, lorsque chaque personne concernée a pu, individuellement, faire valoir devant les autorités compétentes les arguments qui s'opposaient à son expulsion* »[1812]. Dès lors, il n'y a pas d'expulsion collective lorsque les décisions d'expulsion sont individuelles et alors même que leur mise en œuvre est collective.

595. La Commission interaméricaine des droits de l'homme semble avoir adopté la même conception de la notion, à propos de la décision prise en 1991 par les autorités de la République dominicaine d'expulser un nombre important d'haïtiens. A cette occasion, la Commission interaméricaine releva que ces derniers ne purent à aucun moment de la procédure d'expulsion se faire entendre pour faire valoir leurs revendications. En effet, selon l'instance américaine, l'article 8 § 1 de la Convention de San José « *oblige le gouvernement de la République dominicaine à prendre en considération la situation individuelle des*

[1810] Comm.EDH, décision du 3 octobre 1975, *H. Becker contre Danemark*, *op. cit.*, supra note n° 1804. Déjà, l'article 17 des « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers » adoptées en 1892, à l'occasion de la session de Genève de l'Institut de Droit international, disposait que l'expulsion « *doit être exécutée (…) en tenant compte de la situation particulière de la personne* » : 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.

[1811] *Ibid.*

[1812] Traduit par nous de " *the fact that a number of aliens receive similar decisions does not lead to the conclusion that there is a collective expulsion when each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities on an individual basis* " : CEDH, décision d'irrecevabilité du 23 février 1999, *Andric contre Suède*, req. n° 45917/99, § 58, NP. Cette affaire avait pour contexte la pratique du gouvernement de Suède d'éloigner les ressortissants croates, pratique motivée par l'absence de risque de persécutions en Croatie : " *The general situation in Croatia has improved (…) nowadays Croatian citizens can generally be afforded protection in Croatia* ". Se posait alors la question du caractère collectif de la décision d'expulsion du requérant croate prise dans le cadre de cette pratique.

personnes accusées d'avoir violé les règles sur l'immigration et à leur octroyer le droit de présenter leur moyens de défense dans le cadre d'une audience formelle »[1813].

596. Il ressort de cette jurisprudence que la notion d' « expulsion collective » vise, selon les textes européen et américain, l'expulsion d'un groupe sans examen individuel, alors qu'en vertu de la Charte africaine, elle vise l'expulsion d'un groupe national, racial, ethnique ou religieux. En réalité, comme l'explique J.-M. HENCKAERTS, « *lorsqu'un groupe d'étrangers a été expulsé en tant que groupe, l'absence d'un examen individuel a nécessairement entrainé une discrimination basée sur la nationalité, la race, l'origine ethnique ou religieuse* »[1814].

597. Depuis la jurisprudence *Andric*[1815] et l'adoption de la Charte de l'Union européenne, la Cour de Strasbourg a rendu l'arrêt *Conka*, dans lequel elle constate pour la première fois la violation de l'article 4 du protocole n° 4[1816]. Cette affaire mettait en cause plusieurs décisions d'expulsion de demandeurs d'asile Tziganes vers la Slovaquie prises par les autorités belges[1817]. Selon les requérants, « *le terme "expulsion collective" doit s'entendre de toute mise en œuvre collective de mesures d'éloignement du territoire. Distinguer la décision préalable de la mise en œuvre de l'expulsion conduirait à vider la disposition de tout contenu, dans la mesure où les législations de tous les Etats membres imposeraient aujourd'hui l'existence formelle d'une décision individuelle précédant la mesure d'expulsion, de telle sorte qu'à distinguer la décision de sa mise en œuvre, plus aucune expulsion collective ne serait plus condamnable de nos jours, ce qui priverait l'article 4 du Protocole n° 4 de tout*

[1813] Traduit par nous de " [This provision] *obliges the government of the Dominican Republic to consider the individual situation of persons accused of violating the Immigration Law and to grant them the right to present their defense in the framework of a formal hearing* " : Commission interaméricaine des droits de l'homme, Rapport annuel de 1991, 14 février 1992, § 277, OEA/Ser.L/V/II.81, Doc. 6 rev. 1, cité par HENCKAERTS (J.-M.), *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, The Hague, Kluwer Law International, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 257 p., pp. 15-16.

[1814] HENCKAERTS (J.-M.), *id.*, p. 19 ; traduit par nous.

[1815] CEDH, décision d'irrecevabilité du 23 février 1999, *Andric contre Suède*, *op. cit.*, supra note n° 1812.

[1816] CEDH, arrêt du 5 février 2002, *Conka et autres contre Belgique*, recueil 2002-I.

[1817] Pour un résumé des faits et des différents griefs, voir CAMERON (I.), *in* « Case Law of the European Court of Human Rights – january 2001- june 2002 », Eur. Publ. Law, vol. 9, issue 1, mars 2003, pp. 13-38, sp. pp. 23-25. Pour un résumé de la solution, voy. LAMBERT (P.), note sous l'arrêt, *in* Gaz. Pal., 4 et 5 octobre 2002, pp. 14-22, sp. pp. 21-22.

Notons que cet arrêt fut rendu alors que le Royaume de Belgique avait déjà expulsé les intéressés vers la Slovaquie en dépit de la demande de la Cour de ne pas y procéder, prise en application de l'article 39 du Règlement de la Cour.

effet utile »[1818]. Les requérants estimaient en outre que les décisions d'expulsion « *traduisent une volonté affirmée des autorités de procéder à un traitement collectif de la situation d'un groupe de particuliers (…)* »[1819]. Par conséquent, il n'y aurait pas eu d'« *examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe* »[1820]. De son côté, le gouvernement belge faisait référence à la décision *Andric*, rendue par la Cour européenne en 1999.

598. Dans son arrêt du 5 février 2002, cette dernière ne souscrit à aucune de ces deux thèses. Tout d'abord, la Cour confirme la définition telle qu'elle fut dégagée par la Commission dans la décision *Becker* et reprise par elle-même dans sa décision *Andric*. En effet, en l'espèce, les décisions d'éloignement ont été prises à la suite d'un examen de la situation personnelle des requérants, la qualification d'expulsion collective ne pouvait donc pas être retenue, malgré le rapatriement collectif de ces ressortissants slovaques vers leur pays d'origine. Puis la Cour nuance son interprétation de la notion d' « expulsion collective » en ajoutant que « *cela ne signifie pas pour autant que là où cette dernière condition est remplie, les circonstances entourant la mise en œuvre de décisions d'expulsion ne jouent plus aucun rôle dans l'appréciation du respect de l'article 4 du Protocole n° 4* »[1821]. La Cour décide donc de porter son examen sur l'exécution des décisions d'éloignement. En l'occurrence, elle juge que la procédure suivie, à compter « *de la convocation des intéressés au commissariat à leur expulsion* » ne garantissait pas « *une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle* » de chacun des requérants, et ne permettait donc pas d'écarter tout doute sur la nature collective de l'expulsion[1822]. Elle conclut, par seulement quatre voix contre trois, à la violation de l'article 4 du Protocole n° 4. Cette faible majorité est significative et reflète toute l'ambiguïté du problème quant à l'interprétation à donner de la notion d'« expulsion collective ».

599. Même si cela ne ressort pas clairement dans son arrêt, la Cour n'a pas décidé de cesser de rechercher l'éventuel caractère collectif dès le stade de la décision, étant donné qu'elle confirme une partie de sa décision *Andric*. Mais, sans opérer un véritable revirement de sa

---

[1818] CEDH, arrêt du 5 février 2002, *Conka et autres contre Belgique*, *op. cit.*, supra note n° 1816, § 56.
[1819] *Ibid.*
[1820] *Ibid.*
[1821] *Id.*, § 59.
[1822] *Id.*, §§ 61 et 63.

jurisprudence, la Cour modifie légèrement son interprétation de l'article 4 du Protocole n° 4. Néanmoins, loin de la consolider[1823], elle n'exprime pas clairement sa position. Si elle procède pour la première fois à un examen attentif de l'exécution des décisions d'expulsion, il est difficile de faire état des éléments de fait qui, dans d'autres situations litigieuses analogues, devraient probablement conduire à la conclusion du caractère collectif d'une expulsion. L'exigence de la Cour quant à la procédure d'éloignement apparaît très formelle. En effet, en l'espèce, il semble répréhensible que les mesures d'expulsion aient été adoptées en exécution d'un ordre de quitter le territoire, sans référence aucune à la situation personnelle des requérants, alors que des décisions antérieures avaient été prises sur le fondement de la situation personnelle des intéressés. Comme l'a exprimé un des juges minoritaires, l'ordre de quitter le territoire peut difficilement être isolé de ces décisions antérieures qui auraient donc dû suffire pour justifier les expulsions[1824].

La condamnation de l'Etat belge semble également s'expliquer par les intentions réelles des autorités nationales que la Cour déduit des diverses annonces faites par celles-ci concernant des opérations d'éloignement ainsi que de la mise en œuvre des mesures d'expulsion effectuée à compter de la convocation collective des requérants au commissariat[1825].

600. Finalement, parce qu'elle avait des doutes quant au caractère individuel des expulsions, la Cour a décidé de rendre un arrêt favorable aux personnes expulsées, de telle sorte que la condamnation semble essentiellement fondée sur des présomptions[1826].

601. La Cour européenne ne choisit pas entre les deux thèses en présence, celle des requérants et celle du gouvernement, qui renvoie à la jurisprudence antérieure, ce qui doit être approuvé. Toutefois, la Cour devrait rechercher successivement et distinctement le caractère collectif de l'expulsion dans la décision et dans sa mise en œuvre. Surtout, la Cour devrait

---

[1823] Voir l'opinion partiellement dissidente de M. le juge J. Velaers qui affirme qu' « *il est important que la Cour ait consolidé la définition de la notion d'« expulsion collective » (…)* », sur l'arrêt, *op. cit.*, supra note n° 1816, pt. 5.

[1824] *Id.*, pt. 7.

[1825] N. RIOU insiste particulièrement sur ce point et partage l'avis des juges de la majorité : voir RIOU (N.), *in* l'Europe des Libertés, Actualité de la Cour européenne des droits de l'homme (janvier 2002 - avril 2002), n° 8, mai 2002, pp. 14-28, sp. pp. 27-28.

[1826] Voir DISPA (A.) et HAUSMAN (J.-M.), *La notion d'expulsion collective d'étrangers, prévue à l'article 4 du protocole 4…*, *op. cit.*, supra note n° 1805, p. 84.

systématiquement rechercher, en ayant recours à la technique du "faisceau d'indices", l'intention réelle des auteurs des mesures d'éloignement. Dorénavant, dans le sillage de l'arrêt *Conka*, la Cour devrait déterminer si les autorités nationales ont exprimé la volonté de viser un groupe de personnes présentant des caractéristiques communes.

602. Désormais, le caractère collectif de l'expulsion devrait être apprécié par rapport au principe de non-discrimination. En somme, selon le Professeur J.-Y. CARLIER, « *(…) l'examen doit porter attentivement sur la décision et sur l'exécution de la mesure d'éloignement du territoire (aspect extensif) mais n'entraîne un constat de violation que si un groupe particulier de personnes est visé à partir de critères discriminatoires (aspect restrictif)* »[1827]. La Cour européenne devrait opérer une lecture combinée des articles 4 du Protocole n° 4 et de l'article 14 de la Convention[1828], ce qu'elle a refusé pour l'affaire *Conka* au stade de la recevabilité[1829]. Comme pour l'article 13, l'article 14[1830] n'a pas, selon la Cour, « *d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour la jouissance des droits et libertés garantis par les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. (…) il peut* [toutefois] *entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome. Pour que l'article 14 trouve à s'appliquer, il suffit que les faits du litige tombent sous l'empire de l'une au moins desdites clauses* »[1831]. Néanmoins, après avoir rappelé qu'« *une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14, si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* », la

[1827] CARLIER (J.-Y.), *L'expulsion collective d'étrangers*, *in* LAMBERT (P.) et PETTITI (C.), « Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », Actes du séminaire du 21 mars 2003 organisé par les Instituts des droits de l'homme du barreau de Bruxelles et du barreau de Paris, Bruxelles, Bruylant, collection « Droit et justice », 2003, 149 p., pp. 111-138, sp. p. 126. Cette doctrine fut également publiée, après actualisation, en observations sous l'arrêt *Conka*, sous le titre *La détention et l'expulsion collective d'étrangers*, RTDH, janvier 2003, n° 53, pp. 177-222, sp. pp. 198-222.

[1828] A défaut, la Cour pourrait intégrer le respect du principe de non-discrimination dans la définition de l'expulsion collective comme le propose le Professeur J.-Y. CARLIER : « *La définition (…) devient alors "toute décision ou exécution d'une mesure d'expulsion qui vise globalement un groupe particulier de personnes à partir de critères discriminatoires"* », *cf.* CARLIER (J.-Y.), *L'expulsion collective d'étrangers*, *ibid*.

[1829] CEDH, décision sur la recevabilité du 13 mars 2001, *Conka et autres contre la Belgique*, req. n° 51564/99, pt. 9. Dans sa décision *Sulejmanovic* du 14 mars 2002, la Cour a déclaré recevable le grief tiré de la violation de l'article 4 du protocole n° 4 combiné avec l'article 14 de la Convention : CEDH, décision de recevabilité du 14 mars 2002, *Sulejmanovic et Sultanovic contre Italie*, req. n° 57574/00 ; mais la Cour a rayé du rôle cette affaire par arrêt du 8 novembre 2002.

[1830] L'article 14 de la Convention européenne se lit comme suit : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

[1831] CEDH, décision du 13 mars 2001, *Conka*, *loc. cit.*, pt. 9.

Cour a estimé en l'espèce que « *le choix des autorités quant aux destinataires des mesures critiquées ne saurait passer pour manquer de justification objective et raisonnable, puisque le critère de sélection des intéressés n'était pas leur nationalité ou leur origine ethnique, mais leur appartenance à une filière d'immigration, dont il convenait d'endiguer les effets* »[1832]. On pourrait douter de la pertinence d'une telle appréciation, les requérants ne représentant qu'une famille parmi les dizaines qui furent convoquées au commissariat, familles qui étaient toutes tziganes et de nationalité slovaque.

603. Par ailleurs, dans son arrêt *Conka*, la Cour n'interdit pas en soi les rapatriements collectifs, c'est-à-dire les éloignements de plusieurs personnes effectués dans un même moyen de transport, à partir du moment où la situation individuelle de chaque requérant est prise en considération de manière « *réelle et différenciée* » lors de leur mise en œuvre. Il paraît évident qu'interdire aux Etats de procéder à des renvois groupés risquerait de poser de nombreux problèmes financiers et matériels. Comme le relèvent les juges K. Jungwiert et P. Kūris, « *pour des raisons d'économie ou d'efficacité, les Etats* » doivent pouvoir regrouper « *dans un même moyen de transport des personnes qui, au terme de pareille procédure, sont à expulser vers un même pays* »[1833].

604. Il ressort de ces analyses qu'il y a expulsion collective lorsque les personnes concernées ne sont plus visées en tant que telles, « *ut singuli, mais en tant que composantes anonymes (…) d'un corps social déterminé* »[1834]. L'expulsion est collective quand il y a « *"dépersonnification" de l'individu* [et] *"personnalisation" d'une collectivité réelle (…) ou artificiellement créée (…)* »[1835].

605. Il faut rappeler que, dans son explication de l'article 19 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le Présidium indiquait qu'il « *a le même sens et la même portée que l'article 4 du protocole additionnel n° 4 à la Conv.EDH en ce qui concerne les expulsions collectives. Il vise à garantir que chaque décision fasse l'objet d'un examen spécifique et que l'on ne puisse décider par une mesure unique d'expulser toutes les*

[1832] *Ibid.*
[1833] Voir l'opinion partiellement dissidente de M. le juge K. Jungwiert, à laquelle se rallie M. le juge P. Kūris, sur l'arrêt *Conka*, *op. cit.*, supra note n° 1816.
[1834] PERRUCHOUD (R.), *L'expulsion en masse d'étrangers*, Annuaire fr. dr. int., 1988, vol. XXXIV, pp. 677-693, sp. p. 678.
[1835] *Ibid.*

personnes ayant la nationalité d'un Etat déterminé »[1836]. Par son arrêt *Conka*, la Cour européenne fait perdre tout son sens à cette explication. Dès lors, le Présidium aurait dû omettre la seconde phrase de ses motifs. La première phrase était suffisante et permettait, seule, d'anticiper les éventuelles évolutions d'interprétation de l'article 4 du Protocole n° 4.

606. De son côté, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 n'interdit pas expressément les expulsions collectives. Néanmoins, le Comité des droits de l'homme a fait une interprétation téléologique de l'article 13 dudit Pacte, lequel prévoit des garanties procédurales pour les étrangers qui se trouvent en situation régulière sur le territoire d'un Etat partie mais qui sont frappés d'une mesure d'éloignement. Le Comité a précisé que les individus concernés ont droit à une décision individuelle et que, par conséquent, « *les lois ou décisions qui prévoiraient des mesures d'expulsion collective ou massive ne répondraient pas aux dispositions* [de cet article] »[1837]. Dans le cadre des Nations Unies, cette interprétation peut être rapprochée de l'article 22 § 1 de la Convention internationale de 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, qui interdit les « mesures d'expulsion collective » et exige que « *chaque cas d'expulsion* [soit] *examiné et tranché sur une base individuelle* »[1838].

607. C'est le même but recherché par l'Etat, à savoir une plus grande efficacité de ses mesures d'éloignement, qui peut pousser celui-ci à l'utilisation prohibée des procédures d'expulsion aux fins d'extradition.

[1836] Exposé des motifs par le Présidium des dispositions du projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 28 juillet 2000, *op. cit.*, supra note n° 1792.

[1837] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, 27ème session, 1986, Observation Générale n° 15, « Situation des étrangers au regard du Pacte », § 10, HRI/GEN/1/Rev. 1, 1994.

[1838] Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution n° 45/158 du 18 décembre 1990 et entrée en vigueur le 1er juillet 2003.

PARAGRAPHE II : L'interdiction des extraditions déguisées

608. L'extradition est une procédure interétatique consistant pour un Etat à remettre à un autre Etat, à la demande de ce dernier, une personne se trouvant sur son territoire et qui, « *pénalement poursuivi ou condamné par le second, est réclamé par celui-ci pour y être jugé ou y subir sa peine* »[1839]. Le droit extraditionnel est fondé sur le droit national et le plus souvent sur des traités bilatéraux, voire multilatéraux[1840]. Ce droit est toutefois soumis aux règles de protection des droits de l'homme et des libertés individuelles. Ainsi, *« le droit commun, tel qu'il résulte des conventions d'extradition courantes, (…) considère que 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'Etat, doit être soumis à de strictes garanties de fond et de forme* »[1841]. Lorsque l'extradition d'un individu s'avère politiquement ou juridiquement difficile, pire impossible, les Etats sont tentés d'y procéder malgré tout et ce par des moyens expéditifs[1842].

609. Dès 1892, l'Institut de droit international déclare 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'Etat poursuivant, sans que les conditions posées en matière d'extradition aient été dûment observées* »[1843]. 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* »[1844]. Le problème peut surgir lorsque la procédure d'expulsion est détournée à d'autres fins que celle pour laquelle elle est prévue. Pour paraphraser C. LOMBOIS, « *l'extradition déguisée résulte d'accords apparents et apparemment réguliers, mais qui constituent un détournement de procédure. Leur objet*

[1839] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Association Henri Capitant, 2003, 4e édition, 951 p.
[1840] ROUGET (D.), *Le respect du droit extraditionnel et les « extraditions déguisées »*, RTDH, 1999, n° 37, pp. 169-197, p. 169.
[1841] DECOCQ (A.), *La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l'extradition*, Rev. crit. DIP, 1964, p. 412, cité par M. D. ROUGET, *loc. cit.*, p. 169.
[1842] ROUGET (D.), *Le respect du droit extraditionnel…*, *loc. cit.*, p. 171.
[1843] Institut de Droit international, « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers », *op. cit.*, supra note n° 1810.
[1844] Institut de Droit international, Résolution du 1er septembre 1983 sur les « Nouveaux problèmes en matière d'extradition », session de Cambridge, article VIII § 2.

véritable, tenu caché, est de procurer une extradition, en utilisant une procédure parallèle qui a, en général, un autre objet mais qui permet, au cas particulier, l'équivalence de résultat »[1845].

610. La Cour européenne considère qu'en soi une extradition déguisée n'est pas contraire à la Convention si elle résulte d'une coopération entre les Etats en cause et si l'ordre d'arrestation est fondé sur un mandat d'amener émanant des autorités du pays d'origine de l'individu concerné[1846]. Par contre, la Cour refuse qu'une procédure d'éloignement soit utilisée de façon arbitraire, en poursuivant une finalité autre afin d'obtenir l'extradition. Elle s'est exprimée en ce sens dans l'affaire *Bozano*.

En l'espèce, il s'agissait d'un ressortissant italien, condamné pour crimes dans son pays, expulsé de France vers la Suisse, puis remis par ce dernier Etat aux autorités italiennes sur la base d'un traité bilatéral d'extradition. Dans le cadre de l'examen de la régularité d'une détention au titre de l'article 5 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne contrôle le respect par l'Etat contractant des règles de fond et de forme de sa législation nationale. Il apparaît alors que, « *les autorités avaient, dès le départ, conscience de transgresser la législation en vigueur et (…) leur décision initiale se trouvait entachée de détournement de pouvoir* »[1847]. Dès lors, l'expulsion de l'intéressé était en réalité une extradition déguisée. Pour parvenir à une telle conclusion, la Cour se fonde sur divers éléments, dont, en particulier, les jugements rendus en France après l'expulsion. Selon le tribunal de grande instance de Paris, l'arrestation de M. Bozano puis sa détention ont laissé « *"apparaître de très graves irrégularités manifestes"* [et ont] *consisté "non en une mesure d'éloignement pure et simple justifiée par l'arrêté d'expulsion", mais "en une remise concertée aux autorités de police suisse"* »[1848]. De même, le tribunal administratif de Limoges constate la rapidité des évènements ainsi que la remise suspecte du requérant à « *la frontière suisse plutôt qu'*[à une] *autre* »[1849]. Il en conclut que « *l'on n'avait pas "cherché à*

[1845] LOMBOIS (C.), *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1979, 2ème édition, 688 p., p. 563, cité par D. ROUGET, *op. cit.*, supra note n° 1840, p. 171.
[1846] 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 contre Turquie*, § 91, confirmé par CEDH, arrêt du 12 mai 2005, *Öcalan contre Turquie*, § 89.
[1847] CEDH, arrêt du 18 décembre 1986, *Bozano*, *op. cit.*, supra note n° 1673, § 55.
[1848] *Id.*, § 57.
[1849] *Ibid.*

obtenir l'éloignement" de M. Bozano, "mais sa remise aux autorités italiennes par le canal des autorités helvétiques, liées à l'Italie par une convention d'extradition", donc "à faire échec à l'avis défavorable" exprimé par (…) la cour d'appel de Limoges et "qui liait le gouvernement français" »[1850].

Par ailleurs, la Cour européenne observe que les autorités françaises n'ont traité qu'avec la Suisse[1851]. Elle en déduit logiquement qu' « *il s'agissait en réalité d'une mesure d'extradition déguisée, destinée à tourner l'avis défavorable que (…) la cour d'appel de Limoges avait exprimé (…), et non d'une détention nécessaire dans le cadre normal d'une procédure d'expulsion* »[1852].

611. Au mépris de cette jurisprudence, à laquelle les Etats membres de l'Union européenne sont soumis, les Etats-Unis ont sollicité fin 2001 la coopération de l'Union dans le cadre de leurs politiques de l'immigration et de lutte contre le terrorisme, et lui ont demandé d'envisager « *des alternatives à l'extradition, comme l'expulsion ou l'éloignement, lorsque la loi le permet et lorsque cela est plus efficace* »[1853].

612. L'extradition déguisée serait particulièrement dommageable si elle visait un réfugié politique. En effet, un réfugié fuit les territoires où il est persécuté. Or, l'article 33 § 1 de la Convention de Genève de 1951 interdit l'expulsion ou le refoulement des réfugiés, « *de quelque manière que ce soit* »[1854], vers les pays où leur vie ou leur liberté seraient menacées. En d'autres termes, même si la mesure d'extradition n'est pas envisagée par la Convention, elle viderait le texte de son effet utile et ferait obstacle à la réalisation de son but principal qui est de protéger le réfugié si elle pouvait être utilisée afin de renvoyer un réfugié vers un pays à risque[1855].

[1850] *Ibid.*
[1851] *Id.*, § 59.
[1852] *Id.*, § 60.
[1853] 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 CHAMPEIL-DESPLAT (V.), *Les conséquences du 11 septembre 2001 sur le droit des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 1694, p. 21.
[1854] Nous soulignons.
[1855] La pratique des Etats montre que le principe de non-refoulement protège les réfugiés contre leur extradition vers leur pays d'origine.

613. Le Comité des droits de l'homme a également désapprouvé cette pratique de détournement de procédure. L'article 9 § 1 du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966 dispose que « *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 Etat contractant qu' « *en exécution d'une décision prise conformément à la loi (…)* ». L'affaire *Garcia contre Equateur* soulevait le problème de l'expulsion d'un ressortissant colombien effectuée de l'Equateur vers les Etats-Unis d'Amérique, où il était poursuivi pour trafic de drogues[1856]. 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'Etat expulsant ayant admis que ladite procédure d'expulsion était irrégulière, le Comité a reconnu la violation des articles 9 et 13 du Pacte de 1966 par ses constatations du 5 novembre 1991.

614. Dans ce type d'affaires où les tentatives diplomatiques d'extradition ont échoué ou sont vouées à l'échec, les faits montrent généralement un contournement flagrant des règles de procédure. En effet, comme le souligne le Professeur C. ROUSSEAU à l'occasion de l'affaire Klaus Barbie[1857], « *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 Etat étranger aux fins de son arrestation subséquente et de son transfert sur le territoire dudit Etat* »[1858]. Il est évident qu'une personne expulsée dans le respect de la procédure normale s'efforcerait de ne pas pénétrer sur le territoire de l'Etat qui le réclame.

[1856] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 5 novembre 1991, *Edgar A. Cañón Garcia contre Equateur*, communication n° 319/1988 du 4 juillet 1988, CCPR/C/43/D/319/1988, 12 novembre 1991. Affaire citée par M. D. ROUGET, *op. cit.*, supra note n° 1840, p. 181.

[1857] Dans cette célèbre affaire, la France avait demandé l'extradition de K. Barbie poursuivi pour crimes contre l'humanité mais la Cour suprême de La Paz s'y était opposée en raison de l'absence d'une convention d'extradition, et la Bolivie avait alors expulsé l'intéressé vers la France.

[1858] ROUSSEAU (C.), note sous l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation française du 6 octobre 1983, RGDI publ., 1984, pp. 507-511, p. 510.

615. Afin de dépasser ces difficultés, les Etats tendent à mettre en place un corpus juridique permettant une meilleure coopération dans le domaine de l'exécution des décisions d'expulsion. La Communauté européenne a ainsi récemment développé une législation visant à une plus grande efficacité des procédures d'éloignement des Etats membres.

CHAPITRE II
LA COOPÉRATION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'EXÉCUTION DES DÉCISIONS D'EXPULSION

616. Le 28 février 2002, suite au Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001, le Conseil de l'Union européenne adopte un plan global de lutte contre l'immigration clandestine et la traite des êtres humains dans l'Union européenne[1859]. Le Conseil y affirme que la mise en place de règles relatives à la réadmission et au rapatriement doit participer à la lutte contre l'immigration clandestine[1860]. Sur cette base, la Commission publie, en avril 2002, un livre vert dans lequel elle préconise le développement d'une politique communautaire en matière de retour devant entrer dans le cadre des politiques sur l'immigration et l'asile[1861]. La mise au point de cette politique communautaire doit passer par l'adoption de normes communes en matière de retour des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière. L'un des objectifs est la préservation « *des systèmes d'admission légale et d'admission pour des motifs humanitaires* »[1862]. Faisant suite à son livre vert, la Commission propose, dans une communication d'octobre 2002, un programme d'action en matière de retour[1863]. A ce titre, une coopération active entre les Etats membres, ainsi qu'entre la Communauté et les Etats tiers, est requise. En effet, si l'acte d'expulsion est par nature un acte unilatéral, il n'en demeure pas moins que le bon déroulement de son exécution est subordonné à la coopération de tous les Etats concernés, dont les éventuels Etats membres ou tiers de transit et l'Etat de destination[1864]. Il est donc nécessaire pour les Etats membres de l'Union européenne de collaborer non seulement entre eux (**Section I**), mais aussi de coopérer avec les Etats tiers

[1859] Document n° 6621/1/02 JAI du Conseil, 28 février 2002, JOCE n° C 142 du 14 juin 2002.
[1860] Cette idée avait déjà été soulignée par la Commission dans sa communication du 15 novembre 2001 sur « une politique commune en matière d'immigration clandestine » : Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, 15 novembre 2001, COM(2001) 672 final.
[1861] Livre vert de la Commission relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, 10 avril 2002, pt. 3.1.3., COM(2002) 175 final.
[1862] *Id.*, pt. 1.
[1863] Communication du 14 octobre 2002 de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2002) 564 final.
[1864] BA (A.-B.), *Le droit international de l'expulsion des étrangers : une étude comparative de la pratique des Etats africains et de celle des Etats occidentaux*, thèse, Paris II, ss. la direction de COMBACAU (J.), 1995, 930 p., p. 469.

(**Section II**). Les modalités de cette coopération doivent cependant être appréciées au regard du respect des droits de l'homme (**Section III**).

SECTION I

LA COOPÉRATION ENTRE LES ÉTATS MEMBRES

617. Pendant longtemps, aucune règle contraignante n'a été adoptée au sein de l'UE dans le domaine de l'éloignement des ressortissants des pays tiers. Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, la Communauté est compétente pour prendre des mesures en matière de visas, d'asile et d'immigration. Surtout, depuis le 1er mai 2004, la Commission dispose seule du pouvoir d'initiative pour les questions relatives à l'immigration clandestine et au séjour irrégulier, y compris le rapatriement des personnes en séjour irrégulier. Dans ce cadre, la gardienne des Traités a proposé une législation importante. Aux fins d'une coopération opérationnelle efficace en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, la Commission européenne a jugé nécessaire de mettre en place un cadre juridique adéquat[1865]. Celui-ci doit fournir une aide non seulement administrative et technique (**Paragraphe I**), mais également financière (**Paragraphe II**) aux Etats membres.

PARAGRAPHE I : Le développement d'une coopération administrative et technique

618. Pour que l'exécution d'une mesure d'expulsion réussisse, les Etats membres de l'UE doivent coopérer efficacement entre eux, en acceptant de participer à l'exécution des mesures d'expulsion prises par l'un ou plusieurs d'entre eux. Cette coopération se traduit par une

[1865] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 14 octobre 2002, *op. cit.*, supra note n° 1863.

reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement (**A**), par la création d'un système d'identification des personnes (**B**) et par l'organisation du transport des personnes expulsées (**C**).

A. La reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement

619. Dans l'hypothèse où un Etat membre appréhende une personne étrangère qui se trouve en situation irrégulière sur son territoire alors qu'elle tente d'échapper à une décision d'expulsion rendue par un autre Etat membre, il est nécessaire qu'il reconnaisse ladite mesure d'expulsion afin que celle-ci soit réellement mise en oeuvre. A cet effet, a été adoptée la directive 2001/40 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers[1866]. Cette dernière a pour objectif d'assurer une meilleure exécution des décisions d'éloignement. Elle pose des règles devant permettre à un Etat membre d'exécuter un ordre d'expulsion pris par un autre Etat de l'Union, sans qu'il soit nécessaire pour lui de prendre une nouvelle mesure d'expulsion. L'Etat membre d'exécution met en œuvre la mesure d'éloignement selon sa propre législation nationale et doit offrir à l'intéressé la possibilité de former un recours contre la mesure d'éloignement. Il vérifie que la mise en œuvre respecte les règles de droit international pertinentes et les normes nationales.

620. Lorsque l'étranger expulsé n'a pas les ressources suffisantes pour financer son retour, les Etats membres compensent entre eux les déséquilibres financiers que peut causer l'application de la directive 2001/40. Pour ce faire, le Conseil a adopté la décision n° 2004/191 du 23 février 2004, qui définit les critères et les modalités pratiques de cette compensation[1867]. En vertu de cette décision, il appartient à l'Etat membre d'exécution de la mesure d'éloignement d'indiquer à l'Etat membre auteur de ladite mesure le coût des opérations. Ce second Etat rembourse les frais réels de transport, les frais administratifs engagés pour l'obtention des visas et documents de voyage indispensables pour le retour, les

[1866] Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JOCE n° L 149 du 2 juin 2001, p. 34.
[1867] Décision n° 2004/191/CE 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

frais d'hébergement pour l'expulsé et les agents d'escorte, les indemnités journalières de mission pour ces agents, ainsi que les frais médicaux éventuels résultant de soins pratiqués en cas d'urgence. Des points de contact nationaux servent d'intermédiaires entre les Etats concernés pour la communication des demandes et données pertinentes.

621. La directive n° 2001/40, prise à l'initiative de la République française, apparaît toutefois insuffisante.

Tout d'abord, elle a un champ d'application personnel incertain : quels sont les étrangers concernés ? La directive précise uniquement qu'elle *« ne s'applique pas aux membres de la famille des citoyens de l'Union ayant exercé leur droit à la libre circulation* »[1868].

Ensuite, la directive fut adoptée par le Conseil alors que le Parlement, saisi dans le cadre de la procédure de consultation, avait exprimé un avis défavorable[1869] suite au rapport et à l'avis négatifs de la commission des libertés et des droits des citoyens[1870] et de la commission des pétitions[1871]. Celle-ci mettait en évidence le but du projet de directive qui permet à un Etat membre d'exécuter une mesure administrative d'expulsion sans prendre en compte l'éventualité d'un recours juridictionnel introduit contre pareille mesure. Elle s'interrogeait alors sur le point de savoir si les mesures nationales d'expulsion faisant l'objet d'un recours juridictionnel non épuisé ou ayant été déclarées invalides par un tribunal pouvaient être exécutées par l'Etat membre requis. Souhaitant l'adoption d'un acte global, la commission des pétitions estimait que l'initiative législative en matière d'immigration devrait appartenir à la Commission européenne car, à la différence des Etats membres qui « *procèdent coup par coup* », l'Institution prend en considération « *la cohérence globale de l'édifice communautaire dont elle est la gardienne* »[1872].

---

reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JOUE n° L 060 du 27 février 2004, p. 55.

[1868] Article 1er § 3 de la directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001, *op. cit.*, supra note n° 1866.

[1869] Avis du Parlement européen du 13 mars 2001 sur la proposition de directive du Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, T5 – 0127/2001, JOCE n° C 343 du 5 décembre 2001, p. 91.

[1870] Rapport de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures, 27 février 2001 sur l'initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, Final A5-0065/2001.

[1871] Avis de la commission des pétitions du 28 novembre 2000 confirmé par lettre du 5 février 2001.

[1872] *Ibid.*

Enfin, en 2002, la Commission des Communautés européennes fait remarquer qu' « *une assistance mutuelle ou même des opérations communes sont vouées à l'échec si les agents d'un Etat membre chargés de l'exécution des retours ne peuvent remplir les conditions légales fixées par un autre Etat membre* »[1873]. Elle estime alors qu'« *à cet égard, un premier objectif à moyen terme sera l'adoption de normes communes destinées à faciliter le travail des administrations nationales en charge des opérations de retour, et surtout à permettre une pleine reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement, au-delà du premier pas que représente à cet égard la directive adoptée en mai 2001* »[1874].

622. Des normes communes contraignantes sont par conséquent nécessaires pour la reconnaissance mutuelle de toutes les mesures qui mettent fin au séjour d'un étranger. Dans le programme de La Haye, approuvé en novembre 2004, le Conseil européen de Bruxelles a demandé au Conseil d'entamer des discussions sur de telles normes applicables au retour[1875]. La Commission a par conséquent présenté, le 1er septembre 2005, une proposition de directive établissant les normes et procédures communes applicables au retour des étrangers en séjour irrégulier[1876].

Les règles de la directive proposée sont applicables aux étrangers qui ne remplissent pas ou plus les conditions d'entrée sur le territoire d'un Etat membre, et à ceux dont le séjour est irrégulier pour d'autres raisons. La Commission précise, dans ses motifs, que ces règles s'appliquent notamment aux ressortissants de pays tiers dont le séjour légal a pris fin pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale puisqu'ils deviennent alors des personnes « *séjournant illégalement dans le territoire d'un Etat membre aux fins de cette directive* »[1877]. En revanche, la directive proposée ne s'applique pas aux étrangers qui sont membres de la famille des ressortissants communautaires ayant exercé leur liberté de circulation, ou qui

[1873] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 14 octobre 2002, *op. cit.*, supra note n° 1863.
[1874] *Ibid.*
[1875] Conseil européen, *Le Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union* européenne, pt. 1.6.4., JOUE n° C 53 du 3 mars 2005, p. 1.
[1876] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM(2005) 391 final.
[1877] *Id.*, pt. 12 de l'exposé des motifs.

bénéficient de cette liberté en vertu d'accords conclus par la Communauté et ses Etats membres avec les pays dont ils ont la nationalité[1878].

623. La proposition prévoit l'abrogation de la directive n° 2001/40/CE[1879]. Dans son article 16, elle contient en remplacement de cette dernière des dispositions énumérant les mesures que peut prendre un Etat membre qui appréhende un étranger frappé d'une décision de retour ou d'éloignement par un autre Etat membre. Ledit Etat membre peut reconnaître la décision prise par cet autre Etat membre et exécuter l'éloignement[1880], procéder au retour selon les règles de sa propre législation, autoriser le séjour de l'intéressé sur son territoire pour des raisons humanitaires ou autres après consultation de l'autre Etat membre, ou demander à ce dernier de reprendre l'étranger concerné. Il résulte de cet article 16 que si les agents de l'Etat membre chargés d'exécuter les retours ne peuvent procéder à l'éloignement prescrit par la décision prise par l'autre Etat membre, ils disposent de mesures alternatives. Par contre, l'inquiétude exprimée par la commission des pétitions à propos de la directive 2001/40, qui autorise un Etat membre à exécuter une mesure d'expulsion adoptée par un autre Etat membre sans prendre en compte l'éventualité d'un recours juridictionnel introduit dans cet autre Etat membre, demeure. En effet, la proposition de directive du 1er septembre 2005 n'impose pas que le recours juridictionnel soit suspensif : son article 12 § 2 énonce que le « *recours juridictionnel a un effet suspensif* <u>*ou*</u> *confère au ressortissant d'un pays tiers le droit de demander le sursis à l'exécution de la décision de retour ou d'éloignement, auquel cas l'exécution de ladite décision est reportée jusqu'à ce qu'elle soit confirmée ou ne soit plus susceptible de recours suspensif* »[1881]. Dans l'hypothèse où un étranger aurait demandé, à une juridiction de l'Etat membre expulsant, le sursis à exécution de la décision qui le frappe mais ne l'aurait pas obtenu, ou, dans le cas où il l'aurait obtenu mais où l'exécution de ladite décision ne serait plus à un moment donné susceptible de recours suspensif, un autre Etat membre qui l'appréhenderait sur son territoire pourrait-il passer outre le recours juridictionnel et exécuter la décision en question ? La réponse semble être positive car, en vertu de l'article 16 de la proposition, l'Etat membre ayant appréhendé une telle personne peut décider d'engager la procédure de retour conformément à sa législation nationale mais peut tout aussi

[1878] *Id.*, article 2 § 3.
[1879] *Id.*, article 20.
[1880] Dans cette hypothèse, les Etats membres appliquent par analogie la directive 2004/191/CE 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 …, *op. cit.*, supra note n° 1867.
[1881] Souligné par nous.

bien reconnaître la décision de retour ou d'éloignement prise par l'autre Etat membre et l'exécuter.

B. Le recours à un système d'identification des personnes

624. Il arrive fréquemment que les étrangers détruisent leurs papiers d'identité et leurs documents de voyage avant d'essayer d'entrer sur le territoire de l'Union, et fassent de fausses déclarations concernant leur identité et leur nationalité afin de retarder ou de rendre très difficile leur renvoi. Les Etats sont alors forcés « *de mener des procédures longues et coûteuses consistant, notamment, à présenter l'intéressé à différentes ambassades ou à analyser une langue ou un dialecte* »[1882]. De même, très souvent, comme le rappelait la Commission dans une communication de 2003 sur le développement d'une politique commune en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, « *le principal obstacle au retour n'est pas l'opération de rapatriement elle-même, mais plutôt le processus qui consiste à obtenir des documents de voyage pour les personnes en situation irrégulière et sans papiers* »[1883]. Certains pays d'origine tardent ou s'opposent à délivrer des documents de voyage en raison du manque de renseignements sur la nationalité des étrangers concernés[1884]. Pour faire face à cette difficulté, le Conseil de l'Union a adopté, en 1994, une recommandation établissant un modèle type de document de voyage pour l'éloignement des ressortissants des pays tiers[1885]. Mais celui-ci est très rarement reconnu par les Etats tiers de destination, qui préfèrent que « *soient utilisés leurs propres documents de retour* »[1886]. Il serait donc opportun d'utiliser de nouvelles techniques d'identification de ces personnes en séjour irrégulier.

[1882] Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour le retour pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », 6 avril 2005, § 20, 2005/0049 (COD).

[1883] Communication du 3 juin 2003 de la Commission au Parlement européen et au Conseil en vue du Conseil européen de Thessalonique sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2003) 323 final, 22 p., p. 10.

[1884] Pt. 3.4.2. du livre vert de la Commission relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, 10 avril 2002, *op. cit.*, supra note n° 1861.

[1885] Recommandation du 30 novembre 1994 du Conseil concernant l'adoption d'un modèle de document de voyage pour l'éloignement de ressortissants de pays tiers, JOCE n° C 274 du 19 septembre 1996.

625. En 2003, la Commission était d'avis que le système d'information sur les visas (VIS)[1887] devrait « *faciliter l'identification des personnes sans papiers, notamment grâce à l'utilisation d'éléments biométriques et à la restitution de documents de voyage scannés* »[1888]. Dans le dossier d'une demande de visa présentée par un ressortissant d'un Etat tiers, l'autorité chargée des visas saisit certaines données, dont ses nom, prénom et adresse, sa nationalité actuelle et sa nationalité de naissance, le type et le document de voyage, sa photographie et ses empreintes digitales. Or, dans sa proposition de règlement du 28 décembre 2004, qui définit l'objet, les fonctionnalités du VIS ainsi que les responsabilités y afférentes, la Commission prévoit que le personnel autorisé des autorités nationales compétentes en matière d'immigration pourra accéder au VIS aux fins de la consulation de ces données lorsque celles-ci sont nécessaires à l'identification et au retour des personnes en situation irrégulière[1889]. En vertu de cette proposition de règlement, le VIS devrait donc « *faciliter la lutte contre la fraude et les contrôles aux points de passage aux frontières extérieures et sur le territoire des Etats membres* [et] *contribuer à l'identification et au retour des personnes en situation irrégulière (…)* »[1890].

C. Le transport des personnes frappées d'éloignement

626. La coopération pour le transport des personnes expulsées se traduit par une assistance au transit de ces dernières (**1**), et par l'organisation de vols communs (**2**).

[1886] Pt. 3.4.2. du livre vert de la Commission relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, 10 avril 2002, *op. cit.*, supra note n° 1861..

[1887] Voir Décision n° 2004/512/CE du Conseil du 8 juin 2004 portant création du système d'information sur les visas (VIS), JOUE n° L 213 du 15 juin 2004, p. 5.

[1888] Communication du 3 juin 2003 de la Commission en vue du Conseil européen de Thessalonique, *op. cit.*, supra note n° 1883, p. 10.

[1889] Article 17 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les Etats membres sur les visas de court séjour, présentée par la Commission le 28 décembre 2004, COM(2004) 835 final. Les autorités nationales compétentes en matière d'asile sont également autorisées à effectuer des recherches à l'aide de ces données dans le seul but de déterminer l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile conformément au règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JOCE n° L 050 du 25 février 2003, p. 1.

[1890] *Id.*, exposé des motifs, pt. 1.

1) L'assistance au transit aux fins d'éloignement

627. La priorité doit être donnée au retour direct, sans escale dans des ports ou aéroports de transit d'autres Etats. Mais le retour des personnes en séjour irrégulier peut nécessiter leur transit par d'autres Etats de l'Union, c'est-à-dire le passage par les aéroports de ces derniers afin de bénéficier de leurs correspondances vers l'Etat tiers de destination[1891]. Il semble donc utile d'établir un cadre juridique précis pour ce type de procédure[1892].

628. Le transit des expulsés par les aéroports ou les ports d'autres Etats membres étant parfois nécessaire, des règles devaient être prises au niveau communautaire. Le 30 novembre 1992, les ministres chargés de l'immigration approuvent la recommandation concernant le transit aux fins d'éloignement[1893]. Ils y définissent le transit comme « *le passage d'une personne n'étant pas ressortissante d'un Etat membre sur le territoire ou dans la zone de transit d'un port ou d'un aéroport d'un Etat membre* ». Ils posent comme principe que l'Etat membre qui prend une mesure d'éloignement devrait éviter un tel transit et que, s'il sollicite un autre Etat membre, il doit, d'une part, donner des raisons d'efficacité, de rapidité et d'économie, d'autre part, s'assurer que l'éloignement sera bien effectué et que l'Etat de renvoi admettra la personne intéressée. Les ministres chargés de l'immigration prévoient en outre que l'escorte de cette dernière peut être assurée par l'un ou l'autre des Etats membres concernés ou par les deux. Concernant la demande de transit elle-même, elle peut dans certains cas être refusée et doit notamment contenir des informations relatives à l'identité de l'étranger, les étapes et modalités du voyage. Les frais de transit sont à la charge de l'Etat qui expulse lorsqu'ils ne peuvent pas être assumés par l'étranger expulsé ou une tierce personne. Les ministres approuvent en juin 1993 un addendum prévoyant une procédure simplifiée pour la mise en œuvre des mesures d'éloignement par voie aérienne, maritime ou terrestre[1894].

[1891] Pt. 3.3. du livre vert de la Commission relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, 10 avril 2002, *op. cit.*, supra note n° 1861.

[1892] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 14 octobre 2002, *op. cit.*, supra note n° 1863.

[1893] Recommandation du 30 novembre 1992 des ministres chargés de l'immigration relative au transit aux fins d'éloignement, JOCE n° C 5 du 10 janvier 1996, p. 5, en annexe I de la Recommandation du 22 décembre 1995 du Conseil relative à la concertation et à la coopération dans l'exécution des mesures d'éloignement, JOCE n° C 5 du 10 janvier 1996, p.3.

[1894] Addendum à la recommandation relative au transit aux fins d'éloignement des 1er et 2 juin 1993, JOCE n° C 5 du 10 janvier 1996, p. 7, en annexe II de la Recommandation du 22 décembre 1995 du Conseil relative à

629. Ces règles n'étant formulées que dans le cadre d'une recommandation, il fallait adopter une législation contraignante commune sur l'assistance mutuelle en matière d'éloignement. En 1999, la Finlande proposa l'adoption d'un règlement fixant les obligations réciproques des Etats membres en matière de réadmission de ressortissants de pays tiers[1895]. La proposition de règlement encadre le transit et prévoit, en particulier, qu'un Etat membre est tenu d'autoriser « *le transit de ressortissants de pays tiers à la demande d'un autre Etat membre lorsque la réadmission par l'Etat de destination ainsi que le transit par d'autres Etats de transit éventuels sont assurés* »[1896], sauf si l'étranger peut être renvoyé directement. Mais, la procédure d'adoption de cette législation n'aboutit pas[1897].

630. Les éloignements s'effectuant principalement par voie aérienne, le législateur communautaire devait définir les mesures d'assistance à prendre par les autorités nationales dans les aéroports de transit des Etats membres pour procéder aux éloignements avec ou sans escorte des ressortissants de pays tiers. A l'initiative de l'Allemagne, le Conseil a donc adopté, le 25 novembre 2003, la directive n° 2003/110 mettant en place des règles sur l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne[1898]. En

---

la concertation et à la coopération dans l'exécution des mesures d'éloignement, JOCE n° C 5 du 10 janvier 1996, p.3.

[1895] Initiative de la République de Finlande en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil déterminant les obligations réciproques des Etats membres en matière de réadmission de ressortissants de pays tiers, JOCE n° C 353 du 7 décembre 1999, p. 6.

[1896] *Id.*, article 13.

[1897] En 2000, l'initiative de la République de Finlande fut rejetée. Le Parlement européen avait approuvé le rapport de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures, qui estimait notamment que « *la proposition de règlement tente d'instaurer un système de "Dublin" s'appliquant aux immigrants en situation irrégulière, à l'exemple de la Convention de 1990* [relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes (JOCE n° C 254 du 19 août 1997, p. 1.)] ». La Commission relevait également que la conclusion d'accords de réadmission, qui « *devraient comporter des dispositions visant à réglementer les obligations réciproques entre les États membres* », était envisagée : voy. le rapport de la commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du 25 avril 2000, Final A5-0110/2000 ; ainsi que la position du Parlement publiée au JOCE n° C 59 du 23 février 2001, p. 292. Par ailleurs, des négociations étaient en cours pour l'adoption d'un règlement, qui devait établir les règles de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile et prévoir notamment des règles sur la réadmission des demandeurs d'asile (ce règlement a été adopté en 2003 : *cf.* Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, dit Dublin II, JOCE n° L 050 du 25 février 2003, p. 1).

[1898] Directive n° 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, JOUE n° L 321 du 6 décembre 2003, p. 26. Peu avant l'adoption de cette directive, l'Italie a présenté une initiative en vue de l'adoption d'une directive devant permettre aux Etats membres de s'assister mutuellement pour la mise en œuvre des mesures de rapatriement et de réadmission pendant le transit par voie aérienne, maritime et terrestre. Mais la procédure est devenue caduque : Initiative de la République italienne en vue de l'adoption de la directive du Conseil concernant l'assistance au transit à travers

principe, le transit impliquant un changement d'aéroport dans l'Etat membre requis est exclu. Ce dernier peut par conséquent s'opposer à un tel transit. Il peut aussi refuser une demande de transit ou retirer son autorisation pour d'autres raisons, définies à l'article 3 § 3 de la directive[1899]. Il en va ainsi lorsque l'étranger concerné est poursuivi pénalement ou doit purger une peine sur son territoire, ou si l'intéressé risque de porter atteinte à l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique ou de perturber les relations internationales, ou lorsque le transit par d'autres Etats ou la réadmission par l'Etat de destination ne sont pas assurés, ou bien lorsque l'Etat membre requis ne peut pas satisfaire à la demande à la date requise. Dans cette dernière hypothèse, néanmoins, l'Etat requis doit proposer aussi vite que possible une autre date à l'Etat requérant. La demande de transit se fait par écrit au moins deux jours avant le transit[1900]. Par ailleurs, les Etats membres peuvent s'accorder entre eux afin de procéder à des opérations de transit sur simple notification de l'Etat membre qui a décidé du renvoi[1901]. La directive prévoit que l'Etat requérant s'engage à réadmettre l'étranger qu'il souhaite éloigner notamment si celui-ci est entré illégalement sur le territoire de l'Etat requis au cours du transit, ou si l'Etat de destination refuse finalement de l'accueillir, ou encore si l'embarquement à partir du territoire de transit a échoué. Tous les frais de transit sont à la charge de l'Etat requérant.

631. Si leur présence est nécessaire, les membres de l'escorte doivent être compétents pour ces opérations de transit, car la directive envisage les cas où l'étranger menacerait de les blesser, de porter atteinte à une tierce personne, de fuir ou de causer des dommages matériels[1902]. En l'absence des forces de l'ordre de l'Etat requis pour les aider, ils auraient alors à intervenir, dans la limite du raisonnable et de manière proportionnée, en sachant qu'ils ne peuvent pas être armés et que leur seule prérogative est la légitime défense. L'escorte

---

le territoire d'un ou plusieurs Etats membres, dans le cadre de mesures d'éloignement prises par les Etats membres à l'égard des ressortissants de pays tiers, JOUE n° C 223 du 19 septembre 2003, p. 5.

[1899] La liste est non-exhaustive.

[1900] Sauf en cas d'urgence dûment motivée. La demande de transit exige de la part de l'Etat requérant qu'il transmette à l'Etat membre requis, dans un formulaire reproduit à l'annexe de la directive n° 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003, des informations générales concernant le service requérant, le service requis, le vol, et l'étranger concerné – ses nom et prénom, son sexe, sa date et son lieu de naissance, sa nationalité, des indications sur son document de voyage, et éventuellement le numéro de son visa – ainsi que des informations particulières (sur la présence ou l'absence d'une escorte, sur la nécessité ou non d'une surveillance policière et de soins médicaux, sur les tentatives d'éloignement antérieures, et, s'il y a lieu, sur la maladie contagieuse dont est atteint l'intéressé).

[1901] Les accords et arrangements ainsi conclus sont portés à la connaissance de la Commission des Communautés européennes.

[1902] Article 7 de la directive 2003/110 précitée, *op. cit.*, supra note n° 1898.

comprend les personnes de l'Etat requérant ayant pour mission d'accompagner l'étranger, les personnes dispensant les soins médicaux et les interprètes.

La directive n° 2003/110 n'affecte donc pas la Convention de Tokyo de 1963 relative aux infractions et à certains autres actes survenus dans les transports aériens[1903], tout particulièrement les dispositions concernant l'autorité du commandant de bord[1904], et fait référence à l'annexe 9 de la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale[1905]. De même, la directive 2003/110 doit être mise en œuvre dans le respect de la Convention de Genève de 1951 et de la Conv.EDH.

632. Désireux d'approfondir l'espace Schengen et de progresser en matière de lutte contre le terrorisme, la criminalité et l'immigration illégale, les Etats du Benelux, l'Allemagne, l'Autriche, la France et l'Espagne ont décidé de renforcer leur coopération et ont conclu, le 27 mai 2005, le traité de Prüm[1906]. Ces Etats ont pour ambition d'améliorer l'échange d'informations dans ces domaines, de mettre en place des dispositifs destinés à prévenir les infractions terroristes et à lutter contre l'immigration illégale, d'intensifier la coopération policière et de s'assister mutuellement en cas d'événements de grande envergure, de

[1903] Convention du 14 septembre 1963 relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs.
[1904] Pour le contenu de ces dispositions, voir dans ce titre II, chapitre I, section I, paragraphe II, A.
[1905] Pour le contenu de cette annexe, voir dans ce titre II, chapitre I, section I, paragraphe II, A.
[1906] Traité relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale, fait à Prüm le 27 mai 2005. Le traité est entré en vigueur en Autriche et en Espagne le 1er novembre 2006, et en Allemagne le 23 novembre 2006.
Cet accord multilatéral n'a pas été adopté sur la base du traité sur l'Union européenne et n'a donc pas été élaboré dans le cadre institutionnel de l'Union. En particulier, il n'a pas été soumis au contrôle de la Cour de justice. Or, l'accord porte sur la matière de la justice et des affaires intérieures, domaine qui relève de la coopération dans le droit de l'UE. C'est pourquoi le Parlement européen remet en cause le processus d'adoption du traité. Le 22 juin 2006, la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures a, lors d'une audition publique, regretté l'absence du contrôle démocratique du Parlement européen et rappelé les obligations incombant aux Etats signataires en matière de protection des droits fondamentaux : *cf.* « Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs of the European Parliament – Public hearing "The Prüm Convention : Integration or fragmentation of European Justice and Home Affairs ?" », 22 juin 2006, doc. du Conseil n° 11130/06 du 30 juin 2006, 48 p., disponible sur le site du Conseil de l'Union européenne (uniquement en langue anglaise), voy. l'adresse http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st11/st11130.en06.pdf. Cet accord est appelé, selon les Etats contractants, "Schengen Plus" ou "Schengen III". Il ne porte pas atteinte au droit communautaire (article 47 de l'accord) et est ouvert à l'adhésion de tous les autres Etats membres de l'Union européenne. Huit autres Etats membres ont dores et déjà décidé de participer à ce partenariat. Il s'agit de l'Italie, du Portugal, de la Slovénie, de la Suède, de la Roumanie, de la Bulgarie, de la Grèce et de la Finlande. Dans ce dernier Etat, le traité est d'ailleurs entré en vigueur le 17 juin 2007. Sur ce traité, voy. ZILLER (J.), *Le traité de Prüm – Une vraie-fausse coopération renforcée dans l'Espace de sécurité, de liberté et de justice*, EUI Working Papers LAW n° 2006/32, Florence : European University Institute, 2006, 32 p., disponible sur http://hdl.handle.net/1814/6401

catastrophes et d'accidents graves[1907]. Dans le cadre de la lutte contre la migration illégale, tout en rappelant qu'une « *Partie contractante peut éloigner des personnes en transitant par le territoire d'une autre Partie contractante dans la mesure où cela s'avère nécessaire* », les Etats signataires ont précisé que « *la Partie contractante par le territoire de laquelle l'éloignement doit avoir lieu décide (…)* [des] *modalités de l'éloignement et applique, dans la mesure où cela s'avère nécessaire, les moyens de contrainte autorisés par son droit national à l'encontre de la personne à éloigner* »[1908]. Il est prévu que des experts nationaux examinent régulièrement tous les problèmes éventuels liés au transit et s'efforcent de les résoudre[1909].

Par ailleurs, le 19 juillet 2006, la Commission a indiqué, dans une communication, qu'elle envisage de présenter d'autres propositions « *encourageant les Etats membres à faciliter le transit par voie terrestre ou maritime* »[1910].

2) L'organisation de vols communs

633. Certaines compagnies aériennes refusent, pour des raisons plus commerciales qu'humanitaires, de transporter les expulsés contre leur gré[1911]. Par ailleurs, l'utilisation par

---

[1907] L'accord devrait être intégré dans le cadre de l'Union européenne. En effet, l'article 1er (4) du traité prévoit qu'au plus tard trois ans après son entrée en vigueur, une initiative est présentée en vue de la transcription des dispositions du traité dans le cadre juridique de l'Union européenne sur la base d'une évaluation de l'expérience acquise dans le cadre de la mise en œuvre dudit traité. Cette perspective a été rappelée le 15 février 2007 lors de la réunion du Conseil Justice et Affaires intérieures. Depuis, les Etats membres ont présenté une initiative en vue de l'adoption d'une décision dans les domaines de lutte contre le terrorisme et la criminalité transfrontière : voy. Initiative des Etats membres en vue de l'adoption de la décision du Conseil relative à l'approfondissement de la coopération transfrontière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontière, JOUE n° C 71 du 28 mars 2007, p. 35. L'intervention rapide de cette proposition a été critiquée par la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures : voy. Parlement européen, audition publique sur « La décision de Prüm : trouver un équilibre entre la protection des données et une coopération policière efficace », Bruxelles, 7 mai 2007, OJ/664063FR.doc, site du Parlement européen http://www.europarl.europa.eu/ . De même, le contrôleur européen de la protection des données a rendu son avis sur l'initiative le 4 avril 2007 et regrette notamment qu'elle « *soit prise sans qu'une analyse d'impact appropriée n'ait été effectuée* » et qu'elle « *ne précise pas quelles catégories de personnes seront visées par les bases de données ADN* » : *cf.* JOUE n° C 169 du 21 juillet 2007, p. 2. Le 12 juin 2007, le Conseil Justice et Affaires intérieures est parvenu à un accord concernant cette décision du Conseil.

[1908] Article 23 § 2 de l'accord du 27 mai 2005.

[1909] Le projet de décision du Conseil relative à l'approfondissement de la coopération transfrontière prévoit que la décision devrait être fondée sur les principales dispositions du traité de Prüm. Ce projet concerne les matières de lutte contre le terrorisme et la criminalité transfrontière, mais pas celle de la migration illégale : *cf.* Initiative des Etats membres en vue de l'adoption de la décision du Conseil relative à l'approfondissement de la coopération transfrontière …, *loc. cit.*

[1910] Communication du 19 juillet 2006 de la Commission sur les priorités d'action en matière de lutte contre l'immigration clandestine de ressortissants de pays tiers, COM(2006) 402 final.

les Etats membres de vols charter est extrêmement coûteuse. Dès lors, les Etats doivent généraliser l'organisation de vols communs[1912]. Une recommandation du Conseil, du 22 décembre 1995, comporte des dispositions invitant les Etats membres à se concerter pour l'exécution des mesures d'éloignement de ressortissants de pays tiers par voie aérienne[1913]. Il découle de son article 6 qu'à la demande d'un Etat membre, un autre Etat membre peut autoriser pareille exécution à partir de son territoire et trouver des places disponibles sur des vols à cette fin.

634. Afin que la politique de retour soit réellement efficace, la Commission a proposé, en 2002, que « *Les Etats membres pourraient exécuter les retours de manière plus efficace s'ils pouvaient partager leurs capacités existantes en organisant des opérations communes, pour autant que des accords de transit adéquats aient été conclus* »[1914]. En 2003, la République italienne a présenté une proposition de décision définissant des normes communes pour les procédures de rapatriement[1915]. Sur cette base, le Conseil a adopté le 29 avril 2004[1916] la décision n° 2004/573 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement d'étrangers à partir du territoire de deux Etats membres ou plus[1917]. La décision est mise en œuvre dans le respect de la Conv.EDH, de la Charte des droits fondamentaux, de la Convention de Genève, de la Convention de 1984 contre la torture et de la Convention internationale sur les droits de l'enfant et devrait s'appliquer sans préjudice de l'annexe 9 de la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale. Elle définit les modalités pratiques devant permettre à deux ou plusieurs Etats membres

---

[1911] Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie du Conseil de l'Europe, rapport relatif aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme…, *op. cit.*, supra note n° 1755, pt. 54.

[1912] La Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg organisent des vols communs dans le cadre du Benelux pour expulser les demandeurs d'asile déboutés. A cet effet, ils ont recours à des avions de l'armée. Source : Question orale de M. Staf Nimmegeers au vice-premier ministre et ministre de l'Intérieur sur « l'expulsion de demandeurs d'asile déboutés au moyen de véhicules militaires, dans le cadre du Benelux », n° 3-247, Annales (Fr) n° 3-46, 11 mars 2004, http://www.senate.be .

[1913] Recommandation du 22 décembre 1995 du Conseil relative à la concertation et à la coopération dans l'exécution des mesures d'éloignement, JOCE n° C 5 du 10 janvier 1996, p.3.

[1914] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 14 octobre 2002, *op. cit.*, supra note n° 1863.

[1915] Initiative de la République italienne en vue de l'adoption d'une décision du Conseil relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement de ressortissants de pays tiers séjournant illégalement sur le territoire de deux Etats membres ou plus, JOCE n° C 223 du 19 septembre 2003, p. 3.
A compter du 1er mai 2004, la Commission est devenue seule détentrice de ce pouvoir d'initiative.

[1916] A titre exceptionnel, la décision a été adoptée en l'absence de l'avis du Parlement européen, le Conseil n'ayant pu l'obtenir dans les délais.

[1917] Décision n° 2004/573/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux Etats membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet

d'organiser des opérations communes d'éloignement par voie aérienne de ressortissants étrangers. Une autorité nationale est habilitée dans chaque Etat membre pour l'organisation de ces opérations de transport. Elle sert d'intermédiaire entre l'Etat membre organisateur et les autorités nationales des autres Etats membres. Cette autorité nationale a notamment pour tâche de choisir le transporteur aérien, de fixer avec ce dernier les coûts afférents au vol commun, d'obtenir les autorisations nécessaires des pays tiers de transit et de destination, et de prévoir le nombre de personnes devant composer l'escorte. Comme il est prévu dans la directive n° 2003/110 concernant l'assistance au transit aérien[1918], l'escorte est composée des personnes chargées d'accompagner l'étranger expulsé, le personnel médical et les interprètes. Tous les Etats membres participants doivent avertir leurs agents diplomatiques et consulaires, exerçant dans les pays étrangers concernés, du déroulement des vols communs.

En complément de ces règles de procédure communes, la décision fixe très précisément, en annexe, les orientations communes sur les mesures de sécurité que les Etats membres intéressés sont appelés à prendre pour ces opérations d'éloignement.

635. Certaines règles sont prévues pour la phase qui précède le retour. Les étrangers éloignés doivent être dans un état de santé approprié pour le retour en avion. S'ils présentent un problème de santé, ils doivent pouvoir être soignés au cours de l'éloignement. Le cas échéant, un dossier médical doit être établi pour chaque malade, dossier que les personnes chargées des soins médicaux doivent être à même de comprendre. L'Etat membre à l'origine du vol commun peut refuser l'embarquement d'une personne malade pour des raisons de sécurité et de dignité. En outre, les Etats membres concernés doivent disposer des documents de voyage et autres papiers nécessaires pour chacune des personnes renvoyées, et s'assurer que les membres de l'escorte sont en possession des visas d'entrée qui seront éventuellement demandés par les pays de transit et de destination. La décision 2004/573 impose que ces membres soient formés spécialement pour accomplir un tel rapatriement[1919]. A ce sujet, il

---

de mesures d'éloignement, JOUE n° L 261 du 6 août 2004, p. 28 ; rectificatif au JOUE n° L 237 du 14 septembre 2005, p. 10.

[1918] Directive n° 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, *op. cit.*, supra note n° 1898.

[1919] Pt. 1.2.4. de l'annexe de la décision n° 2004/573/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement …, *op. cit.*, supra note n° 1917.

serait souhaitable que la Commission prévoie la même exigence dans ses mesures d'exécution de la directive n° 2003/110 sur l'assistance au transit[1920].

Par ailleurs, la décision n° 2004/573 interdit, au même titre que la directive n° 2003/110, que les escorteurs détiennent une arme, mais à l'inverse de cette dernière, elle ne les oblige pas à être en tenue civile[1921]. Cette différence risque de poser un problème de compatibilité entre les deux actes s'ils sont tous deux applicables au même vol. En effet, la décision de 2004 et la directive de 2003 peuvent trouver à s'appliquer en même temps lorsque le bon déroulement du vol commun nécessite le transit par un aéroport d'un Etat membre. En réalité, lorsque des personnes sont éloignées par avion commercial non affrété spécialement pour leur éloignement, il est nécessaire que l'escorte éventuelle fasse preuve de discrétion et soit donc en tenue civile, afin de réduire les risques d'incidents avec les autres passagers. En revanche, lorsque des personnes sont renvoyées à bord d'un vol spécialement organisé à cette fin, il n'est nul besoin pour les escorteurs d'être particulièrement discrets. Au contraire, il est impératif qu'ils soient identifiables. D'ailleurs, la décision exige qu'ils portent, au même titre que les autres accompagnateurs, un signe distinctif. En outre, les agents d'escorte doivent être « *positionnés stratégiquement à bord de l'avion de manière à assurer une sécurité maximale* »[1922], être assis en compagnie des personnes à éloigner du territoire communautaire, et devraient être d'un effectif au moins égal à celui de ces personnes.

636. Un certain nombre de dispositions réglemente la phase précédant le départ à partir du premier aéroport ou de l'aéroport d'escale. Concernant l'acheminement vers l'aéroport et le séjour dans celui-ci, la décision 2004/573 indique notamment que les personnes devant être éloignées sont informées de la mise en œuvre de l'éloignement et averties « *qu'aucun comportement perturbateur ne sera toléré, et que ce type de comportement ne conduira pas à l'annulation de l'opération d'éloignement* »[1923]. L'Etat membre organisateur et l'éventuel Etat membre d'escale doivent aménager une zone de sécurité dans l'aéroport afin de se conformer

[1920] Directive n° 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, *op. cit.*, supra note n° 1898.
[1921] En vertu de l'article 7 § 2 de la directive n° 2003/110/CE du Conseil, « *Lors du transit par voie aérienne, les membres de l'escorte (…) portent une tenue civile* », *op. cit.*, supra note n° 1898. Selon le pt. 1.2.5. de l'annexe de la décision n° 2004/573/CE du Conseil, « *Les escorteurs (…) peuvent être en tenue civile (…)* », *op. cit.*, supra note n° 1917.
[1922] Pt. 1.2.5. de l'annexe de la décision n° 2004/573/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement …, *op. cit.*, supra note n° 1917.
[1923] *Id.*, pt. 2.1. b).

aux principes de sécurité et de discrétion. Des règles en matière d'enregistrement, d'embarquement et de contrôle de sécurité avant le décollage sont prévues. En outre, les dispositions de la directive 2003/110 relatives à l'autodéfense des escorteurs et leurs pouvoirs en cas de risque immédiat et grave sont également applicables.

637. La décision fixe aussi les règles de procédure en vol et réglemente la phase d'arrivée. Un plan de sécurité et de surveillance est élaboré. Si la sécurité des personnes ou le bon déroulement du vol est menacé par un élément perturbateur, le responsable de l'opération et le commandant de bord ont pour rôle de rétablir l'ordre. Le recours à des mesures coercitives, comme l'usage de la force, doit rester proportionné et raisonnable, la décision adoptant le principe « *pas d'éloignement à tout prix* »[1924]. Les Etats membres se mettent d'accord sur les entraves et autres moyens d'immobilisation autorisés et interdits, et doivent en informer les escorteurs. Ces moyens ne doivent pas gêner la respiration de la personne récalcitrante. Par ailleurs, la décision prévoit la possibilité d'utiliser des enregistreurs audio et/ou vidéo, et envisage la couverture médiatique de l'opération commune d'éloignement. En outre, des dispositions s'adressent spécialement aux personnes soignantes et aux interprètes. A l'arrivée, le responsable de l'opération doit suivre des règles de prise de contact avec les autorités compétentes de l'Etat de destination. En principe, les membres de l'escorte ne doivent pas sortir de l'avion et les autorités locales ne doivent pas y monter. Les personnes renvoyées sont remises à ces autorités en dehors de l'appareil avec l'assistance éventuelle du personnel consulaire ou des officiers de liaison. En cas d'échec de l'éloignement, tous les Etats membres concernés doivent organiser à leurs frais le retour des personnes qu'ils avaient décidé d'éloigner.

638. Pour intensifier leur coopération dans l'exécution des mesures d'éloignement qu'ils prennent à l'encontre d'étrangers, les Etats signataires du traité de Prüm ont inséré des dispositions rappelant leur soutien mutuel lors de telles mesures[1925]. Ainsi, en tenant compte de la directive n° 2003/110 et de la décision n° 2004/573, ils « *s'informent mutuellement en temps utile des mesures d'éloignement prévues et offrent dans la mesure du possible aux*

[1924] *Id.*, pt. 3.2. b)

[1925] Traité relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale, fait à Prüm le 27 mai 2005. Sur cet accord, voy. ALMASEANU (S.), *Espace Schengen : une impulsion nouvelle*, Gaz. Pal., 19-23 août 2005, pp. 2-14, sp. pp. 9-11.

autres Parties contractantes la possibilité d'y participer »[1926]. En cas d'éloignement commun, ils « *s'accordent sur l'accompagnement des personnes à éloigner et sur les mesures de sécurité* »[1927]. Les Etats signataires insistent sur la création de points de contact nationaux pour la planification et l'exécution de ces mesures d'éloignement, planification et exécution qui peuvent être modifiées suite à l'évaluation, par des experts nationaux, des activités de retour antérieures[1928].

639. Pour la mise en œuvre des opérations d'éloignement des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire, les Etats membres sont assistés par l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne[1929], qui siège à Varsovie[1930] et dont l'activité a débuté le 1er mai 2005[1931]. Cette agence, dénommée FRONTEX, a compétence pour proposer aux agents nationaux des formations en matière d'éloignement et pour définir les meilleurs

[1926] Article 23 § 1 de l'accord du 27 mai 2005.
[1927] *Ibid.*
[1928] Les Etats s'engagent par ailleurs à mettre en place un système d'échange et de consultation de données, à savoir des données dactyloscopiques (empreintes digitales) et des renseignements génétiques (matériels génétiques et profils ADN). L'accès à ces données est notamment prévu afin de poursuivre des faits punissables. À ce titre, l'accord du 27 mai 2005 peut être rapproché de la proposition de décision-cadre du Conseil relative à l'échange d'informations en vertu du principe de disponibilité, présentée par la Commission le 12 octobre 2005 (COM(2005) 490 final) : création d'index, accès direct aux bases de données nationales. L'objet de cette proposition est de lutter contre la criminalité organisée transfrontalière. Le projet consiste donc pour les services répressifs des Etats membres de l'UE à coopérer en échangeant et partageant les informations disponibles et utiles à leurs actions (profils ADN, empreintes digitales, etc). Les agents d'EUROPOL (office européen de police) doivent également pouvoir accéder à ces informations, conformément à la convention du 26 juillet 1995 portant création d'un Office européen de police, JOCE n° C 316 du 27 novembre 1995, p. 2. Sur la proposition de décision-cadre, voy. MEMO/05/367 du 12 octobre 2005, http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do
[1929] Cette agence a été créée par le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, JOUE n° L 349 du 25 novembre 2004, p. 1. Un règlement d'amendement a été adopté le 11 juillet 2007 : règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités, JOUE n° L 199 du 31 juillet 2007, p. 30.
L'agence tire son origine de projets cofinancés par le programme Argo, créé en 2002, et visant à la coopération administrative des services nationaux chargés d'agir dans les domaines de l'asile, des visas, de l'immigration et du franchissement des frontières (sur ce programme Argo et les projets qu'il cofinance, voy. http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/funding/argo/funding_argo_fr.htm
[1930] Décision n° 2005/358/CE du Conseil du 26 avril 2005 portant désignation du siège de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, JOUE n° L 114 du 4 mai 2005, p. 13.
[1931] Cette agence est dotée de la personnalité juridique. Elle doit être régulièrement évaluée. En particulier, son efficacité et son impact doivent être examinés.

moyens d'obtenir les documents de voyage[1932]. Elle a également pour mission d'assister les Etats membres dans l'organisation de leurs opérations de retour conjointes.

Alors qu'elle dispose de 285,1 millions d'euros de budget pour la période 2007-2013, l'agence FRONTEX devrait être notamment soutenue par un mécanisme de solidarité financière pour la gestion des flux migratoires, dont la mise en place est programmée depuis 2005[1933].

640. Cette collaboration accrue des Etats membres dans les domaines administratif et technique s'appuie donc sur des éléments financiers conséquents. En ce sens, dans son programme de La Haye de novembre 2004, le Conseil européen de Bruxelles souhaitait approfondir cette politique, en préconisant la création d'un fonds européen pour le retour pour 2007.

[1932] Dans son avis sur la création de cette agence, le Comité économique et social européen suggérait de rappeler le respect des règles sur le droit d'asile et de prévoir au programme de formation des garde-frontières un enseignement sur le thème du droit humanitaire : Avis du Comité économique et social européen sur la proposition de règlement du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, JOUE n° C 108 du 30 avril 2004, p. 97. Malheureusement, rien de tel n'est prévu dans le règlement portant création de l'agence.
Le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007, instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme, prévoit tout de même en son article 2 qu'il « *s'applique sans préjudice des droits des réfugiés et des personnes sollicitant une protection internationale, en particulier en ce qui concerne le non-refoulement* », *op. cit.*, supra note n° 1929.

[1933] L'Islande et la Norvège ont décidé de participer aux activités de cette agence : voir décision n° 2007/511/CE du Conseil du 15 février 2007 relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, d'un arrangement entre la Communauté européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur les modalités de participation de ces Etats aux activités de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JOUE n° L 188 du 20 juillet 2007, p. 15 ; ainsi que la décision n° 2007/512/CE du Conseil du 15 février 2007 relative à la signature, au nom de la Communauté européenne, et à l'application provisoire d'un arrangement entre la Communauté européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur les modalités de participation de ces Etats aux activités de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne, JOUE n° L 188 du 20 juillet 2007, p. 17. Le texte de cet arrangement est publié dans ce JOUE, p. 19.

PARAGRAPHE II : Le financement européen des opérations d'expulsion

641. En 2005, la Commission a établi un programme général de « solidarité et de gestion des flux migratoires »[1934] ainsi que diverses propositions de décisions portant création de quatre fonds européens destinés à financer les actions entreprises en matière d'asile[1935], de contrôle et de surveillance des frontières extérieures[1936], d'intégration des ressortissants de pays tiers en séjour régulier[1937] et de retour des étrangers en situation irrégulière[1938]. Ces quatre propositions ont été adoptées courant 2007[1939]. Cet ensemble législatif doit constituer la base permettant le développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Autrement dit, les quatre objectifs doivent être réalisés sur la base de ces supports financiers[1940].

[1934] Communication du 6 avril 2005 de la Commission au Conseil et au Parlement européen établissant un programme-cadre de solidarité et de gestion des flux migratoires pour la période 2007-2013, COM(2005) 123 final.

[1935] Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », 6 avril 2005, 2005/0046 (COD).

[1936] Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », 6 avril 2005, 2005/0047 (COD).

[1937] Proposition de décision du Conseil portant création du Fonds européen d'intégration des ressortissants de pays tiers pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », 6 avril 2005, 2005/0048 (CNS).

[1938] Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour le retour pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », 6 avril 2005, 2005/0049 (COD).

[1939] Décision n° 573/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » et abrogeant la décision 2004/904/CE du Conseil, JOUE n° L 144 du 6 juin 2007, p. 1. La décision n° 2004/904/CE du Conseil du 2 décembre 2004 (JOUE n° L 381 du 28 décembre 2004, p. 52) a mis en place un Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2005-2010. Elle est abrogée avec effet au 1er janvier 2008.
Décision n° 574/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JOUE n° L 144 du 6 juin 2007, p. 22.
Décision n° 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour le retour pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JOUE n° L 144 du 6 juin 2007, p. 45.
Décision n° 2007/435/CE du Conseil du 25 juin 2007 portant création du Fonds européen d'intégration des ressortissants de pays tiers pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JOUE n° L 168 du 28 juin 2007, p. 18.

[1940] 628 millions d'euros sont attribués à l'asile, 1 820 millions d'euros à la gestion des frontières extérieures, 825 millions d'euros à l'intégration des étrangers et 676 millions d'euros au retour.

642. Le Fonds pour les frontières extérieures[1941] doit être utilisé pour améliorer l'efficacité des contrôles et pour faciliter l'entrée des étrangers en règle, ce qui devrait contribuer à réduire les entrées illégales. Il doit aussi permettre d'améliorer le système de délivrance des visas et doit aider les garde-frontières nationaux à accomplir leurs tâches plus efficacement. En 2003, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a reconnu que les Etats membres doivent opérer un contrôle efficace aux frontières, mais a rappelé que ce contrôle ne peut « *en aucun cas être effectué au préjudice du principe de non-refoulement des personnes* »[1942]. En effet, cette volonté de renforcer les contrôles aux frontières, aussi nécessaire et légitime qu'elle soit, ne doit pas omettre de tenir compte des règles de protection des demandeurs d'asile et des réfugiés. L'Assemblée parlementaire a par conséquent estimé que les personnes chargées de ce contrôle doivent recevoir une formation en matière de droits de l'homme et d'asile. Dans sa résolution législative du 14 décembre 2006 approuvant la création du Fonds pour les frontières extérieures, le Parlement européen se contente de préciser que « *les vérifications aux frontières (…)* [doivent être effectuées] *de* [manière à ce que] *la dignité humaine soit pleinement respectée* [et que les personnes concernées soient traitées respectueusement] »[1943].

643. Le Fonds européen pour le retour doit notamment aider les Etats membres à gérer le retour des étrangers, immigrés et demandeurs d'asile déboutés, qui ne satisfont pas ou plus aux conditions d'entrée et de séjour dans un Etat membre. En effet, la mise en œuvre de la politique communautaire sur le retour est particulièrement difficile pour les Etats membres qui ont un faible PIB et qui ont peu d'expérience. Comme l'a reconnu la Commission, dans sa proposition de décision créant ce fonds européen pour le retour, « *la gestion des retours est un*

[1941] En vertu de l'article 2 § 1 de la décision n° 574/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007, il faut entendre par « *"frontières extérieures", les frontières terrestres des Etats membres, y compris les frontières fluviales et lacustres, les frontières maritimes, ainsi que leurs aéroports, ports fluviaux, ports maritimes et ports lacustres (…)* ».

[1942] Recommandation n° 1624(2003) du 30 septembre 2003 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur une politique commune en matière d'immigration et d'asile.

[1943] Le Parlement européen a approuvé la proposition de la Commission visant à la création d'un Fonds pour les frontières extérieures, mais a adopté certains amendements : voir le rapport de la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du 28 novembre 2006 sur la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », Final A6-0427/2006 ; ainsi que la résolution législative du Parlement européen du 14 décembre 2006 sur la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », T6-0590/2006.
Voy. également le considérant n° 5 et l'article 3 § 1, b) de la décision n° 574/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007, *op. cit.*, supra note n° 1939.

processus complexe : elle exige de mettre en place de bonnes relations de travail avec les pays de retour et de trouver un équilibre entre le respect des droits individuels et les considérations humanitaires, d'une part, et l'intérêt de l'Etat à voir les lois exécutées, d'autre part »[1944]. Aussi, cet appui financier est attribué principalement aux dix Etats membres entrés dans l'Union le 1er mai 2004 et aux Etats membres qui adhèrent à l'Union entre 2007 et 2013, la mise en œuvre des retours nécessitant d'importants investissements structurels[1945].

Chaque Etat membre reçoit annuellement un montant forfaitaire[1946], de même qu'un montant déterminé « *sur la base d'une clé de répartition définissant la charge relative des Etats membres dans la gestion des retours* »[1947]. Les ressources annuelles disponibles sont allouées à chaque Etat en fonction du nombre d'étrangers ayant fait « *l'objet d'une décision de retour (…), à savoir une décision ou un acte administratif ou judiciaire indiquant ou déclarant l'illégalité de leur séjour et leur imposant une obligation de retour, au cours des trois années précédentes*», et en fonction des rapatriements effectivement réalisés au cours de cette même période[1948]. Ainsi, le Fonds est attribué de façon ciblée, en fonction des besoins de chacun. Dans chaque Etat membre doivent être mises en place une autorité chargée de gérer les interventions du Fonds, ainsi qu'une autorité ayant pour mission de certifier les déclarations des dépenses avant qu'elles soient communiquées à la Commission et de garantir « *la nature et la qualité des informations sur lesquelles reposent* [lesdites] *déclarations* »[1949]. La Commission a compétence pour suspendre les versements lorsque la fiabilité de la procédure de certification des paiements est mise en doute, lorsque les dépenses déclarées sont irrégulières, ou notamment lorsqu'un Etat membre ne rembourse pas les montants indûs ou ne remédie pas au disfonctionnement des systèmes de gestion et de contrôle, compromettant ainsi la bonne utilisation des Fonds communautaires.

[1944] Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour le retour, *op. cit.*, supra note n° 1938, exposé des motifs, pt. 1.1.

[1945] *Id.*, pt. 2.1 ; voir aussi l'article 14 § 1 de la décision n° 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007, *op. cit.*, supra note n° 1939.

[1946] Le montant forfaitaire est fixé à 300 000 euros. Il est porté à 500 000 euros pour les dix Etats membres entrés dans l'Union au 1er mai 2004 et pour ceux qui adhèreront entre 2007 et 2013.

[1947] Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour le retour, *op. cit.*, supra note n° 1938, exposé des motifs, pt. 1.1.

[1948] Article 14 § 2 de la décision n° 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007, *op. cit.*, supra note n° 1939.

[1949] Proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour le retour, *op. cit.*, supra note n° 1938, § 31 ; et décision n° 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007, articles 25 § 1 et 29 § 1, *ibid.*

644. Le Fonds européen pour le retour a pour objectifs l'établissement, l'amélioration de l'organisation et la mise en œuvre d'une gestion intégrée des retours par les Etats membres, ainsi que le renforcement de la coopération entre ces Etats dans le cadre de cette gestion et de sa mise en œuvre[1950]. Le Fonds contribue également à encourager l'application efficace et uniforme des normes communes sur le retour en fonction de l'évolution de la politique menée dans ce domaine[1951].

645. Concrètement, ce Fonds doit servir tant à aider les Etats membres à adopter des mesures devant encourager les retours volontaires qu'à les soutenir pour conduire les opérations d'expulsion forcée dans le respect de la dignité des étrangers concernés et des principes humanitaires[1952]. Il finance notamment les actions de coopération opérées aux fins d'obtention des documents de voyages nécessaires au rapatriement et les actions de réintégration des intéressés dans le pays de renvoi. Il doit également aider les autorités compétentes à appliquer rapidement et efficacement les décisions d'éloignement et à mettre en œuvre les normes et accords communs relatifs à l'éloignement. La décision n° 575/2007 est très précise et dresse une liste de toutes les actions et mesures nationales qui pourront bénéficier de ce soutien[1953]. Parmi les mesures éligibles dans les Etats membres, est visée « *dans tous les cas de retour (…) l'assistance spécifique aux personnes vulnérables* »[1954]. Ces dernières étant les enfants, les personnes âgées, les personnes handicapées, les femmes enceintes et les personnes victimes de la torture, d'un viol ou d'une autre forme grave de violence morale, physique ou sexuelle, il est difficile d'envisager qu'elles puissent accepter de retourner volontairement dans leur région ou pays d'origine. Comme l'a rappelé le Comité

[1950] Article 3 de la décision n° 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007, *op. cit.*, supra note n° 1939.
[1951] *Ibid.*
[1952] *Ibid.*
[1953] Parmi les actions et mesures nationales qui peuvent bénéficier du Fonds européen pour le retour figurent « l'obtention des documents de voyage indispensables, la prise en charge du coût des examens médicaux devant être effectués avant le retour, celle du coût du voyage et de la nourriture pour les rapatriés et les escortes, l'hébergement des escortes, la prise en charge des frais de transport vers la destination finale dans le pays de retour et la coopération avec les autorités du pays d'origine, du précédent pays de résidence ou du pays de transit ». On peut encore citer « la prise en charge avant le départ des frais d'hébergement provisoire - pour les rapatriés et les escortes de l'Etat membre participant - dans l'Etat membre d'organisation lors d'opérations conjointes de retour forcé, la prise en charge de certaines dépenses après le retour si celui-ci est volontaire, la formation et l'aide à l'emploi des rapatriés, la formation du personnel des autorités administratives, répressives et judiciaires compétentes, des études sur les possibilités de renforcer la coopération administrative entre Etats membres dans le domaine du retour » (articles 4 et 5 de la décision précitée).
[1954] Souligné par nous ; article 5 § 2 de la décision n° 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007, *op. cit.*, supra note n° 1939.

économique et social européen[1955], certaines de ces catégories de personnes pourront bénéficier de la protection de la Convention de Genève de 1951, de la Conv.EDH ainsi que de la directive du 29 avril 2004 du Conseil posant les conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou bénéficier d'une protection internationale[1956].

Au total, le Fonds européen pour le retour doit être utilisé pour chaque étape du processus de retour, c'est-à-dire de la phase préalable au départ à la phase d'accueil et de réintégration des personnes renvoyées dans le pays de destination[1957]. Un suivi et une évaluation de cet instrument financier doivent être effectués régulièrement par la Commission en collaboration avec les Etats membres[1958].

646. Afin d'éviter tout risque de double emploi entre les Fonds, la Commission a prévu dans sa communication établissant le programme de solidarité et de gestion des flux migratoires que « *le financement de mesures de retour des demandeurs d'asile déboutés ne pourra plus relever du Fonds européen pour les réfugiés à partir de la première année du programme pluriannuel qui entrera en vigueur le 1er janvier 2008* »[1959]. Il relèvera du Fonds européen pour le retour.

647. Il ressort de l'analyse de la mise en place de ces Fonds européens une véritable volonté politique de trouver des solutions efficaces aux problèmes d'asile et d'immigration. Ainsi, la création du Fonds européen pour le retour vise, parmi d'autres objectifs, à obtenir un meilleur coût-efficacité des mesures d'éloignement, à réduire les sommes engagées par les Etats membres pour la détention des clandestins, à encourager ces derniers à retourner dans leur pays d'origine en leur assurant une aide à la ré-intégration (aide pécuniaire, aide au

---

[1955] Avis du Comité économique et social européen sur les propositions de décision créant les quatre Fonds dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JOUE n° C 88 du 11 avril 2006, p. 15, pt. 4.1.9.

[1956] Directive n° 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JOUE n° L 304 du 30 septembre 2004, p. 12.

[1957] *Cf.* Fiche financière législative présentée par la Commission en annexe du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », 6 avril 2005, SEC(2005) 435.

[1958] Voir l'article 49 de la décision n° 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007, *op. cit.*, supra note n° 1939.

[1959] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen établissant un programme-cadre de solidarité et de gestion des flux migratoires pour la période 2007-2013, *op. cit.*, supra note n° 1934, pt. 2.3.

démarrage d'activités économiques, etc.) tout en les informant des problèmes qu'apporte la clandestinité (vivre en dehors de la société, emploi pénible, exploitation, faible salaire, etc.). La communication de la Commission et les décisions adoptées impliquent par ailleurs que les différentes autorités publiques nationales se coordonnent, en particulier les collectivités locales et régionales qui sont situées aux frontières de l'Union et sont directement concernées par les questions d'immigration[1960].

648. Le Fonds européen pour le retour peut financer des actions d'intérêt communautaire et doit être utilisé à des fins respectant les règles se rattachant aux droits de l'homme. A ce propos, les propositions de la Commission étaient critiquables dans la mesure où elles n'insistaient pas suffisamment, dès que cela s'imposait, sur le fait que les actions menées dans ce cadre doivent respecter les droits fondamentaux et le principe de la dignité humaine. En décembre 2006, le Parlement européen a donc approuvé la proposition de la Commission visant à mettre en place un Fonds européen pour le retour, tout en adoptant un certain nombre d'amendements[1961]. Ainsi, la décision 575/2007 prévoit que le Fonds doit avoir pour objectif général d'améliorer la gestion des retours « [*en respectant pleinement*] *les obligations découlant des droits fondamentaux, établis notamment par la Convention européenne des Droits de l'Homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, (…) ainsi que, le cas échéant, les autres instruments internationaux pertinents tels que la Convention des Nations Unies de 1989 relative aux droits de l'enfant* »[1962]. Concernant le retour volontaire, la décision insiste pour que toutes les options d'un tel retour soient envisagées afin qu'il soit efficace, c'est-à-dire durable. En effet, elle indique que « *le retour volontaire est un élément important d'une stratégie équilibrée, efficace et viable à long terme en matière de retour* ». Ce retour

[1960] Voir sur ce point les propositions supplémentaires qui avaient été faites par le Comité des régions : Avis du Comité des régions sur la « Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen établissant un programme-cadre de solidarité et de gestion des flux migratoires pour la période 2007-2013 », JOUE n° C 115 du 16 mai 2006, p. 47.

[1961] Dans sa résolution législative, le Parlement européen adopte le rapport de la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures : voir le rapport de cette dernière du 28 novembre 2006 sur la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour le retour pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », Final A6-0425/2006 ; ainsi que la résolution législative du Parlement européen du 14 décembre 2006 sur la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour le retour pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », T6-0591/2006.

[1962] Voir le considérant n° 15 et l'article 2 de la décision n° 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007, *op. cit.*, supra note n° 1939.

volontaire peut être choisi non seulement par les ressortissants des Etats tiers qui ne remplissent pas ou plus les conditions d'entrée et/ou de séjour applicables dans un Etat membre et qui sont tenus de quitter le territoire de cet Etat membre, mais également par les étrangers qui n'ont pas encore reçu de décision négative à leur demande d'asile ou qui bénéficient d'une protection internationale ou d'une protection temporaire en vertu des règles communautaires[1963]. Concernant le retour forcé, la décision encourage sa simplification afin de « *renforcer la crédibilité et l'intégrité des politiques d'immigration et de réduire la période de rétention des personnes en attente* [d'un tel retour] »[1964].

Par ailleurs, en ce qui concerne les actions d'intérêt communautaire, la décision 575/2007 précise celles qui peuvent bénéficier du Fonds européen pour le retour. Sont notamment visés le soutien à l'analyse des politiques nationales de retour « *en vue de la diffusion de statistiques distinguant les retours volontaires des retours forcés* », ainsi que l'aide à « *l'élaboration et la mise à jour régulière, en coopération avec l'Agence* [européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures], *d'un manuel commun des meilleures pratiques en matière de retour, y compris en ce qui concerne les escortes* ». Aussi, la décision préconise le développement d'une meilleure coopération entre les différents organismes nationaux concernés afin que soit facilité l'échange « *d'expériences et de bonnes pratiques* ».

649. La coopération entre les Etats membres de l'Union européenne constitue donc une perspective de plus grande efficacité dans l'exécution des décisions d'expulsion. Néanmoins, elle n'aurait qu'une portée limitée si elle ne s'appuyait sur une coopération avec les Etats tiers, que ce soit aux fins de transit ou de réadmission des expulsés.

[1963] Voy. les directives n° 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004, concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JOUE n° L 304 du 30 septembre 2004, p. 12, et n° 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JOCE n° L 212 du 7 août 2001, p. 12.

[1964] Article 4 § 1, e) de la décision n° 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007, *op. cit.*, supra note n° 1939.

SECTION II

LA COOPÉRATION DES ÉTATS MEMBRES AVEC LES PAYS TIERS

650. Dans une résolution législative du 14 décembre 2006, le Parlement européen a rappelé que « *dans ses conclusions du 2 novembre 2004 concernant les priorités à respecter pour mener à bien la définition d'une politique commune de réadmission, le Conseil a souligné que les accords communautaires de réadmission contribuent fortement à une gestion conjointe efficace des flux migratoires et jouent un rôle précieux dans la lutte contre les migrations illégales. Ils constituent un élément important dans le cadre du dialogue et de la coopération entre l'Union européenne et les pays d'origine, les anciens pays de résidence et les pays de transit des migrants en situation illégale* »[1965].

651. La volonté de la Communauté d'associer les Etats tiers à l'exécution des mesures d'éloignement a entraîné la multiplication d'accords internationaux, ayant pour objectif de faciliter l'acceptation par lesdits Etats tiers du retour des personnes expulsées (**Paragraphe I**), ou du transit de celles-ci par leur territoire (**Paragraphe II**).

PARAGRAPHE I : La réadmission des expulsés par les Etats tiers

652. Le retour suppose que le pays de renvoi accepte l'entrée de l'expulsé sur son territoire. L'étranger doit être renvoyé en priorité vers son pays d'origine. Toutefois, lorsque son renvoi vers une telle destination n'est pas possible car trop risqué pour sa vie ou sa dignité, ou lorsque les autorités de son pays d'origine refusent de le réadmettre, il doit être renvoyé vers un autre Etat tiers (**A**). Afin de faciliter le retour, il est donc utile pour la Communauté de conclure des accords de réadmission avec des pays tiers. En l'absence ou dans l'attente d'un

tel accord, la Communauté et ses Etats membres peuvent négocier l'insertion de clauses de réadmission dans les accords de coopération ou d'association qu'ils concluent avec ces pays tiers (**B**).

A. Le choix de la destination : un "pays sûr"

653. Si la personne devant être expulsée ne peut l'être vers son pays d'origine, elle doit être éloignée vers un Etat tiers sûr. Les Etats membres qui expulsent doivent s'assurer que ce dernier n'expulsera pas l'intéressé vers un autre Etat tiers présentant des risques pour sa vie ou son intégrité physique.

654. La notion de « pays sûr » est apparue en Allemagne dans l'article 16 de sa Loi fondamentale[1966]. Selon cette disposition, un étranger doit être débouté de sa demande d'asile s'il provient d'un pays d'origine ou d'un autre pays tiers considéré comme sûr[1967]. Les pays d'origine sûrs sont ceux qui ne commettent aucune persécution politique, ni aucune violation des droits de l'homme[1968]. Une loi dresse la liste de ces pays[1969]. Les pays tiers sûrs, quant à eux, sont les pays déclarés comme respectant la Convention de Genève de 1951 et la Convention européenne des droits de l'homme[1970] et, par présomption, les Etats membres de l'Union européenne. Les Pays-Bas ont également adopté des lois sur les pays d'origine sûrs et les pays tiers sûrs, et élaboré des listes modifiables de ces pays[1971].

[1965] Résolution législative du Parlement européen du 14 décembre 2006 sur la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour le retour pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », T6-0591/2006.

[1966] BERGER (N.), *La politique européenne d'asile et d'immigration - Enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 269 p., p. 185.

[1967] En effet, la demande d'asile est alors considérée comme "manifestement infondée".

[1968] Source : Sénat français, Service des affaires européennes, note de synthèse sur « L'immigration et le droit d'asile » disponible en version HTML sur http://www.senat.fr/lc/lc34/lc344.html

[1969] Le Sénégal et le Ghana, par exemple, figurent sur cette liste, qui peut être modifiée par un texte législatif.

[1970] Parmi ces pays déterminés par la loi, figurent la Norvège et la Suisse. La liste peut être modifiée par un texte législatif.

[1971] Il s'agit des lois du 1er décembre 1994 et du 2 février 1995. Source : Sénat français, Service des affaires européennes, note de synthèse sur « L'immigration et le droit d'asile » disponible en version HTML sur http://www.senat.fr./lc/lc34/lc344.html

655. La notion de « pays sûr » a été reprise par le législateur communautaire. La Convention de Dublin du 15 juin 1990 relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes prévoit dans son article 3 § 5 que « *Toute Etat membre conserve la possibilité, en application de son droit national, d'envoyer un demandeur d'asile vers un Etat tiers dans le respect des dispositions de la Convention de Genève, modifiée par le protocole de New York* »[1972]. Ainsi, elle autorise les Etats membres à refouler ou à éloigner des demandeurs d'asile vers des Etats tiers sûrs. On peut admettre avec précaution que l'adhésion d'un Etat à la Conv.EDH traduit une volonté politique de tendre vers la démocratie et de garantir le respect des droits de l'homme. Toutefois, l'adhésion ne garantit pas une absence de violation. Le fait d'être un Etat partie ne peut pas être un critère de sûreté[1973].

En 1992, les ministres chargés de l'immigration ont adopté une résolution dans laquelle ils ont défini cette notion de "pays tiers sûr"[1974]. Ainsi, doit être considéré comme sûr l'Etat qui ne menace pas la vie et la liberté des personnes au mépris des dispositions de la Convention de Genève de 1951, qui ne commet aucun acte de torture ou mauvais traitement et qui respecte le principe de non-refoulement. La notion est ainsi consacrée en droit communautaire.

656. Le législateur communautaire a continué à utiliser cette notion de pays sûr. Le règlement 343/2003 du 18 février 2003 du Conseil, qui remplace la Convention de Dublin, reprend le texte de l'article 3 § 5 dans son article 3 § 3[1975]. Lorsqu'un Etat membre s'estime responsable, en vertu de ce règlement, de la demande d'asile introduite par un étranger et la rejette, il est tenu d'expulser l'intéressé vers un pays sûr, qui peut être soit le pays d'origine, soit un autre Etat tiers. A l'article 27 de la directive du 1er décembre 2005 sur le statut de réfugié, il est prévu qu'est sûr l'Etat tiers où le demandeur d'asile sera traité conformément à

[1972] Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes, JOCE n° C 254 du 19 août 1997, p. 1.
[1973] La Cour européenne des droits de l'homme a, à plusieurs reprises, condamné des Etats membres comme la France et le Royaume-Uni, et des Etats tiers à l'Union comme la Turquie, pour violation de l'article 3 de la Conv.EDH.
[1974] Résolution des ministres chargés de l'immigration, 30 novembre-1er décembre 1992, sur une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers d'accueil, SN 4823/92.
[1975] Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile …, *op. cit.*, supra note n° 1889. Le règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 porte les modalités d'application du règlement 343/2003, JOCE n° L 222 du 5 septembre 2003, p. 3.

différents principes[1976]. L'Etat tiers doit respecter le principe de non-refoulement et ne doit pas prendre des mesures d'éloignement contraires à l'interdiction de la torture et des mauvais traitements. De plus, le demandeur d'asile ne doit pas avoir à craindre dans cet Etats tiers ni pour sa vie, ni pour sa liberté et doit pouvoir y réclamer le statut de réfugié. De même, est sûr l'Etat d'origine qui ne pratique jamais la persécution, ni la torture, ni les peines ou traitements inhumains ou dégradants, et où « *il n'y a pas de menace en raison de violences indiscriminées dans des situations de conflit armé international ou interne* »[1977]. La directive du 1er décembre 2005 indique quelques moyens devant guider les Etats membres pour procéder à cette évaluation. Ainsi, l'Etat membre expulsant doit notamment rechercher si, dans le pays tiers concerné, il existe un dispositif légal de protection contre les persécutions et les mauvais traitements et comment ce dispositif est appliqué. L'Etat membre doit également apprécier si ce pays respecte les droits et libertés, tels qu'ils sont définis dans un texte international de protection des droits de l'homme comme la Conv.EDH, le Pacte sur les droits civils de 1966 ou la Convention de 1984 contre la torture, et s'il a prévu des sanctions efficaces en cas de violation de ces droits et libertés[1978].

657. Afin d'encadrer cette évaluation, le Conseil doit adopter une liste commune minimale modifiable de pays tiers que les Etats de l'Union considèrent comme des pays d'origine sûrs. Cette liste doit être élaborée en prenant en compte les informations des Etats membres et celles provenant du HCR, du Conseil de l'Europe et d'autres organisations nationales compétentes. La liste n'empêche pas les Etats de désigner comme sûrs d'autres pays d'origine, mais ils doivent en faire la notification à la Commission. L'établissement de cette liste doit permettre de traiter plus rapidement les demandes d'asile. L'article 26 de la directive prévoit, quant à elle, qu'un pays tiers européen est sûr s'il a ratifié et respecte la Convention de Genève et la Conv.EDH, si sa législation comprend des dispositions prévoyant une procédure d'asile ou s'il figure sur la liste commune de pays sûrs établie par le Conseil.

658. De nombreuses voix se sont élevées contre cette possibilité pour les Etats de l'Union de recourir à cette notion de pays dits sûrs, craignant qu'elle leur permette de refouler les

[1976] Directive n° 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, JOUE n° L 326 du 13 décembre 2005, p. 13 ; rectificatif, JOUE n° L 236 du 31 août 2006, p. 36.
[1977] *Id.*, annexe II.
[1978] *Ibid.*

migrants sans donner suite à leurs demandes d'asile. Ainsi, le Professeur F. JULIEN-LAFERRIÈRE estime que « *les Etats européens entendent limiter au maximum l'entrée et le séjour d'étrangers sur leur territoire, y compris quand ceux-ci demandent l'asile. Pour cela, ils tentent d'instituer des mécanismes destinés à retenir les demandeurs d'asile, sinon dans leur pays d'origine ou de résidence, du moins dans les pays ou les zones géographiques les plus proches de leur pays de provenance. Le recours* [à la notion] *de "pays tiers sûr" remplit parfaitement cette fonction (…)* »[1979]. Or, dans le préambule de sa directive du 1er décembre 2005, le Conseil prend soin de préciser que lorsqu'un pays d'origine est considéré comme sûr, les Etats membres sont quand même tenus d'examiner les demandes d'asile présentées par les ressortissants de ces pays[1980]. Cet examen devra, certes, être effectué sur la base d'une présomption de la sécurité du pays, mais cette présomption est réfragable. Ainsi, selon la directive, « *le fait qu'un pays tiers soit désigné comme pays d'origine sûr (…) ne saurait donner aux ressortissants de ce pays une garantie absolue de sécurité (…).* [Dès lors]*, il importe que, lorsqu'un demandeur fait valoir des motifs sérieux portant à croire que le pays concerné n'est pas sûr dans son cas particulier, la désignation de ce pays comme pays sûr ne puisse plus être considérée comme étant pertinente à son égard* »[1981]. De même, lorsque le renvoi vers un pays tiers sûr d'un demandeur est envisagé, celui-ci pourra attaquer l'application de cette notion[1982]. Néanmoins, le 8 mars 2006, le Parlement européen a introduit un recours en annulation de l'article 29 § 1 et § 2 de la directive du 1er décembre 2005, permettant au Conseil d'adopter et de modifier la liste commune minimale de pays considérés comme des pays d'origine sûrs[1983], en raison notamment de sa faible participation à l'élaboration de ladite liste[1984].

659. Dans les années 1990, il a été projeté de créer à l'intérieur même de pays tiers à l'Union des zones de protection, dites zones internationales, où l'étranger persécuté pourrait

---

[1979] JULIEN-LAFERRIERE (F.), *La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés*, *in* CHETAIL (V.) (dir.), « La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives », publication de l'Institut international des droits de l'Homme, Bruxelles, Bruylant, 2001, 456 p., pp. 257-286, sp. p. 282.

[1980] Pt. 19 de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié …, *op. cit.*, supra note n° 1976.

[1981] *Id.*, pt. 21. Règle confirmée à l'article 31.

[1982] *Id.*, article 27.

[1983] Affaire n° C- 133/06, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, requête publiée au JOUE n° C 108 du 6 mai 2006, p. 12.

[1984] Le Parlement est simplement consulté.

trouver refuge[1985]. Ce projet traduit la volonté pour les Etats membres d'éloigner de leurs territoires le plus grand nombre de ressortissants de pays tiers en situation irrégulière, de demandeurs d'asile et d'étrangers indésirables[1986].

660. Dans le même esprit, en 2003, un projet britannique proposa la création de "centres de traitement des demandes" d'asile à l'extérieur de l'Union[1987]. Le Conseil européen de Thessalonique fit état de ce projet en invitant la Commission « *à examiner comment les régions d'origine pourraient mieux assurer la protection* [des personnes ayant besoin d'une protection internationale] » et en notant qu' « *un certain nombre d'Etats membres envisagent d'étudier des moyens d'améliorer la protection des réfugiés dans leur région d'origine, en liaison avec le HCR* »[1988]. L'idée consiste à mettre en place « *des centres d'accueil (…) dans les pays d'Afrique du Nord par lesquels transitent de nombreux demandeurs d'asile et migrants* »[1989]. Aussi, le Conseil européen de Bruxelles a rappelé en 2004 qu'une étude « *devrait être menée en étroite consultation avec le HCR afin d'évaluer le bien-fondé, le caractère opportun et la faisabilité d'un traitement commun des demandes d'asile en dehors du territoire de l'UE, qui soit complémentaire au régime d'asile européen commun et conforme aux normes internationales applicables* »[1990].

661. La mise en place d'accords de réadmission, ou l'insertion de clauses de réadmission dans des accords internationaux, vise en partie à faciliter la mise en œuvre de ces politiques d'expulsion vers des "pays sûrs".

[1985] Voir VAN BUUREN (J.), *Refouler les migrants vers des « pays tiers sûrs » - Quand l'Union européenne s'entoure d'un cordon sanitaire*, Le Monde diplomatique, janvier 1999, pp. 6-7. L'auteur cite les études effectuées sur ce projet par le secrétariat des consultations intergouvernementales sur l'asile, les réfugiés et les politiques migratoires en Europe, en Amérique du Nord et en Australie : document de travail sur l'accueil dans la région d'origine, septembre 1994, et document complémentaire, août 1995.

[1986] *Ibid.*

[1987] DELOUVIN (P.), *Europe : vers une externalisation des procédures d'asile ?*, Hommes et Migrations, mai-juin 2003, n° 1243, pp. 88-93 ; et DELOUVIN (P.), MONFORTE (P.) et TEULE (C.), *Lourdes menaces sur le droit d'asile en Europe*, Hommes et Migrations, janvier-février 2005, n° 1253, pp. 98-104, sp. p. 101. Voy. également la critique de LEGOUX (L.), *Asile, immigration : réconcilier les droits de l'homme et ceux du citoyen*, Revue européenne des migrations internationales, 2006, vol. 22, n° 2, pp. 95-103.

[1988] Pt. 26 des conclusions de la Présidence – Conseil européen de Thessalonique, 19 et 20 juin 2003 : conclusions disponibles en version PDF sur http://www.senat.fr/europe/thessalonique_2003.pdf

[1989] DELOUVIN (P.), MONFORTE (P.) et TEULE (C.), *loc. cit.*

[1990] Conseil européen, *Le Programme de La Haye …*, *op. cit.*, supra note n° 1875, pt. 1.3.

B. Les accords et les clauses de réadmission

662. Comme le souligne la Commission, si « *un grand nombre de pays coopérent d'une façon ouverte et pragmatique et facilitent les retours, d'autres pays, en revanche, manifestent plus de réticence à réadmettre les rapatriés et imposent souvent des procédures administratives plus longues (…)* »[1991]. Pour contrer ce problème et pour faciliter l'exécution des mesures d'expulsion, la conclusion d'accords de réadmission a été envisagée (**1**) tout comme l'insertion de clauses de réadmission dans les accords de coopération ou d'association contractés avec des Etats tiers (**2**). Réuni à Tampere en 1999, le Conseil européen a invité le Conseil « *à conclure des accords de réadmission ou à insérer des clauses-types de réadmission dans d'autres accords conclus entre la Communauté européenne et les pays ou groupes de pays tiers concernés* »[1992], invitation réitérée à Laeken en décembre 2001.

1) Les accords de réadmission

663. Si les accords de réadmission sont nécessaires pour que les procédures d'expulsion soient facilitées et rendues plus efficaces, leur conclusion s'avère difficile (**a**). Le récent développement d'une politique européenne de voisinage devrait cependant permettre de lever cet obstacle (**b**).

a/ Le développement des accords de réadmission

664. Dès les années 1960, les Etats membres décident de conclure entre eux des accords portant sur la prise en charge de personnes à la frontière. A cet égard, les accords signés par la France avec l'Autriche[1993] et l'Espagne[1994] comportent des dispositions sur la réadmission ou

[1991] Pt. 2.5. du livre vert de la Commission relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, 10 avril 2002, *op. cit.*, supra note n° 1861.
[1992] *Id.*, pt. 4.
[1993] Voir le décret n° 63-42 du 18 janvier 1963 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement fédéral de la République d'Autriche du 30 novembre 1962 sur la prise en charge des personnes à la frontière, JORF du 24 janvier 1963, p. 845.

la prise en charge par chacune des parties contractantes de leurs nationaux refoulés par l'autre partie. Ils prévoient également l'admission des ressortissants d'Etats tiers entrés irrégulièrement sur le territoire de l'Etat requérant après avoir séjourné pendant une période déterminée dans l'Etat requis. Toutefois, les deux accords posent une exception à cette obligation de réadmission des étrangers lorsque ceux-ci ont obtenu dans l'Etat requérant le statut de réfugié conformément à la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. En outre, ces accords contiennent des dispositions relatives au transit pour expulsion. Un tel transit peut être refusé par l'Etat requis lorsque la continuation du voyage et l'admission dans l'Etat de destination ne sont pas assurées, ou lorsque l'étranger est exposé à des poursuites pénales dans l'Etat de destination ou dans l'Etat requis, ou encore, pour ce qui concerne l'accord avec l'Espagne, lorsque l'étranger risque des persécutions dans l'Etat de destination.

665. En 1992, la conclusion de tels accords est encouragée par les ministres des Etats membres des Communautés européennes, chargés de l'immigration[1995]. En particulier, les Etats membres sont invités à développer ce type de partenariat avec les futurs Etats membres dans la perspective des élargissements. Dès lors, ils négocient des conventions bilatérales en matière de réadmission des personnes en situation irrégulière avec certains Etats d'Europe centrale et orientale.

666. C'est ainsi que l'accord conclu entre la France et la Slovénie, en 1993, oblige les parties contractantes à réadmettre leurs propres ressortissants ainsi que, sous certaines conditions, certains ressortissants de pays tiers[1996]. Il réglemente la procédure de réadmission et établit des règles de transit aux fins d'éloignement[1997]. Concernant la réadmission des

---

[1994] Voir le décret n° 89-275 du 28 avril 1989 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume d'Espagne relatif à la prise en charge des personnes à la frontière, fait à Madrid le 8 janvier 1988, JORF du 4 mai 1989, p. 5710.

[1995] Recommandation du 30 novembre 1992 des ministres des Etats membres chargés de l'immigration relative aux pratiques des Etats membres en matière d'éloignement, non publiée au JO. Le texte de cette recommandation fut cependant publié dans sa version anglaise dans l'ouvrage suivant : GUILD (E.), *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union : Adopted Conventions, Resolutions, Recommendations, Decisions and Conclusions*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, 528 p., pp. 219-238.

[1996] Voir le décret n° 95-823 du 23 juin 1995 portant publication de l'accord signé le 1er février 1993 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Slovénie relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière, JORF n° 151 du 30 juin 1995, p. 9790.
L'Allemagne et la République tchèque concluent également un tel accord le 9 novembre 1994.

[1997] Pour les dispositions relatives au transit pour éloignement, voy. infra paragraphe II de cette section II, et plus précisément le § 708.

nationaux des parties contractantes, la preuve de la nationalité peut être apportée par la présentation d'une carte d'identité, d'un passeport, d'un certificat de nationalité ou sur la base d'autres renseignements. S'agissant de la réadmission des ressortissants d'Etats tiers, les Etats parties réadmettent ceux ayant séjourné ou transité par leur territoire et ceux à qui ils ont délivré un visa ou un titre de séjour[1998]. Cette obligation de réadmission des étrangers ne concerne pas les personnes qui ont été effectivement éloignées par l'Etat requis vers leur Etat d'origine ou vers un Etat tiers, ni les personnes à qui l'Etat requérant a accordé le statut de réfugié, en application de la Convention de Genève de 1951, ou le statut d'apatride, par application de la Convention de New York de 1954 relative au statut des apatrides. Pour ce qui concerne la procédure de réadmission, la partie requise doit respecter des délais de réponse et de prise en charge, et doit délivrer un certificat indiquant notamment l'identité de la personne qui fait l'objet du renvoi. La partie requérante, quant à elle, prend en charge les frais de transport, et s'il y a lieu les frais de retour[1999]. L'accord précise, dans son article 14, qu'il ne fait pas obstacle aux dispositions de la Convention de Genève de 1951, ni à celles de la Convention européenne des droits de l'homme.

667. Les Etats de l'espace Schengen ont également conclu un accord de réadmission des personnes en situation irrégulière avec la Pologne, dont l'article 5 § 1 prévoit que « *Les dispositions du présent Accord ne font pas obstacle à l'application des dispositions de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, telle qu'amendée par le protocole de New York du 31 janvier 1967* »[2000]. En contrepartie, l'obligation de visa pour les ressortissants polonais a été supprimée[2001]. Un membre du GISTI remarque que l'objectif des Etats membres est de « *se servir des pays d'Europe centrale et orientale comme d'un bouclier ou d'un cordon sanitaire contre l'immigration illégale, en les contraignant à réadmettre sur leur sol leurs nationaux et les étrangers qu'ils laissent indûment passer sur le territoire de l'Union* »[2002].

[1998] Le visa ou l'autorisation de séjour doit être en cours de validité.

[1999] Il y a retour lorsqu'il est finalement établi que la personne éloignée n'a pas la nationalité de l'Etat requis, ou lorsqu'il s'avère qu'elle ne remplit pas les conditions de réadmission, au moment de sa sortie du territoire de l'Etat requérant.

[2000] Voir le décret n° 94-49 du 12 janvier 1994 portant publication de l'accord relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière du 29 mars 1991, JORF n° 16 du 20 janvier 1994, p. 1031. L'accord est entré en vigueur le 1er mars 1992.

[2001] BA (A.-B.), *Le droit international de l'expulsion des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 1864, p. 766.

668. Cet accord conclu avec la Pologne impose à chaque partie contractante l'obligation de réadmettre, sans formalités, toute personne qui ne remplit pas ou plus les conditions d'entrée ou de séjour applicables sur le territoire de l'Etat requérant s'il est établi ou présumé qu'elle possède la nationalité de l'Etat requis. Par ailleurs, l'Etat contractant, par la frontière extérieure de laquelle est entrée une personne ne remplissant pas ou plus de telles conditions sur le territoire de l'Etat requérant, doit réadmettre ladite personne. Une exception est prévue lorsque l'intéressé est, lors de son entrée sur le territoire de l'Etat requérant, en possession d'un visa ou d'un titre de séjour valide délivré par cet Etat, ou a, après son entrée, obtenu de ce dernier un visa ou un titre de séjour[2003].

En vertu de cet accord, la partie requise doit répondre dans un délai maximum de huit jours aux demandes de réadmission et prendre en charge dans un délai ne pouvant dépasser un mois la personne qu'elle a accepté de réadmettre[2004].

Dans une déclaration commune effectuée à l'occasion de la signature de l'accord, les Etats de l'espace Schengen ont réaffirmé leur engagement à reprendre leurs nationaux conformément aux principes généraux du droit international.

669. En 1994, le Conseil recommande l'utilisation d'un accord type destiné à servir de base de négociation avec les pays tiers en vue de la conclusion d'accords de réadmission[2005]. Le Conseil veut ainsi faciliter la conclusion, entre les Etats membres et des Etats tiers, d'accords bilatéraux de réadmission des personnes qui sont en séjour irrégulier sur leur territoire respectif. Par cet accord, chaque partie réadmet sans autres formalités que celles prévues dans l'accord lesdites personnes « *lorsqu'il est établi ou valablement présumé* [qu'elles ont] *la nationalité de la partie contractante requise* »[2006]. De plus, il est prévu que la partie

---

[2002] RODIER (C.), *La construction d'une politique européenne de l'asile, entre discours et pratiques*, Hommes et Migrations, novembre-décembre 2002, n° 1240, pp. 81-93, sp. p. 92.

[2003] L'article 2 § 5 de l'accord dispose que par titre de séjour, il faut entendre « *toute autorisation de quelque nature que ce soit délivrée par une Partie contractante donnant droit au séjour sur son territoire. N'entre pas dans cette définition l'admission temporaire au séjour sur le territoire d'une Partie contractante en vue du traitement d'une demande d'asile ou d'une demande de titre de séjour* ».

[2004] Ce délai peut être prolongé sur demande de l'Etat requérant.

[2005] Recommandation du 30 novembre 1994 du Conseil concernant un accord type bilatéral de réadmission entre un Etat membre et un pays tiers, JOCE n° C 274 du 19 septembre 1996. L'utilisation de cet accord type est à nouveau recommandée par le Conseil dans sa recommandation du 22 décembre 1995 relative à la concertation et à la coopération dans l'exécution des mesures d'éloignement, *op. cit.*, supra note n° 1913.

[2006] Article 1er de la Recommandation du 30 novembre 1994 du Conseil concernant un accord type bilatéral de réadmission entre un Etat membre et un pays tiers, *loc. cit.*

requérante doit réadmettre de nouveau celles de ces personnes dont il s'avère finalement qu'elles ne possédaient pas la nationalité de l'Etat requis au moment de leur sortie de son territoire. Il est précisé par ailleurs que les frais de transport sont à la charge de la partie requérante.

670. Depuis le traité d'Amsterdam, des accords de réadmission peuvent être conclus par la Communauté sur la base du TCE. Pour que les opérations d'éloignement soient plus efficaces, le Conseil européen de Bruxelles a préconisé, dans son programme de La Haye de novembre 2004, la conclusion d'accords de réadmission ainsi que la désignation d'un représentant spécial pour une politique commune de réadmission[2007].

La Commission a pour mission de mener les négociations tout en consultant le groupe Eloignement du Conseil[2008]. Dans sa communication d'octobre 2002, elle définit l'accord de réadmission comme l'« *accord imposant des obligations réciproques aux parties contractantes et fixant des procédures administratives et opérationnelles détaillées, afin de faciliter le retour et le transit des personnes qui ne remplissent pas, ou ne remplissent plus, les conditions d'entrée, de présence ou de séjour dans l'Etat requérant* »[2009]. En vertu d'un tel accord, chaque Etat signataire réadmet donc ces personnes sans aucune formalité. Ainsi, l'Etat de destination lié par ce type d'accord a pour obligation de réadmettre certaines catégories d'étrangers qui se trouvent en situation irrégulière sur le territoire d'un Etat membre.

671. L'intérêt pour l'Union européenne et ses Etats membres est de négocier et de conclure des accords avec les pays tiers d'où proviennent de nombreux étrangers clandestins. Il a été décidé d'entreprendre des négociations avec la Chine, Hong Kong, Macao, l'Albanie, la

---

[2007] Conseil européen, *Le Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union* européenne, pt. 1.6.4., JOUE n° C 53 du 3 mars 2005, p. 1. Sur ce programme, voir en particulier GENSON (R.), *Un nouveau programme pluriannuel pour consolider l'espace de liberté, de sécurité et de justice – Le programme de La Haye (2005-2010)*, RMCUE, mars 2005, n° 486, pp. 172-176. La Commission a ensuite présenté un « Plan d'action » publié le 10 mai 2005 : Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le programme de La Haye : Dix priorités pour les cinq prochaines années – Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice, COM(2005) 184 final ; Plan d'action du Conseil et de la Commission mettant en œuvre le programme de La Haye visant à renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union européenne, JOUE n° C 198 du 12 août 2005, p. 1.

[2008] VAN LUL (C.), *La conclusion d'un Accord de réadmission et de reprise facilite-t-elle l'exécution d'une mesure d'éloignement ?*, RDE, 2002, n° 120, pp. 678-685, sp. pp. 679-680.

[2009] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 14 octobre 2002, *op. cit.*, supra note n° 1863.

Russie, l'Ukraine, le Sri Lanka, le Pakistan, la Turquie, l'Algérie et le Maroc[2010]. Le premier accord de réadmission des personnes en séjour irrégulier a été conclu avec la région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine[2011]. Depuis lors, ont été conclus des accords avec Macao[2012], le Sri Lanka[2013], l'Albanie[2014], et la Russie[2015]. Ces cinq accords sont déjà entrés en vigueur[2016]. Les négociations entreprises avec le Pakistan et le Maroc sont en cours[2017]. La Commission n'a pas encore engagé de négociations officielles avec la Chine[2018]. De même, les pourparlers avec l'Algérie et la Turquie en sont

[2010] Voir le projet de conclusions du Conseil de l'Union européenne en date du 14 novembre 2002 portant sur l'intensification de la coopération avec les pays tiers en matière de gestion des flux migratoires, document 13754/2/02 REV 2 ASIM 46 RELEX 216, et lesdites conclusions du Conseil du 19 novembre 2002 sur ce thème. Pour la liste des Etats tiers avec lequels des négociations en vue de la conclusion d'un accord de réadmission sont envisagées, voy. également la communication du 3 décembre 2002 de la Commission au Conseil et au Parlement européen – L'intégration de la politique des migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers – I. Migrations et développement – II. Rapport sur l'efficacité des ressources financières disponibles au niveau communautaire pour le rapatriement des immigrants et des demandeurs d'asile non admis, pour la gestion des frontières extérieures et pour les projets concernant l'asile et les migrations dans les pays tiers, COM(2002) 703 final, I- partie C, pt. 11.

[2011] Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JOUE n° L 17 du 24 janvier 2004, p. 25. Le Conseil a approuvé cet accord au nom de la Communauté dans sa décision n° 2004/80/CE du 17 décembre 2003, JOUE n° L 17 du 24 janvier 2004, p. 23.

[2012] Accord entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JOUE n° L 143 du 30 avril 2004, p. 99. Le Conseil a approuvé cet accord au nom de la Communauté dans sa décision 2004/424/CE en date du 21 avril 2004, publiée au JOUE n° L 143 du 30 avril 2004, p. 97.

[2013] Accord entre la Communauté européenne et la République socialiste démocratique de Sri Lanka concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JOUE n° L 124 du 17 mai 2005, p. 43. Le Conseil a approuvé cet accord au nom de la Communauté dans sa décision n° 2005/372/CE du 3 mars 2005, JOUE n° L 124 du 17 mai 2005, p. 41.

[2014] Accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JOUE n° L 124 du 17 mai 2005, p. 22. Accord approuvé par le Conseil au nom de la Communauté dans sa décision n° 2005/809/CE du 7 novembre 2005, publiée au JOUE n° L 304 du 23 novembre 2005, p. 14.

[2015] Accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, JOUE n° L 129 du 17 mai 2007, p. 40. Accord approuvé par le Conseil dans sa décision n° 2007/341/CE du 19 avril 2007, JOUE n° L 129 du 17 mai 2007, p. 38.

[2016] L'accord avec Hong Kong est entré en vigueur le 1er mars 2004. L'accord CE-Macao est entré en vigueur le 1er juin 2004 : *cf.* Information relative à cette entrée en vigueur, JOUE n° L 258 du 5 août 2004, p. 17. L'accord conclu avec le Sri Lanka est entré en vigueur le 1er mai 2005 : *cf.* Information relative à cette entrée en vigueur, JOUE n° L 138 du 1er juin 2005, p. 17. L'accord entre la Communauté et l'Albanie est entré en vigueur le 1er mai 2006 : *cf.* Information relative à cette entrée en vigueur, JOUE n° L 96 du 5 avril 2006, p. 9. Quant à l'accord concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier conclu entre la CE et la Fédération de Russie, il est entré en vigueur le 1er juin 2007 : *cf.* Information relative à cette entrée en vigueur, JOUE n° L 156 du 16 juin 2007, p. 37.

[2017] Source : MEMO/05/351 du 5 octobre 2005, http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do

[2018] Source : site de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne (http://ec.europa.eu/justice_home/) sur la page consacrée à « Un cadre de coopération avec les pays tiers dans le domaine des migrations ».

encore au stade préliminaire[2019]. Quant à l'accord de réadmission avec l'Ukraine, il a été paraphé le 27 octobre 2006[2020].

672. La Commission avait invité la Communauté à conclure des accords « *qui ne se* [limiteraient] *pas à établir les principes de réadmission, mais* [fixeraient] *aussi les procédures à suivre ainsi que les modes de transport en matière de retour et de réadmission* »[2021]. Chacun des accords comporte donc un tronc commun, comprenant les obligations de réadmission respectives de chaque partie et la procédure de réadmission. Plus exactement, chaque accord détermine les modalités de transfert et les modes de transport, et désigne l'Etat assumant les coûts liés au transport et au transit. De plus, les accords fixent les règles applicables au transit, celles relatives à la protection des données, ainsi que celles concernant la mise en œuvre et l'application de l'accord.

En plus d'un tronc commun, ces accords de réadmission contiennent des dispositions spécifiques à chacun. En effet, les différences existant entre les Etats tiers induisent l'inclusion de clauses particulières dans le texte des accords conclus.

673. Concernant les obligations de réadmission, l'Etat tiers doit réadmettre les personnes en séjour irrégulier possédant sa nationalité[2022]. Il est aussi généralement prévu qu'il réadmet celles qui en ont été déchues ou y ont renoncé après qu'elles sont entrées sur le territoire d'un Etat membre, sauf si elles ont obtenu au minimum l'assurance d'être naturalisées par cet Etat

---

[2019] Source : Roza Manzano Pilar du service "Information au public" du Secrétariat Général du Conseil de l'Union européenne (public.info@consilium.europa.eu) et Assemblée nationale, Délégation pour l'Union européenne, document n° E 3143 concernant la proposition de décision du Conseil relative à la signature de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie et la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, réunion du 13 février 2007, www.assemblee-nationale.fr/europe/dossiers_e/e3143.asp

[2020] Source : Assemblée nationale, Délégation pour l'Union européenne, document n° E 3143, *ibid.* Voir également la proposition de décision du Conseil concernant la signature de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et l'Ukraine et la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et l'Ukraine, 18 avril 2007, COM(2007) 197 final.

[2021] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 14 octobre 2002, *op. cit.*, supra note n° 1863.

[2022] Les accords contractés avec les deux régions administratives spéciales de la République populaire de Chine rappellent qu'en vertu du règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation (JOCE n° L 81 du 23 mars 2001, p. 2), les titulaires d'un passeport d'une de ces régions sont dispensés de cette obligation de visa pour des séjours dont la durée totale ne dépasse pas les trois mois.

membre[2023]. En outre, l'Etat tiers doit réadmettre certains ressortissants des pays tiers et apatrides en séjour irrégulier. Sont concernées les personnes détenant, lors de leur entrée sur le territoire de l'Etat membre, un visa ou un permis de séjour en cours de validité établi par l'Etat tiers, de même que celles en provenance de cet Etat tiers. Par contre, ne sont pas visées les personnes n'ayant effectué qu'un transit par un aéroport international de l'Etat tiers, ni celles à qui l'Etat membre requérant a délivré un visa ou une autorisation de séjour pour autant qu'elles ne possèdent pas pareil document délivré par l'Etat tiers et d'une durée de validité plus longue. Sur ce point, l'accord de réadmission conclu avec l'Albanie prévoit que l'obligation de réadmission ne s'applique pas non plus aux ressortissants de pays tiers et aux apatrides à qui l'Etat membre requérant a délivré un visa ou un titre de séjour, sauf si ce visa ou ce titre a été obtenu sur la base de faux documents ou de documents falsifiés. Quant à l'accord conclu avec la région administrative spéciale de Hong Kong, il n'oblige pas cette dernière à réadmettre les personnes relevant d'une autre juridiction pouvant entrer sans visa sur le territoire de l'Etat membre requérant[2024].

674. L'Etat tiers doit délivrer rapidement le document de voyage nécessaire au rapatriement de la personne concernée. A défaut, il est réputé accepter l'utilisation du modèle type de document de voyage de l'Union européeenne, tel qu'il a été établi dans la recommandation du Conseil du 30 novembre 1994[2025], ou du document de voyage provisoire joint à l'accord[2026].

675. Les obligations s'imposant aux Etats membres pour la réadmission de leurs nationaux, des ressortissants des pays tiers et des apatrides sont équivalentes à celles prévues pour l'Etat tiers concerné par l'accord. S'agissant de la réadmission des ressortissants des pays tiers et des apatrides, les accords prévoient que si deux Etats membres ou plus ont fourni un visa ou

---

[2023] L'accord de réadmission conclu avec la Fédération de Russie ne prévoit que le cas de renonciation. Dans une déclaration commune, « *les parties prennent acte de ce que, conformément aux codes de la nationalité de la Fédération de Russie et des Etats membres, les citoyens de l'UE et de la Fédération de Russie ne peuvent être déchus de leur nationalité* ». Le projet d'accord avec l'Ukraine ne prévoit également que le cas de renonciation : voir la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et l'Ukraine, 18 avril 2007, COM(2007) 197 final. L'annexe 8 de cette proposition prévoit une déclaration commune en vertu de laquelle « *Les parties contractantes prennent acte de ce que, conformément aux législations sur la nationalité de l'Ukraine et des Etats membres, il n'est pas possible de priver un citoyen ukrainien ou de l'UE de sa nationalité sans qu'il acquière une autre nationalité* ».

[2024] L'accord de réadmission conclu avec la Fédération de Russie et celui envisagé avec l'Ukraine prévoient également ce cas d'inapplication de l'obligation de réadmission.

[2025] Recommandation du 30 novembre 1994 du Conseil concernant l'adoption d'un modèle de document de voyage pour l'éloignement de ressortissants de pays tiers, *op. cit.*, supra note n° 1885, p. 18.

[2026] Cette clause est prévue dans l'accord entre la Communauté et le Sri Lanka, et le document de voyage provisoire figure à l'annexe n° 7 dudit accord.

un permis de séjour, l'obligation de réadmission incombe à celui qui a délivré le document dont la période de validité est la plus longue ou, si l'un ou plusieurs de ces documents ne sont plus valables, le document qui est en cours de validité. Si aucun de ces documents n'est valable, il appartient à l'Etat membre qui a établi le document ayant expiré le plus récemment de reprendre l'intéressé sur son territoire[2027].

676. Sur le champ d'application personnel de ces accords, celui conclu avec le Sri Lanka mérite une attention particulière. En effet, il s'étend aux apatrides sauf aux « *personnes qui ont été déchues de leur nationalité ou qui y ont renoncé depuis leur entrée sur le territoire respectivement de Sri Lanka ou de l'un des Etats membres, à moins que ces personnes aient obtenu au moins la promesse d'une naturalisation par cet Etat* »[2028]. En vertu des obligations de réadmission des apatrides fixées dans l'accord, il découle de cette disposition qu'une personne dans cette situation, qui ne remplit pas ou plus les conditions d'entrée et de séjour sur le territoire de l'une des parties, sera *persona non grata* sur le territoire des deux parties[2029]. Ce type de clause a pour conséquence de laisser de côté le traitement de certains cas d'apatridie et contribue donc au maintien persistant de situations d'étrangers en "orbite".

677. La procédure de réadmission ne varie guère d'un accord à l'autre. Une demande de réadmission, ou sous certaines conditions une communication écrite, doit être adressée à l'Etat requis préalablement au renvoi de l'individu concerné à l'aide d'un formulaire commun. Elle doit contenir, si possible, un certain nombre d'informations relatives à l'intéressé, sur la manière dont les preuves ou commencements de preuve seront fournis, et sur les éventuelles mesures de protection et de sécurité qui auront à être prises. Cette demande de réadmission doit en principe être effectuée dans un délai d'un an au maximum après que l'Etat requérant a eu connaissance de la situation d'irrégularité du ressortissant d'un Etat tiers

---

[2027] L'accord contracté avec l'Albanie précise que, si aucun de ces documents ne peut être présenté, c'est l'Etat membre quitté en dernier lieu qui a pour charge de réadmettre l'intéressé.

[2028] Accord entre la Communauté européenne et la République socialiste démocratique de Sri Lanka, *op. cit.*, supra note n° 2013. Une déclaration à l'accord précise que « *conformément à la Constitution de Sri Lanka et à sa législation en matière de citoyenneté (loi sur la citoyenneté n° 18 de 1948), il n'est pas possible à un ressortissant sri-lankais d'être déchu de sa nationalité sans acquérir la nationalité d'un autre Etat. De même, la renonciation à la nationalité par un ressortissant sri-lankais n'acquiert juridicité que si ce ressortissant a acquis la nationalité d'un autre Etat* ».

[2029] Dans pareil cas, un ressortissant communautaire, qui renoncerait à sa nationalité alors qu'il serait présent illégalement sur le territoire sri-lankais et donc expulsable de cet Etat, serait selon les termes de cet accord inadmissible sur les territoires respectifs des deux parties ? Il est tout à fait curieux que la Communauté ait accepté une clause avec un tel objet.

ou de l'apatride[2030]. L'article 6 § 3 de l'accord de réadmission conclu entre la Communauté et la Fédération de Russie prévoit une procédure accélérée, en vertu de laquelle « *si une personne a été appréhendée dans la région frontalière de l'Etat requérant après avoir franchi illégalement la frontière en provenance directe du territoire de l'Etat requis, l'Etat requérant peut présenter une demande de réadmission dans le délai de deux jours ouvrables à compter de l'arrestation de l'intéressé* »[2031]. A ce sujet, la commission des libertés s'est inquiétée pour les droits de la défense des personnes concernées[2032].

A partir du moment où le retour est approuvé, le renvoi de l'intéressé doit avoir lieu au plus tard dans un délai de trois mois[2033]. Les accords de réadmission donnent toute liberté aux Etats quant au choix du moyen de transport par lequel la personne concernée sera renvoyée. Si le choix se porte sur le transport aérien, le transporteur n'a pas à être nécessairement une compagnie de l'une des parties et peu importe qu'il s'agisse d'un vol régulier ou charter. Tous les frais de transport sont à la charge de l'Etat requérant.

678. En ce qui concerne les données à caractère personnel, leur traitement est soumis, pour l'Etat tiers, à ses règles nationales, et, pour les Etats membres, aux dispositions de la directive 95/46 du 24 octobre 1995[2034] et à leur propre législation adoptée en application de cette directive. Ces données, qui doivent être exactes, pertinentes et adéquates, sont collectées dans le seul but de la mise en œuvre de l'accord puis traitées en conformité avec cette finalité.

679. Dans l'accord de réadmission CE-Albanie, il est prévu que lorsqu'une partie a réadmis une personne par erreur, c'est-à-dire lorsqu'il s'avère qu'au final les conditions de son

[2030] L'accord de réadmission entre la CE et la Fédération de Russie impose un délai maximal plus court de 180 jours calendrier.
[2031] L'accord envisagé avec l'Ukraine prévoit également cette procédure accélérée : voir la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et l'Ukraine, 18 avril 2007, COM(2007) 197 final.
[2032] Voy. le rapport de la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du 5 février 2007 sur la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la fédération de Russie, Final A6-0028/2007.
[2033] Sauf en cas d'obstacles de nature juridique ou pratique.
[2034] Directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE n° L 281 du 23 novembre 1995, p. 31.

obligation de réadmission n'étaient pas remplies, l'autre partie reprend ladite personne sur son territoire[2035].

680. Par ailleurs, une clause de non-incidence est insérée dans les accords de réadmission. Elle varie de l'un à l'autre. Ainsi, certains accords se contentent d'indiquer qu'ils n'affectent pas les droits, obligations et responsabilités des Etats parties découlant des règles de droit international ou de tout accord auxquels ils ont adhéré. Tous n'exigent donc pas le respect de la Convention de Genève de 1951[2036]. Or, la Communauté aurait dû, au minimum, rappeler dans tous les accords les obligations qui découlent pour elle-même et les Etats membres des dispositions de cette convention. En outre, en vertu de tels accords, la Communauté tolère que des étrangers soient renvoyés vers des Etats tiers n'ayant même pas adhéré à ladite convention. Logiquement, dans l'accord conclu avec l'Albanie, le respect de la Conv.EDH est rappelé en préambule et dans la clause de non-incidence[2037].

681. En annexe, chaque accord comprend des listes communes des documents servant de preuve ou de commencement de preuve de la nationalité des nationaux, ex-nationaux et ressortissants de pays tiers, et des documents servant de preuve ou de commencement de preuve des conditions de réadmission des ressortissants des pays tiers et des apatrides.

682. Constituent une preuve de la nationalité le passeport[2038], la carte d'identité même temporaire ou provisoire, le certificat de citoyenneté[2039], ainsi que le livret et la carte d'identité militaires, le livret professionnel maritime et le livret de batelier. Pour les régions administratives spéciales de la République populaire de Chine, comme Macao et Hong Kong,

---

[2035] La découverte de cette erreur doit survenir dans les trois mois suivant le retour de la personne concernée. L'accord envisagé avec l'Ukraine prévoit également cette hypothèse.

[2036] C'est le cas des accords conclus avec respectivement Hong Kong, Macao et Sri Lanka. L'accord de réadmission négocié avec l'Ukraine contient la même clause de non-incidence mais rappelle, dans son préambule, le respect de la déclaration universelle des droits de l'homme, de la Conv.EDH, de la Convention de 1951 relatif au statut des réfugiés et du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

[2037] Le respect de la Convention de 1951 et du protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés est également rappelé.

L'accord de réadmission conclu avec la Russie prévoit qu'il est sans préjudice des droits, obligations et responsabilités conférés notamment par la Conv.EDH, la Convention de Genève de 1951 et la Convention contre la torture de 1984.

[2038] Peu importe que le passeport soit national, diplomatique, de service, collectif ou de remplacement. Sont compris également les passeports de mineurs.

[2039] Ou tout autre document officiel indiquant la nationalité.

la preuve de la résidence permanente peut être apportée par le passeport, la carte d'identité et les documents officiels indiquant que l'intéressé a le statut de résident permanent.

En outre, constituent un commencement de preuve la déclaration d'un ou plusieurs témoins, celle de l'intéressé et la langue qu'il parle, de même que la photocopie de l'un des documents considérés comme une preuve de la nationalité ou de la résidence permanente. Un commencement de preuve peut également être apporté avec le permis de conduire, l'extrait de naissance, la carte de service d'entreprise[2040], ou tout autre document.

683. En ce qui concerne les preuves des conditions de réadmission des ressortissants des pays tiers et des apatrides, il peut s'agir du cachet d'entrée ou de sortie figurant dans le document de voyage de l'intéressé, de documents divers indiquant clairement que la personne concernée a séjourné sur le territoire de l'Etat requis[2041], des déclarations officielles attestant que l'intéressé a franchi la frontière[2042], ou encore des billets de compagnies de transport montrant que l'intéressé s'est trouvé sur le territoire de l'Etat requis.

Par ailleurs, sont notamment considérées comme un commencement de preuve des conditions de réadmission la déclaration de la personne concernée, les indications fournies par des membres de la famille, ainsi que les informations relatives à l'identité et/ou au séjour de la personne délivrées par une organisation internationale.

684. Un comité de réadmission est institué pour l'application de chaque accord. Il a généralement pour tâche de contrôler l'application de l'accord, de fournir des renseignements sur les protocoles d'application élaborés par les parties, de demander des modifications des annexes ou de l'accord et de décider des modalités de mise en œuvre nécessaires à l'exécution uniforme de l'accord.

[2040] Ou leur photocopie.

[2041] Sont visés par exemple les contrats de location de voitures, les notes d'hôtel et les reçus de cartes de crédit qui font apparaître le nom ou tout autre élément permettant d'identifier la personne concernée.

[2042] Ces déclarations officielles peuvent être faites par les agents des postes-frontières. Pour les régions administratives spéciales de la République populaire de Chine, à savoir Hong Kong et Macao, de telles déclarations ne sont considérées que comme un commencement de preuve des conditions de la réadmission des personnes relevant d'une autre juridiction.

685. Ces accords de réadmission sont conclus pour une durée indéterminée. Ils peuvent être dénoncés par chaque partie contractante par une notification officielle à l'autre partie et, le cas échéant, prennent fin au bout de six mois à compter de la notification.

686. L'accord de réadmission avec le Maroc, en cours de négociation, est d'autant plus attendu que cet Etat tiers est traversé par un très grand nombre d'étrangers qui tentent régulièrement d'entrer sur le territoire de l'Union, notamment en Italie et en Espagne. Jusqu'à présent, seuls des accords bilatéraux entre des Etats membres et le Maroc ont été conclus.

Le renvoi, en octobre 2005, de plusieurs centaines d'africains d'origine sub-saharienne, essayant d'entrer en Espagne, vers les zones désertiques du Sahara[2043] a mis en exergue l'accord bilatéral conclu entre le Maroc et l'Espagne. Cette opération menée par les autorités marocaines découle en effet d'un accord du 13 février 1992, conclu entre ces deux pays et relatif à la circulation des personnes, au transit et à la réadmission des étrangers entrés illégalement en Espagne[2044]. Selon cet accord, le Maroc s'engage à réadmettre les étrangers qui transitent par son territoire pour entrer en Espagne[2045]. Mais une telle opération heurte la loi marocaine relative à l'entrée et au séjour des étrangers, en vertu de laquelle l'éloignement d'un étranger entré illégalement sur le territoire du Maroc ne peut être ordonné que par une décision de justice[2046]. Par ailleurs, cette opération constitue sans conteste un traitement inhumain ou dégradant et bafoue les règles du droit international en matière d'asile. Ainsi, suite à cet événement, la FIDH a exprimé son opposition face à la pratique de l'Union et des Etats membres consistant à imposer à certains pays tiers de réadmettre des étrangers qui ne sont pas des ressortissants de ces pays, mais qui y ont simplement transité. Elle dénonce « *la politique de l'Union européenne et de ses Etats membres, qui entendent sous-traiter aux Etats situés à leurs frontières extérieures, la lutte contre l'immigration irrégulière* »[2047]. Cette politique est d'autant plus grave que les Etats membres coopèrent avec des Etats qui, comme le Maroc, ne se sont pas dotés d'une législation sur le droit d'asile.

[2043] Selon Médecins sans frontières.
[2044] Accord signé à Madrid.
[2045] En réalité, les autorités marocaines n'ont commencé à appliquer l'accord qu'à compter de l'année 2004.
[2046] Source : http://www.fidh.org/
[2047] Déclaration de la FIDH en date du 11 octobre 2005, http://www.fidh.org/

687. Un retour réussi est un retour durable. Or, il est évident que les rapatriés doivent souvent faire face à de nombreux obstacles pour s'installer ou s'intégrer dans le pays de renvoi, même d'origine. Les difficultés rencontrées sont diverses – situation familiale, détresse physique, chômage – et incitent les intéressés à tenter à nouveau de revenir en Europe[2048]. Le succès du retour implique donc l'assistance et le suivi des étrangers expulsés dans le pays de renvoi. La Commission européenne fait remarquer qu'il est important « *de veiller à ce que soient créées les conditions d'une réinsertion profitable tant au migrant qu'à sa collectivité d'origine* »[2049]. Elle estime que la politique communautaire relative à l'immigration devrait encadrer « *tous les stades de la procédure de retour* »[2050] et, à ce titre, propose en particulier d'offrir un soutien financier aux expulsés pour les dépenses liées à leur installation, ainsi qu'à l'Etat de renvoi pour le rapatriement de leurs nationaux, des ressortissants d'Etats tiers et des apatrides[2051]. En effet, pour un tel pays, « *la réintégration de ses propres ressortissants peut être source de difficultés (…), étant donné qu'elle pèse sur son marché du travail ou sur ses programmes d'aides publiques* »[2052]. Le 10 mars 2004, le programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile (AENEAS) a été adopté afin de renforcer la gestion des flux migratoires[2053]. Il est applicable en priorité aux Etats tiers qui contribuent activement à la mise en œuvre des accords de réadmission conclus avec la Communauté. En complément de ce programme, le Fonds européen créé spécifiquement pour le retour devrait aider à ce financement. Une aide technique apportée à ces Etats tiers est également bienvenue. Le recours aux officiers de liaison chargés de l'immigration qui exercent dans les pays tiers et qui collaborent avec les autorités locales et les services de l'immigration a été envisagé dès

---

[2048] Livre vert de la Commission relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, 10 avril 2002, *op. cit.*, supra note n° 1861, pt. 3.5.1. Sur ce problème, voir PARANT (M.), *Echecs et illusions des politiques d'aide au retour*, Hommes et Migrations, janvier-février 2000, n° 1223, pp. 81-90.

[2049] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 14 octobre 2002, *op. cit.*, supra note n° 1863.

[2050] *Ibid.*

[2051] Livre vert de la Commission relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, 10 avril 2002, *op. cit.*, supra note n° 1861, pt. 3.5.2.

[2052] Communication du 3 décembre 2002 de la Commission au Conseil et au Parlement européen - L'intégration de la politique des migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers …, *op. cit.*, supra note n° 2010, I- partie C, pt. 11.

[2053] Règlement (CE) n° 491/2004 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004 établissant un programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile (AENEAS), JOUE n° L 80 du 18 mars 2004, p. 1.

2002[2054]. Le 19 février 2004, le Conseil adopte un règlement relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « Immigration » (réseau OLI)[2055]. Il s'agit pour ces représentants des Etats membres de participer à la lutte contre l'immigration illégale et au retour des étrangers illégaux. Des rapports sur les activités de ce réseau et sur la situation dans le pays hôte en matière d'immigration illégale doivent être établis chaque fin de semestre par l'Etat membre qui exerce la présidence du Conseil de l'Union. La Commission a précisé le format sous lequel doivent être élaborés ces rapports[2056]. Le rapport sur la situation dans les pays tiers hôtes doit notamment donner des indications sur l'application de la législation dans le domaine du retour et de la réadmission. En particulier, pour un pays hôte donné, il doit fournir des informations sur ses capacités de réadmission de ses nationaux et des ressortissants de pays tiers, sur ses ressources pour ces personnes, sur ses capacités juridiques, économiques et administratives dans le domaine de la réintégration, etc.

688. Les Etats tiers sont assez réticents à conclure des accords de réadmission. En effet, ils estiment notamment qu'ils auraient à faire face à de très grandes difficultés dans la mise en œuvre de ces accords. Concernant l'accord conclu avec l'Albanie, par exemple, la commission des libertés civiles avait, dans son rapport du 22 juin 2005, indiqué que, selon l'Organisation internationale pour les migrations, les autorités albanaises s'inquiétaient de la mise en œuvre de l'accord en raison d'une pénurie des ressources humaines et matérielles nécessaires pour traiter des « *demandes émanant des Etats membres* » et d'un manque d'expérience de l'unité chargée d' « *appliquer les accords bilatéraux existants et de procéder au retour forcé en général* »[2057]. En particulier, le retour forcé des ressortissants des pays tiers s'avérait impossible car trop onéreux, l'aide apportée par l'AENEAS étant par ailleurs limitée[2058]. La commission des libertés civiles avait suggéré que les fonds communautaires,

---

[2054] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 14 octobre 2002, *op. cit.*, supra note n° 1863.

[2055] Règlement (CE) n° 377/2004 du Conseil du 19 février 2004 relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « Immigration », JOUE n° L 64 du 2 mars 2004, p. 1.

[2056] Décision n° 2005/687/CE de la Commission du 29 septembre 2005 relative au format uniforme des rapports sur les activités des réseaux d'officiers de liaison « immigration » ainsi que sur la situation dans le pays hôte en matière d'immigration illégale, JOUE n° L 264 du 8 octobre 2005, p. 8.

[2057] Rapport de la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du 22 juin 2005 sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Final A6-0214/2005.

[2058] En ce qui concerne les obligations de réadmission des ressortissants des pays tiers et des apatrides, elles ne s'imposent à la Communauté et à l'Albanie que deux ans après l'entrée en vigueur de l'accord de réadmission : *cf.* article 22 § 3 de cet accord.

Il est prévu que les mêmes obligations ne s'imposent à la Communauté et à la Russie que trois ans après l'entrée en vigueur de l'accord de réadmission conclu entre ces deux parties, sauf pour les ressortissants de pays tiers

dans le cadre de l'accord, soient conséquents et utilisés de manière progressive et sur le long terme pour le renvoi forcé des ressortissants des pays tiers et la réintégration des albanais dans leur pays d'origine[2059].

689. La Commission s'est vue confier, fin 2006, de nouveaux mandats pour négocier des accords de réadmission avec l'ancienne République yougoslave de Macédoine, la Bosnie-et-Herzégovine, le Monténégro, la République de Serbie et la Moldavie[2060]. Dans un rapport rendu le 3 juillet 2007, la Commission a indiqué que ces négociations avaient « *été menées à bien* »[2061]. La conclusion des accords de réadmission[2062] n'a pas posé de difficultés dans la mesure où de nombreux Etats membres ont déjà conclu « *de tels accords au niveau bilatéral et que la reprise des illégaux par ces pays ne* [pose] *pas de problème majeur* »[2063].

690. Toujours est-il que la création, au début des années 2000, et la mise en œuvre, depuis 2004, d'une politique européenne de voisinage devraient permettre un dépassement des obstacles à la conclusion de certains accords de réadmission et entraîner une multiplication de ces accords.

---

avec lesquels la Russie a conclu des accords bilatéraux de réadmission : voir l'article 23 § 3 de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, JOUE n° L 129 du 17 mai 2007, p. 40. De même, l'accord envisagé avec l'Ukraine prévoit que les obligations de réadmission des ressortissants des pays tiers et des apatrides ne deviennent applicables que deux ans après la date d'entrée en vigueur de l'accord, sauf pour les apatrides et les ressortissants de pays tiers avec lesquels l'Ukraine a conclu des accords bilatéraux de réadmission : voir la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et l'Ukraine, 18 avril 2007, COM(2007) 197 final.

[2059] La commission des libertés civiles avait souligné l'importance d'une telle aide de l'UE, dans la mesure où les étrangers non expulsés seraient incités à rester en Albanie et tentés d'entrer sur le territoire communautaire.

[2060] Source : Assemblée nationale, Délégation pour l'Union européenne, document n° E 3143 concernant la proposition de décision du Conseil relative à la signature de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie et la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, réunion du 13 février 2007, http://www.assemblee-nationale.fr/europe/dossiers_e/e3143.asp

[2061] Communication du 3 juillet 2007 de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Rapport sur la mise en œuvre du programme de La Haye en 2006, COM(2007) 373 final.

[2062] Voy. notamment la proposition de décision du Conseil du 17 juillet 2007 concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Bosnie-et-Herzégovine, COM(2007) 425 final ; la proposition de décision du Conseil du 19 juillet 2007 concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la République du Monténégro, COM(2007) 431 final ; et la proposition de décision du Conseil du 19 juillet 2007 concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, COM(2007) 432 final.

[2063] HUBERT (C.) et DE DECKER (S.), *Politique européenne de migration : quels chantiers pour une meilleure intégration ?*, RMCUE, avril 2007, n° 507, pp. 239-253, p. 246.

b/ La systématisation des accords de réadmission

691. La politique européenne de voisinage est une démarche d'harmonisation de partenariats pré-existants, conclus avec des Etats tiers dits voisins[2064], et issus d'accords d'association ou de partenariat et de coopération. Sur cette base juridique, elle se traduit par des plans d'action bilatéraux approuvés par l'Union européenne et chacun des partenaires[2065]. Ces documents politiques définissent un programme de réformes économiques et politiques à court et moyen terme[2066].

692. La politique européenne de voisinage est rapidement devenue essentielle dans la politique extérieure de l'Union européenne[2067]. Elle consiste à aider « *les Etats qui ont une*

[2064] Il faut attendre 2004 pour qu'une liste de ces Etats soit clairement définie. Une première liste fut proposée par les pays d'Europe orientale et nordique et comprenait l'Ukraine, la Biélorussie et la Moldavie. Afin d'éviter un trop fort déplacement du « *centre de gravité de la politique extérieure de l'Union* [vers l'Est] », et à la demande de la France et de l'Espagne, la décision fut prise d'inclure dans cette liste les pays parties prenantes du partenariat euro-méditerranéen. Ces derniers sont le Maroc, l'Algérie, la Tunisie, l'Egypte, le Liban, la Syrie, Israël, la Jordanie, la Libye et l'Autorité palestinienne : DELCOUR (L.), *La politique de voisinage et les relations russo-européennes : partenariat stratégique ou lutte d'influence ?*, 30 mars 2006, article disponible à partir de http://www.etudes-européennes.fr. L'auteur précise que c'est à la demande du Parlement européen, et contre l'avis de la Commission, que les Etats du Caucase du Sud furent également inclus (Azerbaïdjan, Arménie, Géorgie) : voy. la communication du 11 mars 2003 de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « L'Europe élargie – Voisinage : un nouveau cadre pour les relations avec nos voisins de l'Est et du Sud », COM(2003) 104 final ; Rapport du 5 novembre 2003 de la commission des affaires étrangères, des droits de l'homme, de la sécurité commune et de la politique de défense sur l'Europe élargie – Voisinage : un nouveau cadre pour les relations avec nos voisins de l'Est et du Sud, A5-0378/2003.
La Russie, qui était incluse dans la première liste proposée, entre finalement dans un cadre dérogatoire. Comme le souligne M. LEFEBVRE, cet Etat est, « *en tant que partenaire stratégique de l'Union européenne, mentionn*[é] *comme un pays voisin, mais n'est pas considér*[é] *comme relevant spécifiquement de la PEV* » : LEFEBVRE (M.), *La politique de voisinage : nouveau départ pour une ambition géopolitique*, RMCUE, janvier 2007, n° 504, pp. 22-26, p. 23.
La Turquie ne participe pas à la politique européenne de voisinage dans la mesure où elle poursuit ses relations avec l'Union européenne dans le cadre de la pré-adhésion. Certains auteurs en ont déduit que la politique européenne de voisinage a pour but de marquer un arrêt dans le processus d'élargissement. En effet, « *le but de la politique de voisinage est de faire en sorte que les voisins de l'UE ressemblent le plus possible aux Etats membres de l'UE, condition assurant une efficacité optimale à la coopération économique et sécuritaire, tout en permettant* [*de faire cesser la situation actuelle où l'adhésion représente l'aboutissement idéal de toute relation organisée avec l'UE*] » : DENYSYUK (V.), *Politique de voisinage de l'Union européenne, quelles transformations sur le commerce régional en Europe ?*, RMCUE, février 2005, n° 485, pp. 101-114, p. 102 et p. 108. M. LEFEBVRE indique très justement que « *l'inclusion des voisins du Sud de la Méditerranée dans la politique de voisinage a complété le rayonnement géographique de cette politique, tout en séparant mieux la problématique du voisinage et celle de l'élargissement* », (*loc. cit.*, p. 23).
[2065] Une dizaine de plans d'action a déjà été conclue. Les partenaires concernés sont, entre autres, le Maroc, l'Egypte, la Géorgie, la Tunisie, la Jordanie et la Palestine.
[2066] Les accords d'association ou de partenariat et de coopération disparaîtront à terme au profit d'accords de voisinage, dont le contenu n'est pas encore défini.
[2067] Ainsi que le fait remarquer L. DELCOUR, « *Le fait que le Traité constitutionnel (…) ait consacré un titre à l'Union et son environnement proche* [et ait donc « constitutionnalisé » une politique aussi récente], *témoigne du rôle clé* [de celle-ci pour l'Union européenne] ». DELCOUR (L.), *La politique de voisinage et les relations*

frontière terrestre ou maritime avec l'Union (…) à mettre en œuvre des réformes destinées à renforcer la démocratie et les droits de l'Homme, élargir leur accès au marché unique, préserver leur environnement ou intensifier la coopération dans les domaines de l'énergie, des transports ou de l'immigration »[2068]. Ainsi, la politique européenne de voisinage vise avant tout à stabiliser les périphéries de l'Union européenne.

Or, le constat a été fait, notamment par la Commission européenne[2069], que la protection des Etats membres, ayant à gérer une frontière extérieure de l'Union, passe par une stabilisation politique, économique et sociale des pays voisins[2070]. Aussi, les finalités poursuivies par l'Union européenne dans la mise en œuvre de la politique de voisinage sont essentiellement sécuritaires[2071]. Selon la Commission, cette politique vise à atteindre « *les objectifs poursuivis par la stratégie européenne de sécurité* »[2072], approuvée en 2003 par le Conseil européen. Dès lors, la coopération dans le domaine de la justice, de la liberté et de la sécurité est une composante forte des plans d'action.

La majorité de ces plans d'action prévoit le renforcement de la coopération régionale et intrarégionale dans la gestion des migrations transfrontalières et la lutte contre l'immigration clandestine. Plus précisemment, ils comportent des mesures « *visant à rendre plus efficace la gestion des frontières, notamment en aidant à la création et à la formation*

---

russo-européennes …, *op. cit.*, supra note n° 2064. L'article I-57 § 1 de ce Traité dispose en effet que « *L'Union développe avec les pays de son voisinage des relations privilégiées, en vue d'établir un espace de prospérité et de bon voisinage, fondé sur les valeurs de l'Union et caractérisé par des relations étroites et pacifiques reposant sur la coopération* ».

[2068] Propos du Commissaire chargée des relations extérieures B. Ferrero-Waldner, disponibles sur http://ec.europa.eu/world/enp/welcome_fr.htm

[2069] Voir la communication du 12 mai 2004 de la Commission, « Politique européenne de voisinage - Document d'orientation », COM (2004) 373 final.

[2070] PATTEN (C.) et SOLANA (J.), *Joint letter on Wider Europe*, http://ec.europa.eu/word/enp/pdf/_0130163334_001_en.pdf, août 2002. Cette lettre commune fut à l'origine des réflexions ayant entraîné la création de la politique européenne de voisinage.

[2071] Voy. BEURDELEY (L.), *L'Union européenne et ses périphéries : entre intégration et nouvelle politique de voisinage*, RMCUE, octobre-novembre 2005, n° 492, pp. 567-582. L'auteur rappelle que les traités d'adhésion, signés par les Etats devenus membres de l'UE le 1er mai 2004, contenaient une clause de sauvegarde portant notamment sur « *les engagements relatifs à la coopération judiciaire et policière, au franchissement des frontières, à l'asile et à l'immigration* » (p. 569). Le partenariat euro-méditerranéen initié par la conférence de Barcelone de 1995 répondait également à certaines considérations sécuritaires. Sur ce point, voir BIAD (A.), *La dimension humaine de la sécurité dans le partenariat euro-méditerranéen*, *in* LABOUZ (M.-F.) (dir.), « Le partenariat de l'Union européenne avec les pays tiers - Conflits et convergences », Bruxelles, Bruylant, 2000, 354 p., pp. 73-87.

[2072] Communication du 12 mai 2004 de la Commission, « Politique européenne de voisinage … », *op. cit.*, supra note n° 2069.

d'unités de garde-frontières civils professionnels, et à sécuriser les documents de voyage »[2073].

693. Par ailleurs, l'un des objectifs de la politique européenne de voisinage est d'inciter les pays tiers concernés à conclure des accords de réadmission. En effet, la conclusion de ces accords apparaît des plus nécessaires avec les pays tiers qui sont candidats à l'adhésion à l'Union européenne et/ou qui sont limitrophes du territoire communautaire, dans la mesure où le risque est important que des étrangers en provenance de ces pays cherchent à entrer illégalement sur ce dernier. L'enjeu est tel que les Etats de l'espace Schengen avaient conclu, en 1991, un accord de réadmission des personnes en situation irrégulière avec la Pologne[2074]. Depuis, un accord de réadmission est négocié avec la Turquie et d'autres ont notamment été conclus avec l'Albanie et la Russie.

694. Toutefois, les pays tiers montrent des réticences à conclure de tels accords[2075], qui servent principalement l'intérêt de la Communauté et de ses Etats membres, en leur permettant d'éloigner plus facilement les étrangers en situation irrégulière. Pour les défenseurs des droits des étrangers, ils présentent surtout l'avantage pour les Etats membres de se débarasser rapidement et efficacement de ces étrangers. Selon un membre du GISTI, « *le cordon sanitaire est repoussé de plus en plus loin* »[2076]. Dès lors, pour que les négociations aboutissent et que les accords conclus soient satisfaisants, il faut que la coopération soit équilibrée. Par conséquent, même si la Communauté « *prôn*[e] *une vision (…) restrictive et technicienne de l'accord de réadmission* »[2077], une contrepartie doit être fournie aux Etats tiers concernés. Il pourra s'agir par exemple d'une politique des visas plus généreuse à leur égard, d'une meilleure ouverture du marché communautaire de l'emploi pour leurs travailleurs, d'une intensification des échanges commerciaux, des préférences tarifaires compatibles avec les règles de l'OMC, etc[2078]. Ainsi, parallèlement à l'accord de réadmission

[2073] *Ibid.*
[2074] Voir décret n° 94-49 du 12 janvier 1994 portant publication de l'accord relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière du 29 mars 1991, JORF n° 16 du 20 janvier 1994, p. 1031.
[2075] A ce sujet, voy. le a/ de ce 1).
[2076] RODIER (C.), *La construction d'une politique européenne de l'asile …*, *op. cit.*, supra note n° 2002, p. 92.
[2077] VAN LUL (C.), *La conclusion d'un Accord de réadmission et de reprise facilite-t-elle l'exécution d'une mesure d'éloignement ?*, *op. cit.*, supra note n° 2008, p. 678.
[2078] Communication du 3 juin 2003 de la Commission en vue du Conseil européen de Thessalonique, *op. cit.*, supra note n° 1883, p. 15.

conclu entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, un accord CE - Russie visant à faciliter la délivrance de visas de court séjour a été négocié[2079].

695. Or, la politique européenne de voisinage a également pour objectif de « *faciliter la circulation des citoyens des pays voisins participant à des actions et programmes communautaires* [et] *de favoriser le passage des frontières extérieures pour les ressortissants qui ont des raisons valables de franchir régulièrement la frontière* »[2080]. Sont prioritairement concernées certaines catégories de visiteurs, comme les étudiants, les hommes d'affaires, les membres d'ONG, les journalistes, les fonctionnaires, ainsi que les titulaires de passeports diplomatiques et de service.

[2079] Accord entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie visant à faciliter la délivrance de visas aux citoyens de l'Union européenne et de la Fédération de Russie, JOUE n° L 129 du 17 mai 2007, p. 27. L'accord est entré en vigueur le 1er juin 2007 : *cf.* Informations relatives à cette entrée en vigueur, JOUE n° L 173 du 3 juillet 2007, p. 34.
Comme le précise la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, dans un rapport du 5 février 2007, ces deux accords « *relèvent d'une logique de compensation politique réciproque* » : rapport de la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du 5 février 2007 sur la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la fédération de Russie, Final A6-0028/2007. Un accord facilitant la délivrance des visas a également été paraphé avec l'Ukraine, parallèlement à la négociation menée avec cet Etat pour la conclusion d'un accord de réadmission, source : Assemblée nationale, Délégation pour l'Union européenne, document n° E 3143 concernant la proposition de décision du Conseil relative à la signature de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie et la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, réunion du 13 février 2007, http://www.assemblee-nationale.fr/europe/dossiers_e/e3143.asp ; voir aussi la proposition de décision du Conseil concernant la signature de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et l'Ukraine et la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et l'Ukraine, 18 avril 2007, COM(2007) 197 final. De même, alors qu'un accord de réadmission conclu avec l'Albanie est déjà entré en vigueur, un accord facilitant la délivrance de visas de court séjour est également prévu avec cet Etat : voir la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord visant à faciliter la délivrance de visas de court séjour entre la Communauté européenne et la République d'Albanie, 17 juillet 2007, COM(2007) 413 final.
Par ailleurs, à côté des accords de réadmission envisagés avec le Monténégro, l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, la Serbie et la Bosnie-et-Herzégovine, des accords sur les visas de court séjour sont programmés : voy. la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord visant à faciliter la délivrance de visas de court séjour entre la Communauté européenne et l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, 18 juillet 2007, COM(2007) 421 final ; la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord visant à faciliter la délivrance de visas de court séjour entre la Communauté européenne et la République de Serbie, 18 juillet 2007, COM(2007) 422 final ; la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord visant à faciliter la délivrance de visas de court séjour entre la Communauté européenne et la Bosnie-et-Herzégovine, 18 juillet 2007, COM(2007) 423 final ; et la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord visant à faciliter la délivrance de visas de court séjour entre la Communauté européenne et la République du Monténégro, 18 juillet 2007, COM(2007) 426 final.

[2080] BEURDELEY (L.), *L'Union européenne et ses périphéries : entre intégration et nouvelle politique de voisinage*, *op. cit.*, supra note n° 2071, p. 579.

696. La lenteur et le coût des procédures d'obtention des visas peuvent avoir un effet dissuasif important pour les ressortissants des pays partenaires[2081]. La Commission souhaite donc lier plus avant l'assouplissement des formalités de délivrance des visas avec la conclusion et la mise en œuvre d'accords de réadmission[2082]. En effet, elle considère qu'en contrepartie de la simplification de ces formalités, les Etats tiers voisins doivent examiner plus largement les « *questions telles que la coopération en matière d'immigration clandestine, la lutte contre la traite et le trafic illicite des êtres humains, l'efficacité de la gestion des frontières, les accords de réadmission, le retour effectif des migrants illégaux et le traitement adéquat des demandes de protection et d'asile* »[2083].

697. Le règlement n° 1931/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 prévoit ainsi qu'un permis de franchissement local de la frontière terrestre extérieure de l'UE devrait être délivré aux frontaliers, soumis ou non à l'obligation de visa en vertu du règlement n° 539/2001[2084]. En outre, l'article 13 § 3 de ce règlement dispose que « *lorsque la Communauté ou l'Etat membre concerné n'a pas conclu un accord général de réadmission avec un pays tiers, les accords bilatéraux en matière de petit trafic frontalier conclus avec ce pays tiers comportent des dispositions visant la facilitation de la réadmission des personnes ayant fait une utilisation abusive du régime propre au petit trafic frontalier (…)* ».

Cette coopération en matière de mobilité et de gestion des migrations devrait contribuer à l'amélioration des déplacements des ressortissants des pays partenaires vers

[2081] Communication du 4 décembre 2006 de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative au renforcement de la politique européenne de voisinage, COM(2006) 726 final.
[2082] *Ibid.*
[2083] *Ibid.*
[2084] Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001, fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JOCE n° L 81 du 21 mars 2001, p. 2 ; modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1932/2006 du Conseil du 21 décembre 2006, JOUE n° L 405 du 30 décembre 2006, p. 23. Règlement (CE) n° 1931/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 fixant des règles relatives au petit trafic frontalier aux frontières terrestres extérieures des Etats membres et modifiant les dispositions de la convention de Schengen, JOUE n° L 405 du 30 décembre 2006, p. 1. Les Etats membres doivent conclure ou maintenir des accords bilatéraux avec les pays tiers concernés pour l'application du régime propre à ce petit trafic frontalier.

l'Union européenne[2085], même si l'objectif à long terme reste la libre circulation des personnes et des travailleurs[2086].

698. Au final, la politique européenne de voisinage devrait faciliter la réadmission par les Etats tiers de leurs propres ressortissants, mais également des personnes apatrides et des ressortissants d'autres pays.

699. Toutefois, la nouvelle priorité de l'Union est de dépasser le cadre bilatéral des relations avec les pays tiers partenaires et « *d'agir dans le cadre d'une approche globale assurant une bonne gestion de la mobilité et des migrations et s'employant à régler les questions de la réadmission, de la coopération dans la lutte contre l'immigration clandestine et d'une gestion efficace des frontières* »[2087]. Il s'agirait de développer la politique européenne de voisinage sur un plan multilatéral et thématique, notamment dans les domaines de la gestion des frontières et des migrations.

700. En dehors des accords de réadmission, conclus ou non dans le cadre de la politique européenne de voisinage, la Communauté peut introduire des clauses de réadmission dans des accords mixtes, d'association ou de coopération qu'elle négocie.

2) Les clauses de réadmission

701. L'insertion de clauses de réadmission dans des accords d'association ou de coopération n'est pas très récente. L'accord de partenariat et de coopération du 14 juin 1994 conclu avec l'Ukraine contient une telle clause en son article 27[2088]. Depuis, ce type de clause

---

[2085] La création du VIS, avec l'introduction de paramètres biométriques dans les passeports, et de centres communs de traitement des demandes de visa peut également contribuer à débloquer la situation. Le premier centre commun s'est ouvert en Moldavie.

[2086] Voir DENYSYUK (V.), *Un partenariat entre l'Union et les NEIO : transition en vue de l'intégration ou intégration pour la transition ? – Quelques données propres à l'Ukraine*, RMCUE, avril 2005, n° 487, pp. 220-231, sp. p. 223.

[2087] Communication du 4 décembre 2006 de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative au renforcement de la politique européenne de voisinage, *op. cit*., supra note n° 2081.

[2088] Accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et l'Ukraine, d'autre part, JOCE n° L 49 du 19 février 1998, p. 3.

fut introduit dans de nombreux accords bilatéraux conclus avec d'autres pays tiers[2089] et dans l'accord de Cotonou contracté avec les membres du groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP)[2090]. Les négociations en vue de l'introduction de ce genre de clauses sont aujourd'hui quasi-systématiques. Mais l'efficacité de ces clauses est bien moindre que celle des accords de réadmission[2091]. C'est pourquoi il est fréquemment prévu dans ces accords d'association ou de coopération d'envisager la conclusion d'accords de réadmission. Les clauses de réadmission constituent parfois un cadre pour les négociations futures d'accords de réadmission[2092].

702. Généralement, les accords de partenariat et de coopération contiennent des dispositions relatives à l'immigration clandestine prévoyant à la charge de chacune des parties l'obligation de réadmettre ceux de leurs nationaux qui se trouvent illégalement sur le territoire de l'autre partie. Dans ce cadre, ils indiquent que l'Etat tiers concerné accepte « *de conclure des accords bilatéraux avec les Etats membres qui le souhaitent, réglementant les obligations spécifiques pour la réadmission (…)* »[2093]. Par ailleurs, les accords de partenariat et de coopération prévoient que ces accords bilatéraux comprennent « *une obligation de réadmission de ressortissants d'autres pays et d'apatrides arrivés sur le territoire de* [l'Etat membre concerné] *à partir* [dudit Etat tiers] *ou arrivés sur le territoire de* [ce dernier] *à partir de cet Etat membre* »[2094].

[2089] On peut citer notamment les accords passés avec l'Azerbaïdjan (accord de partenariat et de coopération, JOCE n° L 246 du 17 septembre 1999, p. 3), la Croatie (accord de stabilisation et d'association, JOUE n° L 26 du 28 janvier 2005, p. 3), l'Egypte (accord d'association, JOCE n° L 304 du 30 septembre 2004, p. 39), la Géorgie (accord de partenariat et de coopération, JOCE n° L 205 du 4 août 1999, p. 3), l'Ouzbékistan (accord de partenariat et de coopération, JOCE n° L 229 du 31 août 1999, p. 3) et le Liban (accord euro-méditerranéen d'association, JOUE n° L 143 du 30 mai 2006, p. 2). D'autres accords commerciaux contiennent des clauses de réadmission, comme ceux conclus avec l'Arménie, le Chili, la Communauté andine, la Syrie, l'ancienne République yougoslave de Macédoine et la Communauté des Etats d'Amérique centrale : *cf.* MEMO/05/351 du 5 octobre 2005, http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do

[2090] Accord de partenariat entre les membres du groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, signé à Cotonou le 23 juin 2000, JOCE n° L 317 du 15 décembre 2000, p. 3.

[2091] Par exemple, la clause de réadmission insérée dans l'accord de Cotonou n'est pas appliquée, « *malgré les nombreux efforts entrepris en ce sens* » : HUBERT (C.) et DE DECKER (S.), *Politique européenne de migration …*, *op. cit.*, supra note n° 2063, p. 247.

[2092] C'est le cas avec l'Ukraine : voir la proposition de décision du Conseil concernant la signature de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et l'Ukraine et la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et l'Ukraine, 18 avril 2007, COM(2007) 197 final.

[2093] Voir l'article 72 de l'accord passé avec l'Ouzbékistan, l'article 75 de l'accord conclu avec la Géorgie, et l'article 75 de celui négocié avec l'Azerbaïdjan, *op. cit.*, supra note n° 2089.

[2094] *Ibid.*

703. En plus de comprendre pour chaque Etat membre et pour l'Etat tiers en cause des obligations de réadmission de leurs ressortissants illégalement présents sur le territoire de l'autre partie, certains accords d'association prévoient, dans leurs clauses portant sur la prévention et le contrôle de l'immigration illégale, des dispositions plus spécifiques qui varient plus ou moins en fonction de l'Etat tiers lié par l'accord. Ainsi, l'article 69 de l'accord conclu avec l'Egypte précise qu' « *après l'entrée en vigueur de l'accord, les parties négocient et concluent, à la demande de l'une d'elles, des accords bilatéraux réglementant les obligations spécifiques relatives à la réadmission de leurs ressortissants. Ces accords prévoient également, si l'une des parties l'estime nécessaire, des dispositions pour la réadmission de ressortissants de pays tiers. Ils définissent les catégories de personnes couvertes par ces dispositions ainsi que les modalités de leur réadmission* »[2095]. Il précise en outre qu'un soutien à la fois financier et technique sera fourni à l'Egypte afin de mettre en œuvre ces accords[2096]. Quant à l'accord conclu avec la Croatie, il envisage, en son article 77, la conclusion avec la Communauté d'un accord de réadmission incluant une obligation de réadmission de personnes d'autres pays et des apatrides[2097]. En attendant la conclusion d'un tel accord de réadmission, la Croatie peut conclure avec des Etats membres de l'UE des accords bilatéraux comprenant pareille obligation.

704. De la même manière, à l'article 13 de l'accord de Cotonou, il est prévu que les Etats membres doivent accepter de réadmettre leurs ressortissants séjournant illégalement dans un Etat ACP et qu'inversement, les Etats ACP réadmettent leurs nationaux trouvés en situation irrégulière sur le territoire de l'Union, une assistance adéquate leur étant accordée à cet effet. Chacune des parties délivre alors les documents d'identité requis à leurs ressortissants. Par ailleurs, en vertu de cet accord, peuvent être conclus des accords bilatéraux établissant des règles en matière de réadmission et de retour des ressortissants de chacune des parties et, si nécessaire, des ressortissants de pays tiers et des apatrides.

[2095] Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République arabe d'Egypte, d'autre part, JOCE n° L 304 du 30 septembre 2004, p. 39. Voy. également l'article 69 § 1 de l'accord conclu avec le Liban, *op. cit.*, supra note n° 2089.

[2096] L'article 69 § 2 de l'accord avec le Liban prévoit cette possibilité, *ibid.*

[2097] Accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la République de Croatie, d'autre part, JOUE n° L 26 du 28 janvier 2005, p. 3.

705. Il faut mentionner, à côté des accords communautaires, les accords de reprise et de réadmission conclus par les Etats du Bénélux avec des Etats tiers sur la base de la Convention du 11 avril 1960 concernant le transfert du contrôle des personnes vers les frontières extérieures du territoire du Bénélux[2098]. Ces accords de reprise et de réadmission sont négociés à partir d'un modèle de texte[2099]. Leur nombre est assez important. Des accords de reprise et de réadmission ont notamment été signés avec la France, l'Autriche, l'Allemagne, la Bulgarie, l'Estonie, et la Lituanie. En 2004, la chambre des représentants de Belgique a adopté les projets de loi portant assentiment aux accords entre le Benelux et la Slovénie[2100], la Yougoslavie[2101], la Croatie[2102] et la Slovaquie[2103]. Comme les accords communautaires, ces accords ont pour objet de faciliter la réadmission des personnes en séjour irrégulier ainsi que leur transit, d'encourager la bonne application des règles sur la circulation des personnes et de rendre l'exécution des mesures d'éloignement plus aisée[2104].

706. Par ailleurs, l'éloignement des étrangers du territoire d'un Etat membre peut nécessiter leur transit par le territoire d'autres Etats membres mais aussi par celui d'Etats tiers.

[2098] Voir sur ce thème VAN LUL (C.), *La conclusion d'un Accord de réadmission et de reprise facilite-t-elle l'exécution d'une mesure d'éloignement ?*, *op. cit.*, supra note n° 2008, sp. pp. 682-683.

[2099] *Id.*, p. 682.

[2100] Projet de loi portant assentiment à l'Accord entre les Gouvernements du Royaume de Belgique, du Grand-Duché de Luxembourg et du Royaume des Pays-Bas, d'une part, et le Gouvernement de la République de Slovénie, d'autre part, relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière, fait à Vienne le 16 novembre 1992 (et adopté par la chambre des représentants de Belgique le 18 mars 2004).

[2101] Projet de loi portant assentiment à l'Accord entre le Gouvernement du Royaume de Belgique, le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg et le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le Gouvernement fédéral de la République fédérale de Yougoslavie relatif à la reprise et à la réadmission des personnes qui ne remplissent pas ou ne remplissent plus les conditions d'entrée ou de séjour sur le territoire de l'autre Etat contractant, et au Protocole d'application et ses Annexes 1 à 8, faits à Belgrade le 19 juillet 2002 (et adopté par la chambre des représentants de Belgique le 18 mars 2004).

[2102] Projet de loi portant assentiment à l'Accord entre les Gouvernements du Royaume de Belgique, du Grand-Duché de Luxembourg et du Royaume des Pays-Bas et le Gouvernement de la République de Croatie, relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière, et aux Annexes I et II, faits à Zagreb le 11 juin 1999 (et adopté par la chambre des représentants de Belgique le 6 mai 2004).

[2103] Projet de loi portant assentiment à l'Accord entre les Gouvernements du Royaume de Belgique, du Grand-Duché de Luxembourg et du Royaume des Pays-Bas, d'une part, et le Gouvernement de la République slovaque, d'autre part, relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière, signé à Bratislava le 21 mai 2002 (et adopté par la chambre des représentants de Belgique le 15 janvier 2004).

[2104] VAN LUL (C.), *La conclusion d'un Accord de réadmission et de reprise facilite-t-elle l'exécution d'une mesure d'éloignement ?*, *op. cit.*, supra note n° 2008, p. 683.

PARAGRAPHE II : Le transit des expulsés par les Etats tiers

707. Les Etats ne sont pas tenus d'admettre les individus expulsés par d'autres s'ils ne sont pas leurs nationaux[2105]. Les Etats membres puis la Communauté ont alors envisagé d'insérer dans des accords de réadmission conclus avec des Etats tiers des règles engageant ceux-ci à autoriser l'entrée sur leur territoire de personnes étrangères pour une durée déterminée.

708. Les accords bilatéraux de réadmission, tel celui conclu entre la France et la Slovénie, contiennent des dispositions réglementant le transit des ressortissants d'Etats tiers aux fins de leur éloignement[2106]. Ainsi, chaque partie contractante accepte l'entrée et le transit sur son territoire des étrangers « *qui font l'objet d'une mesure d'éloigement prise par la Partie contractante requérante* »[2107]. Cette dernière doit informer la partie requise de la nécessité d'une escorte et lui fournir des renseignements sur l'identité et la nationalité de l'étranger concerné, sur l'Etat de destination, sur la date du voyage, sur l'heure et le lieu d'arrivée dans le pays de transit et sur l'heure et le lieu de départ de celui-ci. Le transit se fait généralement par voie aérienne, mais peut exceptionnellement se faire par voie terrestre. Il peut être refusé si le ressortissant risque des persécutions dans l'Etat de destination en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, ou bien s'il court le risque d'être poursuivi pénalement dans cet Etat pour des faits antérieurs au transit[2108].

709. Dans sa recommandation du 30 novembre 1994, établissant un accord type bilatéral de réadmission entre un Etat membre et un pays tiers, le Conseil de l'Union européenne a prévu une clause de transit[2109]. En contractant un tel accord de réadmission, les parties s'engagent à autoriser le transit de ressortissants de pays tiers par leur territoire à la condition que leur admission dans d'autres Etats de transit éventuels et dans l'Etat de destination soit assurée. La

---

[2105] BA (A.-B.), *Le droit international de l'expulsion des étrangers …*, *op. cit.*, supra note n° 1864, p. 760.
[2106] Voir le décret n° 95-823 du 23 juin 1995 portant publication de l'accord signé le 1er février 1993 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Slovénie relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière, JORF n° 151 du 30 juin 1995, p. 9790.
[2107] *Id.*, article 8 § 1 de l'accord.
[2108] *Id.*, article 11.
[2109] Article 7 de la recommandation du 30 novembre 1994 du Conseil concernant un accord type bilatéral de réadmission entre un Etat membre et un pays tiers, *op. cit.*, supra note n° 2005, p. 20.

délivrance d'un visa de transit n'est donc pas obligatoire. L'application de cette clause de transit présente un caractère exceptionnel, puisqu'en principe les parties doivent envisager en priorité le renvoi direct de l'étranger vers son Etat d'origine. Pour la mise en œuvre de cet accord type, le Conseil a notamment posé les conditions de transit sous escorte dans une recommandation prise l'année suivante[2110]. Il y recommande l'utilisation par l'Etat requérant d'un formulaire pour le renvoi en transit, dont il présente le modèle en annexe. Mais le Conseil exempte les Etats concernés de ces formalités « *lorsque le renvoi en transit d'un ressortissant de pays tiers (…) est effectué via un aéroport de* [l'Etat requis] », sous réserve que l'Etat requérant informe ce dernier « *en temps utile de son intention de procéder au refoulement de la personne concernée et lui* [indique] *l'identité de la personne, les informations relatives au vol et les coordonnées des agents constituant l'escorte éventuelle* »[2111].

710. Depuis 2002, la Commission a entamé des négociations avec des Etats tiers en vue de la conclusion d'accords de réadmission. Ceux-ci comportent des clauses sur les opérations de transit. Les règles de principe consistent en ce que le transit des ressortissants de pays tiers et d'apatrides par le territoire des Etats parties à ces accords ne doit être envisagé que lorsque les intéressés ne peuvent pas être renvoyés directement vers l'Etat de destination et, s'il est nécessaire, il n'est autorisé qu'à la condition que la poursuite du voyage soit assurée. Les parties contractantes peuvent s'opposer au transit si la personne concernée risque des persécutions dans un autre Etat de transit ou dans le pays de destination, ou risque d'être poursuivie ou condamnée pénalement dans l'un de ces Etats ou dans l'Etat requis, ou pour des motifs d'ordre public, de sécurité nationale ou de santé publique ou en raison d'autres intérêts nationaux de l'Etat requis. L'ensemble des accords de réadmission prévoit des règles sur la procédure de transit, notamment l'utilisation d'un formulaire commun pour les demandes de transit[2112]. Les coûts de transit sont à la charge de l'Etat requérant.

711. Etant donné les réticences des Etats tiers à conclure ce type d'accord bilatéral, la clause de transit s'applique rarement. En effet, jusqu'à présent, seuls cinq accords de

[2110] Recommandation du 24 juillet 1995 du Conseil concernant les principes directeurs à suivre lors de l'élaboration de protocoles sur la mise en œuvre d'accords de réadmission, JOCE n° C 274 du 19 septembre 1996, p. 25.
[2111] *Id.*, § IV.
[2112] Chaque demande de transit doit contenir des informations sur l'intéressé, l'éventuelle escorte, le type de transit, les autres Etats de transit éventuels et la destination finale, la date du transfert, etc.

réadmission ont été conclus avec des pays tiers[2113]. Cela s'explique notamment par le fait que ces accords sont lourds de conséquences pour les Etats tiers concernés. En particulier, « *en tant que pays de transit, il se peut qu'ils aient à faire face à une tâche considérable, sur un plan technique et financier, dans la mesure où ils devront se charger du rapatriement des personnes concernées* »[2114]. Il serait par conséquent utile que la Communauté ou des Etats membres concluent des accords de transit avec certains pays tiers. Mais ces derniers risquent d'être tout aussi réticents, si bien que la Communauté devrait utiliser les accords de coopération ou d'association, lorsqu'ils contiennent des dispositions se rapportant à l'immigration illégale, pour y insérer des clauses de transit. Même si ce procédé n'est pas des plus efficaces, la Communauté y a déjà eu recours pour les clauses de réadmission.

712. La coopération des Etats membres entre eux et avec les Etats tiers est donc apparue nécessaire afin d'améliorer les procédures d'expulsion. La compatibilité d'une telle coopération avec le respect des conventions internationales de protection des droits de l'homme est cependant sujette à questionnement.

SECTION III

LA COOPÉRATION EUROPÉENNE ET LE RESPECT DES DROITS DE L'HOMME

713. Dans le cadre de l'UE, les règles sécuritaires et de contrôle des étrangers continuent d'être adoptées en nombre et avec efficacité. Elles se contentent globalement de rappeler le respect de la Convention du 28 juillet 1951, de la Conv.EDH et/ou de la Charte des droits fondamentaux, telles des énumérations formelles. Ces règles ne cherchent généralement pas l'équilibre avec les règles de protection des droits humains, et notamment des réfugiés et des

[2113] Il s'agit des accords conclus entre la Communauté européenne et les régions administratives spéciales de Hong Kong et de Macao de la République populaire de Chine, le Sri Lanka, l'Albanie et la Russie : *cf.* dans cette section, paragraphe I, B., 1), a/.

[2114] Communication du 3 décembre 2002 de la Commission au Conseil et au Parlement européen - L'intégration de la politique des migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers …, *op. cit.*, supra note n° 2010 : voir en particulier I- partie C, pt. 11.

demandeurs d'asile. Cette tendance semble se poursuivre. La proposition sur des normes et procédures communes en matière de retour des ressortissants de pays tiers, présentée en septembre 2005, contient des dispositions essentiellement sécuritaires[2115]. L'objectif affiché est d'informer les migrants potentiels de la fermeté de la nouvelle politique communautaire d'asile et d'immigration et de dissuader ainsi le maximum d'étrangers d'entrer dans la clandestinité. Il est vrai que, comme l'a souligné en 2003 la Commission dans une communication au Parlement européen et au Conseil, « *le signal fort que représente l'échec d'une politique en matière de retour des personnes en séjour irrégulier ne doit pas être sous-estimé* »[2116]. Toutefois, le Comité économique et social européen rappelle que, pour la création d'un véritable espace de sécurité, de liberté et de justice, « *les politiques (…) en matière de sécurité doivent protéger les valeurs de liberté et de justice* [et] *que la protection des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (…) et par la Charte européenne des droits fondamentaux de l'UE doit constituer la base de ces politiques* »[2117]. Le Comité rappelle également le respect de la Convention de Genève de 1951[2118]. Or, il constate que le programme de la Haye, et ajoutons la législation adoptée depuis, ne préserve pas un véritable équilibre entre ces trois dimensions[2119].

714. De la même manière, on a pu remarquer que les dispositions des récents accords de réadmission conclus par la Communauté se contentent, dans leur majorité, de rappeler brièvement "les obligations découlant du droit international", sans plus de précisions. Or, concernant ces obligations internationales de la Communauté et de ses Etats membres, devraient être explicitement rappelées les exigences qui s'imposent à eux en vertu de la Conv.EDH, de la Convention de Genève de 1951 et, voire également, de la Convention contre la torture du 10 décembre 1984.

[2115] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres …, *op. cit.*, supra note n° 1876.
[2116] Communication du 3 juin 2003 de la Commission en vue du Conseil européen de Thessalonique, *op. cit.*, supra note n° 1883, p. 9.
[2117] Avis du Comité économique et social européen sur la « Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le programme de La Haye : Dix priorités pour les cinq prochaines années – Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice », pt. 2.2., JOUE n° C 65 du 17 mars 2006, p. 120.
[2118] *Id.*, pt. 4.1.1.
[2119] *Id.*, pt. 2.2.

715. Concernant l'accord de réadmission conclu avec l'Albanie[2120], l'Association pour la défense des droits de l'Homme a estimé que « *la référence au respect des droits de l'homme figurant dans la clause de non-incidence (…) n'a qu'une portée artificielle (…)* » et que ladite clause « *n'impose pas explicitement aux parties contractantes les obligations qui relèvent* [des conventions mentionnées] »[2121]. De même, à propos de la clause de non-incidence incluse dans les accords passés avec les régions administratives spéciales de Hong Kong[2122] et de Macao[2123] de la République populaire de Chine, la commission des libertés et des droits des citoyens a jugé sa teneur « *trop faible* », dans la mesure où elle ne se réfère pas « *explicitement au respect des droits humains sur la base de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et de la Convention de Genève de 1951 (…)* »[2124].

Par ailleurs, dans son rapport du 5 février 2007 sur l'accord de réadmission passé entre la Communauté et la Russie[2125], la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures a souligné qu' « *un processus de réadmission juste présuppose l'existence d'une structure démocratique non ambiguë des parties contractantes et la certitude que l'architecture institutionnelle et sa pratique politique garantissent le respect des droits de l'homme* »[2126]. De plus, la commission a insisté sur le fait que « *les droits humains doivent occuper une position centrale dans l'accord de réadmission* ». Dans ce cadre, elle a indiqué qu'il faudrait « *établir les conditions de fond et les conditions de procédure nécessaires pour garantir le respect de la dignité des immigrants clandestins* »[2127]. Or, pour ce qui concerne la Russie, elle n'a ni ratifié le protocole n° 6 de la Conv.EDH sur l'abolition de la peine de mort

---

[2120] Accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JOUE n° L 124 du 17 mai 2005, p. 22.

[2121] Association pour la défense des droits de l'Homme (FIDH-AE), 29 mars 2004, article disponible sur http://www.fidh.org/article.php3?id_article=786

[2122] Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JOUE n° L 17 du 24 janvier 2004, p. 25.

[2123] Accord entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JOUE n° L 143 du 30 avril 2004, p. 99.

[2124] Voir rapport de la commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du 21 février 2004 sur la proposition de décision du Conseil relative à la signature de l'accord entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Final A5-0096/2004.

[2125] Accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, JOUE n° L 129 du 17 mai 2007, p. 40.

[2126] Rapport de la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du 5 février 2007 sur la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la fédération de Russie, Final A6-0028/2007.

[2127] En effet, selon la commission, « *l'essence de ces accords est humaine et non technique* ».

en temps de paix, ni signé le protocole facultatif se rapportant à la Convention des Nations Unies contre la torture relatif à la mise en place d'un système de visites régulières sur les lieux où se trouvent des personnes privées de leur liberté[2128]. En outre, la Russie ne coopère pas suffisamment avec le CPT. Dès lors, selon la commission des libertés, il appartient à l'Union de s'assurer que, dans la procédure de retour, les Etats membres et la Russie respectent les droits fondamentaux des individus concernés, à savoir les droits qui sont considérés comme les plus vitaux dans le cadre des migrations[2129].

716. Malheureusement, les accords de réadmission sont négociés sans la participation du Parlement européen. En effet, en vertu des termes des traités, celui-ci ne se prononce sur ces accords que dans le cadre de la procédure de consultation. Aussi, les accords jusqu'à présent conclus l'ont été sans que les avis de la commission des libertés aient été pris en compte. Certains membres de cette commission reprochent ainsi à la politique de l'Union européenne dans les domaines de l'asile et de l'immigration de se préoccuper « *avant tout d'intensifier les contrôles aux frontières, la répression et les expulsions* »[2130].

717. La tendance sécuritaire de la politique communautaire d'immigration est néanmoins à relativiser.

718. La décision n° 2004/573 du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs insiste sur le respect des principes de sécurité et de dignité en exigeant la prise en compte de l'état de santé de la personne renvoyée et le respect de ses droits si des mesures coercitives doivent être prises à son encontre[2131].

[2128] Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 18 décembre 2002.

[2129] La commission des libertés civiles rappelle qu'il s'agit de la non discrimination, de l'intégrité physique et psychologique, de la protection de la famille, des conditions de dignité en cas de détention et dans la procédure de transit, ainsi que des garanties essentielles des droits de la défense : rapport de la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du 5 février 2007, *loc. cit.*
La commission des libertés civiles s'interroge toutefois sur la manière dont la Commission et le Conseil pourront vérifier que ces droits fondamentaux sont effectivement respectés, principalement en cas de rapatriement forcé, et sur les mécanismes de contrôle communs qu'ils devraient établir avec la Russie.

[2130] Rapport de la commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du 21 février 2004, *op. cit.*, supra note n° 2124.

[2131] *Cf.* l'annexe de la décision n° 2004/573/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement …, *op. cit.*, supra note n° 1917.

719. Quant à la directive n° 2005/85 du 1er décembre 2005, établissant des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié, elle répond en grande partie aux exigences de la Convention relative au statut des réfugiés et de la Convention des Nations Unies contre la torture puisque le demandeur d'asile doit voir sa demande examinée même s'il arrive d'un pays tiers sûr et ne pourra pas être renvoyé vers un pays où il risquerait d'être soumis à des actes de torture ou à des traitements ou des peines cruels, inhumains ou dégradants[2132].

720. De son côté, la proposition de directive sur le retour rappelle dans son préambule qu'elle est sans incidence sur la Convention relative au statut des réfugiés et précise, dans son article premier, qu'elle « *fixe les normes et procédures communes à appliquer dans les Etats membres (…), conformément aux droits fondamentaux (…), ainsi qu'au droit international, notamment les obligations en matière de protection des réfugiés et de droits de l'homme* »[2133]. Ainsi, elle prévoit que lorsque la décision d'éloignement ou la décision de retour comporte une interdiction de réadmission sur le territoire des Etats membres d'une durée déterminée[2134], le ressortissant d'Etat tiers concerné conserve néanmoins le droit de demander l'asile dans un Etat membre[2135]. En outre, la proposition de directive subordonne l'exécution de la décision d'éloignement au respect intégral des droits fondamentaux et de la dignité de l'étranger

---

[2132] Directive n° 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, JOUE n° L 326 du 13 décembre 2005, p. 13 ; rectificatif, JOUE n° L 236 du 31 août 2006, p. 36.
Pour un avis plus mitigé, voy. TEITGEN-COLLY (C.), *The European Union and Asylum : An Illusion of Protection*, CMLR, vol. 43, n° 6, 2006, pp. 1503-1566.

[2133] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres …, *op. cit.*, supra note n° 1876.

[2134] Deux étapes sont prévues par la proposition de directive pour le retour des étrangers en séjour irrégulier. L'Etat membre concerné impose le retour en prenant une « décision de retour ». Le retour volontaire étant prioritaire, la décision doit prévoir un délai à cette fin. Si l'étranger risque de fuir ou s'il ne respecte pas l'obligation de retour, l'Etat membre peut prendre une « décision d'éloignement ». La décision de retour et la décision d'éloignement peuvent être rendues en même temps ou par acte distinct. Elles peuvent être accompagnées d'une interdiction de réadmission. L'article 3 g) définit l'interdiction de réadmission comme « *toute décision ou tout acte de nature administrative ou judiciaire empêchant la réadmission sur le territoire des Etats membres pendant une durée déterminée* ».
L'étranger frappé d'une mesure d'éloignement ou d'expulsion assortie d'une interdiction d'entrée ou, le cas échéant, de séjour, fondée sur le non-respect des règles nationales sur l'entrée ou le séjour des ressortissants de pays tiers, peut faire l'objet d'un signalement aux fins de non-admission sur le territoire des Etats membres dans le système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) : *cf.* l'article 24 du règlement n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JOUE n° L 381 du 28 décembre 2006, p. 4.

[2135] Article 9 § 5 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres …, *op. cit.*, supra note n° 1876.

concerné[2136]. A propos de ce texte, M. Franco Frattini, vice-président de la Commission et responsable pour la justice, la liberté et la sécurité, a déclaré qu'il délivre « *un message assez clair* », à savoir que « *les personnes qui se trouvent illégalement dans l'UE doivent retourner dans leur pays d'origine, mais en même temps si nous ne garantissons pas aux immigrants illégaux un retour effectif et dans la dignité, ce sont l'intégrité et la crédibilité de nos politiques qui sont remises en question* »[2137].

721. Par ailleurs, la politique européenne de voisinage devrait apporter certaines garanties. En effet, cette politique a pour objectif d'établir une « *relation privilégiée avec ses voisins* »[2138], allant au-delà de la coopération. Le niveau d'ambition de ces relations dépend du degré d' « *engagement réciproque en faveur de valeurs communes se situant principalement dans les domaines de l'Etat de droit, de la bonne gouvernance, du respect des droits de l'homme, notamment des droits des minorités, de la promotion des relations de bon voisinage et des principes de l'économie de marché et du développement durable* » [2139].

722. Dans cette optique, les plans d'action adoptés dans le cadre de la PEV préconisent la signature, la ratification et surtout la mise en œuvre d'un certain nombre de conventions internationales sociales[2140], environnementales[2141], et relatives aux droits de l'homme. Concernant celles-ci, l'annexe de la communication de la Commission du 12 mai 2004, présentant un document d'orientation sur la politique européenne de voisinage, les détaille précisément[2142]. Sont notamment visés le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les deux protocoles facultatifs afférents, la Convention de 1951 et le protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, et la Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984. La promotion de ces différents

---

[2136] *Id.*, article 8 (en son paragraphe 2, il prévoit notamment que les Etats membres doivent reporter l'exécution d'une décision d'éloignement 1) jusqu'à ce qu'elle puisse être assurée de façon humaine et dans le respect des droits fondamentaux et de la dignité de l'intéressé ou qu'un moyen de transport soit disponible, 2) tant que l'étranger est incapable de voyager ou d'être transféré vers le pays de renvoi à cause de son état physique ou mental) et article 10 § 1.

[2137] Trancription de cette déclaration sur le site de l'Union européenne et notamment dans la newsletter du 22 septembre 2005 : http://europa.eu.int/newsletter/index/fr.htm

[2138] Voir la communication du 12 mai 2004 de la Commission, « Politique européenne de voisinage - Document d'orientation », COM (2004) 373 final.

[2139] *Ibid.*

[2140] Telles les conventions de l'Organisation internationale du travail.

[2141] Comme par exemple le Protocole de Kyoto.

[2142] Communication du 12 mai 2004 de la Commission, « Politique européenne de voisinage … », *op. cit.*, supra note n° 2138.

instruments de protection des droits de l'homme va de pair avec celle de la Conv.EDH, et en particulier son protocole n° 13 relatif à l'abolition de la peine de mort[2143]. Est enfin visée l'adhésion au Statut de Rome créant la Cour pénale internationale.

Ainsi, cette promotion des plus importants instruments internationaux de protection des droits de l'homme devrait permettre, de façon incidente, aux personnes expulsées d'accéder à certaines garanties de fond et de forme, telles qu'elles sont définies par ces instruments.

723. La mise en œuvre de ces conventions devrait aboutir à des réformes législatives conséquentes, notamment dans le champ de l'immigration, de l'asile et de l'expulsion. Par exemple, il a été convenu que l'Arménie devait notamment réformer son système judiciaire pour le rendre plus indépendant et impartial, appliquer les Principes de Paris[2144] conformément à la résolution 48/134 de l'Assemblée générale des Nations Unies[2145], créer une aide judiciaire gratuite et des tribunaux administratifs, améliorer les modalités d'exécution des actes judiciaires, etc[2146]. Il a également été décidé de poursuivre la réforme des systèmes pénitentiaires conformément aux recommandations du CPT afin d'éliminer la torture et tout autre mauvais traitement, et de mettre en œuvre la Convention de Genève de 1951 en alignant la législation nationale relative à l'asile sur les normes internationales, notamment celles de l'Union européenne. En outre, dans l'attente de la conclusion d'un accord de réadmission, la mise en œuvre d'une coopération pratique en matière de réadmission est appelée à être renforcée.

724. Jusqu'à fin 2006, le financement de la politique européenne de voisinage s'est effectué via différents programmes géographiques, dont les programmes TACIS et MEDA[2147], et

---

[2143] Protocole n° 13 sur l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, entré en vigueur le 1er juillet 2003 (Série des Traités du Conseil de l'Europe n° 187).

[2144] Selon les termes des Principes de Paris, l'existence des instances nationales de protection des droits de l'Homme et les principales garanties dont elles jouissent doivent notamment être consacrées dans les droits nationaux par un texte de valeur constitutionnelle ou, à tout le moins, de valeur législative.

[2145] Résolution n° 48/134 du 4 mars 1994 de l'Assemblée générale des Nations Unies relative aux Institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme.

[2146] Plan d'action de la PEV – Arménie, http://ec.europa.eu/world/enp/documents_fr.htm

[2147] Le programme TACIS fut créé en 1991. Il fournissait une aide technique et financière aux Etats d'Europe orientale et d'Asie centrale (Arménie, Azerbaïdjan, Biélorussie, Géorgie, Kazakhstan, Kirghizistan, Moldavie, Russie, Tadjikistan, Turkménistan, Ukraine, Mongolie et Ouzbékistan) et visait à faciliter les processus de transition démocratique de ces pays, après la chute du mur de Berlin.
Quant au programme MEDA, il était le principal instrument financier pour le développement du partenariat euro-méditerranéen. A ce titre, il était destiné à accompagner les réformes économiques et sociales.

thématiques, tels que l'IEDDH[2148]. Les fonds, qui se sont élevés à un montant total de 8,4 milliards d'euros pour la période 2000/2006, ont pu être complétés par des prêts de la Banque Européenne d'Investissement.

Depuis le 1er janvier 2007, les réformes initiées dans les pays voisins sont financées par l'instrument européen de voisinage et de partenariat, créé par le règlement n° 1638 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006[2149]. Cet instrument, qui remplace les précédents programmes, se veut plus flexible.

725. Pour la période budgétaire de 2007/2013, le financement communautaire s'élève à 12 milliards d'euros[2150]. Conformément aux principes régissant l'assistance communautaire, la PEV est notamment cofinancée par l'Union européenne et par les pays voisins. Dans ce cadre, le versement des aides est subordonné au respect de l'Etat de droit et des libertés fondamentales. Dans une résolution du 19 janvier 2006 sur la PEV, le Parlement européen soulignait déjà « *la nécessité d'établir des modalités de suivi et d'être prêt à limiter ou à suspendre l'aide, voire à révoquer des accords avec les pays qui ne respectent pas les normes européennes et internationales de respect des droits de l'homme et de la démocratie* »[2151]. Ainsi, le règlement n° 1638 du 24 octobre 2006 prévoit qu'« *il importe que l'assistance communautaire (…) soit accordée en conformité avec les conventions et accords internationaux auxquels la Communauté, les Etats membres et les pays partenaires sont parties et qu'elle soit fournie en tenant compte des principes généraux de droit international communément reconnus par les parties* »[2152]. Aussi, dans le cas où cette assistance communautaire serait suspendue[2153], une aide peut néanmoins être accordée aux acteurs non

[2148] Initiative Européenne pour la Démocratie et les Droits de l'Homme. Ce programme de l'Union européenne vise à promouvoir et soutenir les actions en faveur des droits de l'Homme et de la démocratie.

[2149] Règlement (CE) n° 1638/2006 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 arrêtant des dispositions générales instituant un instrument européen de voisinage et de partenariat, JOUE n° L 310 du 9 novembre 2006, p. 1.
La Banque Européenne d'Investissement peut également intervenir par l'octroi de prêts.

[2150] Cette évolution financière et technique témoigne de l'importance que revêt, désormais, la PEV dans la politique extérieure de l'UE. Toutefois, le montant est encore jugé insuffisant : voy. LEFEBVRE (M.), *La politique de voisinage : nouveau départ pour une ambition géopolitique*, RMCUE, janvier 2007, n° 504, pp. 22-26, sp. p. 24.

[2151] Résolution du Parlement européen du 19 janvier 2006 sur la politique européenne de voisinage, T6-0028/2006.

[2152] Considérant n° 5 du règlement n° 1638/2006 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006, *op. cit.*, supra note n° 2149.

[2153] Sur ce point, voir les articles 1er et 28 § 1 du règlement précité.

étatiques « *pour des mesures en faveur des droits de l'homme et des libertés fondamentales et des mesures de soutien au processus de démocratisation dans les pays partenaires* »[2154].

La mise en place de mécanismes de sanctions en cas de violation de ces clauses relatives aux droits de l'homme fait désormais de celles-ci de véritables clauses de conditionnalité[2155].

726. Sans devenir de telles clauses de conditionnalité, la mise en œuvre des clauses relatives au domaine de l'immigration, et notamment de la réadmission, conditionne le degré d'engagement de l'Union européenne auprès des pays partenaires. Une diminution de l'assistance communautaire peut en effet être envisagée lorsque l'Etat partenaire ne respecte plus certains objectifs de la politique européenne de voisinage, comme l'efficacité et la sûreté de la gestion frontalière, le soutien des réformes et le renforcement des capacités de l'Etat dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, y compris l'asile, la migration et la réadmission.

727. Le soutien politique, technique et financier de l'Union européenne dans la réalisation des réformes des pays voisins apparaît donc conséquent et constitue, désormais, une composante fondamentale de sa politique extérieure.

728. La politique européenne de voisinage traite de l'ensemble des questions ayant trait aux relations entre l'Union européenne et ces Etats, car il s'agit d'éviter de n'aborder que les questions économiques « *en faisant soigneusement abstraction des questions épineuses de la gouvernance ou des droits de l'Homme* »[2156]. Une telle approche de la politique extérieure de l'Union européenne, et de sa politique de coopération, devrait permettre une exportation des

---

[2154] Article 28 § 2 du règlement précité. L'article 14 § 1 h) détaille de façon non exhaustive ces acteurs non étatiques éligibles à une assistance communautaire.

[2155] Cette conditionnalité peut être positive ou négative, c'est-à-dire incitative ou répressive. Sur ce point, voir BELAÏCH (F.), *La conditionnalité politique dans le partenariat euro-méditerranéen*, *in* LABOUZ (M.-F.) (dir.), « Le partenariat de l'Union européenne avec les pays tiers - Conflits et convergences », Bruxelles, Bruylant, 2000, 354 p., pp. 89-102. Voir également à ce sujet RIDEAU (J.), *Les clauses de conditionnalité "droits de l'homme" dans les accords d'association avec la Communauté européenne*, *in* CHRISTOPHE TCHAKALOFF (M.-F.) (dir.), « Le concept d'association dans les accords passés par la Communauté : essai de clarification », Bruxelles, Bruylant, 1999, 332 p., pp. 139-196.

[2156] Communication du 4 décembre 2006 de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative au renforcement de la politique européenne de voisinage, *op. cit.*, supra note n° 2081.

valeurs et des normes communautaires et améliorer ainsi les protections offertes aux personnes expulsées.

729. Au final, pour reprendre C. HUBERT et S. DE DECKER, « *l'équilibre délicat entre sécurité d'une part et libertés et droits fondamentaux d'autre part, deviendra de plus en plus un thème critique dans les débats sur l'asile et l'immigration et notamment sur les frontières extérieures. Non seulement la volonté de renforcer la sécurité depuis les événements de 2001 (terrorisme) mais aussi l'évolution très rapide des innovations technologiques* [(se traduisant dans le développement du VIS, du SIS, etc)] *rendent plus fragile le respect de ces libertés* »[2157]. Toutefois, comme ces auteurs le soulignent, cette fragilité est notamment contrebalancée par « *le renforcement du pouvoir du Parlement européen dans la procédure législative* »[2158]. Aussi, le Parlement impose, par exemple, que les budgets nécessaires à la mise en œuvre de la directive sur le retour[2159] soient débloqués pour qu'elle puisse être adoptée[2160]. En effet, il considère que cette directive devrait permettre « *d'augmenter les standards en matière de droits de l'Homme dans l'exécution des éloignements* »[2161].

[2157] HUBERT (C.) et DE DECKER (S.), *Politique européenne de migration : quels chantiers pour une meilleure intégration ?*, RMCUE, avril 2007, n° 507, pp. 239-253, p. 244.
[2158] *Ibid.*
[2159] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres …, *op. cit.*, supra note n° 1876.
[2160] HUBERT (C.) et DE DECKER (S.), *Politique européenne de migration …*, *op. cit.*, supra note n° 2157, p. 245.
[2161] *Ibid.*

Conclusion du Titre II

730. La mise en œuvre de la mesure d'expulsion n'est pas chose aisée. Aussi, dans la pratique des Etats, beaucoup de décisions d'expulsion ne sont jamais suivies d'effet. En France, par exemple, si le nombre d'arrêtés d'expulsion prononcés sur la période allant de 2000 à 2003 est en baisse régulière, le pourcentage d'arrêtés d'expulsion inexécutés est sensiblement en hausse[2162]. Ce dernier est en effet passé de 22 % en 2000 à plus de 37 % en 2003[2163]. Mais le chiffre le plus inquiétant est celui du nombre d'interdictions du territoire français non exécutées. De 2000 à 2003, ce nombre déjà très élevé a augmenté : plus de 62% des ITF prononcées en 2000 et près de 68% en 2003 sont restées inexécutées[2164]. Si on cumule l'ensemble des mesures d'éloignement adoptées en France en 2003, à savoir les ITF, les reconduites à la frontière[2165] et les expulsions, sur un total de 55 938 mesures prononcées, seules 11 692 d'entre elles ont été effectivement mises en œuvre.

731. Aussi, courant 2005, la Commission a fait un appel à propositions, en matière de retour des clandestins, aux autorités nationales, régionales et locales des Etats membres ainsi qu'aux organisations non gouvernementales enregistrées dans l'un des Etats membres, et aux organisations internationales et agences communautaires sans but lucratif compétentes[2166]. Disposant d'un budget total de 15 millions d'euros, la Commission a pour objectif de financer des projets « *visant à améliorer la gestion des différents aspects du retour* ». Elle entend également soutenir et développer « *la coopération et la solidarité entre les Etats membres* », et « *encourager la collaboration avec les pays de retour* ». Les projets étant transnationaux, ils devraient impliquer au moins deux organisations installées dans deux Etats membres. Ils doivent entrer dans le cadre des actions relatives à l'établissement, à l'amélioration de l'organisation et à la mise en œuvre d'une gestion intégrée des retours, des actions relatives à

[2162] Sauf pour l'année 2002 qui a vu le nombre d'exécution des mesures d'expulsion prononcées augmenter.
[2163] Source : Ministère de l'Intérieur, statistiques sur les départs d'étrangers reproduites par le Haut Conseil à l'Intégration, Observatoire statistique de l'immigration et de l'intégration, Groupe permanent chargé des statistiques, Rapport 2002-2003, 63 p., p. 44.
[2164] *Ibid.*
[2165] Le problème d'inexécution des reconduites à la frontière est soulevé par la doctrine depuis plusieurs années : voir entre autres MALABRE (J.-E), *L'exécution tardive des reconduites à la frontière*, RFD adm., n° 3, mai-juin 1999, pp. 499-508, sp. p. 500.

l'établissement et à l'amélioration de mesures spécifiques dans ce domaine et des actions relatives au renforcement des connaissances et des capacités dans cette matière[2167].

La Commission vise ainsi à renforcer l'efficacité des politiques nationales d'expulsion. Il serait cependant opportun que la question du respect des droits individuels et des libertés fondamentales soit mieux intégrée dans ces projets, voire qu'elle en constitue un objectif à part entière.

[2166] Appel à propositions 2005 de la Commission, « Actions préparatoires en vue de la gestion des retours dans le domaine de la migration », JOUE n° C 224 du 13 septembre 2005, p. 11.
[2167] *Ibid.*

Conclusion de la Seconde Partie

732. Liée à une condamnation pénale, la décision d'expulsion peut sembler incompatible avec certains principes juridiques fondamentaux, tel que le principe « *non bis in idem* » : la question de la « double peine » interpelle ainsi directement l'équité de nos systèmes judiciaires. Par ailleurs, détourné de ses finalités, comme dans le cas des extraditions déguisées, l'acte d'expulsion constitue un déni de l'Etat de droit.

Dès lors, les garanties procédurales prévues dans les conventions internationales de protection des droits de l'Homme peuvent apparaître encore insuffisantes dans une matière où la question du respect des droits fondamentaux se pose tant au stade de la légalité que de la mise en œuvre de la décision d'expulsion.

733. En outre, le respect de la dignité humaine, qui doit notamment être garanti pendant le déroulement de l'expulsion, devrait constituer pour les Etats un objectif tout aussi important que leur volonté d'assurer l'efficacité de leurs politiques d'expulsion. Ainsi, on peut regretter que les modalités de coopération mises en œuvre dans le cadre de l'Union européenne semblent avant tout s'attacher à cette recherche d'efficacité, et moins à la mise en place de garanties fortes en matière d'exécution. Les évolutions jurisprudentielles, notamment celles de la Cour européenne des droits de l'Homme, devraient cependant permettre de passer à une protection minimale des intérêts étatiques en faveur d'une protection maximale des droits individuels.

734. La protection des droits individuels ne devrait en effet être limitée qu'*a minima*, ainsi que le rappelle l'article 28 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme du 2 mai 1948 : « *les droits de chaque homme sont limités par les droits des autres, par la sécurité de tous et par les justes exigences du bien-être général et du développement de la démocratie* ».

CONCLUSION GENERALE

> « (…), *pour leur prouver notre intérêt, il suffirait d'abroger toutes les mesures qui, sans rien apporter à l'Etat, semblent être des marques de mépris … En laissant accéder les métèques à toutes les charges honorables … nous accroîtrons leur attachement et nous rendrons notre pays plus fort et plus grand.* (…) *un beaucoup plus grand nombre d'étrangers estimables seront tentés d'établir à Athènes leur lieu de résidence … Il semble probable que tous les apatrides tiendraient à s'y établir et en augmenteraient ainsi les recettes* »[2168].

735. Aujourd'hui, l'expulsion constitue une problématique forte pour nos sociétés, en ce qu'elle nous renvoie à un questionnement sur nos valeurs démocratiques et humanistes et aux possibilités de contradiction entre celles-ci, et interroge de fait nos systèmes politiques et juridiques.

736. A cet égard, il est tout à fait remarquable de constater que c'est la question de la régulation des pratiques d'expulsion qui a conduit à la mise en place de la démocratie athénienne. Dans une étude intitulée « *Exil, ostracisme, et démocratie - Les politiques d'expulsion dans la Grèce antique* », le Professeur S. FORSDYKE montre comment la procédure d'ostracisme, c'est-à-dire le contrôle par le peuple des décisions d'exil, et l'usage modéré et symbolique qui en a été fait, ont eu pour conséquence et finalité premières la pacification relative des conflits entre élites politiques et la stabilisation de la démocratie[2169]. La connexion forte entre pouvoir d'expulsion et pouvoir politique faisait ainsi de l'ostracisme un élément-clé du fonctionnement démocratique, le nombre d'expulsions et leurs modalités

[2168] XÉNOPHON, Les Poroi, II, 2,5,6 ; extrait cité par VILÁ COSTA (B.), *L'unité et l'universalité des droits de l'homme à l'épreuve du « fractionnement » du droit de l'Union européenne. A la recherche d'un ensemble cohérent de règles régissant le statut des étrangers (non communautaires)*, *in* ALSTON (P.) (dir.) avec le concours de BUSTELO (M.) et de HEENAN (J.), « L'Union européenne et les droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 2001, 983 p., pp. 429-462, p. 429.

[2169] FORSDYKE (S.), *Exile, Ostracism, and Democracy – The Politics of Expulsion in Ancient Greece*, Princeton University Press, 2005, 344 p.

étant déjà considérés à l'époque comme un révélateur du caractère démocratique ou tyrannique d'une cité[2170].

Il est sur ce point tout aussi remarquable d'observer à quel point les règles et les pratiques de l'expulsion constituent encore aujourd'hui de tels révélateurs. Le fait, par exemple, que les expulsions massives de populations civiles constituent une infraction caractérisant le crime contre l'humanité est significatif[2171].

737. Sans aller jusqu'à une situation aussi extrême, il convient de constater que l'expulsion révèle la tension qui existe au sein des sociétés même démocratiques entre, d'une part le respect de la souveraineté des Etats et la volonté de ceux-ci d'assurer l'effectivité de leurs décisions, et d'autre part la protection des droits fondamentaux. Ce constat confirme toute la modernité de la problématique de l'expulsion.

738. L'expulsion peut s'analyser avant tout comme une manifestation de la toute-puissance publique. En effet, derrière l'acte administratif, c'est une dimension éminemment politique qui apparaît. La pratique de la "double peine" ne met-elle pas en avant cette dimension de la décision d'expulsion, fût-elle prise par une autorité administrative ou judiciaire ? Comme l'ont constaté les Professeurs F. JULIEN-LAFERRIERE et D. LOCHAK, « *(…) même*

[2170] *Id.*, p. 9.

[2171] Le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie prévoit dans son article 5, définissant les crimes contre l'Humanité, que « [le] *Tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit : (…) d) Expulsion (…)* ». Ce crime d'expulsion a été défini dans l'affaire *Milomir Stakic* de 2003 : « *l'article 5 d) du Statut doit être interprété comme s'appliquant à des déplacements forcés de population, tant au-delà de frontières internationalement reconnues que de frontières de facto (…). Dans ce contexte, il convient de définir la déportation comme le fait de déplacer des personnes en les expulsant ou en recourant à d'autres moyens de coercition, pour des motifs non admis en droit international, d'une région où elles se trouvent légalement vers une région contrôlée par une autre partie* » : affaire citée par CURRAT (P.), *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 806 p., p. 258.
De même, l'article 7 § 1 du Statut de Rome créant la Cour pénale internationale (CPI) classe la « *déportation ou le transfert forcé de population* [civile] » parmi les crimes contre l'Humanité. L'article 7 § 2 définit cet acte comme « *le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international* ». Ce Statut est entré en vigueur le 1er juillet 2002. Sur le fonctionnement de la CPI, voy. en particulier HUET (V.), *La mise en place de la Cour pénale internationale*, Revue de la recherche juridique, 2004, vol. 2, n° 103, pp. 1305-1324. Voy. également la contribution du Professeur DAVID (E.), *La Cour pénale internationale*, RCADI, 2005, tome 313, pp. 325-454. Notons que cette Cour et l'Union européenne ont conclu un accord de coopération et d'assistance : *cf.* Accord de coopération et d'assistance entre la Cour pénale internationale et l'Union européenne, JOUE n° L 115 du 28 avril 2006, p. 50.

encadrée désormais par le droit, l'expulsion reste aujourd'hui encore la manifestation d'une prérogative souveraine de l'Etat, et par conséquent un acte fondamentalement politique »[2172].

739. Expression de la souveraineté des Etats, l'acte d'expulsion est la conséquence de politiques évolutives. L'impact des attentats du 11 septembre 2001 sur les réformes législatives de ces dernières années fut à cet égard déterminant : derrière la figure de l'étranger, c'est de plus en plus celle du délinquant ou du terroriste potentiels qui semble aujourd'hui recherchée.

740. En effet, l'étude a montré la diversité juridique des statuts de l'étranger. Celui-ci peut être réfugié, apatride, ressortissant communautaire, ressortissant d'Etat tiers à l'Union européenne bénéficiant ou non de droits spécifiques, etc. Cette diversité des régimes juridiques applicables à l'étranger est-elle inévitable dans des sociétés de plus en plus complexes, ou ne constitue-t-elle pas une première solution face à notre difficulté à remettre en cause des concepts politiques et juridiques fondateurs de nos Etats de droit, tels que la nationalité ou la citoyenneté ? Ou bien, cette diversité n'est-elle pas simplement due à un enchevêtrement de textes nationaux et internationaux dont la récente multiplicité montre les difficultés rencontrées par les Etats pour légitimer et encadrer leurs procédures d'expulsion ?

Face à ce fractionnement du droit régissant la matière de l'expulsion, la mise en place d'une coopération, institutionnalisée ou non, constitue une solution. L'Union européenne constitue le meilleur exemple de cette nécessité de coopération.

741. Alors que l'Union comptait 25 Etats membres, la Commission européenne soulignait qu'en 2005, ces derniers contrôlaient déjà 6 000 kilomètres de frontières terrestres et 85 000 kilomètres de côtes[2173]. Sur les 100 millions de personnes passant chaque année par les aéroports internationaux, ils refoulaient plus de 340 000 ressortissants étrangers[2174]. Ils

---

[2172] LOCHAK (D.) et JULIEN-LAFERRIERE (F.), *Les expulsions entre la politique et le droit*, Archives de politique criminelle, 1990, n° 12, pp. 65-87, p. 66.

[2173] Communication du 6 avril 2005 de la Commission au Conseil et au Parlement européen établissant un programme-cadre de solidarité et de gestion des flux migratoires pour la période 2007-2013, pt. 2.1., COM(2005) 123 final.
Depuis le 1er janvier 2007, il faut prendre en compte les territoires de la Roumanie et de la Bulgarie, nouveaux membres de l'Union européenne. Sur cet élargissement, voy. YAKEMTCHARK (R.), *La Bulgarie et la Roumanie – Nouveaux Etats membres de l'Union européenne*, RMCUE, décembre 2006, n° 503, pp. 646-653.

[2174] *Ibid.*

appréhendaient également environ 500 000 ressortissants de pays tiers résidant illégalement sur leurs territoires, et expulsaient près de 300 000 étrangers entrés clandestinement ou se trouvant en situation irrégulière[2175].

La mise en place d'une coopération forte entre les Etats peut donc apparaître comme souhaitable compte-tenu de la communauté des enjeux.

742. La gestion des frontières extérieures de l'Union représente un coût et des responsabilités qui devraient être répartis équitablement entre les Etats membres. Or, jusqu'à aujourd'hui, les politiques communautaires en matière d'asile, de migration et de gestion des frontières ont été traduites dans une législation dont la mise en œuvre « *entraîne une répartition inégale de la charge imposée individuellement aux Etats membres, puisque certains assument une part disproportionnée de responsabilités qui profiteront à la Communauté toute entière (…)* »[2176].

En effet, certains Etats, tels ceux d'Europe centrale et orientale, Malte, l'Italie et l'Espagne[2177], gèrent une frontière extérieure de l'Union soumise à des pressions migratoires exceptionnelles[2178].

[2175] *Ibid.* D'autres étrangers sont renvoyés dans leur pays pour d'autres raisons.

[2176] *Ibid.*

[2177] Aussi, en 2006 par exemple, l'Espagne a été soutenue dans sa lutte contre l'immigration illégale par voie maritime par le programme Argo : voy. 7 jours Europe n° 633 du 10 avril 2006, p. II n° 361.

[2178] Certains points de passage frontaliers terrestres et/ou maritimes sont donc stratégiques et présentent des risques importants en terme de sécurité. Conformément au principe de solidarité, le Conseil européen, qui s'est tenu à Bruxelles en 2004, a donc ré-envisagé la création d'un corps européen de garde-frontières (Conseil européen, *Le Programme de La Haye : renforcer la liberté, la sécurité et la justice dans l'Union* européenne, pt. 1.7.1., JOUE n° C 53 du 3 mars 2005, p. 1). Car, en réalité le développement d'un tel système est souhaité depuis quelques années : voir par exemple Communication du 15 novembre 2001 de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant une politique commune en matière d'immigration clandestine, COM(2001) 672 final, 28 p., p. 18. Toutefois, l'idée soulève des réticences alors que, comme le fait remarquer la Commission, les garde-frontières auraient d'autres missions que la prévention de l'immigration clandestine, à savoir l'identification des personnes recherchées en vue d'une arrestation ou d'une extradition, le contrôle des marchandises, etc. La mise en place d'un corps européen aiderait l'action des garde-frontières nationaux. D'après la Commission, « *la coopération et la coordination impliqueront notamment la mise à disposition d'un équipement commun, de formation spécifique et d'une capacité d'analyse des risques* » : Communication du 2 juin 2004 de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Espace de liberté, de sécurité et de justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations », COM(2004) 401 final, 17 p., p. 10. L'agence FRONTEX est chargée de la formation des garde-frontières nationaux. Plus précisément, sous son égide, des équipes d'experts nationaux devraient assister les Etats en difficulté : voir article 2 § 1 b), e) et g) du règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne (JOUE n° L 349 du 25 novembre 2004, p. 1), tel que modifié par le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et

743. L'Union européenne devrait cependant aller au-delà d'une coopération visant simplement à optimiser les politiques nationales de lutte contre l'immigration irrégulière. La création d'un statut de "quasi-national" et le développement effectif du concept de citoyenneté européenne pourraient permettre d'ouvrir de nouvelles perspectives et de sortir de l'actuelle dichotomie national/étranger.

modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités (JOUE n° L 199 du 31 juillet 2007, p. 30).

BIBLIOGRAPHIE

Afin de faciliter l'accès à la bibliographie, les contributions aux ouvrages collectifs et aux colloques ne font pas l'objet d'un recencement individuel. Le classement est fait dans l'ordre alphabétique aux titres I, III, IV, V, et VI, et dans l'ordre chronologique au titre II.

I - Ouvrages, monographies, thèses et mémoires 494
II - Actes de colloques et de congrès, journées d'études, forums et séminaires 498
III - Ouvrages collectifs 501
IV - Travaux extraits de mélanges 502
V - Etudes doctrinales, articles, notes et commentaires de jurisprudence 503
VI - Etudes spécialisées, presse 515
VII - Sources électroniques 516

I – OUVRAGES, MONOGRAPHIES, THÈSES ET MÉMOIRES

ALLAND (D.) et TEITGEN-COLLY (C.), *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, collection « Droit fondamental », 2002, 693 p.

ALLEWELDT (R.), *Forcible return and torture : the relevance of article 3 of the European Convention on Human Rights for decisions on expulsion, admission and extradition of persons who are threatened with, or have been subjected to, torture or inhuman or degrading treatment or punishment*, Florence : European University Institute, 1992.

AMOURETTI (M.-C.) et RUZE (F.), *Le monde grec antique*, Paris, Hachette, 2003, 346 p.

BA (A.-B.), *Le droit international de l'expulsion des étrangers : une étude comparative de la pratique des Etats africains et de celle des Etats occidentaux*, thèse, Paris II, ss. la direction de COMBACAU (J.), 1995, 930 p.

BASLEZ (M.-F.), *L'étranger dans la Grèce antique*, Paris, les Belles lettres, 1984, 361 p.

BERGER (N.), *La politique européenne d'asile et d'immigration - Enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 269 p.

BOCCARDI (I.), *Europe and Refugees : Towards an EU Asylum Policy*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, 241 p.

BOUMAKANI (B.), *Le juge administratif face au problème de l'expulsion et de l'extradition des étrangers*, thèse, Orléans, ss. la dir. de MAISL (H.), 1980, 309 p.

CARLIER (J.-Y.), *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Larcier, 2007, 485 p.

CARLIER (J.-Y.), HULLMANN (K.), PEÑA GALIANO (C.) et VANHEULE (D.), *Qu'est-ce qu'un réfugié*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 859 p.

CHARRIER (J. L.), *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Litec, Editions du Juris-Classeur, 2002, 383 p.

COHEN-JONATHAN (G.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, 616 p.

COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, Montchrestien, 2001, 5e édition, 815 p.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Association Henri Capitant, 2003, 4e édition, 951 p.

CURRAT (P.), *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 806 p.

DECENCIERRE-FERRANDIERE (A.), *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, Paris, Rousseau, 1925, 279 p.

DOMESTICI-MET (M.-J.), *Recherches sur le concept d'ordre public en droit international public*, thèse, Nice, ss. la dir. de DUPUY (R.-J.), 1979, 1368 p.

DRZEMCZEWSKI (A.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 8, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1993, 52 p.

DUHAMEL (O.), *Pour l'Europe – Le texte intégral de la Constitution, expliqué et commenté*, Paris, Seuil, 2003, 442 p.

FAUCHILLE (P.), *Traité de droit international public*, Paris, Rousseau, 2 tomes, 1922.

FORSDYKE (S), *Exile, Ostracism, and Democracy – The Politics of Expulsion in Ancient Greece*, Princeton University Press, 2005, 344 p.

FRANCOTTE (H.), *Mélanges de droit public grec*, Paris, Honoré Champion, et Liège, H. Vaillant-Carmanne, 1910, 336 p.

GAROT (M.-J.), *La citoyenneté de l'Union*, Paris, l'Harmattan, 1999, 365 p.

GAUTHIER (P.), *Symbola, les étrangers et la justice dans les cités grecques*, Nancy, 1972, 402 p.

GISTI, *Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, Paris, la découverte, 2003, 5e édition, 282 p.

GLOTZ (G.), *Histoire Grecque*, Paris, PUF, tome 2 : « La Grèce au Ve siècle », 1948, 800 p.

GOODWIN-GILL (G. S.), *International law and the movement of persons between states*, Oxford, Clarendon Press, 1978, 324 p.

GROTRIAN (A.), *L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable*, Dossier sur les droits de l'homme n° 13, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1996, 90 p.

GUILD (E.), *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union : Adopted Conventions, Resolutions, Recommendations, Decisions and Conclusions*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, 528 p.

GUIMEZANES (N.), *Le droit des étrangers*, Armand Colin, 1987, 191 p.

HAEM (R.) (d'), *La reconduite à la frontière des étrangers en situation irrégulière*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 1997, n° 3157, 127 p.

HENCKAERTS (J.-M.), *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, The Hague, Kluwer Law International, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 257 p.

ISAAC (G.) et BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 2006, 9e édition, 539 p.

JOUVENEL (B.) (de), *Du pouvoir, Histoire naturelle de sa croissance*, Genève, Constant Bourquin, 1947, 607 p.

JULIEN-LAFERRIERE (F.), *Le débat sur la double peine*, Paris, La documentation française, Regards sur l'actualité, n° 288, février 2003.

LABESSE (J.), *Initiation à l'histoire de la Grèce antique*, ellipses, 1999, 208 p.

LAMBERT (E.), *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 624 p.

LAMBERT (H.), *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 8 révisé, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2001, 80 p.

LECUCQ (O.), *Le statut constitutionnel des étrangers en situation irrégulière*, thèse, Aix-Marseille, ss. la direction de FAVOREU (L.), 1999, 460 p.

LILLICH (R. B.), *The Human Rights of Aliens in Contempory International Law*, Manchester University Press, 1984, 177 p.

LOMBOIS (C.), *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1979, 2ème édition, 688 p.

MALAURIE (P.), *L'ordre public et le contrat – Etude de droit civil comparé France, Angleterre, URSS*, Reims, Matot-Braine, 1953, 278 p.

MANCIAUX (H.), *La mesure administrative de reconduite à la frontière, étude d'un imbroglio juridique*, thèse, Dijon, 2002, 523 p.

MARTINI (A.), *L'expulsion des étrangers*, thèse, Paris, 1909, 271 p.

MOMMSEN (T.), *Le droit pénal romain*, Paris, Albert Fontemoing, 3 tomes, 1907, 1264 p.

MORANGE (J.), *Droits de l'homme et libertés publiques*, Paris, PUF, 2000, 5e édition, 460 p.

NÉRAUDAU-D'UNIENVILLE (E.), *Ordre public et droit des étrangers en Europe – La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 791 p.

NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 1999, 6e édition, 1455 p.

NYS (M.), *L'immigration familiale à l'épreuve du droit – Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale*, Bruxelles, Bruylant, collection de la faculté de droit - Université libre de Bruxelles, 2002, 665 p.

PELLONPÄÄ (M.), *Expulsion in International Law*, *A study in International Aliens Law and Human Rights with special reference to Finland*, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1984, 508 p.

PICHERAL (C.), *L'ordre public européen – Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, 2001, 426 p.

PLUTARQUE, *Les vies des hommes illustres*, Paris, P. Dupont, 1825-1826.

PRAUSER (S.) et REES (A.), *The Expulsion of the German Communities from Eastern Europe at the End of the Second World War*, Florence : European University Institute, décembre 2004, 92 p.

RICHARD (P.), *La Convention de Tokyo. Etude de la Convention de Tokyo relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs*, Lausanne, Pont frères, 1971, 240 p.

RIVIERE (D.), *La reconduite à la frontière*, mémoire DEA, Paris II, 1998, 132 p.

ROUSSEAU (C.), *Droit international public*, Paris, Sirey, 5 tomes, 1977, 3071 p.

ROUSSET (D.), *L'étranger en situation irrégulière dans les Etats membres de l'Union européenne – Entre police de l'immigration et droits fondamentaux*, thèse, Lille 2, ss. la dir. de COUSSIRAT-COUSTÈRE (V.), 2004, 591 p.

SANTOSCOY (B.), *La Commission interaméricaine des droits de l'Homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, Paris, PUF, 1995, 209 p.

SCELLE (G.), *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1934, 558 p.

SCELLE (G.), *Précis de droit des gens*, Paris, Editions du C.N.R.S., 1984, 563 p.

STENBERG (G.), *Non-expulsion and non-refoulement : the prohibition against removal of refugees with special references to articles 32 and 33 of the 1951 Convention relating to the status of refugees*, Suède, Iustus Förlag, Uppsala University, 1989, 309 p.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, collection « Droit fondamental », 2003, 6ème édition, 665 p.

VANDENDRIESSCHE (X.), *Le droit des étrangers*, Paris, Dalloz, collection « Connaissance du droit », 2005, 3e édition, 175 p.

VANNIER (F.), *Le Ve siècle grec*, Armand Colin, 1999, 236 p.

VATIN (C.), *Citoyens et non citoyens dans le monde grec*, Paris, CDU et SEDES, 1984, 266 p.

VELU (J.) et ERGEC (R.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, 1185 p.

VERACHTEN (I.), *La gestion des flux migratoires et la stabilisation de l'espace européen*, thèse, Lille 2, ss. la dir. de PIROTTE (O.), 1999, 645 p.

VISSCHER (C.) (de), *Théories et réalités en droit international public*, Paris, A. Pedone, 1970, 4ème édition, 450 p.

WALINE (M.), *Droit administratif*, Paris, Sirey, 1957, 7ème édition, 892 p.

ZILLER (J.), *Le traité de Prüm – Une vraie-fausse coopération renforcée dans l'Espace de sécurité, de liberté et de justice*, Florence : European University Institute, 2006, 32 p.

II – ACTES DE COLLOQUES ET DE CONGRÈS, JOURNÉES D'ÉTUDES, FORUMS ET SÉMINAIRES

Société Jean Bodin, « L'étranger – Foreigner », Travaux de la réunion tenue à Bruxelles du 30 septembre au 4 octobre 1955, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions, Bruxelles : Editions de la librairie encyclopédique, 1958, et Paris, Dessain et Tolra, 1984, 2 vol., 1003 p.

Institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg, Faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg, « Les droits de l'homme, droits collectifs ou droits individuels ? », Actes du Colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979, Paris, LGDJ, 1980, 220 p.

Institut d'Etudes Anciennes de l'Université de Nancy II, « L'étranger dans le monde grec », Actes du Colloque de mai 1987, LONIS (R.), Presses universitaires de Nancy, 1988, 191 p.

Conseil de l'Europe, « L'universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste », Actes du Colloque de Strasbourg des 17 et 19 avril 1989 organisé en collaboration avec l'Institut international des droits de l'homme, N. P. Engel, 1990, 193 p.

REVET (T.) (dir. et coordination), « L'ordre public à la fin du XXe siècle », Actes du Colloque d'Avignon du 7 octobre 1994, Paris, Dalloz, 1996, 111 p.

Association pour le Droit Des Etrangers, « "Droit des étrangers". Loi du 15 décembre 1980, 15 ans après », Actes du Colloque, RDE, 1995, n° 90.

Société Française pour le Droit International (SFDI), « La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international », Actes du Colloque de Strasbourg des 29, 30 et 31 mai 1997, Paris, A. Pedone, 1998, 344 p.

FULCHIRON (H.) (dir.), « Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Actes de la journée de travail organisée à Lyon les 14 et 15 novembre 1997, Paris, LGDJ, 1999, 383 p.

CHRISTOPHE TCHAKALOFF (M.-F.) (dir.), « Le concept d'association dans les accords passés par la Communauté : essai de clarification », Actes du Colloque du 15 mai 1998 organisé par le centre de droit européen et comparé de la faculté de Droit – Université René Descartes Paris V, Bruxelles, Bruylant, 1999, 332 p.

LABOUZ (M.-F.) (dir.), « Le partenariat de l'Union européenne avec les pays tiers – Conflits et convergences », Actes des séminaires internationaux des 4 décembre 1998 et 18 juin 1999 organisés par la Chaire Jean Monnet à l'Université de Versailles-St-Quentin-en-Yvelines, Bruxelles, Bruylant, 2000, 354 p.

REDOR (M.-J.) (dir.), « L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux », Actes du Colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruylant, Némésis, collection « Droit et Justice », 2001, 436 p.

Ecole nationale de la magistrature, Faculté Jean Monnet, Ordre des avocats à la cour de Paris et Association française pour l'Histoire de la Justice, « Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme », Actes du Colloque des 26 et 27 octobre 2000, TEITGEN-COLLY (C.) (ed.), Bruylant, Némésis, collection « Droit et Justice », 2002, 322 p.

Institut international des droits de l'homme, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les Etats tiers », Actes du Colloque de Strasbourg du 8 juin 2001, FLAUSS (J.-F.) (dir.), Bruxelles, Bruylant, Némésis, collection « Droit et justice », 2002, n° 35, 162 p.

John F. Kennedy Library and Foundation, Special Program Series : Responding to Terrorism "Protecting Human Rights : The United States, The United Nations, and The World", par Mary Robinson, Haut commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Boston, 6 janvier 2002, http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/view01/

Institut de droit européen des droits de l'homme, « Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », Actes du Colloque de Montpellier I des 22 et 23 mars 2002, SUDRE (F.) (dir.), Bruxelles, Bruylant, Némésis, collection « Droit et justice », 2002, 410 p.

Association pour le Droit Des Etrangers, « Loi du 15.12.1980, bilan et perspectives », Actes du Colloque des 23 et 24 octobre 2002, RDE, 2003, n° 121.

Commissariat général du Plan, « Immigration, marché du travail, intégration », Actes du séminaire tenu en octobre 2002, HERAN (F.) (dir.), AOUDAÏ (M.) et RICHARD (J.-L.), Paris, La documentation française, 2002, 410 p.

Réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile en Europe, « L'émergence d'une politique européenne d'asile », Actes du 2e Congrès des juristes spécialistes des questions d'immigration et d'asile en Europe tenu en 2002 à Lisbonne, URBAŇO DE SOUSA (C.) et DE BRUYCKER (P.) (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004, 344 p.

Instituts des droits de l'homme du barreau de Bruxelles et du barreau de Paris, « Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », Actes du séminaire du 21 mars 2003, LAMBERT (P.) et PETTITI (C.), Bruxelles, Bruylant, collection « Droit et justice », 2003, 149 p.

Centre d'études juridiques européennes et comparées (CEJEC) et Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), « Droits de l'homme et droit des étrangers depuis le 11 septembre 2001 : approche comparée France, Europe, Etats-Unis », Actes du Colloque de Nanterre du 20 mai 2003, Gaz. Pal., 19-21 octobre 2003, n° 292 à 294.

Conseil Constitutionnel, « Libertés et ordre public – Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle », 8e séminaire des Cours constitutionnelles tenu à Erevan du 2 au 5 octobre 2003, dossier sur la page suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/notes/libpub.htm

Université Montesquieu-Bordeaux IV, « L'Europe des transports », Actes du Colloque d'Agen des 7 et 8 octobre 2004, GRARD (L.) (dir.), Paris, La documentation française, 2005, 857 p.

Centre d'études et de recherches en droit privé de l'Université de Nice Sophia-Antipolis, « L'actualité de la CEDH : nouveaux défis et pratiques », Actes du Colloque du 13 mai 2005, LPA, 2 mars 2006, n° 44, 45 p.

Faculté de droit de Caen, « La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », Actes du Colloque du 16 mai 2005, Bruxelles, Bruylant, coll. « Rencontres européennes », n° 5.

III – OUVRAGES COLLECTIFS

ALSTON (P.) (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 983 p.

CARLIER (J.-Y.) et DE BRUYCKER (P.) (dir.), *Immigration and Asylum Law of the EU : Current Debates – Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 681 p.

CARLIER (J.-Y.) et DE SCHUTTER (O.) (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 304 p.

CARLIER (J.-Y.) et VANHEULE (D.), *Europe and Refugees. A Challenge ? L'Europe et les réfugiés : un défi ?*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, 280 p.

CHETAIL (V.) (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 456 p.

EDSTRÖM (Ö), JULIEN-LAFERRIERE (F.) et LABAYLE (H.) (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 338 p.

FULCHIRON (H.) (dir.), *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1999, 383 p.

GUILD (E.) et MINDERHOUD (P.), *Security of Residence and Expulsion : Protection of Aliens in Europe*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, 250 p.

LAPRADELLE (A.) (de) et NIBOYET (J.-P.), *Répertoire de droit international*, Paris, Sirey, 10 tomes, 1930.

LEJEUNE (Y.), *Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 498 p.

NASCIMBENE (B.) (ed.), *Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries*, Milan, Giuffrè, 2001, 602 p.

PERELMAN (C.) et VANDER ELST (R.), *Les notions à contenu variable du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, 377 p.

PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.-H.) (dir.), *La convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, 2ème édition, 1230 p.

TRUCHET (D.) (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2004, 2e édition, 645 p.

TURPIN (D.) (dir.), *Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales. Défis et solutions*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, 319 p.

IV – TRAVAUX EXTRAITS DE MÉLANGES

CASSIN (R.), *L'homme sujet de droit international et la protection universelle de l'homme*, *in* Mélanges Georges Scelle, « La technique et les principes du droit public », Paris, LGDJ, 1950, tome 1, 457 p., p. 77.

COUSSIRAT-COUSTÈRE (V.), *Les politiques migratoires au sein de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme*, *in* Mélanges en hommage à L.-E Pettiti, Bruxelles, Bruylant, 1998, 791 p., pp. 207-230.

DRUESNE (G.), *Puissance publique et libertés : les limites à la liberté de circulation des personnes dans la Communauté économique européenne*, *in* Mélanges offerts au Professeur R. E. Charlier, « Service public et libertés », Paris, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, 895 p., pp. 711-726.

GUIMEZANES (N.), *Réflexion sur l'expulsion des étrangers*, *in* Mélanges dédiés à D. Holleaux, Paris, Litec, 1990, 436 p., pp. 167-190.

KISS (A.-C.), *La condition des étrangers en droit international et les droits de l'homme*, *in* Mélanges W. Ganshof Van der Meersch, Bruxelles, Bruylant, 1972, tome 1, 622 p., pp. 499-511.

LOCHAK (D.), *L'étranger et les droits de l'homme*, *in* Mélanges offerts au Professeur R. E. Charlier, « Service public et libertés », Paris, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, 895 p., pp. 615-633.

RIGAUX (F.), *L'immigration : droit international et droits fondamentaux*, *in* Mélanges en hommage à Pierre Lambert, « Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire », Bruxelles, Bruylant, 2000, 1072 p., pp. 693-722.

SUDRE (F.), *Les aléas de la notion de « vie privée » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *in* Mélanges en hommage à L.-E Pettiti, Bruxelles, Bruylant, 1998, 791 p., pp. 687-705.

TAGARAS (H.), *Règles communautaires de libre circulation, discriminations à rebours des situations dites « purement internes »*, *in* Mélanges en hommage à M. Waelbroeck, Bruxelles, Bruylant, coll. Etudes de droit européen et international, 1999, 1739 p., pp. 1499-1538.

TALLON (D.), *Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais*, *in* Mélanges R. Savatier, Paris, Dalloz, 1965, 972 p., pp. 883-891.

TAVERNIER (P.), *La Déclaration universelle des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *in* Mélanges en hommage à Pierre Lambert, « Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire », Bruxelles, Bruylant, 2000, 1072 p., pp. 859-875.

VALTICOS (N.), *Universalité et relativité des droits de l'homme*, *in* Mélanges en hommage à L.-E. Pettiti, Bruxelles, Bruylant, 1998, 791 p., pp. 737-750.

V – ETUDES DOCTRINALES, ARTICLES, NOTES ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

ACIERNO (S.), *La sentenza Carpenter : diritti fondamentali e limiti dell'ordinamento comunitario*, Il diritto dell'Unione Europea, 2002, n° 4, pp. 653-670.

AKANDJI-KOMBÉ (J.-F.), *Les droits des étrangers et leur sauvegarde dans l'ordre communautaire*, Cah. dr. eur., 1995, n° 3-4, pp. 351-381.

ALEMANNO (A.), *Libre circulation des citoyens et citoyenneté de l'Union*, RDUE, 2001, n° 4, pp. 1008-1010.

ALLEWELDT (R.), *Protection against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on Human Rights*, EJIL, 1993, vol. 4, n° 3, pp. 360-376.

ALMASEANU (S.), *Espace Schengen : une impulsion nouvelle*, Gaz. Pal., 19-23 août 2005, pp. 2-14.

ANDERSEN (R.), *La police des étrangers en droit belge*, Archives de politique criminelle, 1990, n°12, pp. 90-119.

BELL (M.), *Civic Citizenship and Migrant Integration*, Eur. Publ. Law, vol. 13, issue 2, juin 2007, pp. 311-333.

BERNARD (F.) et BERTHE (A.), *Les garanties procédurales en matière de reconduite à la frontière au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH, 1997, n° 29, pp. 17-33.

BEURDELEY (L.), *L'Union européenne et ses périphéries : entre intégration et nouvelle politique de voisinage*, RMCUE, octobre-novembre 2005, n° 492, pp. 567-582.

BITTI (G.), *Le champ d'application de l'article 6 Conv.EDH en matière d'éloignement des étrangers. Le cas de l'interdiction du territoire : l'affaire Maaouia*, Cahiers du CREDHO, 2001, n° 7, pp. 89-102.

BOECK (C.) (de), *L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique*, RCADI, 1927, t. 3, pp. 447-647.

BOELAERT-SUOMINEN (S.), *Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country Nationals who are Long-Term Residents : Five Paces Forward and Possibly Three Paces Back*, CMLR, vol. 42, n° 4, 2005, pp. 1011-1052.

BOILLAT (P.), *Le Protocole n° 14 : les enjeux de la réforme*, LPA, 2 mars 2006, n° 44, pp. 6-11.

BOISSARD (B.), *L'éloignement des étrangers : le débat sur l'intégration*, Cahiers du CREDHO, 2000, n° 6, pp. 179-203.

BONNER (D.), *Checking the Executive ? Detention Without Trial, Control Orders, Due Process and Human Rights*, Eur. Publ. Law, vol. 12, issue 1, march 2006, pp. 45-71.

BOSSUYT (M.), *Chronique de jurisprudence du Comité des droits de l'homme (1993-1997)*, RTDH, 1er juillet 1998, n° 35, pp. 507-565.

BRIBOSIA (E.), *Droit des étrangers – Droits fondamentaux de la personne (1997-1999)*, RDE, 1999, n° 106, pp. 746-765.

BUERGENTHAL (T.), *The Evolving International Human Rights System*, AJIL, octobre 2006, vol. 100, n° 4, pp. 783-807.

BULLIER (A.J.), *La réponse du Royaume-Uni face au terrorisme international : la loi britannique de décembre 2001, Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001*, RD pén. crim., juin 2003, n° 6, pp. 878-880.

BURGORGUE-LARSEN (L.), *L'apparition de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans la jurisprudence de la CJCE ou les vertus du contrôle de légalité communautaire*, AJDA, décembre 2006, n° 41, pp. 2285-2288.

CANDELA SORIANO (M.), *Libre circulation et séjour dans l'U.E. : la directive 2004/38 au regard des droits de l'homme*, Journal des tribunaux, Droit européen, 2005, n° 121, pp. 193-201.

CARLIER (J.-Y.), *La détention et l'expulsion collective d'étrangers*, RTDH, janvier 2003, n° 53, pp. 177-222.

CARLIER (J.-Y.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne. 1er janvier – 31 décembre 2001*, Journal des tribunaux, Droit européen, mars 2003, pp. 79-86.

CARLIER (J.-Y.), *Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regard sur la directive 2004/38*, Cah. dr. eur., 2006, n° 1-2, pp. 13-34.

CARLIER (J.-Y.), *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne. 1er janvier – 31 décembre 2006*, Journal des tribunaux, Droit européen, mars 2007, n° 137, pp. 80-86.

CARLIER (J.-Y.) et VANHEULE (D.), *Belgian Bricks for Fortress Europe*, International Journal of Refugee Law, 1994, pp. 323-344.

CHALTIEL (F.), *L'ordre public devant la Cour de justice des Communautés européennes. A propos de l'arrêt Olazabal du 26 novembre 2002*, RMCUE, février 2003, n° 465, pp. 120-123.

CHETAIL (V.), *Le Code communautaire relatif au franchissement des frontières : une nouvelle étape dans la consolidation de l'acquis Schengen*, Europe, août-septembre 2006, n° 8-9, pp. 4-8.

CHICOT (P.-Y.), *La citoyenneté entre conquête de droits et droits à conquérir*, RD publ., janvier-février 2005, n° 1, pp. 213-240.

CHOCHEYRAS (L.), *La Convention d'application de l'Accord de Schengen*, Annuaire fr. dr. int., 1991, volume XXXVII, pp. 807-818.

CHOLEWINSKI (R.), *The EU Acquis on Irregular Migration : Reinforcing Security at the Expense of Rights*, EJML, 2000, vol. 2, n° 3-4, pp. 361-405.

COHEN-JONATHAN (G.), *La France et la Convention européenne des droits de l'homme – L'arrêt Bozano contre France*, RTD eur., avril-juin 1987, n° 2, pp. 255-272.

COHEN-JONATHAN (G.), *Cour interaméricaine des droits de l'homme. L'arrêt Velasquez*, RGDI publ., 1990, pp. 455-471.

COHEN-JONATHAN (G.), *Sur la force obligatoire des mesures provisoires*, RGDI publ., 2005, n° 2, pp. 421-434.

COLEMAN (N.), *Non-Refoulement Revised : Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law*, EJML, 2003, vol. 5, n° 1, pp. 23-68.

COUDERT (P.), *La discrimination à rebours en droit communautaire : une analyse juridique du comportement discriminatoire des Etats membres d'un espace économique intégré*, LPA, 21 août 2006, n° 166, pp. 8-13.

DAVID (E.), *La Cour pénale internationale*, RCADI, 2005, tome 313, pp. 325-454.

DECOCQ (A.), *La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l'extradition*, Rev. crit. DIP, 1964, p. 412.

DELANGHE (C.), *Double peine : le difficile chemin de l'abolition*, RDE, avril-mai-juin 2005, n° 133, pp. 249-258.

DELCOUR (L.), *La politique de voisinage et les relations russo-européennes : partenariat stratégique ou lutte d'influence ?*, 30 mars 2006, article disponible à partir de http://www.etudes-européennes.fr

DELMOTTE (L.-X.), *L'expulsion des étrangers dans les départements d'outre-mer*, RFD adm., 1986, p. 162.

DEMBOUR (M.-B.), *Etrangers ou quasi-nationaux ? Le choix des droits de l'homme*, RTDH, octobre 2002, n° 52, pp. 963-982.

DENYSYUK (V.), *Politique de voisinage de l'Union européenne, quelles transformations sur le commerce régional en Europe ?*, RMCUE, février 2005, n° 485, pp. 101-114.

DE SCHUTTER (O.) et FRUMER (P.), *Les garanties procédurales dans le cadre du contentieux de l'accès au territoire, du séjour et de l'éloignement des étrangers*, RDE, 2000, n° 110, pp. 522-530.

DE WET (E.), *The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law*, EJIL, février 2004, vol. 15, n° 1, pp. 97-121.

DIONISI-PEYRUSSE (A.), *Le statut de l'étranger immigré de longue durée et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Les Annales de droit, 2007, n° 1, pp. 111-128.

DISPA (A.) et HAUSMAN (J.-M.), *La notion d'expulsion collective d'étrangers, prévue à l'article 4 du protocole 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : c'est l'intention qui compte…*, Annales de Droit de Louvain, 2005, vol. 65, n° 1-2, pp. 73-86.

DOCQUIR (P.-F.), *Le droit au respect de la vie privée et familiale des étrangers comme fondement du droit au séjour*, Le journal du juriste, 24 juin 2003, p. 10.

DOCQUIR (P.-F.), *Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour ?*, RTDH, octobre 2004, n° 60, pp. 921-949.

DOUGLAS-SCOTT (S.), *The Charter of fundamental Rights as a constitutional document*, EHRLR, n° 1, 2004, pp. 37-50.

DRUESNE (G.), *La réserve d'ordre public de l'article 48 du traité de Rome*, RTD eur., 1976, pp. 231-258.

DRUESNE (G.), *Liberté de circulation des personnes – L'ordre public à nouveau : comme la punition des filles de Danaos ?*, RTD eur., 1982, pp. 706-722.

DUBOS (O.), *Quel statut personnel pour les ressortissants des Etats tiers ?*, Rev. aff. eur., 2003-2004, n° 1, pp. 83-94.

FENWICK (H.), *The Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 : a proportionate Response to 11 september ?*, The Modern Law Review, septembre 2002, vol. 65, n° 5, pp. 724-762.

FLAUSS (J.-F.), *Notule sur les mesures provisoires devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*, RTDH, 2003, n° 55, pp. 923-930.

FORTESCUE (A.), *Un nouveau chantier prioritaire de l'Union européenne : construire un espace de liberté, de sécurité et de justice*, LPA, 27 septembre 2002, n° 194, pp. 13-24.

FRICERO (N.), *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : un enjeu pour l'Europe*, LPA, 2 mars 2006, n° 44, pp. 37-40.

FRUMER (P.), *Un arrêt définitif sur les mesures provisoires : la Cour européenne des droits de l'homme persiste et signe*, RTDH, 1er octobre 2005, n° 64, pp. 799-826.

GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.), *L'extradition et la Convention européenne des droits de l'homme. L'affaire Soering*, RTDH, 1990, pp. 5-24.

GARCIA DE ENTERRIA (E.), *De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme*, RTDH, 1er juillet 1992, n° 11, pp. 251-280.

GARCIA-JOURDAN (S.), *De la transition démocratique en Lituanie à la consécration du droit d'exercer une activité professionnelle dans le secteur privé*, RTDH, 1er avril 2005, n° 62, pp. 363-384.

GARRY (H. R.), *When Procedure Involves Matters of Life and Death : Interim Measures and the European Convention on Human Rights*, Eur. Publ. Law, vol. 7, issue 3, septembre 2001, pp. 399-427.

GAUTIER (Y.), *La directive n° 2004/38/CE : simplification et élargissement des droits d'entrée et de séjour reconnus aux citoyens de l'Union*, Europe, octobre 2004, n° 10, pp. 4-5.

GENSON (R.), *Un nouveau programme pluriannuel pour consolider l'espace de liberté, de sécurité et de justice – Le programme de La Haye (2005-2010)*, RMCUE, mars 2005, n° 486, pp. 172-176.

GILLIAUX (P.), *L'arrêt Conka et l'effectivité des recours devant le Conseil d'Etat*, RDE, 2002, n° 118, pp. 313-328.

GOLESTANIAN (M.), *Réfugiés, vers un élargissement progressif de la notion de « certain groupe social » - « Particular Social Groupe » aux Etats-Unis* », RDIDC, 2001, n° 4, pp. 325-339.

GUERRIVE (J.-L.), *Double peine et police des étrangers*, Recueil Dalloz, 7 mars 2002, n° 10, pp. 829-832.

GUIMEZANES (N.), *Réflexions sur l'éloignement des étrangers du territoire français*, JDI, 1996, n° 1, pp. 69- 82.

GUIMEZANES (N.), *La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, JCP, La semaine juridique Édition générale, 10 décembre 2003, n° 50, pp. 2169-2171.

GUYOT (I.), *A propos de l'immigration clandestine et de ses filières. Vers une harmonisation européenne*, Rev. sc. crim., avril-juin 2002, n° 2, pp. 303-317.

HEALY (T. H.), *La condition juridique de l'étranger spécialement aux Etats-Unis*, RCADI, 1929-II, volume 27, pp. 397-496.

HENKIN (L.), *The Constitution and United States sovereignty : a century of Chinese Exclusion and its progeny*, 100 Harvard LR, 1987, pp. 853-859.

HUBEAU (F.), *L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire – Etude de la jurisprudence de la Cour de justice*, Cah. dr. eur., 1981, pp. 207-256.

HUBERT (C.) et DE DECKER (S.), *Politique européenne de migration : quels chantiers pour une meilleure intégration ?*, RMCUE, avril 2007, n° 507, pp. 239-253.

HUET (V.), *La mise en place de la Cour pénale internationale*, Revue de la recherche juridique, 2004, vol. 2, n° 103, pp. 1305-1324.

ICARD (P.), *Immigration, mondialisation : histoire d'un paradoxe communautaire*, RDUE, 2003, n° 2, pp. 409-456.

ILIOPOULOU (A.), *Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille : la directive 2004/38/CE*, RDUE, 2004, n° 3, pp. 523-557.

ILIOPOULOU (A.) et TONER (H.), *A new approach to discrimination against free movers ? D'Hoop v Office National de l'Emploi*, Eur. Law Rev., vol. 28, n° 3, juin 2003, pp. 389-397.

JACQUÉ (J.-P.), *Le Tribunal de première instance et la protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union*, L'Europe des libertés, « Actualité juridique janvier 2002-avril 2002 », n° 8, mai 2002, pp. 3-7.

JACQUESON (C.), *Union citizenship and the Court of Justice : something new under the sun ? Towards social citizenship*, Eur. Law Rev., vol. 27, juin 2002, pp. 260-281.

JULIEN-LAFERRIERE (F.), *L'éloignement des étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme (article 5 et 8). Affaires Nasri, Boughanemi et Amuur*, Cahiers du CREDHO, 1997, n° 3, pp. 59-74.

JULIEN-LAFERRIERE (F.), *Une modification d'ampleur de l'ordonnance du 2 novembre 1945*, AJDA, février 2004, pp. 260-270.

KAMARA (M.), *La promotion et la protection des droits fondamentaux dans le cadre de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et du protocole facultatif additionnel de juin 1998*, RTDH, 1er juillet 2005, n° 63, pp. 709-727.

KARAGIANNIS (S.), *Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'Etat de destination ou à des particuliers – Vers une évolution de la jurisprudence européenne ?*, RTDH, 1999, n° 37, pp. 33-88.

KARYDIS (G.), *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable*, RTD eur., janvier-mars 2002, n° 1, pp. 1-26.

KOWOUVIH (S.), *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : une rectification institutionnelle du concept de « spécificité africaine » en matière des droits de l'homme*, RTDH, 1er juillet 2004, n° 59, pp. 757-790.

KUIJPER (P.-J), *Some legal problems associated with the communitarization of policy on visas, asylum and immigration under the Amsterdam Treaty and incorporation of the Schengen acquis*, CMLR, vol. 37, n° 2, avril 2000, pp. 345-366.

LABAYLE (H.), *Le contrôle contentieux des « expulsions dirigées » ou les prolongements de la jurisprudence Bozano au Palais-Royal*, RFD adm., janvier-février 1989, n° 1, pp. 3-25.

LABAYLE (H.), *L'éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme*, RFD adm., septembre-octobre 1997, n° 5, pp. 977-998.

LAGOUTTE (S.), *Le protocole 14 à la Conv.EDH : une assurance de la pérennité du système européen de protection des droits de l'homme*, Cah. dr. eur., 2005, n° 1-2, pp. 127-154.

LAPRADELLE (A.) (de), *Théorie générale de la protection*, RD publ., 1906, pp. 530-552.

LARRALDE (J.-M.), *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.

LAUTERPACHT (E.) (Sir) et BETHLEHEM (D.), *The scope and content of the principle of non-refoulement : Opinion*, 2001, disponible sur http://www.unhchr.ch/

LECUCQ (O.), *Quand l'étranger doit prouver qu'il n'est pas un danger pour l'ordre public*, AJDA, juillet 2003, n° 25, pp. 1343-1344.

LEFEBVRE (M.), *La politique de voisinage : nouveau départ pour une ambition géopolitique*, RMCUE, janvier 2007, n° 504, pp. 22-26.

LEGOUX (L.), *Asile, immigration : réconcilier les droits de l'homme et ceux du citoyen*, Revue européenne des migrations internationales, 2006, vol. 22, n° 2, pp. 95-103.

LEJEUNE (J .), *L'arrêt Conka contre Belgique : la procédure d'asile belge à l'aune des droits de l'homme*, RDE, 2002, n° 118, pp. 298-312.

LEVINET (M.), *L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH, 1999, n° 37, pp. 89-118.

LEVINET (M.), *La Cour européenne des droits de l'homme de plus en plus compréhensive à l'égard des mesures d'éloignement des étrangers délinquants*, RTDH, 1er avril 2000, n° 42, pp. 301-313.

LIEBERMANN (P.), *Double peine pour double faute. En finir avec le bannissement des immigrés*, RDE, 2000, pp. 355-358.

LOCHAK (D.) et JULIEN-LAFERRIERE (F.), *Les expulsions entre la politique et le droit*, Archives de politique criminelle, 1990, n° 12, pp. 65-87.

LUBY (M.), *La citoyenneté européenne : quand les mots ont enfin un sens !*, LPA, 12 mai 2005, n° 94, pp. 3-11.

LYON-CAEN (G.), *La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation*, RTD eur., 1966, pp. 693-705.

MALABRE (J.-E), *L'exécution tardive des reconduites à la frontière*, RFD adm., mai-juin 1999, n° 3, pp. 499-508.

MARTENS (P.), *Respect de la vie familiale et sauvegarde de l'ordre public*, RTDH, 1er juillet 1991, n° 7, pp. 377-394.

MARTIN (D.), *A New Frontier as Regards the Right of Residence of EU Citizens and of their Third Country Nationals Family Members*, EJML, 2003, vol. 5, n° 1, pp. 155-162.

MASSON (B.), *L'harmonisation des conditions de regroupement familial : la Cour fait la leçon sur le titre IV CE*, RTD eur., octobre-décembre 2006, n° 4, pp. 673-685.

MATTERA (P.), *Le bilan du programme de Tampere et les futures* orientations, RDUE, 2004, n° 2, pp. 275-277.

MENDEL-RICHE (F.), *L'éloignement des étrangers entre défense de l'ordre public et impératifs humanitaires – Affaires Dalia et B.B.*, Cahiers du CREDHO, 1999, n° 5, pp. 135-145.

MOCK (H.), "*Selon que vous serez marié ou misérable …" Eloignement des étrangers délinquants : le mariage, une meilleure garantie que l'intégration contre la "double peine" ?*, RTDH, 2002, pp. 477-495.

MOCK (H.), *"Guerre" contre le terrorisme et droits de l'homme*, RTDH, 1er janvier 2006, n° 65, pp. 23-34.

MURDOCH (J.), *The Impact of the Council of Europe's "Torture Committee" and the Evolution of Standard-setting in Relation to Places of Detention*, EHRLR, n° 2, 2006, pp. 158-179.

NASCIMBENE (B.), *Le protocole 14 à la Convention européenne des droits de l'homme à la lumière de ses travaux préparatoires*, RTDH, 1er juillet 2006, n° 67, pp. 531-546.

NAZAROVA (I.), *Alienating "Human" from "Right": U.S. and UK non-compliance with Asylum Obligations under International Human Rights Law*, Fordham International Law Journal, juin 2002, vol. 25, n° 5, pp. 1335-1417.

NDIAYE (D.), *L'inapplicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux des étrangers*, Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, 2003, n° 2, numéro spécial sur « Les titulaires particuliers des droits fondamentaux », pp. 93-98.

OMARJEE (I.), *Nationalité et droit de la libre circulation : la division "national/étranger" à l'épreuve du droit communautaire*, LPA, 27 août 2004, n° 172, pp. 7-11.

PACURAR (A.), *Smuggling, detention and expulsion of irregular migrants. A study on international legal norms, standards and practices*, EJML, 2003, vol. 5, n° 2, pp. 259-283.

PALMER (S.), *Aids, Expulsion and Article 3 of the European Convention on Human Rights*, EHRLR, n° 5, 2005, pp. 533-540.

PAPADOPOULOU (R.-E.), *Situations purement internes en droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ?*, Cah. dr. eur., 2002, n° 1-2, pp. 95- 129.

PAYE (J.-C.), *The Prevention Security Act britannique du 11 mars 2005*, RTDH, 1er juillet 2005, n° 63, pp. 635-647.

PAYE (J.-C.), *Le "Patriot Act Reauthorization"*, RTDH, 1er octobre 2006, n° 68, pp. 973-987.

PEERS (S.), *Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights*, EJML, 2001, vol. 3, n° 2, pp. 141-169.

PÉREZ VERA (E.), *Citoyenneté de l'Union européenne, nationalité et condition des étrangers*, RCADI, 1996, volume 261, pp. 243-425.

PERRUCHOUD (R.), *L'expulsion en masse d'étrangers*, Annuaire fr. dr. int., 1988, vol. XXXIV, pp. 677-693.

PETTITI (C.), *Les instruments régionaux de protection des droits fondamentaux*, Gaz. Pal., 17-18 mars 2006, n° 76 à 77, pp. 5-7.

PICHERAL (C.), *Espace de liberté, sécurité et justice et champ d'application du droit communautaire*, Rev. aff. eur., 2003-2004, n° 1, pp. 95-108.

PLENDER (R.), *Quo Vadis ? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire Akrich*, Cah. dr. eur., 2004, n° 1-2, pp. 261-288.

POLITIS (N.), *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, RCADI, 1925, t. 1, pp. 5-117.

POYNOR (B.), *Mamatkulov and Askarov versus Turkey : The Relevance of Article 6 to Extradition Proceedings*, EHRLR, n° 4, 2005, pp. 409-418.

PRALUS (M.), *A propos de la règle non bis in idem, valeur en droit interne de l'un de ses aspects : non bis ?*, Archives de politique criminelle, 1996, n° 18, pp. 37-71.

RAUX (C.), *Les mesures d'éloignement du territoire devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH, 1er juillet 2007, n° 71, pp. 837-853.

REICH (N.) et HARBACEVICA (S.), *Citizenship and Family on Trial : A Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with Regard to Free Movement of Persons*, CMLR, vol. 40, n° 3, juin 2003, pp. 615-638.

ROBERTS (A.), *Righting Wrongs or Wronging Rights ?The United States and Human Rights Post-September 11*, EJIL, septembre 2004, vol. 15, n° 4, pp. 721-750.

RODIERE (P.), *Sur les effets directifs du droit (social) communautaire – A propos de deux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, RTD eur., octobre-décembre 1991, n° 4, pp. 565-586.

RODIERE (P.), *Droit social – Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice*, RTD eur., janvier-mars 2006, n° 1, pp. 163-181.

ROGERS (N.), *Immigration and the European Convention on Human Rights : Are new principles emerging ?*, EHRLR, n° 1, 2003, pp. 53-64.

ROLIN (X.), *La double peine, une punition de la nationalité*, RDE, 2002, pp. 205-216.

ROUGET (D.), *Le respect du droit extraditionnel et les « extraditions déguisées »*, RTDH, 1999, n° 37, pp. 169-197.

SAROLEA (S.), *Les droits procéduraux du demandeur d'asile au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH, 1999, n° 37, pp. 119-145.

SCHORLEMER (S.) (Von), *Human Rights : Substantive and Institutional Implications of the War Against Terrorism*, EJIL, avril 2003, vol. 14, n° 2, pp. 265-282.

SERMET (L.), *De la carence dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de la clause de dérogation aux droits de l'homme*, RGDI publ., 2005, n° 2, pp. 389-406.

SHUIBHNE (N. N.), *Free movement of persons and the wholly internal rule : time to move on ?*, CMLR, vol. 39, n° 4, août 2002, pp. 731-771.

SIMON (D.), *Ordre public et libertés publiques dans les Communautés. A propos de l'arrêt Rutili*, RMC, 1976, pp. 201-223.

SOHIER (J.), *Les privations de liberté de l'étranger, en droit belge, au regard de l'article 5 de la Convention européenne*, RTDH, 1999, n° 37, pp. 147-167.

STREIFF (Y.), *La police des étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Archives de politique criminelle, 1990, n° 12, pp. 23-45.

SUDRE (F.), *La première affaire française devant la Cour européenne des droits de l'homme : l'arrêt Bozano du 18 décembre 1986*, RGDI publ., 1987, n° 2, pp. 533-584.

TAVERNIER (P.), *L'insertion de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le système européen de protection des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, revue hellénique des droits de l'homme, 2003, p. 1069 sqq.

TCHEN (V.), *Recherche sur les droits fondamentaux de l'étranger*, LPA, 22 mai 1995, n° 61, pp. 4-13.

TEITGEN-COLLY (C.), *The European Union and Asylum : An Illusion of Protection*, CMLR, vol. 43, n° 6, 2006, pp. 1503-1566.

TIBERGHIEN (F.), *Statut de réfugié et persécution par des agents non publics*, RFD adm., mars-avril 1998, n° 2, pp. 244-257.

TIGROUDJA (H.), *L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : en marge d'arrêts et avis consultatifs récents*, RTDH, 2002, n° 49, pp. 69-110.

TIGROUDJA (H.), *L'inapplicabilité de l'article 6 § 1er de la Convention à la procédure de relèvement d'une interdiction du territoire*, RTDH, 2002, pp. 446-462.

TIGROUDJA (H.), *La force obligatoire des mesures provisoires indiquées par la Cour européenne des droits de l'homme*, RGDI publ., 2003, n° 3, pp. 601-633.

TRUJILLO HERRERA (R.), *Premiers pas vers une procédure commune en matière d'asile dans l'UE : commentaires sur la nouvelle proposition de directive*, RDUE, 2003, n° 4, pp. 831-848.

TRYFONIDOU (A.), *C- 200/02 Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department : Further Cracks in the "Great Wall" of the European Union ?*, Eur. Publ. Law, vol. 11, issue 4, 2005, pp. 527-541.

TURPIN (F.), *L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne*, RTD eur., octobre-décembre 2003, n° 4, pp. 615-636.

VALETTE (M.-F.), *L'intégration des étrangers délinquants à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, LPA, 22 juillet 2004, n° 146, pp. 19-28.

VAN LUL (C.), *La conclusion d'un Accord de réadmission et de reprise facilite-t-elle l'exécution d'une mesure d'éloignement ?*, RDE, 2002, n° 120, pp. 678-685.

VAN MUYLDER (C.), *Le droit au respect de la vie privée des étrangers*, RFD adm., juillet-août 2001, n° 4, pp. 797-806.

WARBRICK (C.), *The Structure of Article 8*, EHRLR, n° 1, 1998, pp. 32-44.

WRIGHT (Q.), *La condition des étrangers aux Etats-Unis*, bulletin de la société de législation comparée, 1921, pp. 210-227.

YOUNG (A. L.), *The Charter, Constitution and Human Rights : is this the Beginning or the End for Human Rights Protections by Community Law ?*, Eur. Publ. Law, vol. 11, issue 2, juin 2005, pp. 219-240.

VI – ETUDES SPÉCIALISÉES, PRESSE

DELOUVIN (P.), *Europe : vers une externalisation des procédures d'asile ?*, Hommes et Migrations, mai-juin 2003, n° 1243, pp. 88-93.

DELOUVIN (P.), MONFORTE (P.) et TEULE (C.), *Lourdes menaces sur le droit d'asile en Europe*, Hommes et Migrations, janvier-février 2005, n° 1253, pp. 98-104.

FERRÉ (N.), *La Libye pour « externaliser » le droit d'asile de l'UE ?* , Le Monde, 20 juillet 2005, n° 18813, p. 15.

GISTI, *La circulation des étrangers dans l'espace européen*, Plein Droit, Supplément n° 39, Paris, Expressions, septembre 1998, 47 p.

GISTI, *Entrée, séjour et éloignement des étrangers après la loi Chevènement*, Plein Droit, hors série, Les cahiers juridiques, novembre 1999, 3ème édition, 113 p.

HOESTLAND (M.) et SAAS (C.), *L'ITF : une peine injustifiable*, Plein Droit, mai 2000, n° 45, pp. 12-16.

INTRAND (C.), *Les accords de réadmission et la politique du donnant-donnant*, Plein Droit, juin 2003, n° 57.

JARREAU (P.), *Immatriculation obligatoire pour des milliers d'étrangers aux Etats-Unis*, Le Monde, 20 décembre 2002, p. 4.

MALABRE (J.-E.), *La France, un « pays sûr » ?*, Plein Droit, décembre 1999, n° 44, pp. 29-30.

PARANT (M.), *Echecs et illusions des politiques d'aide au retour*, Hommes et Migrations, janvier-février 2000, n° 1223, pp. 81-90.

RODIER (C.), *La construction d'une politique européenne de l'asile, entre discours et pratiques*, Hommes et Migrations, novembre-décembre 2002, n° 1240, pp. 81-93.

VII - SOURCES ÉLECTRONIQUES

www.corteidh.or.cr : jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme

www.cpt.coe.int : site des activités du CPT

www.curia.eu.int : jurisprudence de la juridiction communautaire

www.hudoc.echr.co.int : jurisprudence de la CEDH

www1.umn.edu/humanrts/Findex.html : site de la bibliothèque des droits de l'Homme de l'Université du Minnesota

www.unhchr.org : site du Haut commissariat aux droits de l'Homme donnant accès à la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme et du Comité contre la torture

Sur l'histoire ancienne et notamment l'antiquité grecque :

http://agora.qc.ca : page d'accueil

www.chez.com/clio/ ou www.histoire.mythologica.fr : page d'accueil de Clio, site Histoires anciennes

www.chronicus.com

www.eeb1.org : page d'accueil

http://logos.muthos.free.fr/ : page d'accueil

RAPPORTS ET DOCUMENTS OFFICIELS

Le classement est fait dans l'ordre chronologique.

I – Associations et Organisations non gouvernementales 519

A. Institut de Droit international 519

B. Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme 519

C. Amnesty International 520

D. Institut international de droit humanitaire 520

II - Organisation des Nations Unies 520

A. Assemblée générale 520

B. Haut Commissariat pour les réfugiés 521

C. Comité des droits de l'homme 521

D. Autres sources 521

III - Conseil de l'Europe 522

A. Comité des Ministres 522

B. Assemblée parlementaire 523

C. Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie 524

D. Commissaire aux Droits de l'Homme 524

E. Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants 524

F. Comités d'experts 525

IV - Union européenne (principaux textes et documents) 525

A. Charte des droits fondamentaux 525

B. Règlements 525

C. Directives 528

D. Décisions 530

E. Recommandations 533

F. Travaux des Institutions 534

1) *Conseil de l'Union européenne* 534

2) *Commission des Communautés européennes* 535

a/ Communications 535

b/ Livres verts 537

G. Autres actes et documents 537

V - Organisation des Etats américains 540

VI - Droits nationaux 541

A. France 541

1) *Législation* 541

2) *Travaux* 541

B. Belgique 542

C. Royaume-Uni 542

D. Etats-Unis d'Amérique 543

I – ASSOCIATIONS ET ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES

A. Institut de Droit international

ROLIN-JAEQUEMYNS (G.), Rapport à l'Institut de Droit international sur cette question : de quelle manière et dans quelle mesure les gouvernements peuvent-ils exercer le droit d'expulsion à l'égard d'étrangers ?, session de Lausanne, 8 septembre 1888, Annuaire de l'Institut de Droit international, tome X, 1888-1889, pp. 229-237.

Institut de Droit international, Projet de déclaration internationale relative au droit d'expulsion des étrangers, session de Lausanne, 8 septembre 1888, Annuaire de l'Institut de Droit international, tome X, 1888-1889, pp. 244-246.

Institut de Droit international, Projet de réglementation de l'expulsion des étrangers, présenté par L.-J.-D. Féraud-Giraud, session de Hambourg, septembre 1891, Annuaire de l'Institut de Droit international, tome XI, 1889-1892, pp. 275-282.

BAR (L.) (de), Projet de règlement international, session de Hambourg, septembre 1891, Annuaire de l'Institut de Droit international, tome XI, 1889-1892, pp. 282-291.

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.

Institut de Droit international, Résolution du 24 avril 1936, « Statut juridique des apatrides et des réfugiés », session de Bruxelles, 1936.

Institut de Droit international, Résolution du 1er septembre 1983 sur les « Nouveaux problèmes en matière d'extradition », session de Cambridge, 1983.

B. Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme

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/

FIDH, Rapport n° 429-A de novembre 2005, « L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'homme : les clés de la compatibilité - Violations des droits de l'homme en Afrique sub-saharienne au motif de la lutte contre le terrorisme : une situation à hauts risques », http://www.liberationafrique.org/IMG/pdf/Anti-terrorismeAfrik429-Afr.pdf

C. Amnesty International

Amnesty International, « La protection des réfugiés en droit international », document du 13 août 2002, http://www.amnesty.org/ .

Amnesty International, « Le Fil d'AI » de mars 2005, document public NWS 21/002/2005, http://web.amnesty.org/library/index/franws210022005

D. Institut international de droit humanitaire

COLES (G.J.L.), *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*, Italy, San Remo, 1983.

II – ORGANISATION DES NATIONS UNIES

A. Assemblée générale

Résolution 2312 (XXII) du 14 décembre 1967, « Déclaration sur l'asile territorial », U.N. Doc. A/6716 (1967).

Résolution n° 40/144 du 13 décembre 1985, « Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent ».

Résolution n° 48/134 du 4 mars 1994, « Institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme ».

Résolution n° 49/60 du 9 décembre 1994, « Déclaration sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international ».

Résolution n° 58/174 du 22 décembre 2003, « Droits de l'homme et terrorisme ».

Résolution n° 58/187 du 22 décembre 2003, « Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste ».

B. Haut Commissariat pour les réfugiés

Conclusion n° 7 (XXVIII) (1977) du Comité exécutif du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, http://www.unhchr.ch/.

Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut de réfugiés, Genève, 1992.

C. Comité des droits de l'homme

Observation Générale n° 27 du 2 novembre 1999 sur l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 67ème session, 18 octobre 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, http ://www.unhchr.ch/french/html/

Observation Générale n° 15, « Situation des étrangers au regard du Pacte », 27ème session, 1986, HRI/GEN/1/Rev. 1, 1994.

D. Autres sources

Rapport du 26 février 2002 du Rapporteur spécial sur la torture de la Commission des droits de l'homme présenté à la Commission, conformément à sa résolution n° 2001/62, lors de sa

cinquante-huitième session, « Droits civils et politiques et, notamment, questions de la torture et de la détention », E/CN.4/2002/137.

Rapport intérimaire du 2 juillet 2002 du Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme chargé d'examiner les questions se rapportant à la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies en application de sa résolution n° 56/143 du 19 décembre 2001, A/57/173.

Planche murale du 28 octobre 2002 de la division de la population du Département des affaires économiques et sociales sur les « *migrations internationales (2002)* », http://www.unpopulation.org/

Résolution n° 1456 (2003) du 20 janvier 2003 du Conseil de sécurité des Nations Unies, « Déclaration sur la question de la lutte contre le terrorisme ».

III – CONSEIL DE L'EUROPE

A. Comité des Ministres

Recommandation n° R (87) 3 du 12 février 1987 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les Règles pénitentiaires européennes.

Recommandation n° R (1998) 13 du 18 septembre 1998 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile déboutés à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Recommandation n° R (1999) 12 du 18 mai 1999 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le retour des demandeurs d'asile déboutés.

Recommandation n° R (1999) 18 du 15 septembre 1999 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la prévention et la réduction des cas d'apatridie.

Recommandation Rec(2000) 15 du 13 septembre 2000 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la sécurité de résidence des immigrés de longue durée.

Recommandation Rec(2002) 4 du 26 mars 2002 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le statut juridique des personnes admises au regroupement familial.

Lignes directrices du 11 juillet 2002 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, Direction générale des droits de l'homme, janvier 2003.

Réponse du 4 décembre 2002 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à la Recommandation n° 1504(2001) du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire, 820e réunion des Délégués des Ministres, doc. 9633 6 décembre 2002.

Recommandation Rec(2005) 6 du 23 mars 2005 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à l'exclusion du statut de réfugié dans le contexte de l'article 1 f de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés.

Principes directeurs sur le retour forcé adoptés le 4 mai 2005 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 925e réunion des Délégués des Ministres, documents CM, CM(2005) 40 final 9 mai 2005.

Recommandation Rec(2006) 2 du 11 janvier 2006 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les Règles pénitentiaires européennes.

B. Assemblée parlementaire

Recommandation n° 817(1977) du 7 octobre 1977 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à certains aspects du droit d'asile.

Recommandation n° 841(1978) du 30 septembre 1978 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les migrants de la deuxième génération.

Recommandation n° 1504(2001) du 14 mars 2001 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la non-expulsion des immigrés de longue durée.

Recommandation n° 1547(2002) du 22 janvier 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.

Recommandation n° 1624(2003) du 30 septembre 2003 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur une politique commune en matière d'immigration et d'asile.

C. Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie

Rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie sur la non-expulsion des immigrés de longue durée, 27 février 2001, doc. 8986.
Rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la démographie relatif aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité, 10 septembre 2001, doc. 9196.

D. Commissaire aux Droits de l'Homme

Recommandation du 19 septembre 2001 du Commissaire aux Droits de l'Homme relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des Etats membres du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion, CommDH/Rec(2001) 1.
Avis n° 1/2002 du 26 août 2002 du Commissaire aux Droits de l'Homme sur certains aspects de la dérogation à l'article 5 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme adoptée par le Royaume-Uni en 2001, Doc. CommDH(2002)7.

E. Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants

CPT, 7e rapport général d'activités couvrant la période du 1er janvier au 31 décembre 1996, Strasbourg, 22 août 1997, CPT/Inf (CEDH 97) 10.
CPT, 13e rapport général d'activités couvrant la période du 1er janvier 2002 au 31 juillet 2003, Strasbourg, 10 septembre 2003, CPT/Inf (2003) 35.
CPT, 15e rapport général d'activités couvrant la période du 1er août 2004 au 31 juillet 2005, Strasbourg, 22 septembre 2005, CPT/Inf (2005) 17.

F. Comités d'experts

Comité d'experts en matière de droits de l'homme, Rapport explicatif de février 1963 concernant le Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, http://conventions.coe.int/Treaty/Fr/

Comité d'experts en matière de droits de l'homme, Rapport explicatif sur les Protocoles n° 2 à 5 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Conseil de l'Europe, Strasbourg, Doc. H (71) 11.

Comité ad hoc d'experts sur les aspects juridiques de l'asile territorial, des réfugiés et des apatrides, Obligations incombant aux Etats en vertu du droit international au titre de la réadmission de leurs ressortissants et des étrangers, Conseil de l'Europe, CAHAR (96) 12, 1996.

IV – UNION EUROPÉENNE (principaux textes et documents)

A. Charte des droits fondamentaux

Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, 11 mai 2000, Doc. Charte 4284/1/00, REV 1/convent 28.

Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Bruxelles, 28 juillet 2000, Doc. Charte 4422/00, convent 45.

B. Règlements

Règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, JO n° L 257 du 19 octobre 1968, p. 2.

Règlement (CEE) n° 1251/70 de la Commission du 29 juin 1970 relatif au droit des travailleurs de demeurer dans un Etat membre après y avoir occupé un emploi, JOCE n° L 142 du 30 juin 1970, p. 24.

Initiative de la République de Finlande en vue de l'adoption d'un règlement du Conseil déterminant les obligations réciproques des Etats membres en matière de réadmission de ressortissants de pays tiers, JOCE n° C 353 du 7 décembre 1999, p. 6.

Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JOCE n° L 81 du 21 mars 2001, p. 2.

Proposition de règlement du Conseil du 26 juillet 2001 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, COM(2001) 447 final.

Règlement (CE) n° 2424/2001 du Conseil du 6 décembre 2001 relatif au développement du système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II), JOCE n° L 328 du 13 décembre 2001, p. 4.

Règlement (CE) n° 1030/2002 du Conseil du 13 juin 2002 établissant un modèle uniforme de titre de séjour pour les ressortissants de pays tiers, JOCE n° L 157 du 15 juin 2002, p. 1.

Règlement (CE) n° 2320/2002 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à l'instauration de règles communes dans le domaine de la sûreté de l'aviation civile, JOCE n° L 355 du 30 décembre 2002, p. 1.

Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JOCE n° L 050 du 25 février 2003, p. 1.

Règlement (CE) n° 1560/2003 de la Commission du 2 septembre 2003 portant modalités d'application du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JOCE n° L 222 du 5 septembre 2003, p. 3.

Règlement (CE) n° 377/2004 du Conseil du 19 février 2004 relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison « Immigration », JOUE n° L 64 du 2 mars 2004, p. 1.

Règlement (CE) n° 491/2004 du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004 établissant un programme d'assistance technique et financière en faveur de pays tiers dans le domaine des migrations et de l'asile (AENEAS), JOUE n° L 80 du 18 mars 2004, p. 1.

Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, JOUE n° L 349 du 25 novembre 2004, p. 1.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 28 décembre 2004 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les Etats membres sur les visas de court séjour, COM(2004) 835 final.

Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, JOUE n° L 105 du 13 avril 2006, p. 1.

Règlement (CE) n° 635/2006 de la Commission du 25 avril 2006 abrogeant le règlement (CEE) n° 1251/70 relatif au droit des travailleurs de demeurer dans un Etat membre après y avoir occupé un emploi, JOUE n° L 112 du 26 avril 2006, p. 9.

Règlement (CE) n° 1638/2006 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 2006 arrêtant des dispositions générales instituant un instrument européen de voisinage et de partenariat, JOUE n° L 310 du 9 novembre 2006, p. 1.

Règlement (CE) n° 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), JOUE n° L 381 du 28 décembre 2006, p. 4.

Règlement (CE) n° 1931/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 fixant des règles relatives au petit trafic frontalier aux frontières terrestres extérieures des Etats membres et modifiant les dispositions de la convention de Schengen, JOUE n° L 405 du 30 décembre 2006, p. 1.

Règlement (CE) n° 1932/2006 du Conseil du 21 décembre 2006 modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des Etats membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation, JOUE n° L 405 du 30 décembre 2006, p. 23.

Règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et

définissant les tâches et compétences des agents invités, JOUE n° L 199 du 31 juillet 2007, p. 30.

C. Directives

Directive n° 64/221/CEE du Conseil du 25 février 1964 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, JO n° 56 du 4 avril 1964, p. 850.

Directive n° 68/360/CEE du Conseil du 15 octobre 1968 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, JO n° L 257 du 19 octobre 1968, p. 13.

Directive n° 73/148/CEE du Conseil du 21 mai 1973 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des Etats membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services, JO n° L 172 du 28 juin 1973, p. 14.

Directive n° 90/364/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour, JO n° L 180 du 13 juillet 1990, p. 26.

Directive n° 90/365/CEE du Conseil du 28 juin 1990 relative au droit de séjour des travailleurs salariés et non salariés ayant cessé leur activité professionnelle, JO n° L 180 du 13 juillet 1990, p. 28.

Directive n° 93/96/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative au droit de séjour des étudiants, JO n° L 317 du 18 décembre 1993, p. 59.

Directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE n° L 281 du 23 novembre 1995, p. 31.

Proposition de directive du Conseil du 24 mai 2000 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, COM(2000) 303.

Initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JOCE n° C 243 du 24 août 2000, p. 1.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2001 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, COM(2001) 257 final.

Directive n° 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 sur la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JOCE n° L 149 du 2 juin 2001, p. 34.

Directive n° 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JOCE n° L 328 du 5 décembre 2002, p. 17.

Directive n° 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JOCE n° L 212 du 7 août 2001, p. 12.

Proposition modifiée de directive du Conseil du 3 juillet 2002 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, COM(2002) 326 final/2.

Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil du 15 avril 2003 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, COM(2003) 199 final.

Initiative de la République italienne en vue de l'adoption de la directive du Conseil concernant l'assistance au transit à travers le territoire d'un ou plusieurs Etats membres, dans le cadre de mesures d'éloignement prises par les Etats membres à l'égard des ressortissants de pays tiers, JOUE n° C 223 du 19 septembre 2003, p. 5.

Directive n° 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JOUE n° L 251 du 3 octobre 2003, p. 12.

Directive n° 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JOUE n° L 16 du 23 janvier 2004, p. 44.

Directive n° 2003/110/CE du Conseil du 25 novembre 2003 concernant l'assistance au transit dans le cadre de mesures d'éloignement par voie aérienne, JOUE n° L 321 du 6 décembre 2003, p. 26.

Directive n° 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil 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 membres, JOUE n° L 158 du 30 avril 2004, p. 77 ;

rectificatif au JOUE n° L 229 du 29 juin 2004, p. 35 ; rectificatif au rectificatif au JOUE n° L 197 du 28 juillet 2005, p. 34 ; nouveau rectificatif au JOUE n° L 204 du 4 août 2007, p. 28.

Directive n° 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine ou qui coopèrent avec les autorités compétentes, JOUE n° L 261 du 6 août 2004, p. 19.

Directive n° 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JOUE n° L 304 du 30 septembre 2004, p. 12.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 1er septembre 2005 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, COM(2005) 391 final.

Directive n° 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, JOUE n° L 326 du 13 décembre 2005, p. 13 ; rectificatif, JOUE n° L 236 du 31 août 2006, p. 36.

D. Décisions

Décision n° 64/732/CEE du Conseil du 23 décembre 1963 concluant, approuvant et confirmant l'accord d'association Communauté économique européenne - Turquie, signé à Ankara le 12 septembre 1963, JO 1964, n° 217, p. 3685.

Proposition de décision du Conseil du 3 février 2003 définissant les critères et modalités pratiques de la compensation des déséquilibres financiers résultant de l'application de la directive 2001/40/CE du Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, COM(2003) 49 final.

Initiative de la République italienne en vue de l'adoption d'une décision du Conseil relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement de ressortissants de pays tiers séjournant

illégalement sur le territoire de deux Etats membres ou plus, JOCE n° C 223 du 19 septembre 2003, p. 3.

Décision n° 2004/80/CE du Conseil du 17 décembre 2003 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JOUE n° L 17 du 24 janvier 2004, p. 23.

Décision n° 2004/191/CE 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, JOUE n° L 060 du 27 février 2004, p. 55.

Décision n° 2004/424/CE du Conseil du 21 avril 2004 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JOUE n° L 143 du 30 avril 2004, p. 97.

Décision n° 2004/573/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'organisation de vols communs pour l'éloignement, à partir du territoire de deux Etats membres ou plus, de ressortissants de pays tiers faisant l'objet de mesures d'éloignement, JOUE n° L 261 du 6 août 2004, p. 28 ; rectificatif au JOUE n° L 237 du 14 septembre 2005, p. 10.

Décision n° 2004/512/CE du Conseil du 8 juin 2004 portant création du système d'information sur les visas (VIS), JOUE n° L 213 du 15 juin 2004, p. 5.

Décision n° 2004/904/CE du Conseil du 2 décembre 2004 établissant le Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2005-2010, JOUE n° L 381 du 28 décembre 2004, p. 52.

Décision n° 2005/372/CE du Conseil du 3 mars 2005 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la République socialiste démocratique de Sri Lanka concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JOUE n° L 124 du 17 mai 2005, p. 41.

Décision n° 2005/358/CE du Conseil du 26 avril 2005 portant désignation du siège de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, JOUE n° L 114 du 4 mai 2005, p. 13.

Décision n° 2005/687/CE de la Commission du 29 septembre 2005 relative au format uniforme des rapports sur les activités des réseaux d'officiers de liaison « immigration » ainsi que sur la situation dans le pays hôte en matière d'immigration illégale, JOUE n° L 264 du 8 octobre 2005, p. 8.

Décision n° 2005/809/CE du Conseil du 7 novembre 2005 relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, JOUE n° L 304 du 23 novembre 2005, p. 14.

Proposition de décision du Conseil du 18 avril 2007 concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et l'Ukraine, COM(2007) 197 final.

Décision n° 2007/340/CE du Conseil du 19 avril 2007 concernant la conclusion de l'accord visant à faciliter la délivrance de visas de court séjour entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, JOUE n° L 129 du 17 mai 2007, p. 25.

Décision n° 2007/341/CE du Conseil du 19 avril 2007 concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, JOUE n° L 129 du 17 mai 2007, p. 38.

Décision n° 573/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour les réfugiés pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires » et abrogeant la décision 2004/904/CE du Conseil, JOUE n° L 144 du 6 juin 2007, p. 1.

Décision n° 574/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds pour les frontières extérieures pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JOUE n° L 144 du 6 juin 2007, p. 22.

Décision n° 575/2007/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 portant création du Fonds européen pour le retour pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JOUE n° L 144 du 6 juin 2007, p. 45.

Décision n° 2007/472/CE du Conseil du 12 juin 2007 sur l'application à la République tchèque, à la République d'Estonie, à la République de Lettonie, à la République de Lituanie, à la République de Hongrie, à la République de Malte, à la République de Pologne, à la République de Slovénie et à la République slovaque des dispositions de l'acquis de Schengen relatives au système d'information Schengen, JOUE n° L 179 du 7 juillet 2007, p. 46.

Décision n° 2007/435/CE du Conseil du 25 juin 2007 portant création du Fonds européen d'intégration des ressortissants de pays tiers pour la période 2007-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JOUE n° L 168 du 28 juin 2007, p. 18.

Proposition de décision du Conseil du 17 juillet 2007 concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Bosnie-et-Herzégovine, COM(2007) 425 final.

Proposition de décision du Conseil du 19 juillet 2007 concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la République du Monténégro, COM(2007) 431 final.

Proposition de décision du Conseil du 19 juillet 2007 concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et l'Ancienne République yougoslave de Macédoine, COM(2007) 432 final.

E. Recommandations

Recommandation du 30 novembre 1992 des ministres des Etats membres chargés de l'immigration relative aux pratiques des Etats membres en matière d'éloignement, non publiée au JO.

Recommandation du 30 novembre 1992 des ministres des Etats membres chargés de l'immigration relative au transit aux fins d'éloignement, JO n° C 5 du 10 janvier 1996, p. 5 ; addendum des 1er et 2 juin 1993, JOCE n° C 5 du 10 janvier 1996, p. 7.

Recommandation du 25 mai 1993 des ministres des Etats membres chargés de l'immigration sur le contrôle et l'expulsion des ressortissants des Etats tiers résidant ou travaillant sans autorisation, *in* GUILD (E.), *The Developing Immigration and Asylum Policies of the European Union : Adopted Conventions, Resolutions, Recommendations, Decisions and Conclusions*, The Hague : Kluwer Law International, 1996, 528 p., pp. 275-292.

Recommandation du 1er juin 1993 des ministres des Etats membres chargés de l'immigration sur le contrôle et l'expulsion des ressortissants d'Etats tiers résidant ou travaillant sans autorisation.

Recommandation du 30 novembre 1994 du Conseil concernant l'adoption d'un modèle de document de voyage pour l'éloignement de ressortissants de pays tiers, JOCE n° C 274 du 19 septembre 1996.

Recommandation du 30 novembre 1994 du Conseil concernant un accord type bilatéral de réadmission entre un Etat membre et un pays tiers, JOCE n° C 274 du 19 septembre 1996.

Recommandation du 24 juillet 1995 du Conseil concernant les principes directeurs à suivre lors de l'élaboration de protocoles sur la mise en œuvre d'accords de réadmission, JOCE n° C 274 du 19 septembre 1996, p. 25.

Recommandation du 22 décembre 1995 du Conseil sur l'harmonisation des moyens de lutte contre l'immigration illégale et le travail clandestin ainsi que sur l'amélioration des moyens de contrôle prévus à cet effet, JOCE n° C 5 du 10 janvier 1996, p. 1.

Recommandation du 22 décembre 1995 du Conseil relative à la concertation et à la coopération dans l'exécution des mesures d'éloignement, JOCE n° C 5 du 10 janvier 1996, p.3.

F. Travaux des Institutions

1) Conseil de l'Union européenne

Résolution du Conseil du 1er juin 1993 sur l'harmonisation des politiques nationales relatives au regroupement familial, doc. SN 2828/1/93 WGI 1497 REV 1, non publiée au JO.

Résolution du Conseil du 20 juin 1994 concernant la limitation de l'admission à des fins d'emploi des ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres, JOCE n° C 274 du 19 septembre 1996.

Résolution du Conseil du 30 novembre 1994 concernant la limitation de l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres aux fins de l'exercice d'une activité professionnelle indépendante, JOCE n° C 274 du 19 septembre 1996.

Résolution du Conseil du 30 novembre 1994 relative à l'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire des Etats membres à des fins d'étude, JOCE n° C 274 du 19 septembre 1996.

Résolution du Conseil du 20 juin 1995 sur les garanties minimales pour les procédures d'asile, JOCE n° C 274 du 19 septembre 1996, p. 13.

2) Commission des Communautés européennes

a/ Communications

Communication du 1er juillet 1998 de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le suivi des recommandations du Groupe de haut niveau sur la libre circulation des personnes, COM(1998) 403 final.

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.

Communication du 15 novembre 2001 de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur une politique commune en matière d'immigration clandestine, COM(2001) 672 final.

Communication du 14 octobre 2002 de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2002) 564 final.

Communication du 3 décembre 2002 de la Commission au Conseil et au Parlement européen – L'intégration de la politique des migrations dans les relations de l'Union européenne avec les pays tiers – I. Migrations et développement – II. Rapport sur l'efficacité des ressources financières disponibles au niveau communautaire pour le rapatriement des immigrants et des demandeurs d'asile non admis, pour la gestion des frontières extérieures et pour les projets concernant l'asile et les migrations dans les pays tiers, COM(2002) 703 final.

Communication du 3 juin 2003 de la Commission au Parlement européen et au Conseil en vue du Conseil européen de Thessalonique sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier, COM(2003) 323 final.

Communication du 30 décembre 2003 de la Commission au Parlement européen conformément à l'article 251 § 2 alinéa 2 du traité CE concernant la position commune arrêtée par le Conseil en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, SEC/2003/1293 final, COD 2001/0111.

Communication du 12 mai 2004 de la Commission, « Politique européenne de voisinage - Document d'orientation », COM (2004) 373 final.

Communication du 2 juin 2004 de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Espace de liberté, de sécurité et de justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations », COM(2004) 401 final.

Communication du 6 avril 2005 de la Commission au Conseil et au Parlement européen établissant un programme-cadre de solidarité et de gestion des flux migratoires pour la période 2007-2013, COM(2005) 123 final.

Communication du 10 mai 2005 de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Programme de La Haye : Dix priorités pour les cinq prochaines années – Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécutité et de la justice », COM(2005) 184 final.

Communication du 1er septembre 2005 de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Migration et développement : des orientations concrètes, COM(2005) 390 final.

Communication du 30 novembre 2005 de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Priorités d'action en vue de relever les défis liés aux migrations : Première étape du processus de suivi de Hampton Court », COM(2005) 621 final.

Communication du 8 février 2006 de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Rapport sur le fonctionnement des dispositions transitoires visées au traité d'adhésion de 2003 (période du 1er mai 2004 au 30 avril 2006) », COM(2006) 48 final.

Communication du 28 juin 2006 de la Commission au Conseil et au Parlement européen, « Evaluer les politiques de l'Union européenne en matière de liberté, de sécurité et de justice », COM(2006) 332 final.

Communication du 28 juin 2006 de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Rapport sur la mise en œuvre du programme de La Haye pour l'année 2005, COM(2006) 333 final.

Communication du 19 juillet 2006 de la Commission sur les priorités d'action en matière de lutte contre l'immigration clandestine de ressortissants de pays tiers, COM(2006) 402 final.

Communication du 4 décembre 2006 de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative au renforcement de la politique européenne de voisinage, COM(2006) 726 final.

Communication du 3 juillet 2007 de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Rapport sur la mise en œuvre du programme de La Haye en 2006, COM(2007) 373 final.

b/ Livres verts

Livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, 10 avril 2002, COM(2002) 175 final.
Livre vert sur une approche communautaire de la gestion des migrations économiques, 11 janvier 2005, COM(2004) 811 final.
Livre vert sur le futur régime d'asile européen commun, 6 juin 2007, COM(2007) 301 final.

G. Autres actes et documents

Décision n° 1/80 du 19 septembre 1980 du Conseil d'association institué par l'accord d'association Communauté économique européenne - Turquie, signé à Ankara le 12 septembre 1963, relative au développement de l'association.
Résolution des ministres des Etats membres chargés de l'immigration sur une approche harmonisée des questions relatives aux pays tiers d'accueil, 30 novembre-1er décembre 1992, SN 4823/92.
Décision n° 96/749/JAI du Conseil du 16 décembre 1996 relative au suivi de la mise en œuvre des actes adoptés par le Conseil en matière d'immigration clandestine, de réadmission, d'emploi irrégulier de ressortissants de pays tiers et de coopération dans l'exécution des arrêtés d'expulsion, JOCE n° L 342 du 31 décembre 1996, p. 5.
Résolution de septembre 1996 de l'assemblée paritaire de la Convention conclue entre les Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et l'Union européenne (ACP-UE) sur l'expulsion des immigrés en situation irrégulière en Europe, JOCE n° C 62 du 27 février 1997, p. 39.
Résolution de septembre 1996 de l'assemblée paritaire de la Convention conclue entre les Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et l'Union européenne (ACP-UE) sur les pratiques d'expulsion des immigrés en situation irrégulière, JOCE n° C 62 du 27 février 1997, p. 40.

Rapport de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du 18 juillet 2000 sur le rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application des directives 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE et sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 19 juillet 1999, Final A5-0207/2000.

Résolution du Parlement européen du 6 septembre 2000 sur le rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'application des directives 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (droit de séjour) et sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 19 juillet 1999, T5-0367/2000, JOCE n° C 135 du 7 mai 2001, p. 83.

Rapport de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du 27 février 2001 sur l'initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, Final A5-0065/2001.

Avis du Parlement européen du 13 mars 2001 sur la proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, T5-123/2001, JOCE n° C 343 du 5 décembre 2001, p. 22.

Avis du Parlement européen du 13 mars 2001 sur la proposition de directive du Conseil relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, T5 – 0127/2001, JOCE n° C 343 du 5 décembre 2001, p. 91.

Décision-cadre n° 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 relative à l'immigration clandestine et visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JOCE n° L 328 du 5 décembre 2002, p. 1.

Avis du Comité économique et social européen sur le livre vert relatif à une politique communautaire en matière de retour des personnes en séjour irrégulier, JOUE n° C 61 du 14 mars 2003, p. 61.

Rapport de la Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures du 21 février 2004 sur la proposition de décision du Conseil relative à la signature de l'accord entre la Communauté européenne et la région administrative spéciale de Macao de la République populaire de Chine concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Final A5-0096/2004.

Avis du Comité économique et social européen sur la proposition de règlement du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, JOUE n° C 108 du 30 avril 2004, p. 97.

Décision n° 2005/211/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'attribution de certaines fonctions nouvelles au Système d'information Schengen, y compris dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, JOUE n° L 68 du 15 mars 2005, p. 44.

Rapport de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du 22 juin 2005 sur la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la République d'Albanie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, Final A6-0214/2005.

Proposition de décision du Conseil du 18 juillet 2005 concernant l'amélioration de la coopération policière entre les Etats membres de l'Union européenne, en particulier aux frontières intérieures, et modifiant la Convention d'application de l'Accord de Schengen, COM(2005) 317 final.

Proposition de décision-cadre du Conseil du 12 octobre 2005 relative à l'échange d'informations en vertu du principe de disponibilité, COM(2005) 490 final.

Avis du Comité économique et social européen sur la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le programme de La Haye : Dix priorités pour les cinq prochaines années – Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice, JOUE n° C 65 du 17 mars 2006, p. 120.

Avis du Comité économique et social européen sur les propositions de décision créant les quatre Fonds dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », JOUE n° C 88 du 11 avril 2006, p. 15.

Avis du Comité des régions sur la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen établissant un programme-cadre de solidarité et de gestion des flux migratoires pour la période 2007-2013, JOUE n° C 115 du 16 mai 2006, p. 47.

Avis du Comité des régions sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JOUE n° C 206 du 29 août 2006, p. 33.

Troisième **rapport** de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 5 avril 2006 sur l'application des directives 93/96, 90/364 et 90/365 relatives au droit de séjour des

citoyens de l'Union qui sont étudiants, économiquement non actifs et retraités, COM(2006) 156 final.

Résolution législative du Parlement européen du 14 décembre 2006 sur la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil portant création du Fonds européen pour le retour pour la période 2008-2013 dans le cadre du programme général « Solidarité et gestion des flux migratoires », T6-0591/2006.

Rapport de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du 5 février 2007 sur la proposition de décision du Conseil concernant la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la fédération de Russie, Final A6-0028/2007.

Initiative des Etats membres en vue de l'adoption de la décision du Conseil relative à l'approfondissement de la coopération transfrontière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontière, JOUE n° C 71 du 28 mars 2007, p. 35.

V – ORGANISATION DES ETATS AMÉRICAINS

Commission interaméricaine des droits de l'homme, 14 février 1992, *Rapport annuel de 1991*, OEA/Ser.L/V/II.81, Doc. 6 rev. 1.

Commission interaméricaine des droits de l'homme, 28 février 2000, *Report on the Situation of Human Rights of Asylum Seekers within the Canadian Refugee Determination System*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev. (http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/country-reports/canada2000)

VI – DROITS NATIONAUX

A. France

1) Législation

Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, JORF du 4 novembre 1945.

Proposition de loi tendant à supprimer la peine complémentaire d'interdiction du territoire français, séance ordinaire du Sénat du 21 février 2002.

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, JORF n° 66 du 19 mars 2003, p. 4761, rectificatif au JORF n° 129 du 5 juin 2003, p. 9561.

Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JORF n° 274 du 27 novembre 2003, p. 20136.

Loi n° 2004-735 du 26 juillet 2004 relative aux conditions permettant l'expulsion des personnes visées à l'article 26 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945, JORF n° 173 du 28 juillet 2004, p. 13418.

Ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre 2004 relative à la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, JORF n° 274 du 25 novembre 2004, p. 19924.

Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, JORF n° 170 du 25 juillet 2006, p. 11047.

2) Travaux

Sénat, Service des affaires européennes, Note de synthèse, « L'immigration et le droit d'asile », janvier 1998, n° LC 34.

Sénat, Rapport « Prisons, une humiliation pour la République », 1er janvier 1999.

Assemblée nationale, Rapport d'information déposé par la Délégation de l'Assemblée nationale sur le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 5 octobre 2000, n° 2616.

Assemblée nationale, Rapport du Député C. CARESCHE fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 380) visant à protéger certaines catégories d'étrangers des mesures d'éloignement du territoire, 26 novembre 2002, n° 395.

Sénat, Service des études juridiques, Document de travail, « La double peine », février 2003, Etudes de législation comparée, n° LC 117.

Ministère de l'Intérieur, Haut Conseil à l'Intégration, Observatoire statistique de l'immigration et de l'intégration, Rapport 2002-2003.

Assemblée nationale, Délégation pour l'Union européenne, réunion du 13 février 2007, document n° E 3143 concernant la proposition de décision du Conseil relative à la signature de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie et la proposition de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord de réadmission entre la Communauté européenne et la Fédération de Russie, disponible sur la page http://www.assemblee-nationale.fr/europe/dossiers_e/e3143.asp

B. Belgique

Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, BEL-1980-L-35769, Moniteur belge du 31 décembre 1980.

C. Royaume-Uni

Loi du 11 mars 2005, "Prevention of Terrorism Act".

Loi du 14 décembre 2001, "Anti-terrorism, Crime and Security Act".

Loi du 30 mars 2006, "Immigration, Asylum and Nationality Act"

D. Etats-Unis d'Amérique

Antiterrorism and Effective Death Penalty **Act**, Pub. L. n° 104-132, 110 Stat. 1214 (1996).

Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility **Act**, Pub. L. n° 104-208, 110 Stat. 3009-546 (1996).

USA Patriot **Act**, *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*, 26 octobre 2001, Pub. L. n° 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

Projet de USA Patriot **Act** II, *Domestic Security Enhancement Act*, 9 janvier 2003.

TABLE DE JURISPRUDENCE (principales décisions citées)

Le classement est effectué dans l'ordre chronologique.

I - Jurisprudence internationale 545

A. Jurisprudence du droit international public 545

1) *Cours de La Haye* 545

2) *Sentences arbitrales (interétatiques)* 545

B. Jurisprudence de droit international pénal 545

C. Jurisprudence du droit international des droits de l'Homme 546

1) *Comité contre la torture des Nations Unies* 546

2) *Comité des droits de l'homme des Nations Unies* 546

II - Jurisprudence régionale 548

A. Jurisprudence européenne 548

1) *Jurisprudence européenne des droits de l'Homme* 548

a/ Commission européenne des droits de l'Homme (rapports et décisions) 548

b/ Cour européenne des droits de l'Homme (décisions et arrêts) 549

2) *Jurisprudence communautaire* 552

a/ Tribunal de première instance des Communautés européennes 552

b/ Cour de justice des Communautés européennes 553

α - Conclusions des avocats généraux 553

β – Arrêts et avis de la Cour 554

B. Jurisprudence américaine 557

C. Jurisprudence africaine 558

III - Jurisprudence nationale 558

A. France 558

B. Royaume-Uni 558

C. Etats-Unis d'Amérique 559

I – JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

A. Jurisprudence du droit international public

1) Cours de La Haye

CPJI, arrêt du 30 août 1924, Grèce c/ France, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Série A n° 2.

CIJ, arrêt du 6 avril 1955, Liechtenstein c/ Guatemala, *Nottebohm*, Rec., p. 4.

CIJ, arrêt du 5 février 1970, Belgique c/ Espagne, *Barcelona Traction Light and Power Company*, Rec., p. 3.

2) Sentences arbitrales (interétatiques)

Sentence arbitrale, *Orazio de Attelis*, Etats-Unis c/ Mexique, 25 février 1842, baron Rônne, Recueil des arbitrages internationaux, t. I, p. 472.

Sentence arbitrale, *White*, Grande-Bretagne c/ Pérou, 13 avril 1864, Recueil des arbitrages internationaux, tome II, p. 304.

Sentence arbitrale, *Ben Tillett*, Royaume-Uni c/ Belgique, 26 décembre 1898, A. Desjardins, Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée, 1899, t. 26, p. 203.

Sentence arbitrale, *Maal*, Pays-Bas c/ Venezuela, 28 février 1903, Plumley, *v.* J.-H. Ralston, Venezuelian arbitrations of 1903, n° 914.

Sentence arbitrale, *Paquet*, Belgique c/ Venezuela, 7 mars 1903, Filz, *v.* J.-H. Ralston, RSA 9, p. 323 ; Venezuelian arbitrations of 1903, n° 265.

Sentence arbitrale, *Chevreau*, France c/ Royaume-Uni, 9 juin 1931, M. Beichman, RSA II, p. 1113.

B. Jurisprudence de droit international pénal

TPIY, chambre de première instance, jugement du 31 juillet 2003, *Milomir Stakic*.

C. Jurisprudence du droit international des droits de l'Homme

1) Comité contre la torture des Nations Unies

Comité contre la torture des Nations Unies, constatations du 28 avril 1997 concernant la Communication n° 39/1996, *Gorki Ernesto Tapia Paez contre Suède*, présentée le 19 janvier 1996, CAT/C/18/D/39/1996, 28 avril 1997.

Comité contre la torture des Nations Unies, constatations du 9 mai 1997 concernant la Communication n° 34/1995, *Seid Mortesa Aemei contre Suisse*, présentée le 26 octobre 1995, CAT/C/18/D/34/1995, 29 mai 1997.

Comité contre la torture des Nations Unies, constatations du 5 mai 1999 concernant la Communication n° 104/1998, *M.B.B. contre Suède*, présentée le 12 décembre 1997, CAT/C/22/D/104/98, 21 juin 1999.

Comité contre la torture des Nations Unies, constatations du 16 mai 2000 concernant la Communication n° 99/1997, *T.P.S. contre Canada*, présentée le 19 septembre 1997, CAT/C/24/D/99/1997, 4 septembre 2000.

2) Comité des droits de l'homme des Nations Unies

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 9 avril 1981, *Anna Maroufidou contre Suède*, communication n° 58/1979 du 5 septembre 1979, CCPR/C/12/D/58/1979, 8 avril 1981.

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 8 avril 1986, *Yvon Landry contre Canada*, communication n° 112/1981 du 7 décembre 1981, CCPR/C/27/D/112/1981, 8 avril 1986.

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 3 avril 1987, *Eric Hammel contre Madagascar*, communication n° 155/1983 du 1 août 1983, CCPR/C/29/D/155/1983, 3 avril 1987.

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 5 novembre 1991, *Edgar A. Cañón Garcia contre Equateur*, communication n° 319/1988 du 4 juillet 1988, CCPR/C/43/D/319/1988, 12 novembre 1991.

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 1er novembre 1996, *Charles E. Stewart contre Canada*, communication n° 538/1993 du 18 février 1993, CCPR/C/58/D/538/1993, 16 décembre 1996.

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 19 octobre 2000, *Dante Piandiong, Jesus Morallos et Archie Bulan contre Philippines*, communication n° 869/1999 du 15 juin 1999, CCPR/C/70/D/869/1999, 19 octobre 2000.

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 2 novembre 2000, *M. Simalae Toala et consorts contre Nouvelle Zélande*, communication n° 675/1995 du 19 octobre 1995, CCPR/C/70/D/675/1995, 22 novembre 2000.

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 26 juillet 2001, *M. H. Winata et M. Li So Lan contre Australie*, communication n° 930/2000 du 11 mai 2000, CCPR/C/72/D/930/2000, 16 août 2001.

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 28 octobre 2002, *M.C. contre Australie*, communication n° 900/1999 du 23 novembre 1999, CCPR/C/76/D/900/1999, 13 novembre 2002.

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 29 octobre 2002, *Valentina Zheludkova contre Ukraine*, communication n° 155/1983 du 28 mars 1994, CCPR/C/76/D/726/1996, 6 décembre 2002.

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 28 mars 2003, *Mohammed Sahid contre Nouvelle-Zélande*, communication n° 893/1999 du 28 août 1998, CCPR/C/77/D/893/1999, 11 avril 2003.

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 29 mars 2004, *Mansour Ahani contre Canada*, communication n° 1051/2002 du 10 janvier 2002, CCPR/C/80/D/1051/2002, 14 juin 2004.

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 23 juillet 2004, *Fatima Benali contre Pays-Bas*, communication n° 1272/2004 du 23 juin 2003, CCPR/C/81/D/1272/2004, 25 août 2004.

Comité des droits de l'homme des Nations Unies, constatations du 26 juillet 2004, *Francesco Madafferi et Anna Maria Immacolata Madafferi contre Australie*, communication n° 1011/2001 du 16 juillet 2001, CCPR/C/81/D/1011/2001, 26 août 2004.

II - Jurisprudence régionale

A. Jurisprudence européenne

1) Jurisprudence européenne des droits de l'Homme

a/ Commission européenne des droits de l'Homme (rapports et décisions)

Comm.EDH, décision du 6 octobre 1962, *X contre RFA*, req. n° 1465/62.

Comm.EDH, décision du 16 juillet 1965, *X. contre RFA*, req. n° 2535/65, recueil 19, p. 28.

Comm.EDH, décision du 15 juillet 1967, *Alam et Khan ; Singh contre Royaume-Uni*, req. n° 2991/66 et 2992/66, recueil 24, p. 116.

Comm.EDH, décision du 11 octobre 1973, *Amekrane contre Royaume-Uni*, req. n° 5961/72, recueil 44, p. 101.

Comm.EDH, décision du 3 octobre 1975, *H. Becker contre Danemark*, req. n° 7011/75, *D. R.* 4, p. 215.

Comm.EDH, décision du 6 octobre 1976, *W. P. Lynas contre Suisse*, req. n° 7317/75, *D.R.* 6, p. 141.

Comm.EDH, décision du 17 décembre 1976, *P. B. F. Agee contre Royaume-Uni*, req. n° 7729/76, *D.R.* 7, p. 164.

Comm.EDH, décision du 3 mars 1978, *Franco Caprino contre Royaume-Uni*, req. n° 6871/75, *D. R.* 12, p. 14.

Comm.EDH, décision du 2 mai 1979, *Uppal et Singh contre Royaume-Uni*, req. n° 8244/78, *D.R.* 17, p. 149.

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 10 décembre 1984, *L. contre RFA*, req. n° 10564/83, *D. R.* 40, p. 262.

Comm.EDH, décision du 2 décembre 1986, *K. et F. contre Pays-Bas*, req. n° 12543/86, *D. R.* 51, p. 272.

Comm.EDH, décision du 13 octobre 1987, *Kilicarslan contre France*, req. n° 11939/86.

Comm.EDH, décision du 8 mars 1989, *El Makhour contre Allemagne*, req. n° 14312/88, *D. R.* 60, p. 284.

Comm.EDH, décision du 14 décembre 1989, *Habsburg-Lothringen contre Autriche*, req. n° 15344/89, *D. R.* 64, p. 210.

Comm.EDH, rapport du 13 octobre 1992, *Lamguindaz contre Royaume-Uni*, req. n° 16152/90.

Comm.EDH, décision du 2 décembre 1992, *Youcef Ayadi contre France*, req. n° 18000/91.

Comm.EDH, décision du 13 janvier 1993, *Voulfovitch et autres contre Suède*, req. n° 19373/92, *D.R.* 74, p. 199.

Comm.EDH, décision du 8 février 1993, *S.T. contre France*, req. n° 20649/92.

Comm.EDH, rapport du 21 février 1995, *M. C. contre Belgique*, req. n° 21794/93.

Comm.EDH, décision du 24 juin 1996, *Illich Ramirez Sánchez contre France*, req. n° 28780/95, *D. R.* 155.

Comm.EDH, décision du 5 décembre 1996, *Urrutikoetxea contre France*, req. n° 31113/96, *D.R.* 87-A, p. 151.

b/ Cour européenne des droits de l'Homme (décisions et arrêts)

CEDH, arrêt du 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp contre Belgique*, série A n° 12.

CEDH, arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside*, série A n° 24.

CEDH, arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et autres contre Allemagne*, série A n° 28.

CEDH, arrêt du 13 juin 1979, *Marckx contre Belgique*, série A n° 31.

CEDH, arrêt du 9 octobre 1979, *Airey contre Irlande*, série A n° 32.

CEDH, arrêt du 24 octobre 1979, *Winterwerp contre Pays-Bas*, série A n° 33.

CEDH, arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon contre Royaume-Uni*, série A n° 45

CEDH, arrêt du 5 novembre 1981, *X contre Royaume-Uni*, série A n° 46.

CEDH, arrêt du 25 mars 1983, *Silver et autres contre Royaume-Uni*, série A n° 61.

CEDH, arrêt du 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni*, série A n° 94.

CEDH, arrêt du 21 octobre 1986, *Sanchez-Reisse contre Suisse*, série A n° 107.

CEDH, arrêt du 18 décembre 1986, *Bozano contre France*, série A n° 111.

CEDH, arrêt du 27 avril 1988, *Boyle et Rice contre Royaume-Uni*, série A n° 131.

CEDH, arrêt du 21 juin 1988, *Berrehab contre Pays-Bas*, série A n° 138.

CEDH, arrêt du 7 juillet 1989, *Soering contre Royaume-Uni*, série A n° 161.

CEDH, arrêt du 18 février 1991, *Moustaquim contre Belgique*, série A n° 193.

CEDH, arrêt du 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres contre Suède*, série A n° 201.

CEDH, arrêt du 26 juin 1991, *Letellier contre France*, série A n° 207.

CEDH, arrêt du 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres contre Royaume-Uni*, série A n° 215.

CEDH, arrêt du 27 novembre 1991, *Kemmache contre France*, série A n° 218.

CEDH, arrêt du 29 novembre 1991, *Vermeire contre Belgique*, série A n° 214-C.

CEDH, arrêt du 26 mars 1992, *Beldjoudi contre France*, série A n° 234-A.

CEDH, arrêt du 26 juin 1992, *Drozd et Janousek contre France*, série A n° 240.

CEDH, arrêt du 27 août 1992, *Tomasi contre France*, série A n° 241-A.

CEDH, arrêt du 16 décembre 1992, *Niemietz contre Allemagne*, série A n° 251-B.

CEDH, arrêt du 23 juin 1993, *Lamguindaz contre Royaume-Uni*, série A n° 258-C.

CEDH, arrêt du 22 février 1994, *Burghartz contre Suisse*, série A n° 280-B.

CEDH, arrêt du 13 juillet 1995, *Nasri contre France*, série A n° 320-B.

CEDH, arrêt du 4 décembre 1995, *Ribitsch contre Autriche*, série A n° 336.

CEDH, arrêt du 19 février 1996, *Gül contre Suisse*, recueil 1996-I.

CEDH, arrêt du 24 mars 1996, *Boughanemi contre France*, recueil 1996-II.

CEDH, arrêt du 25 juin 1996, *Amuur contre France*, recueil 1996-III.

CEDH, arrêt du 7 août 1996, *C. contre Belgique*, recueil 1996-III.

CEDH, arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal contre Royaume-Uni*, recueil 1996-V.

CEDH, arrêt du 28 novembre 1996, *Ahmut contre Pays-Bas*, recueil 1996-VI.

CEDH, arrêt du 17 décembre 1996, *Ahmed contre Autriche*, recueil 1996-VI.

CEDH, arrêt du 18 décembre 1996, *Aksoy contre Turquie*, recueil 1996-VI.

CEDH, arrêt du 29 avril 1997, *HLR contre France*, recueil 1997-III.

CEDH, arrêt du 2 mai 1997, *D. contre Royaume-Uni*, recueil 1997-III.

CEDH, arrêt du 29 juin 1997, *Bouchelkia contre France*, recueil 1997-I.

CEDH, arrêt du 26 septembre 1997, *El Boujaïdi contre France*, recueil 1997-VI.

CEDH, arrêt du 26 septembre 1997, *Mehemi contre France*, recueil 1997-VI.

CEDH, arrêt du 21 octobre 1997, *Boujlifa contre France*, recueil 1997-VI.

CEDH, arrêt du 30 octobre 1997, *Ernesto Paez contre Suède*, recueil 1997-VII.

CEDH, arrêt du 19 février 1998, *Dalia contre France*, recueil 1998-I.

CEDH, arrêt du 24 avril 1998, *Selcuk et Asker contre Turquie*, recueil 1998-II.

CEDH, arrêt du 7 septembre 1998, *B.B. contre France*, recueil 1998-VI.

CEDH, décision du 23 février 1999, *Andric contre Suède*, req. n° 45917/99.

CEDH, décision du 9 mars 1999, *Djaïd contre France*, req. n° 38687/97.

CEDH, arrêt du 28 juillet 1999, *Selmouni contre France*, recueil 1999-V.

CEDH, décision du 31 août 1999, *Mamatkulov et Abdurasulovic contre Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99.

CEDH, arrêt du 30 novembre 1999, *Baghli contre France*, recueil 1999-VIII.

CEDH, décision du 7 mars 2000, *T. I. contre Royaume-Uni*, req. n° 43844/98.

CEDH, arrêt du 11 juillet 2000, *Jabari contre Turquie*, recueil 2000-VIII.

CEDH, arrêt du 5 octobre 2000, *Maaouia contre France*, recueil 2000-X.

CEDH, décision du 7 novembre 2000, *J. W. Kwakye-Nti et Akua Dufie contre Pays-Bas*, req. n° 31519/96.

CEDH, arrêt du 6 février 2001, *Bensaïd contre Royaume-Uni*, recueil 2001-I.

CEDH, arrêt du 13 février 2001, *Ezzouhdi contre France*, req. n° 47160/99, non publié.

CEDH, décision du 15 février 2001, *Nina Shevanova et J. Ševanovs contre La Lettonie*, req. n° 58822/00.

CEDH, arrêt du 6 mars 2001, *Dougoz contre Grèce*, recueil 2001-II.

CEDH, décision du 13 mars 2001, *Conka et autres contre la Belgique*, req. n° 51564/99.

CEDH, arrêt du 23 mai 2001, *Denizci et autres contre Chypre*, recueil 2001-V.

CEDH, décision du 31 mai 2001, *Fatgan Katani et autres contre Allemagne*, req. n° 67679/01.

CEDH, arrêt du 2 août 2001, *Boultif contre Suisse*, recueil 2001-IX.

CEDH, arrêt du 21 décembre 2001, *Sen contre Pays-Bas*, req. n° 31465/96.

CEDH, arrêt du 5 février 2002, *Conka et autres contre Belgique*, recueil 2002-I.

CEDH, décision du 14 mars 2002, *Sulejmanovic et Sultanovic contre Italie*, req. n° 57574/00.

CEDH, décision du 14 mars 2002, *Sejdovic et Sulejmanovic contre Italie*, req. n° 57575/00.

CEDH, arrêt du 11 juillet 2002, *Amrollahi contre Danemark*, req. n° 56811/00.

CEDH, arrêt du 31 octobre 2002, *Yildiz contre Autriche*, req. n° 37295/97.

CEDH, arrêt du 6 février 2003, *Jakupovic contre Autriche*, req. n° 36757/97.

CEDH, arrêt du 6 février 2003, *Mamatkulov et Abdurasulovic contre Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99.

CEDH, arrêt du 12 mars 2003, *Öcalan contre Turquie*, req. n° 46221/99.

CEDH, arrêt du 17 avril 2003, *Yilmaz contre Allemagne*, req. n° 52853/99.

CEDH, arrêt du 24 avril 2003, *Victor-Emmanuel De Savoie c/ Italie*, req. n° 53360/99.

CEDH, arrêt du 10 juillet 2003, *Benhebba contre France*, req. n° 53441/99.

CEDH, arrêt du 15 juillet 2003, *Mokrani contre France*, req. n° 52206/99.

CEDH, arrêt du 9 octobre 2003, *Slivenko contre la Lettonie*, recueil 2003-X.

CEDH, arrêt du 27 novembre 2003, *Shamsa contre Pologne*, req. n° 45355/99 et 45357/99.

CEDH, arrêt du 22 avril 2004, *Radovanovic contre Autriche*, req. n° 42703/98.

CEDH, arrêt du 27 juillet 2004, *Sidabras et Dziautas contre Lituanie*, recueil 2004-VIII.

CEDH, arrêt du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov contre Turquie*, recueil 2005-I.

CEDH, décision du 1er mars 2005, *Xhavit Haliti contre Suisse*, req. n° 14015/02.

CEDH, arrêt du 12 avril 2005, *Chamaïev (Shamayev) et autres contre Géorgie et Russie*, recueil 2005-III.

CEDH, arrêt du 26 avril 2005, *Müslim contre Turquie*, req. n° 53566/99.

CEDH, arrêt du 12 mai 2005, *Öcalan contre Turquie*, req. n° 46221/99.

CEDH, décision du 2 juin 2005, *Nancy Ntumba Kabongo contre Belgique*, req. n° 52467/99.

CEDH, arrêt du 16 juin 2005, *Sisojeva et autres contre la Lettonie*, req. n° 60654/00.

CEDH, arrêt du 5 juillet 2005, *Üner contre Pays-Bas*, req. n° 46410/99.

CEDH, arrêt du 17 janvier 2006, *Aoulmi contre France*, req. n° 50278/99.

CEDH, décision du 9 mai 2006, *Abu Salem contre le Portugal*, req. n° 26844/04.

CEDH, arrêt du 15 juin 2006, *Nina Shevanova contre la Lettonie*, req. n° 58822/00.

CEDH, arrêt du 22 juin 2006, *D. et autres contre Turquie*, req. n° 24245/03.

CEDH, arrêt du 10 août 2006, *Olaechea Cahuas contre Espagne*, req. n° 24668/03.

CEDH, arrêt du 5 octobre 2006, *Bolat contre Russie*, req. n° 14139/03.

CEDH, arrêt du 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga contre Belgique*, req. n° 13178/03.

CEDH, arrêt du 18 octobre 2006, *Üner contre Pays-Bas*, req. n° 46410/99.

2) Jurisprudence communautaire

a/ Tribunal de première instance des Communautés européennes

TPICE, arrêt du 30 janvier 2002, *Max. mobil Telekommunication Service GmbH contre Commission*, aff. T- 54/99, Rec. II- p. 313.

b/ Cour de justice des Communautés européennes

α - Conclusions des avocats généraux

Conclusions de l'avocat général H. Mayras présentées le 19 février 1975 dans l'affaire C-67/74, *Carmelo Angelo Bonsignore contre chef de l'administration municipale de la ville de Cologne*, Rec. p. 308.

Conclusions de l'avocat général H. Mayras présentées le 14 octobre 1975 dans l'affaire C-36/75, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur de la République française*, Rec. p. 1237.

Conclusions de l'avocat général H. Mayras présentées le 10 mars 1976 dans l'affaire C-48/75, *Jean-Noël Royer*, Rec. p. 521.

Conclusions de l'avocat général J.-P. Warner présentées le 28 septembre 1977 dans l'affaire C- 30/77, *Régina contre Pierre Bouchereau*, Rec. p. 2015.

Conclusions de l'avocat général F. Capotorti présentées le 16 février 1982 dans les affaires C- 115 et C- 116/81, *R. Adoui contre Etat belge et ville de Liège et D. Cornuaille contre Etat belge*, Rec. p. 1714.

Conclusions de l'avocat général M. M. B. Elmer présentées le 12 octobre 1995 dans l'affaire C- 175/94, *The Queen contre Secretary of State for the Home Department, ex parte John Gallagher*, Rec. I- p. 4255.

Conclusions de l'avocat général M. R.-J. Colomer présentées le 26 novembre 1996 dans les affaires C-65/95 et C-111/95, *Shingara et Radiom*, Rec. I- p. 3343.

Conclusions de l'avocat général M. A. Tizzano présentées le 8 février 2001 dans l'affaire C-173/99, *Bectu contre Secretary of State of Trade and Industry*, Rec. I- p. 4881.

Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl présentées le 13 septembre 2001 dans l'affaire C- 459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) contre Etat belge*, Rec. I- p. 6595.

Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl présentées le 13 septembre 2001 dans l'affaire C-60/00, *Mary Carpenter contre Secretary of State for the Home Department*, Rec. I- p. 6282.

Conclusions de l'avocat général M. Antonio Tizzano présentées le 25 avril 2002 dans l'affaire C- 100/01, *Ministre de l'intérieur contre Aitor Oteiza Olazabal*, Rec. I- p. 10983.

Conclusions de l'avocat général Mr. L.-A. Geelhoed présentées le 27 février 2003 dans l'affaire C- 109/01, *Secretaty of State for the Home Department contre Hacene Akrich*, Rec. I- p. 9610.

Conclusions de l'avocat général Mme C. Stix-Hackl présentées le 11 septembre 2003 dans les affaires C- 482/01 et C- 493/01, *Georgios Orfanopoulos et autres, et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg*, Rec. I- p. 5262.

Conclusions de l'avocat général M. A. Tizzano présentées le 18 mai 2004 dans l'affaire C-200/02, *Catherine Zhu et Man Lavette Chen contre Secretary of State for the Home Department*, Rec. I- p. 9927.

β – Arrêts et avis de la Cour

CJCE, arrêt du 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, aff. C- 41/74, Rec. p. 1337.

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.

CJCE, arrêt du 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur de la République française*, aff. C- 36/75, Rec. p. 1221.

CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Jean-Noël Royer*, aff. C- 48/75, Rec. p. 497.

CJCE, arrêt du 7 juillet 1976, *Lynne Watson et Alessandro Belmann*, aff. C- 118/75, Rec. p. 1185.

CJCE, arrêt du 27 octobre 1977, *Régina contre Pierre Bouchereau*, aff. C- 30/77, Rec. p. 1999.

CJCE, arrêt du 5 mars 1980, *Josette Pecastaing contre Belgique*, aff. C-98/79, Rec. p. 691.

CJCE, arrêt du 22 mai 1980, *Regina et Secrétaire d'Etat aux affaires intérieurs*, aff. 131/79, Rec. p. 1631.

CJCE, arrêt du 23 mars 1982, *D. M. Levin contre Secrétaire d'Etat à la justice*, aff. C- 53/81, Rec. p. 1037.

CJCE, arrêt du 18 mai 1982, *R. Adoui contre Etat belge et ville de Liège et D. Cornuaille contre Etat belge*, aff. jtes C- 115 et C- 116/81, Rec. p. 1668.

CJCE, arrêt du 17 avril 1986, *Etat néerlandais contre Ann Florence Reed*, aff. C- 59/85, Rec. p. 1296.

CJCE, arrêt du 7 mai 1986, *Emir Gül contre Regierungspräsident Düsseldorf*, aff. C- 131/85, Rec. I- p. 1573.

CJCE, arrêt du 15 mai 1986, *M. Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. C- 222/84, Rec. p. 1663.

CJCE, arrêt du 15 octobre 1987, *Unectef contre G. Heylens et autres*, aff. C- 222/86, Rec. p. 4112.

CJCE, arrêt du 20 septembre 1990, *S-Z Sevince contre Staatssecretaris Von Justitie*, aff. C-192/89, Rec. I- p. 3497.

CJCE, arrêt du 18 octobre 1990, *Massam Dzodzi contre Etat belge*, aff. jtes C- 297/88 et C-197/89, Rec. I- p. 3783.

CJCE, arrêt du 26 février 1991, *Antonissen*, aff. C- 292/89, Rec. I- p. 745.

CJCE, arrêt du 18 juin 1991, *ERT*, aff. C- 260/89, Rec. I- p. 2925.

CJCE, arrêt du 7 juillet 1992, *The Queen contre Immigration Appeal Tribunal et S. Singh*, aff. C- 370/90, Rec. I- p. 4288.

CJCE, arrêt du 3 décembre 1992, *Oleificio Borelli contre Commission*, aff. C-97/91, Rec. I- p. 6313.

CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, *The Queen contre Secretary of State for the Home Department, ex parte John Gallagher*, aff. C- 175/94, Rec. I- p. 4268.

CJCE, avis n° 2/94 du 28 mars 1996, Rec. I- p. 1759.

CJCE, arrêt du 5 juin 1997, *Land Nordrhein – Westfalen contre Uecker* et *Jacquet contre Land Nordrhein – Westfalen*, aff. jtes. C- 64/96 et C- 65/96, Rec. I- p. 3182.

CJCE, arrêt du 17 juin 1997, *Singh Shingara et Abbas Radiom*, aff. jtes. C-65/95 et C-111/95, Rec. I- p. 3376.

CJCE, arrêt du 12 mai 1998, *Maria Martinez Sala contre Freistaat Bayern*, aff. C- 85/96, Rec. I- p. 2691.

CJCE, arrêt du 29 octobre 1998, *Commission contre Royaume d'Espagne*, aff. C- 114/97, Rec. I- p. 6732.

CJCE, arrêt du 19 janvier 1999, *Donatella Calfa*, aff. C- 348/96, Rec. I- p. 21.

CJCE, arrêt du 21 octobre 1999, *Jägerskiöld*, aff. C- 97/98, Rec. I- p. 7319.

CJCE, arrêt du 10 février 2000, *Nazli*, aff. C- 340/97, Rec. I- p. 957.

CJCE, arrêt du 9 novembre 2000, *Nana Yaa Konadu Yiadom*, aff. C- 357/98, Rec. I- p. 9285.

CJCE, arrêt du 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk contre Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C- 184/99, Rec. I- p. 6229.

CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop contre Office national de l'emploi*, aff. C- 224/98, Rec. I- p. 6212.

CJCE, arrêt du 11 juillet 2002*, Mary Carpenter contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-60/00, Rec. I- p. 6305.

CJCE, arrêt du 25 juillet 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) contre Etat belge*, aff. C- 459/99, Rec. I- p. 6630.

CJCE, arrêt du 17 septembre 2002, *Baumbast, R contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C- 413/99, Rec. I- p. 7136.

CJCE, arrêt du 19 novembre 2002, *Bülent Kurz contre Land Baden-Württemberg*, aff. C- 188/00, Rec. I- p. 10712.

CJCE, arrêt du 26 novembre 2002, *Ministre de l'intérieur contre Aitor Oteiza Olazabal*, aff. C- 100/01, Rec. I- p. 11000.

CJCE, arrêt du 9 janvier 2003, *Nani Givane et autres contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C- 257/00, Rec. I- p. 366.

CJCE, arrêt du 16 janvier 2003, *Commission contre Italie*, aff. C- 388/01, Rec. I- p. 721.

CJCE, arrêt du 23 septembre 2003, *Secretaty of State for the Home Department contre Hacene Akrich*, aff. C- 109/01, Rec. I- p. 9665.

CJCE, arrêt du 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello contre Etat belge*, aff. C- 148/02, Rec. I- p. 11635.

CJCE, arrêt du 23 mars 2004, *Brian Francis Collins*, aff. C- 138/02, Rec. I- p. 2703.

CJCE, arrêt du 29 avril 2004, *Georgios Orfanopoulos et autres, et Raffaele Oliveri contre Land Baden-Württemberg*, aff. jtes C- 482/01 et C- 493/01, Rec. I- p. 5295.

CJCE, arrêt du 7 septembre 2004, *M. Trojani contre Centre public d'aide sociale de Bruxelles*, aff. C- 456/02, Rec. I- p. 7595.

CJCE, arrêt du 30 septembre 2004, *Ayaz*, aff. C- 275/02, Rec. I- p. 8792.

CJCE, arrêt du 19 octobre 2004, *Catherine Zhu et Man Lavette Chen contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C- 200/02, Rec. I- p. 9951.

CJCE, arrêt du 11 novembre 2004, *Inan Cetinkaya contre Land Baden-Württemberg*, aff. C- 467/02, Rec. I- p. 10924.

CJCE, 27 janvier 2005, *Denuit et Cordenier*, aff. C- 125/04, Rec. I- p. 923.

CJCE, arrêt du 17 février 2005, *Salah Oulane contre Ministre des affaires relatives aux étrangers et à l'intégration*, aff. C- 215/03, Rec. I- p. 1245.

CJCE, arrêt du 14 avril 2005, *Commission contre Royaume d'Espagne*, aff. C- 157/03, Rec. I- p. 2933.

CJCE, arrêt du 2 juin 2005, *G. Dörr et I. Ünal*, aff. C-136/03, Rec. I- p. 4779.

CJCE, arrêt du 7 juillet 2005, *C. Aydin Li*, aff. C- 373/03, Rec. I- p. 6183.

CJCE, arrêt du 7 juillet 2005, *E. Dogan*, aff. C- 383/03, Rec. I-p. 6239.

CJCE, arrêt du 31 janvier 2006, *Commission contre Espagne*, aff. C- 503/03, Rec. I- p. 1122.

CJCE, arrêt du 16 février 2006, *E. Torun*, aff. C- 502/04, Rec. I- p. 1565.

CJCE, arrêt du 23 mars 2006, *Commission contre Royaume de Belgique*, aff. C- 408/03, Rec. I- p. 2663.

CJCE, arrêt du 27 avril 2006, *Commission contre RFA*, aff. C- 441/02, Rec. I- p. 3506.

CJCE, arrêt du 27 juin 2006, *Parlement européen contre Conseil*, aff. C- 540/03, Rec. I- p. 5809.

CJCE, arrêt du 3 octobre 2006, *Nicolae Bot*, aff. C- 241/05, Rec. I- p. 9627.

CJCE, arrêt du 26 octobre 2006, *K. Tas-Hagen et R. A. Tas*, aff. C- 192/05, Rec. I- p. 10451.

CJCE, arrêt du 9 janvier 2007, *YunYing Jia*, aff. C- 1/05, non publié au recueil.

CJCE, arrêt du 7 juin 2007, *Commission contre Pays-Bas*, aff. C- 50/06, non publié au recueil.

B. Jurisprudence américaine

Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 29 juillet 1988, *Velasquez Rodriguez contre Honduras*, série C n° 4.

Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 18 novembre 2004, *De la Cruz-Flores contre Pérou*, série C n° 115.

Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 1er mars 2005, *Hermanas Serrano Cruz contre El Salvador*, série C n° 120.

Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 11 mars 2005, *Caesar contre Trinité-et-Tobago*, série C n° 123.

Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 20 juin 2005, *Fermín Ramírez contre Guatemala*, série C n° 126.

Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 25 novembre 2005, *Garcia Asto y Ramirez Rojas contre Pérou*, série C n° 137.

C. Jurisprudence africaine

Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 239/2001 du 2 mai 2002, *Interights (on behalf of J. D. Sikunda) v. Namibie*.

III - Jurisprudence nationale

A. France

Conseil constitutionnel, décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980.
Conseil constitutionnel, décision n° 2005-524/525 DC du 13 octobre 2005.

B. Royaume-Uni

House of Lords, 16 décembre 2004, *A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Departmemt*, (2004) UKHL 56.
House of Lords, 5 mai 2005, *N. (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, http://www.parliament.the-stationary-office.co.uk.

C. Etats-Unis d'Amérique

Cour suprême des Etats-Unis, 13 mai 1889, *Chae Chan Ping v. United States*, US Reports, 1888 (130), pp. 581-611.

Cour suprême des Etats-Unis, 15 mai 1893, *Fong Yue Ting v. United States*, US Reports, 1892 (149), pp. 698-763.

INDEX THÉMATIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.

A

abus de droit, 21, 22, 173, 179, 181, 313, 697
accord
d'association, 101, 145, 200, 201, 206, 521, 533, 534, 691, 700, 701, 703, 711
de coopération, 691, 700 à 702, 711
de réadmission, 112, 650 à 652, *662 à 690*, *693 à 699*, 701, 703 à 705, 708 à 711, 714 à 716
Amnesty International, 223, 257, 258, 279, 581
apatridie, *42 à 44*, 83, 327, 407, 588, 666, 673 à 677, 698, 702 à 704
arbitrage, 19, 49, 81, 403, 566, 590
arrestation, *cf.* privation de liberté
attentats (du 11 septembre 2001), 2, 52, 59, 82, *94 à 98*, 114, 279 à 281, 559 à 561, 729, 739
avocat
général, 69, 145, 161, 181, 376, 381, 383, 388, 505, 510, 512, 536
représentation juridique, *403*, 425, 469, 483, 537, 613

B

bannissement, 5 à 7, 10, 12, 13, 24, 25, 37, 38, 355, 445

C

charge financière, 132, 153 à 156, 167, 195 à 198, 208, 352, 530
Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 53, 416, 588, 589, 591, 592, 596
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 30, 50, 220, 244, 268 à 271, 277, 514, 526, 593, 597, 605, 634, 648, 713
citoyenneté européenne, 45, 52, 80, 125, 126, 130, *141 à 164*, 167 à 191, 196, 198, 210, 212, 369 à 386, 389, 487, 501, 502, 515, 517, 740, 743
clause
de conditionnalité, 725, 726
de la nation la plus favorisée, 18
de non-incidence, 680, 715
de réadmission, 652, 661, 662, 700 à 705, 711
conjoint, *cf.* mariage
Conseil de l'Europe
Assemblée parlementaire, 72, 266, 279, 340, 355, 417, 425, 442, 443, 475, 485, 539, 581, 582, 642
Comité des Ministres, 42, 274, 290, 292, 355, 394, 403, 417, 425, 462, 539, 572, 582, 584
Comité directeur pour les droits de l'homme, 355, 417, 419, 422, 423, 443
Comité européen pour la prévention de la torture, 569 à 572, 582, 715, 723
Commission européenne des droits de l'homme, 31, 40, 125, 216, 246, 249, 283, 296, 305, 319, 420, 460, 475 à 477, 591 à 594, 598
Convention américaine relative aux droits de l'homme, 53, 55, 219, 251, 562, 565, 588, 589, 595
Convention contre la torture du 10 décembre 1984, 85, 90, 118, 220, 244, 258, 265, 272, 276, 634, 656, 714, 715, 722
Convention de Tokyo du 14 septembre 1963, 578, 579, 631
Convention européenne d'établissement du 13 décembre 1955, 67, 86, 417, 419
Convention européenne des droits de l'homme
article 3, 216, *245 à 258*, *262 à 276*, 283 à 288, 293, 296 à 298, 460 à 464, 568, 570
article 5, *466 à 472*, *551 à 560*, 571, 610
article 6, 413, 426, 467, 470, *473 à 484*, 499, 510, 514
article 8, 72, 89, 178, 184, 216, 253, *304 à 357*, 367, 372, 373, 377, 378, 380 à 384, 390, 391, 397, 443
article 13, 298, 426, *454 à 466*, 510, 514, 524, 526
article 14, 36, 55, 90, 417, 443, 602
article 15, 90, 262, 472, 559, 560, 589
protocole n° 4, 31, 39, 40, 44, 47, 53, 72, 216, 328, 338, 372, 417, 464, 588, 593, 597 à 599, 605
protocole n° 7, 53, 72, *417 à 422*, *424 à 426*, 441, 476 à 480, 484, 485, 514
Convention relative à l'aviation civile internationale du 7 décembre 1944, 32, 577, 583, 631, 634
Convention relative au statut des apatrides, 42, 83, 407, 666
Convention relative au statut des réfugiés
article 1er, 224
article 32, 32, 67, 83, 84, 123, 241, 263, 407, 408, 542
article 33, 32, 218, 223, 225, 228, 232, 235 à 243, 261, 263, 612
protocole relatif au statut des réfugiés, 110, 122, 123, 275 à 277, 522, 655, 667, 722
Cour internationale de justice, 214, 297
Cour suprême des Etats-Unis, 17, 53, 429

D

Déclaration universelle des droits de l'homme, 36, 47, 55, 96, 222, 234, 455, 551, 715
délinquant, 11, 63, 67, 87, 118, 123, 137, 239, 265, 276, *310 à 344*, 366, *428 à 452*, *489 à 493*, 542, 736, 739, 608 à 610
détention, *cf.* privation de liberté
discrimination, 17, 36, 153, 157, 204, 442, 443, 505
  à rebours, 172, 181, 189
  principe de non-, 95, 137 à 141, 149, 154, 493, 589, 592, 596, 602

E

enfant, 170, 172, 190, 195 à 197, 205, 319 à 324, 338 à 343, 346, 353, 354, 365, 383, 385, 645
étranger intégré, 207, 304, 309 à 344, 355, 356, 443
exil, 5, 6, 11, 36, 551, 736
expulsion collective, 7, 31, 87, 136, 399, 464, 514, *587 à 606*
extradition, 25, 85, 115, 215, 216, 244 à 249, 257, 262 à 270, 276, 295 à 299, 465, 468 à 470, 482, 483
  déguisée, 544, 550, 608 à 614

F

France, 26, 30, 55, 63, 72, 93, 97, 98, 258, 427, 431 à 434, 439, 450 à 452, 550, 632, 730

G

groupe, 5, 7, 43, 55, 224, 225, 228 à 230, 591 à 602, 708

I

Institut de Droit international, 20, 21, 38, 44, 81, 218, 396, 399, 403, 459, 541, 609
interdiction du territoire français, 26, 431 à 434, 439, 450 à 452, 476 à 478, 730

M

mariage, 168 à 194, 335 à 338, 377

N

non bis in idem, 427, 441, 453, 732
notification (de la décision d'expulsion), 403, *494 à 496*, 506, 507, 520

O

Organisation des Etats américains
  Commission interaméricaine des droits de l'homme, 266, 272, 562, 595
  Cour interaméricaine des droits de l'homme, 251, 297, 301, 393, 394
Organisation des Nations Unies
  Assemblée générale, 93, 96, 99, 234, 589
  Comité contre la torture, 85, 265, 297, 393
  Comité des droits de l'homme, 41, 98, 220, 244, 251, 266, 276, 289, 297, 300, 327, 328, 359 à 367, 393, 411 à 414, 421, 452, 606, 613
  Commission des droits de l'homme, 67, 273, 276, 278, 281, 414
  Haut Commissariat pour les réfugiés, 84, 228 à 235, 257, 280, 409, 542, 657, 660
ostracisme, *6*, 736

P

Pacte international relatif aux droits civils et politiques
  article 4, 96, 98
  article 7, 266, 276, 289
  article 9, 98, 414, 613
  article 10, 414, 565
  article 12, 39, 41, 327, 328
  article 13, 41, 85, 410 à 413, 417, 421, 606, 613
  article 14, 413
  article 17, 361, 362, 364, 367
  article 23, 361, 362, 364
Patriot Act, 95, 98
pays
  propre ~ , 38 à 41, 327, 328
  sûr, 232, 525, 653 à 658, 661, 719
politique européenne de voisinage, *690 à 699*, 721 à 728
principe général du droit communautaire, 152, 154, 184, 379, 384, 510, 513
privation de liberté, 72, 98, 148, 150, 203, 289, 403, 414, *467 à 472*, 491, 493, 549 à 573, 610, 613, 614
proportionnalité, 69, 72, 96, 143 à 154, 162, 184, 196, 211, 240, 312 à 322, 338, 355, 376 sqq., 510, 552, 582
protection par ricochet, 53, 215, 244, 304, 361

Q

quasi-national, 52, 61, 124, 321, 325, 328, 355, 356, 442 à 444, 743

R

reconduite à la frontière, 24, 26, 31, 133, 215, 730
recours
  effectif, 95, 208, 295 à 300, 399, 402, 403, 407 à 414, 423 à 426, 454 à 470, 494 à 518, 524 à 526, 530, 531, 537, 539 , 619 à 623
  suspensif, *Voir* recours effectif
refoulement, 8, 17, 24, 26, 27, 31, 232, 234, 381, 382, 519, 578, 655
  principe de non-, 217 à 220, 222, 223, 225 à 243, 261, 269, 272 à 279, 642, 656
regroupement familial, 70, 190, 304 à 306, 359, 371, 373, 380, 383, 388 à 390, 528, 529
rétention, 550, 563, 566, 571, 572, 648

S

santé, 97, 198, 209, 236, 255, 286 à 289, 329, 390, 563, 577, 635, 645, 718
  publique, 56, 59, 89, 127, 128, *131 à 133*, 202, 205, 390, 534, 710
Schengen
  accords de, 102
  Convention d'application des accords de, 104, 117
  espace, 102, 632, 667, 668, 693

souveraineté, 2, *16 à 21*, 48, 53, 68, 69, 87, 239, *737 à 739*

T

terrorisme, 39, 59, 63, 70, 90, *92 à 99*, 106, 118, 120, 241, 258, 263, 266, 274, 279 à 281, 471, 472, 558 à 561, 581, 611, 632, 739
transit, 540, 583, 616, *626 à 632*, 634, 635, 649 à 651, 664, 666, 670, 672, 673, 686, 705, *706 à 711*
irrégulier, 114, 115
Turquie, 40, 201 à 205, 258, 534 à 536, 671

U

universalité (des Droits de l'Homme), 4, 35, 55, 67

V

vie privée, 88, 89, 216, 304, *345 à 358*, 361, 402
visa, 111, 169, 175, 176, 380 à 382, 420, 501, 617, 620, 625, 635, 642, 666 à 668, 673, 675, 694, 696, 697

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ABRÉVIATIONS 1

INTRODUCTION GENERALE **6**

A. L'expulsion dans l'Antiquité grecque et romaine 8
B. L'expulsion en droit canon 14
C. Le droit international face au principe de souveraineté des Etats 15
D. La notion d'expulsion : analyse terminologique 21
E. L'expulsion et le critère de la nationalité 29

PREMIERE PARTIE : LA LÉGITIMITÉ DE L'EXPULSION **47**

TITRE PREMIER : LES MOTIVATIONS ÉTATIQUES DE L'EXPULSION **51**

CHAPITRE I : LES MOTIFS D'EXPULSION DES ÉTRANGERS EN DROIT INTERNATIONAL ET COMMUNAUTAIRE 54
SECTION I : LA NOTION D'ORDRE PUBLIC : DÉFINITION D'UN MOTIF DE L'EXPULSION *55*
PARAGRAPHE I : Tentatives de définition 56
PARAGRAPHE II : Les fonctionnalités de l'ordre public 65
SECTION II : L'INTERPRÉTATION STRICTE DES MOTIFS D'EXPULSION *68*
PARAGRAPHE I : Les règles internationales applicables aux étrangers 71
A. L'expulsion pour motif d'ordre ou de sécurité publics 72
B. Le cas particulier des infractions terroristes 80
PARAGRAPHE II : Les règles communautaires applicables aux ressortissants d'Etats tiers 87
A. Les ressortissants de pays tiers ordinaires 89
1) La menace grave à l'ordre public ou la sécurité nationale 89
2) La violation des règles internes relatives à l'entrée et au séjour 91
B. Les demandeurs d'asile et les réfugiés 102
CHAPITRE II : LES MOTIFS D'EXPULSION DES NON-NATIONAUX EN DROIT COMMUNAUTAIRE 104
SECTION I : LES RESTRICTIONS AU DÉPLACEMENT ET AU SÉJOUR DES RESSORTISSANTS DE L'UNION EUROPÉENNE *105*
PARAGRAPHE I : L'éloignement des ressortissants communautaires 105
A. Les mesures d'éloignement pour raison de santé publique 107
B. Les mesures d'éloignement pour raisons de sécurité publique ou d'ordre public 110
1) Des décisions fondées sur le comportement personnel de l'individu 110
2) Un comportement personnel menaçant l'ordre public 113
a/ La portée de l'exception d'ordre public 114
b/ Le statut plus fragile des migrants non économiques 123
PARAGRAPHE II : L'alternative à l'éloignement des ressortissants communautaires : l'interdiction partielle du territoire 129
SECTION II : LES RESTRICTIONS AU DÉPLACEMENT ET AU SÉJOUR DES RESSORTISSANTS DES ETATS TIERS "PRIVILÉGIÉS" DANS L'UNION EUROPÉENNE *134*
PARAGRAPHE I : Les membres de la famille d'un ressortissant d'un Etat membre 134
PARAGRAPHE II : Les travailleurs et les résidents de longue durée 159
CONCLUSION DU TITRE I 168

TITRE SECOND : LES LIMITES AU DROIT D'EXPULSION DES ÉTATS **169**

CHAPITRE I : LE NON-RENVOI VERS UN PAYS À RISQUE 172
SECTION I : L'INTERDICTION DE REFOULEMENT *173*
PARAGRAPHE I : Le principe de non-refoulement 175
A. La signification du principe 177
1) Le non-refoulement justifié par la crainte de persécutions 177
2) La possibilité de renvoi vers un "pays tiers sûr" 180
B. Les bénéficiaires du principe autres que les réfugiés 181
PARAGRAPHE II : Les exceptions au principe de non-refoulement 184

SECTION II : L'INTERDICTION DE LA TORTURE ET AUTRES MAUVAIS TRAITEMENTS ... 186
PARAGRAPHE I : L'applicabilité de l'interdiction aux mesures d'éloignement ... 187
PARAGRAPHE II : Le caractère absolu de l'interdiction ... 196
A. La détermination du caractère absolu de l'interdiction ... 197
1) La détermination jurisprudentielle du caractère absolu ... 197
2) Le problème de compatibilité du caractère absolu de l'interdiction avec le principe de non-refoulement ... 205
B. La portée du caractère absolu de l'interdiction ... 211
1) L'origine des mauvais traitements ... 211
2) Le choix de l'Etat de destination ... 216
3) L'exigence de mesures provisoires de protection ... 218
CHAPITRE II : LE RESPECT DE LA VIE FAMILIALE ... 224
SECTION I : LA PROTECTION DE LA VIE FAMILIALE PAR LE DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME ... 224
PARAGRAPHE I : L'applicabilité de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme aux mesures d'éloignement ... 225
PARAGRAPHE II : L'expulsion des étrangers intégrés délinquants ... 228
A. Les hésitations de la jurisprudence ... 228
B. L'assimilation des étrangers "ordinaires" aux immigrés de seconde génération ... 242
PARAGRAPHE III : La protection de la vie privée ... 251
A. Les incertitudes de la Cour quant à la signification de la notion de vie privée ... 252
B. Vers l'autonomie de la notion de vie privée ? ... 254
SECTION II : LA PROTECTION DES LIENS FAMILIAUX PAR LES AUTRES DROITS INTERNATIONAUX ... 263
PARAGRAPHE I : La protection assurée par le Comité des droits de l'homme ... 263
PARAGRAPHE II : La protection garantie par le droit de l'Union européenne ... 268
A. La préservation de l'unité familiale des citoyens de l'Union ... 268
B. La préservation de l'unité familiale des étrangers ... 278
CONCLUSION DU TITRE II ... 282
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE ... 285

SECONDE PARTIE : LES MODALITÉS DE L'EXPULSION ... 287

TITRE PREMIER : LA DÉCISION D'EXPULSION ET LES GARANTIES PROCÉDURALES ... 289

CHAPITRE I : L'ÉTENDUE DES GARANTIES PROCÉDURALES EN DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME ... 293
SECTION I : LE DROIT INTERNATIONAL ET LES GARANTIES PROCÉDURALES MINIMALES ... 293
PARAGRAPHE I : Les garanties prévues par les instruments des Nations Unies ... 294
PARAGRAPHE II : Les garanties énoncées par les instruments régionaux ... 299
SECTION II : LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LES GARANTIES PROCÉDURALES LIMITÉES ... 306
PARAGRAPHE I : L'absence d'encadrement de la "double peine" ... 307
PARAGRAPHE II : La protection par ricochet des personnes expulsées ... 320
A. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit général à un recours effectif ... 320
1) Les conditions d'application de l'article 13 ... 321
2) Le recours effectif garanti par l'article 13 : un recours suspensif ? ... 323
B. Les règles spéciales de protection ... 327
1) L'article 5 et les garanties procédurales en cas de privation de liberté ... 327
2) La non-application de l'article 6 à la matière de l'expulsion ... 330
CHAPITRE II : L'ÉTENDUE DES GARANTIES PROCÉDURALES EN DROIT COMMUNAUTAIRE ... 338
SECTION I : LES GARANTIES PROCÉDURALES DES RESSORTISSANTS COMMUNAUTAIRES ET DES MEMBRES DE LEUR FAMILLE ... 339
PARAGRAPHE I : Un début d'encadrement de la "double peine" ... 339
PARAGRAPHE II : Une optimisation de garanties procédurales ... 342
A. La notification de la décision d'expulsion ... 343
B. Le droit à un recours effectif ... 344
SECTION II : LES GARANTIES PROCÉDURALES DES RESSORTISSANTS DES ETATS TIERS A L'UNION EUROPÉENNE ... 360

PARAGRAPHE I : Les demandeurs d'asile ... 361
PARAGRAPHE II : Les résidents légaux et les immigrés de longue durée ... 364
PARAGRAPHE III : Les ressortissants d'Etats tiers bénéficiaires d'un accord bilatéral ou multilatéral ... 366
CONCLUSION DU TITRE I ... 369

TITRE SECOND : LA DÉCISION D'EXPULSION ET SA MISE EN ŒUVRE ... **371**

CHAPITRE I : LES DIFFICULTÉES POSÉES PAR L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS D'EXPULSION ... 374
SECTION I : LE DÉROULEMENT DE L'EXPULSION ... *374*
PARAGRAPHE I : La privation de liberté aux fins d'expulsion ... 375
A. La légalité de la privation de liberté ... 375
B. Les conditions de détention ... 386
PARAGRAPHE II : Le voyage de retour ... 391
A. Le respect des règles internationales sur le transport aérien ... 392
B. Le respect des droits fondamentaux et de la dignité humaine ... 394
SECTION II : LES DÉTOURNEMENTS DE LA PROCÉDURE D'EXPULSION ... *398*
PARAGRAPHE I : L'interdiction des expulsions collectives ... 398
PARAGRAPHE II : L'interdiction des extraditions déguisées ... 411
CHAPITRE II : LA COOPÉRATION EUROPÉENNE EN MATIÈRE D'EXÉCUTION DES DÉCISIONS D'EXPULSION ... 416
SECTION I : LA COOPÉRATION ENTRE LES ÉTATS MEMBRES ... *417*
PARAGRAPHE I : Le développement d'une coopération administrative et technique ... 417
A. La reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement ... 418
B. Le recours à un système d'identification des personnes ... 422
C. Le transport des personnes frappées d'éloignement ... 423
1) L'assistance au transit aux fins d'éloignement ... 424
2) L'organisation de vols communs ... 428
PARAGRAPHE II : Le financement européen des opérations d'expulsion ... 435
SECTION II : LA COOPÉRATION DES ÉTATS MEMBRES AVEC LES PAYS TIERS ... *442*
PARAGRAPHE I : La réadmission des expulsés par les Etats tiers ... 442
A. Le choix de la destination : un "pays sûr" ... 443
B. Les accords et les clauses de réadmission ... 448
1) Les accords de réadmission ... 448
a/ Le développement des accords de réadmission ... 448
b/ La systématisation des accords de réadmission ... 464
2) Les clauses de réadmission ... 469
PARAGRAPHE II : Le transit des expulsés par les Etats tiers ... 473
SECTION III : LA COOPÉRATION EUROPÉENNE ET LE RESPECT DES DROITS DE L'HOMME ... *475*
CONCLUSION DU TITRE II ... 485
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE ... 487

CONCLUSION GENERALE ... **488**

BIBLIOGRAPHIE ... **493**
RAPPORTS ET DOCUMENTS OFFICIELS ... **517**
TABLE DE JURISPRUDENCE ... **544**

INDEX THÉMATIQUE ... **560**

Résumé

L'expulsion des étrangers en droit international et européen

La matière de l'expulsion évolue fréquemment tant dans les ordres juridiques nationaux qu'internationaux. L'internationalisation du droit, et plus particulièrement celle des droits de l'Homme, a modifié la nature de la problématique de l'expulsion et a permis le développement de règles de plus en plus protectrices des personnes expulsées. En effet, le droit international, et notamment le droit européen, tendent à encadrer progressivement cet acte éminemment politique qu'est l'expulsion. Ainsi, la motivation et la mise en œuvre de mesures d'éloignement doivent être conciliées avec le respect des droits individuels et des libertés fondamentales. Cependant, cette conciliation apparaît instable : les changements d'ordre essentiellement sécuritaire, constatés dans les législations nationales et communautaire depuis les attentats du 11 septembre 2001, montrent que cette matière est particulièrement sensible aux évolutions des contextes socio-politiques.

Le phénomène de l'expulsion est, par définition, transnational et pousse à une coopération accrue des Etats. Dès lors, la mise en place d'un corpus minimal de droits, assorti des garanties procédurales permettant d'en assurer l'effectivité, est une nécessité d'autant plus pressante. Les organes internationaux de contrôle, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'Homme, cherchent ainsi à interpréter favorablement les conventions applicables à cette matière afin de répondre à ce besoin.

Un dépassement de cette approche initiale, attachée au concept de nationalité, semble toutefois aujourd'hui nécessaire. A cet égard, l'Union européenne pourrait constituer un cadre juridique idéal pour la création d'un statut de "quasi-national" et l'autonomisation de la notion de citoyenneté européenne.

Mots clefs : ostracisme, souveraineté, entrée et séjour, ordre public, terrorisme, asile, non-refoulement, torture et autres mauvais traitements, vie privée et familiale, droits de l'Homme, résident de longue durée, immigré de seconde génération, privation de liberté, garanties procédurales, recours effectif, double peine, réadmission, transit, transport, droit de l'Union européenne, coopération.

Summary

Expulsion of Aliens in International and European Law

The matter of expulsion is frequently evolving as much in national legal orders as in international legal systems. Internationalization of law, and more precisely the one concerning human rights, has changed the nature of the problems of expulsion and has allowed to develop more and more protective rules for the persons concerned. As a matter of fact, international law, and in particular european law, tend progressively to frame this highly political act. Thus, the grounds and the implementation of expulsion decisions must be associated with the individual rights and the fundamental freedoms. However, this conciliation seems to be unstable : the changes, essentially aimed at security, which have been noticed in national and Community laws since the attacks of september 11th in 2001 show that this matter is particularly sensitive to the evolutions of socio-political contexts.

The phenomenon of expulsion is, by definition, transnational and drives to an increasing cooperation between the States. Consequently, the setting up of a minimal corpus of rights, matching with procedural safeguards allowing to secure its effectiveness, is all the more pressing necessity. The international organs of control, like the European Court of Human Rights, eventually try to interpret the conventions that apply to this subject in a favourable way so as to answer this requirement.

Going beyond that initial approach, attached to the concept of nationality, seems necessary today. In this respect, the European Union could be an ideal legal framework to create a "virtual national" status and to make the notion of Union citizenship autonomous.

Key Words : ostracism, sovereignty, national rules on the entry and residence, public order, terrorism, asylum, non-refoulement, torture, maltreatments, private and family life, human rights, long-term resident, second-generation immigrant, deprivation of liberty, procedural safeguards, effective remedy, double punishment, readmission, transit, transportation, Community law, cooperation.

THESE de Doctorat de Droit public – Droit international et européen
Ecole doctorale n° 74, Université Lille 2 – Droit et Santé, B.P. 629, 59024 Lille Cedex