



Nations Unies

Rapport de la Commission du droit international

**Soixante-quatrième session
(7 mai-1^{er} juin et 2 juillet-3 août 2012)**

**Assemblée générale
Documents officiels
Soixante-septième session
Supplément n° 10 (A/67/10)**

Assemblée générale
Documents officiels
Soixante-septième session
Supplément n° 10 (A/67/10)

Rapport de la Commission du droit international

Soixante-quatrième session
(7 mai-1^{er} juin et 2 juillet-3 août 2012)



Nations Unies • New York, 2012

Note

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Le mot *Annuaire* suivi de points de suspension et de l'année (par exemple, *Annuaire ... 1971*) s'entend de l'*Annuaire de la Commission du droit international*.

Une version linotypée du rapport de la Commission paraîtra dans la deuxième partie du volume II de l'*Annuaire de la Commission du droit international 2012*.

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction.....	1–12	1
A. Membres de la Commission	2	1
B. Membres du Bureau et Bureau élargi	3–5	2
C. Comité de rédaction.....	6–7	2
D. Groupes de travail et groupes d'étude	8–10	2
E. Secrétariat.....	11	3
F. Ordre du jour	12	3
II. Résumé des travaux de la soixante-quatrième session de la Commission	13–27	5
III. Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission	28–29	8
A. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État	28	8
B. Formation et identification du droit international coutumier.....	29	8
IV. L'expulsion des étrangers	30–46	9
A. Introduction	30–37	9
B. Examen du sujet à la présente session	38–44	10
C. Texte du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté par la Commission en première lecture	45–46	11
1. Texte du projet d'articles	45	11
2. Texte du projet d'articles et des commentaires y relatifs	46	18
L'expulsion des étrangers.....		18
Commentaire général.....		18
Première partie		18
Dispositions générales		18
Article 1. Champ d'application.....		18
Commentaire		18
Article 2. Définitions		20
Commentaire		20
Article 3. Droit d'expulsion.....		22
Commentaire		22
Article 4. Obligation de conformité à la loi		23
Commentaire		23
Article 5. Motifs d'expulsion.....		26
Commentaire		26

Deuxième partie	
Cas d'expulsions interdites	28
Article 6. Interdiction de l'expulsion des réfugiés.....	28
Commentaire	28
Article 7. Interdiction de l'expulsion des apatrides	30
Commentaire	30
Article 8. Autres règles spécifiques à l'expulsion des réfugiés et des apatrides	31
Commentaire	32
Article 9. Déchéance de nationalité aux seules fins de l'expulsion.	32
Commentaire	32
Article 10. Interdiction de l'expulsion collective	33
Commentaire	33
Article 11. Interdiction de l'expulsion déguisée.....	36
Commentaire	36
Article 12. Interdiction de l'expulsion aux fins de confiscation..... des biens	40
Commentaire	40
Article 13. Interdiction du recours à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition.....	40
Commentaire	41
Troisième partie	
Protection des droits des étrangers objets de l'expulsion	42
Chapitre I.	
Dispositions générales.....	42
Article 14. Obligation de respecter la dignité humaine et les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion	42
Commentaire	42
Article 15. Obligation de non-discrimination	43
Commentaire	43
Article 16. Personnes vulnérables.....	46
Commentaire	46
Chapitre II.	
Protection requise dans l'État expulsant	47
Article 17. Obligation de protéger le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion	47
Commentaire	47

Article 18.	Prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	47
	Commentaire	47
Article 19.	Conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion	48
	Commentaire	48
Article 20.	Obligation de respecter le droit à la vie familiale	51
	Commentaire	51
Chapitre III.		
	Protection par rapport à l'État de destination	54
Article 21.	Départ vers l'État de destination.....	54
	Commentaire	54
Article 22.	État de destination de l'étranger objet de l'expulsion.....	56
	Commentaire	56
Article 23.	Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée	58
	Commentaire	58
Article 24.	Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où il pourrait être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	60
	Commentaire	60
Chapitre IV.		
	Protection dans l'État de transit	64
Article 25.	Protection dans l'État de transit des droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion	64
	Commentaire	64
Quatrième partie		
	Règles spécifiques de procédure.....	64
Article 26.	Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion.....	64
	Commentaire	65
Article 27.	Effet suspensif du recours contre la décision d'expulsion	73
	Commentaire	73
Article 28.	Procédures de recours individuel.....	74
	Commentaire	74
Cinquième partie		
	Conséquences juridiques de l'expulsion.....	75
Article 29.	Réadmission dans l'État expulsant	75
	Commentaire	75

Article 30.	Protection des biens de l'étranger objet de l'expulsion ...		77
	Commentaire		77
Article 31.	Responsabilité de l'État en cas d'expulsion illicite		80
	Commentaire		80
Article 32.	Protection diplomatique.....		85
	Commentaire		85
V.	La protection des personnes en cas de catastrophe	47-81	87
A.	Introduction	47-52	87
B.	Examen du sujet à la présente session	53-80	88
1.	Présentation par le Rapporteur spécial de son cinquième rapport.....	57-61	89
2.	Résumé du débat	62-74	91
a)	Observations générales	62-65	91
b)	Observations sur le projet d'article A.....	66-69	92
c)	Observations sur le projet d'article 13.....	70-72	92
d)	Observations sur le projet d'article 14.....	73-74	93
3.	Conclusions du Rapporteur spécial.....	75-80	93
C.	Texte des projets d'article sur la protection des personnes en cas de catastrophe provisoirement adoptés à ce jour par la Commission	81	94
VI.	L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État	82-139	96
A.	Introduction	82-83	96
B.	Examen du sujet à la présente session	84-139	96
1.	Présentation par la Rapporteuse spéciale du rapport préliminaire	86-88	96
2.	Résumé du débat	89-136	98
a)	Observations générales	89-91	98
b)	Considérations d'ordre méthodologique.....	92-104	98
1)	Développement progressif du droit international et codification.....	92-97	98
2)	Approche systémique	98-99	99
3)	Tendances du droit international	100	99
4)	Valeurs de la communauté internationale	101-103	100
5)	Identification des questions essentielles.....	104	100
c)	Considérations de fond	105-136	100
1)	Champ du sujet.....	108-111	101
2)	Emploi de certains termes	112-113	102
3)	Immunité <i>ratione personae</i>	114-118	102
4)	Immunité <i>ratione materiae</i>	119-125	103

	5) Exceptions possibles à l'immunité	126–133	105
	d) Aspects procéduraux	134–135	106
	e) Forme définitive	136	106
	3. Observations finales de la Rapporteuse spéciale	137–139	107
VII.	L'application provisoire des traités	140–155	108
	A. Introduction	140	108
	B. Examen du sujet à la présente session	141–155	108
	Rapport du Rapporteur spécial concernant les consultations officieuses tenues sur le sujet	144–155	108
VIII.	La formation et l'identification du droit international coutumier	156–202	111
	A. Introduction	156	111
	B. Examen du sujet à la présente session	157–2002	111
	1. Présentation de sa Note par le Rapporteur spécial	160–168	111
	2. Résumé du débat	169–172	112
	a) Observations générales	169–172	112
	b) Portée du sujet et définitions	173–177	113
	c) Méthodologie	178–183	114
	d) Points à examiner	184–190	115
	e) Résultat final des travaux de la Commission sur le sujet	191	116
	3. Conclusions du Rapporteur spécial	192–202	116
IX.	L'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>)	203–221	119
	A. Introduction	203–205	119
	B. Examen du sujet à la présente session	206–221	119
	Débats du Groupe de travail	208–222	120
	a) Principales questions soulevées par le sujet	210–213	120
	b) Lien avec la compétence universelle	214	121
	c) Caractère réalisable de l'examen du sujet	215–219	122
	d) Arrêt de la CIJ dans l'affaire des <i>Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)</i>	220	123
	e) Prochaines étapes	221	123
X.	Les traités dans le temps	222–240	124
	A. Introduction	222–224	124
	B. Examen du sujet à la présente session	225–240	124
	1. Débats du Groupe d'étude	229–239	125
	a) Conclusion de l'examen du deuxième rapport par le Président du Groupe d'étude	230–231	125
	b) Examen du troisième rapport du Président du Groupe d'étude	232–234	125

	c) Modalités des travaux de la Commission sur le sujet	235–239	126
2.	Conclusions préliminaires du Président du Groupe d'étude, remaniées à la lumière des débats au sein du Groupe d'étude	240	128
	1) La pratique ultérieure en tant que reflet d'une position concernant l'interprétation d'un traité		128
	2) Spécificité de la pratique ultérieure		128
	3) Le degré de participation active à une pratique et la signification du silence		128
	4) Effets d'une pratique ultérieure contradictoire		129
	5) Accord ou pratiques ultérieures et procédures formelles de modification ou d'interprétation		129
	6) Pratique ultérieure et modification éventuelle d'un traité.....		129
XI.	La clause de la nation la plus favorisée.....	241–265	130
	A. Introduction	241–242	130
	B. Examen du sujet à la présente session	243–265	130
	1. Travaux du Groupe d'étude	245–249	130
	2. Débats du Groupe d'étude à la présente session	250–265	130
	a) L'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales (M. Forteau).....	255–257	132
	b) Document de travail sur l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements (M. D. M. McRae).....	258–259	133
	c) Résumé des débats.....	260–265	134
XII.	Autres décisions et conclusions de la Commission.....	266–314	136
	A. L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.....	266	136
	B. L'application provisoire des traités	267	136
	C. La formation et l'identification du droit international coutumier	268	136
	D. Les traités dans le temps.....	269	136
	E. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	270–289	136
	1. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme	272	137
	2. Programme de travail de la Commission pour le reste du quinquennat .	273	137
	3. Examen de la résolution 66/102 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2011 relative à l'état de droit aux niveaux national et international.....	274–279	139
	4. Honoraires.....	280	140
	5. Documentation et publications.....	281–286	141
	6. Fonds d'affectation spéciale pour résorber l'arriéré de publication de l' <i>Annuaire de la Commission du droit international</i>	287	141

7. Aide de la Division de la codification	288	142
8. Sites Web	289	142
F. Dates et lieu de la soixante-cinquième session de la Commission	290	142
G. Coopération avec d'autres organismes	291–296	142
H. Représentation à la soixante-septième session de l'Assemblée générale	297–299	142
I. Hommage au Secrétaire de la Commission	300	142
J. Séminaire de droit international.....	301–314	142

Chapitre premier

Introduction

1. La Commission du droit international a tenu sa soixante-quatrième session à son siège, à l'Office des Nations Unies à Genève, du 7 mai au 1^{er} juin 2012 pour la première partie de la session et du 2 juillet au 3 août 2012 pour la seconde partie de la session. La session a été ouverte par M. Maurice Kamto, Président de la Commission à sa soixante-troisième session.

A. Membres de la Commission

2. La Commission se compose des membres suivants:

M. Mohammed Bello Adoke (Nigéria)
 M. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)
 M. Lucius Caflisch (Suisse)
 M. Enrique J. A. Candiotti (Argentine)
 M. Pedro Comissário Afonso (Mozambique)
 M. Abdelrazeg El-Murtadi Suleiman Gouider (Libye)
 M^{me} Concepción Escobar Hernández (Espagne)
 M. Mathias Forteau (France)
 M. Kirill Gevorgian (Fédération de Russie)
 M. Juan Manuel Gómez-Robledo (Mexique)
 M. Hussein A. Hassouna (Égypte)
 M. Mahmoud D. Hmoud (Jordanie)
 M. Huikang Huang (Chine)
 M^{me} Marie G. Jacobsson (Suède)
 M. Maurice Kamto (Cameroun)
 M. Kriangsak Kittichaisaree (Thaïlande)
 M. Ahmed Laraba (Algérie)
 M. Donald M. McRae (Canada)
 M. Shinya Murase (Japon)
 M. Sean D. Murphy (États-Unis d'Amérique)
 M. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)
 M. Georg Nolte (Allemagne)
 M. Ki Gab Park (République de Corée)
 M. Chris Maina Peter (République-Unie de Tanzanie)
 M. Ernest Petrič (Slovénie)
 M. Gilberto Vergne Saboia (Brésil)
 M. Narinder Singh (Inde)
 M. Pavel Šturma (République tchèque)
 M. Dire D. Tladi (Afrique du Sud)
 M. Eduardo Valencia-Ospina (Colombie)
 M. Stephen C. Vasciannie¹ (Jamaïque)
 M. Amos S. Wako (Kenya)
 M. Nugroho Wisnumurti (Indonésie)
 M. Michael Wood (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)

¹ Par une lettre datée du 22 juillet 2012, adressée au Président de la Commission, M. S. C. Vasciannie a démissionné de la Commission avec effet immédiat.

B. Membres du Bureau et Bureau élargi

3. À sa 3128^e séance, tenue le 7 mai 2012, la Commission a élu le Bureau suivant:

<i>Président:</i>	M. Lucius Caflisch (Suisse)
<i>Premier Vice-Président:</i>	M. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)
<i>Deuxième Vice-Président:</i>	M. Hussein A. Hassouna (Égypte)
<i>Président du Comité de rédaction:</i>	M. Mahmoud D. Hmoud (Jordanie)
<i>Rapporteur:</i>	M. Pavel Šturma (République tchèque)

4. Le Bureau élargi de la Commission se composait des membres du Bureau élus pour la session, des anciens Présidents de la Commission² et des rapporteurs spéciaux³.

5. La Commission a constitué un groupe de planification composé des membres suivants: M. B. Niehaus (Président), M. E. Candiotti, M. P. Comissário Afonso, M. A. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} C. Escobar Hernández, M. M. Forteau, M. H. A. Hassouna, M. M. D. Hmoud, M^{me} M. G. Jacobsson, M. M. Kamto, M. K. Kittichaisaree, M. A. Laraba, M. D. M. McRae, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. G. V. Saboia, M. N. Singh, M. D. D. Tladi, M. E. Valencia-Ospina, M. A. S. Wako, M. N. Wisnumurti, M. M. Wood et M. P. Šturma (membre de droit).

C. Comité de rédaction

6. À ses 3128^e et 3141^e séances, tenues le 7 mai et le 5 juillet 2012, la Commission a constitué un comité de rédaction composé des membres suivants pour les sujets indiqués:

a) *L'expulsion des étrangers:* M. M. D. Hmoud (Président), M. M. Kamto (Rapporteur spécial), M. E. Candiotti, M. P. Comissário Afonso, M^{me} C. Escobar Hernández, M. M. Forteau, M. J. M. Gómez-Robledo, M. H. Huang, M. K. Kittichaisaree, M. S. D. Murphy, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. C. M. Peter, M. E. Petrič, M. G. V. Saboia, M. N. Singh, M. D. D. Tladi, M. E. Valencia-Ospina, M. A. S. Wako, M. N. Wisnumurti, M. M. Wood et M. P. Šturma (membre de droit);

b) *La protection des personnes en cas de catastrophe:* M. M. D. Hmoud (Président), M. E. Valencia-Ospina (Rapporteur spécial), M^{me} C. Escobar Hernández, M. M. Forteau, M^{me} M. G. Jacobsson, M. M. Kamto, M. K. Kittichaisaree, M. D. M. McRae, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. G. V. Saboia, M. N. Singh, M. D. D. Tladi, M. A. S. Wako, M. N. Wisnumurti, M. M. Wood et M. P. Šturma (membre de droit).

7. Le Comité de rédaction a tenu un total de 17 séances sur les deux sujets susmentionnés.

D. Groupes de travail et groupes d'étude

8. À sa 3131^e séance, tenue le 18 mai 2012, la Commission a reconstitué les groupes d'étude, à composition non limitée, ci-après:

² M. E. Candiotti, M. M. Kamto, M. E. Petrič et M. N. Wisnumurti.

³ M^{me} C. Escobar Hernández, M. J. M. Gómez-Robledo, M. M. Kamto, M. E. Valencia-Ospina et M. M. Wood.

- a) *Groupe d'étude sur les traités dans le temps*: M. G. Nolte (Président);
- b) *Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée*: M. D. M. McRae (Président).

9. À sa 3132^e séance, tenue le 22 mai 2012, la Commission a créé le Groupe de travail à composition non limitée suivant:

Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut judicare): M. K. Kittichaisaree (Président).

10. Le Groupe de planification a reconstitué le Groupe de travail ci-après:

Groupe de travail sur le programme de travail à long terme pour le quinquennat: M. D. M. McRae (Président), M. L. Caflisch, M^{me} C. Escobar Hernández, M. M. Forteau, M. K. Gevorgian, M. M. D. Hmoud, M^{me} M. G. Jacobsson, M. M. Kamto, M. K. Kittichaisaree, M. A. Laraba, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. B. H. Niehaus, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. C. M. Peter, M. E. Petrič, M. N. Singh, M. D. D. Tladi, M. E. Valencia-Ospina, M. A. S. Wako, M. N. Wisnumurti, M. M. Wood et M. P. Šturma (membre de droit).

E. Secrétariat

11. M^{me} Patricia O'Brien, Secrétaire générale adjointe aux affaires juridiques, conseillère juridique, représentait le Secrétaire général. M. Václav Mikulka, Directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, assumait les fonctions de secrétaire de la Commission et, en l'absence de la conseillère juridique, représentait le Secrétaire général. M. George Korontzis, Directeur adjoint, assumait les fonctions de secrétaire adjoint. MM. Trevor Chimimba et Arnold Pronto, juristes hors classe, assumaient les fonctions de secrétaires assistants principaux de la Commission. M. Gionata Buzzini, juriste, était secrétaire assistant de la Commission.

F. Ordre du jour

12. À sa 3128^e séance, tenue le 7 mai 2012, la Commission a adopté un ordre du jour pour sa soixante-quatrième session. L'ordre du jour, tel qu'il a été modifié au vu des décisions prises par la Commission à sa 3132^e séance le 22 mai 2012⁴, comprenait les points suivants:

1. Organisation des travaux de la session.
2. L'expulsion des étrangers.
3. L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*).
4. La protection des personnes en cas de catastrophe.
5. L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.
6. L'application provisoire des traités.
7. La formation et l'identification du droit international coutumier.
8. Les traités dans le temps.
9. La clause de la nation la plus favorisée.

⁴ Voir plus loin, chap. XII, sect. B et C.

10. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
11. Dates et lieu de la soixante-cinquième session.
12. Coopération avec d'autres organes.
13. Questions diverses.

Chapitre II

Résumé des travaux de la soixante-quatrième session de la Commission

13. En ce qui concerne le sujet «**L'expulsion des étrangers**», la Commission était saisie du huitième rapport (A/CN.4/651) du Rapporteur spécial, qui donnait un aperçu des commentaires sur le sujet formulés par les États et par l'Union européenne à l'occasion des débats sur le rapport de la Commission du droit international qui avaient eu lieu à la Sixième Commission lors de la soixante-sixième session de l'Assemblée générale. Le huitième rapport contenait en outre un certain nombre d'observations finales du Rapporteur spécial, y compris sur la forme du résultat final des travaux de la Commission sur le sujet.

14. À la suite de l'examen du sujet à la présente session, la Commission a adopté en première lecture un ensemble de 32 projets d'articles accompagné de commentaires y afférents sur l'expulsion des étrangers. Conformément aux articles 16 à 21 de son Statut, la Commission a décidé de transmettre le projet d'articles aux gouvernements, par l'entremise du Secrétaire général, pour commentaires et observations, en demandant que ces commentaires et observations soient soumis au Secrétaire général au plus tard le 1^{er} janvier 2014 (chap. IV).

15. En ce qui concerne le sujet «**La protection des personnes en cas de catastrophe**», la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/652), dans lequel figuraient de nouveaux développements sur l'obligation de coopérer ainsi qu'un examen des conditions de fourniture de l'assistance et de la question de la cessation de l'assistance. Après un débat en plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles A, 13 et 14 proposés par le Rapporteur spécial.

16. La Commission a ensuite pris note des cinq projets d'articles adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction, concernant respectivement les formes de coopération, les offres d'assistance, les conditions de fourniture de l'assistance extérieure, la facilitation de l'assistance extérieure et la cessation de l'assistance extérieure (A/CN.4/L.812) (chap. V).

17. En ce qui concerne le sujet «**L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État**», la Commission a nommé M^{me} Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale. La Commission a examiné le rapport préliminaire (A/CN.4/654) de la Rapporteuse spéciale, dans lequel cette dernière: récapitulait les travaux menés par le précédent Rapporteur spécial, ainsi que les débats consacrés à ce sujet au sein de la Commission et de la Sixième Commission de l'Assemblée générale; présentait les questions à examiner durant le quinquennat en cours, en insistant particulièrement sur la distinction et la relation entre immunité *ratione materiae* et immunité *ratione personae*, sur le fondement de ces immunités, sur la distinction et la relation entre la responsabilité internationale de l'État et la responsabilité internationale individuelle et leurs incidences sur l'immunité, sur la portée de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*, et sur les aspects procéduraux de l'immunité; et exposait dans ses grandes lignes le plan de travail. Le débat a porté, notamment, sur les questions de méthodologie et de fond exposées par la Rapporteuse spéciale dans le rapport préliminaire (chap. VI).

18. En ce qui concerne le sujet «**L'application provisoire des traités**», la Commission a décidé de l'inscrire à son programme de travail et a nommé M. Juan Manuel Gómez-Robledo Rapporteur spécial. Le Rapporteur spécial a présenté à la Commission un rapport oral sur les consultations officieuses qu'il avait présidées en vue d'engager un dialogue informel avec les membres de la Commission sur un certain nombre de questions qui

pourraient être pertinentes pour l'examen de ce sujet. Parmi les aspects abordés au cours des consultations officieuses figuraient, entre autres, la portée du sujet, la méthodologie, le résultat final possible des travaux de la Commission, ainsi qu'un certain nombre de questions de fond relatives à ce sujet (chap. VII).

19. En ce qui concerne le sujet «**La formation et l'identification du droit international coutumier**», la Commission a décidé de l'inscrire à son programme de travail et a nommé M. Michael Wood Rapporteur spécial. Lors de la seconde partie de la session, la Commission était saisie d'une note du Rapporteur spécial (A/CN.4/653), qui visait à nourrir le débat initial et couvrait la portée possible du sujet, les questions de terminologie et les questions de méthodologie, ainsi qu'un certain nombre de points spécifiques susceptibles d'être abordés lors de l'examen du sujet. Le débat a tourné, notamment, autour de la portée du sujet ainsi que des questions de méthodologie et de fond présentées par le Rapporteur spécial dans sa note (chap. VIII).

20. En ce qui concerne le sujet «**L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)**», la Commission a établi un groupe de travail chargé de procéder à une évaluation générale du sujet dans son ensemble, en se concentrant sur les questions concernant sa viabilité et les mesures à prendre pour aller de l'avant, dans le contexte général fourni par le débat que la Sixième Commission de l'Assemblée générale avait consacré à ce sujet. Le Groupe de travail a demandé à son Président d'élaborer un document de travail, à examiner à la soixante-cinquième session de la Commission, portant sur les différents points de vue relatifs à ce sujet, à la lumière de l'arrêt de la Cour internationale de Justice en date du 20 juillet 2012, sur les développements ultérieurs, ainsi que sur les observations formulées au sein du Groupe de travail et lors du débat à la Sixième Commission (chap. IX).

21. En ce qui concerne le sujet «**Les traités dans le temps**», la Commission a reconstitué le Groupe d'étude sur les traités dans le temps, qui a poursuivi son travail sur les aspects de la matière touchant aux accords et à la pratique ultérieurs. Le Groupe d'étude a achevé l'examen du deuxième rapport de son Président sur les décisions de juridictions ou organes quasi juridictionnels rendues dans le cadre de régimes spéciaux concernant les accords et la pratique ultérieurs, ce en examinant quelques conclusions préliminaires non encore examinées qui étaient contenues dans ce rapport. À la lumière des discussions au sein du Groupe d'étude, le Président a reformulé le texte de six conclusions préliminaires supplémentaires du Président du Groupe d'étude relatives aux questions suivantes: la pratique ultérieure en tant que reflet d'une position concernant l'interprétation d'un traité; la spécificité de la pratique ultérieure; le degré de participation active à une pratique et la signification du silence; les effets d'une pratique ultérieure contradictoire; le lien entre l'accord ou la pratique ultérieurs et des procédures formelles de modification ou d'interprétation; l'éventuelle modification d'un traité du fait d'une pratique ultérieure. Le Groupe d'étude a également examiné le troisième rapport de son Président sur les accords et la pratique ultérieurs des États en dehors des procédures judiciaires et quasi judiciaires. En outre, il a examiné les modalités de travail de la Commission sur le sujet, et a recommandé que la Commission modifie le cadre de ses travaux et nomme un rapporteur spécial.

22. À la présente session, la Commission a décidé: a) de modifier, à compter de sa soixante-cinquième session (2013), le cadre de ses travaux sur ce sujet comme le Groupe d'étude le lui avait suggéré; et b) de nommer M. Georg Nolte Rapporteur spécial pour le sujet «Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités» (chap. X).

23. En ce qui concerne le sujet «**La clause de la nation la plus favorisée**», la Commission a reconstitué le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, qui a poursuivi sa discussion sur les facteurs semblant influencer l'interprétation des clauses

NPF par les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements, sur la base, entre autres, des documents de travail consacrés à l'interprétation et à l'application des clauses NPF dans les accords d'investissement et à l'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales. Le Groupe d'étude a en outre examiné les grandes orientations de son futur rapport (chap. XI).

24. Les points sur lesquels des observations des gouvernements seraient particulièrement intéressantes pour la Commission en ce qui concerne les sujets qui demeurent à l'examen figurent au chapitre III.

25. La Commission a établi un Groupe de planification chargé d'examiner son programme, ses procédures et ses méthodes de travail (chap. XII, sect. E.).

26. La Commission a poursuivi ses échanges traditionnels d'informations avec la Cour internationale de Justice, l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique, le Comité européen de coopération juridique et le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe et le Comité juridique interaméricain. La Commission a également échangé des informations avec la Commission de l'Union africaine pour le droit international. Certains de ses membres ont par ailleurs rencontré à titre informel divers organismes et associations pour débattre de questions d'intérêt mutuel (chap. XII, sect. G).

27. Un séminaire de formation a réuni 24 participants de diverses nationalités (chap. XII, sect. J).

Chapitre III

Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission

A. Immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

28. En ce qui concerne le sujet «L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État», la Commission demande aux États de lui donner des informations sur leur législation et leur pratique relatives aux deux points suivants:

a) La distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* se traduit-elle par des conséquences juridiques différentes et, si tel est le cas, comment sont-elles traitées différemment?

b) Quels critères sont utilisés pour identifier les personnes couvertes par l'immunité *ratione personae*?

B. Formation et identification du droit international coutumier

29. La Commission demande aux États de lui donner des informations sur leur pratique relative à la formation du droit international coutumier et aux types d'éléments pouvant servir à identifier ce droit dans une situation donnée. Cette pratique pourrait être reflétée dans:

a) Des déclarations officielles devant des corps législatifs, des juridictions ou des organisations internationales; et

b) Des décisions de juridictions nationales, régionales ou sous-régionales.

Chapitre IV

L'expulsion des étrangers

A. Introduction

30. La Commission a décidé, au cours de sa cinquante-sixième session (2004), d'inscrire le sujet «L'expulsion des étrangers» à son programme de travail, et de nommer M. Maurice Kamto Rapporteur spécial pour ce sujet⁵. L'Assemblée générale, au paragraphe 5 de sa résolution 59/41 du 2 décembre 2004, a approuvé la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son ordre du jour.

31. Lors de sa cinquante-septième session (2005), la Commission a examiné le rapport préliminaire présenté par le Rapporteur spécial (A/CN.4/554)⁶.

32. À sa cinquante-huitième session (2006), la Commission était saisie du deuxième rapport présenté par le Rapporteur spécial (A/CN.4/573 et Corr.1) ainsi que d'une étude du Secrétariat (A/CN.4/565 et Corr.1). Elle a décidé d'examiner le deuxième rapport à sa session suivante, en 2007⁷.

33. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a examiné les deuxième et troisième rapports présentés par le Rapporteur spécial (A/CN.4/573 et Corr.1, et A/CN.4/581), et a renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles 1^{er} et 2, tels que révisés par le Rapporteur spécial⁸, ainsi que les projets d'articles 3 à 9⁹.

34. À sa soixantième session, la Commission a examiné le quatrième rapport présenté par le Rapporteur spécial (A/CN.4/594) et a décidé d'établir un groupe de travail, présidé par M. Donald M. McRae, afin d'examiner les questions soulevées par l'expulsion des binationaux ou plurinationaux et par la dénationalisation au regard de l'expulsion¹⁰. Au cours de la même session, la Commission a approuvé les conclusions dudit Groupe de travail et a demandé au Comité de rédaction de les prendre en compte dans le cadre de ses travaux¹¹.

35. À sa soixante et unième session (2009), la Commission a examiné le cinquième rapport présenté par le Rapporteur spécial (A/CN.4/611 et Corr.1). À sa demande, le Rapporteur spécial a présenté une nouvelle version des projets d'articles sur la protection des droits de l'homme de la personne expulsée ou en cours d'expulsion, révisés et restructurés à la lumière du débat ayant eu lieu en plénière (A/CN.4/617). Il a aussi soumis

⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, par. 364. À sa cinquantième session (1998), la Commission avait pris note du rapport du Groupe de planification dans lequel avait notamment été identifié le sujet de «l'expulsion des étrangers» aux fins d'inclusion dans son programme de travail à long terme (*ibid.*, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10), par. 554) et, à sa cinquante-deuxième session (2000), elle avait confirmé cette inclusion (*ibid.*, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10), par. 729). Un bref plan exposant la structure générale et l'approche possibles d'une étude du sujet était joint en annexe au rapport sur les travaux de cette session de la Commission (*ibid.*, annexe). Au paragraphe 8 de sa résolution 55/152 du 12 décembre 2000, l'Assemblée générale avait pris acte de l'inclusion du sujet dans le programme de travail à long terme.

⁶ *Ibid.*, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10), par. 242 à 274.

⁷ *Ibid.*, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10), par. 252.

⁸ *Ibid.*, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10), notes 401 et 402.

⁹ *Ibid.*, notes 396 à 400.

¹⁰ *Ibid.*, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10), par. 170.

¹¹ *Ibid.*, par. 171.

à la Commission un nouveau projet de plan d'étude en vue de la structuration de l'ensemble du projet d'articles (A/CN.4/618). La Commission a décidé de reporter à sa soixante-deuxième session l'examen des projets d'articles révisés¹².

36. À sa soixante-deuxième session (2010), la Commission a examiné les projets d'articles sur la protection des droits de l'homme de la personne expulsée ou en cours d'expulsion, tels que révisés et restructurés par le Rapporteur spécial (A/CN.4/617), ainsi que le sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/625 et Add.1). Elle a renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles 8 à 15 révisés relatifs à la protection des droits de l'homme de la personne expulsée ou en cours d'expulsion¹³, les projets d'articles A et 9¹⁴ tels qu'ils figuraient dans le sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/625), les projets d'articles B1 et C1¹⁵ tels qu'ils figuraient dans l'additif 1 au sixième rapport (A/CN.4/625/Add.1), ainsi que les projets d'articles B et A1¹⁶ tels que révisés par le Rapporteur spécial au cours de la soixante-deuxième session.

37. À sa soixante-troisième session (2011), la Commission a examiné l'additif 2 au sixième rapport (A/CN.4/625/Add.2) et le septième rapport (A/CN.4/642) du Rapporteur spécial. Elle était en outre saisie des observations communiquées jusque-là par les gouvernements¹⁷. Elle a renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles D1, E1, G1, H1, I1 et J1, tels qu'ils figuraient dans l'additif 2 au sixième rapport¹⁸; le projet d'article F1, également contenu dans cet additif, tel que l'avait révisé le Rapporteur spécial en cours de session¹⁹; et le projet d'article 8 dans sa version révisée présentée par le Rapporteur spécial durant la soixante-deuxième session²⁰. À sa soixante-troisième session, la Commission a en outre renvoyé au Comité de rédaction le récapitulatif restructuré des projets d'articles qui figurait dans le septième rapport présenté par le Rapporteur spécial²¹. À cette même session, elle a pris note d'un rapport intérimaire du Président du Comité de rédaction, l'informant de l'avancement des travaux sur l'ensemble des projets d'articles sur l'expulsion des étrangers, qui étaient sur le point d'être achevés en vue de leur présentation à la Commission pour adoption en première lecture lors de la soixante-quatrième session²².

B. Examen du sujet à la présente session

38. À la présente session, la Commission était saisie du huitième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/651), qu'elle a examiné à sa 3129^e séance, le 8 mai 2012.

39. Le huitième rapport offrait d'abord un aperçu des commentaires formulés par les États et par l'Union européenne sur le sujet de l'expulsion des étrangers à l'occasion des débats sur le rapport de la Commission qui avaient eu lieu à la Sixième Commission lors de la soixante-sixième session de l'Assemblée générale; il contenait ensuite un certain nombre d'observations finales du Rapporteur spécial. En présentant ce rapport, le Rapporteur spécial a indiqué qu'à son avis la plupart desdits commentaires tenaient au décalage entre

¹² Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/64/10), par. 91.

¹³ Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 10* (A/65/10), notes 1244 à 1251.

¹⁴ Ibid., notes 1255 et 1258.

¹⁵ Ibid., notes 1263 et 1264.

¹⁶ Ibid., notes 1260 et 1269.

¹⁷ Voir A/CN.4/604, et A/CN.4/628 et Add.1.

¹⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10), notes 531, 532, et 535 à 538.

¹⁹ Ibid., note 534.

²⁰ Ibid., note 540.

²¹ A/CN.4/642, p. 14 à 16.

²² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10), par. 214.

les progrès accomplis par la Commission dans l'examen du sujet et les informations y relatives soumises à l'appréciation de la Sixième Commission dans le cadre de l'examen des précédents rapports annuels de la Commission. Le Rapporteur spécial s'était par conséquent efforcé de dissiper les malentendus créés par ce décalage en tenant compte, le cas échéant, de certaines suggestions ou en proposant certains ajustements dans la formulation des projets d'articles. Ces projets ayant toutefois déjà été renvoyés au Comité de rédaction par la Commission, c'était dans ce cadre qu'il conviendrait, le cas échéant, d'examiner ces suggestions qui étaient d'ailleurs, pour l'essentiel, d'ordre rédactionnel.

40. Le huitième rapport évoquait également la question de la forme finale des travaux de la Commission sur le sujet, qui était revenue dans les débats aussi bien au sein de la Commission elle-même qu'à la Sixième Commission. À cet égard, le Rapporteur spécial demeurait convaincu que très peu de sujets se prêtent autant à la codification que celui de l'expulsion des étrangers. Il souhaitait dès lors que, le moment venu, la Commission transmette le résultat de ses travaux sur ce sujet à l'Assemblée générale sous la forme de projets d'articles, à charge pour celle-ci de décider de la forme définitive qu'il conviendrait de leur donner.

41. À ses 3134^e et 3135^e séances, le 29 mai 2012, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction et a adopté en première lecture, à sa 3135^e séance, un ensemble de 32 projets d'articles sur l'expulsion des étrangers (voir sect. C1 ci-après).

42. À ses 3152^e à 3155^e séances, les 30 et 31 juillet 2012, la Commission a adopté les commentaires afférents au projet d'articles sur l'expulsion des étrangers tel qu'adopté en première lecture (voir sect. C2 ci-après).

43. À la 3155^e séance, le 31 juillet 2012, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son Statut, de transmettre le projet d'articles (voir sect. C ci-dessous), par l'entremise du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations, en les priant de faire parvenir ces commentaires et observations au Secrétaire général d'ici le 1^{er} janvier 2014.

44. À sa 3155^e séance, le 31 juillet 2012, la Commission a exprimé sa profonde gratitude au Rapporteur spécial, M. Maurice Kamto, pour l'excellente contribution qu'il avait apportée au traitement du sujet grâce à ses travaux de recherche et à sa vaste expérience, permettant ainsi à la Commission de mener à bien sa première lecture du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers.

C. Texte du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté par la Commission en première lecture

1. Texte du projet d'articles

45. Le texte du projet d'articles adopté par la Commission en première lecture à sa soixante-quatrième session est reproduit ci-après.

L'expulsion des étrangers

Première partie

Dispositions générales

Article premier

Champ d'application

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'expulsion, par un État, des étrangers se trouvant légalement ou illégalement sur son territoire.

2. Le présent projet d'articles ne s'applique pas aux étrangers qui sont bénéficiaires de privilèges et immunités en vertu du droit international.

Article 2

Définitions

Aux fins du présent projet d'articles:

a) «expulsion» s'entend d'un acte juridique, ou d'un comportement consistant en une action ou une omission, attribuable à un État, par lequel un étranger est contraint de quitter le territoire de cet État; elle n'inclut pas l'extradition vers un autre État, ni le transfert à une juridiction pénale internationale, ni la non-admission d'un étranger, autre qu'un réfugié, dans un État;

b) «étranger» s'entend d'un individu qui n'a pas la nationalité de l'État sur le territoire duquel cet individu se trouve.

Article 3

Droit d'expulsion

Un État a le droit d'expulser un étranger de son territoire. L'expulsion doit se faire dans le respect du présent projet d'articles ainsi que des autres règles applicables du droit international, en particulier celles relatives aux droits de l'homme.

Article 4

Obligation de conformité à la loi

Un étranger ne peut être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi.

Article 5

Motifs d'expulsion

1. Toute décision d'expulsion doit être motivée.
2. Un État ne peut expulser un étranger que pour un motif prévu par la loi, y compris, en particulier, la sécurité nationale et l'ordre public.
3. Le motif d'expulsion doit être apprécié de bonne foi et de manière raisonnable, en tenant compte de la gravité des faits et à la lumière de toutes les circonstances, y compris le comportement de l'étranger concerné et, lorsque cela est pertinent, l'actualité de la menace que les faits génèrent.
4. Un État ne peut expulser un étranger pour un motif contraire au droit international.

Deuxième partie

Cas d'expulsions interdites

Article 6

Interdiction de l'expulsion des réfugiés

1. Un État ne peut expulser un réfugié se trouvant régulièrement sur son territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.
2. Le paragraphe 1 s'applique également à tout réfugié qui, se trouvant irrégulièrement sur le territoire de l'État, a demandé qu'on lui reconnaisse le statut de réfugié, pendant que cette demande est à l'examen.
3. Un État ne peut expulser ou refouler, de quelque manière que ce soit, un réfugié vers un État ou 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, sauf s'il y a des raisons sérieuses de le considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve, ou si l'intéressé, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

Article 7

Interdiction de l'expulsion des apatrides

Un État ne peut expulser un apatride se trouvant régulièrement sur son territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.

Article 8

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

Les règles applicables à l'expulsion des étrangers prévues dans le présent projet d'articles sont sans préjudice d'autres règles concernant l'expulsion des réfugiés et des apatrides prévues par le droit.

Article 9

Déchéance de nationalité aux seules fins de l'expulsion

Un État ne peut faire de son national un étranger, par déchéance de sa nationalité, aux seules fins de l'expulser.

Article 10

Interdiction de l'expulsion collective

1. Aux fins du présent projet d'articles, l'expulsion collective s'entend de l'expulsion d'étrangers en tant que groupe.
2. L'expulsion collective des étrangers, y compris des travailleurs migrants et des membres de leur famille, est interdite.
3. Un État peut expulser concomitamment les membres d'un groupe d'étrangers, à condition que la mesure d'expulsion soit prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des membres qui forment le groupe.
4. Le présent projet d'article est sans préjudice des règles de droit international applicables à l'expulsion des étrangers en cas de conflit armé impliquant l'État expulsant.

Article 11

Interdiction de l'expulsion déguisée

1. Toute forme d'expulsion déguisée d'un étranger est interdite.
2. Au sens du présent projet d'articles, l'expulsion déguisée s'entend du départ forcé d'un étranger d'un État, résultant indirectement d'actions ou d'omissions dudit État, y compris les situations où cet État appuie ou tolère des actes commis par ses nationaux ou d'autres personnes, avec l'intention de provoquer le départ d'étrangers de son territoire.

Article 12

Interdiction de l'expulsion aux fins de confiscation des biens

L'expulsion d'un étranger à des fins de confiscation de ses biens est interdite.

Article 13

Interdiction du recours à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition

Un État ne doit pas recourir à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition en cours.

Troisième partie

Protection des droits des étrangers objets de l'expulsion

Chapitre I

Dispositions générales

Article 14

Obligation de respecter la dignité humaine et les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion

1. Tout étranger objet d'une expulsion est traité avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine tout au long de la procédure d'expulsion.
2. Il a droit au respect de ses droits de l'homme, notamment ceux énoncés dans le présent projet d'articles.

Article 15

Obligation de non-discrimination

1. L'État exerce le droit d'expulser des étrangers sans discrimination aucune, fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, ou sur tout autre motif non admis en droit international.
2. La non-discrimination s'applique également à la jouissance par tout étranger objet d'une expulsion de ses droits de l'homme, y compris ceux qui sont mentionnés dans le présent projet d'articles.

Article 16

Personnes vulnérables

1. Les enfants, les personnes âgées, les personnes handicapées, les femmes enceintes et d'autres personnes vulnérables faisant l'objet d'une expulsion doivent être considérés comme tels et doivent être traités et protégés en tenant dûment compte de leur vulnérabilité.
2. En particulier, dans toutes les décisions qui concernent des enfants faisant l'objet d'une expulsion, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

Chapitre II

Protection requise dans l'État expulsant

Article 17

Obligation de protéger le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion

L'État expulsant protège le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion.

Article 18**Prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants**

L'État expulsant ne peut soumettre l'étranger objet de l'expulsion à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Article 19**Conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion**

1. a) La détention d'un étranger objet d'une expulsion ne doit pas avoir un caractère punitif;

b) Un étranger objet d'une expulsion doit, sauf dans des circonstances exceptionnelles, être détenu séparément des personnes condamnées à des peines de privation de liberté.

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

b) La prolongation de la durée de la détention ne peut être décidée que par une juridiction ou par une personne pouvant exercer les fonctions judiciaires.

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

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

Article 20**Obligation de respecter le droit à la vie familiale**

1. L'État expulsant respecte le droit à la vie familiale de l'étranger objet de l'expulsion.

2. L'État expulsant ne peut interférer dans l'exercice du droit à la vie familiale que dans les cas prévus par la loi et en observant un juste équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de l'étranger en cause.

Chapitre III**Protection par rapport à l'État de destination****Article 21****Départ vers l'État de destination**

1. L'État expulsant prend des mesures appropriées pour faciliter le départ volontaire de l'étranger objet de l'expulsion.

2. En cas d'exécution forcée de la décision d'expulsion, l'État expulsant prend les mesures nécessaires afin d'assurer, autant que faire se peut, un acheminement sans heurts de l'étranger objet de l'expulsion vers l'État de destination, dans le respect des règles du droit international.

3. L'État expulsant accorde à l'étranger objet de l'expulsion un délai raisonnable pour préparer son départ, compte tenu de toutes les circonstances.

Article 22**État de destination de l'étranger objet de l'expulsion**

1. L'étranger objet de l'expulsion est expulsé vers son État de nationalité ou tout autre État qui a l'obligation de l'accueillir en vertu du droit international, ou vers tout État qui accepte de l'accueillir à la demande de l'État expulsant ou, le cas échéant, de l'intéressé.

2. Lorsque l'État de nationalité ou tout autre État ayant l'obligation d'accueillir l'étranger en vertu du droit international n'a pas été identifié et qu'aucun autre État n'accepte d'accueillir ledit étranger, celui-ci peut être expulsé vers tout État où il a un droit d'entrée ou de séjour ou, lorsque cela est applicable, vers l'État d'où il est entré dans l'État expulsant.

Article 23**Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée**

1. Un étranger ne peut être expulsé vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison notamment de sa race, de sa couleur, de son sexe, de sa langue, de sa religion, de son opinion politique ou de toute autre opinion, de son origine nationale, ethnique ou sociale, de sa fortune, de sa naissance ou de toute autre situation, ou de tout autre motif non admis en droit international.

2. Un État qui n'applique pas la peine de mort ne peut expulser un étranger vers un État où la vie de cet étranger serait menacée par la peine de mort, sauf s'il a obtenu au préalable l'assurance que cette peine ne sera pas imposée ou, si elle a déjà été imposée, qu'elle ne sera pas exécutée.

Article 24**Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où il pourrait être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants**

Un État ne peut expulser un étranger vers un État où il existe des motifs sérieux de croire qu'il risque d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Chapitre IV**Protection dans l'État de transit****Article 25****Protection dans l'État de transit des droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion**

L'État de transit protège les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion, conformément à ses obligations en vertu du droit international.

Quatrième partie**Règles spécifiques de procédure****Article 26****Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion**

1. L'étranger objet de l'expulsion jouit des droits procéduraux suivants:
 - a) le droit à la notification de la décision d'expulsion;
 - b) le droit de contester la décision d'expulsion;
 - c) le droit d'être entendu par une autorité compétente;

d) le droit d'accès à des recours efficaces pour contester la décision d'expulsion;

e) le droit de se faire représenter devant l'autorité compétente;

f) le droit à se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée par l'autorité compétente.

2. Les droits énumérés au paragraphe 1 sont sans préjudice d'autres droits ou garanties procéduraux prévus par le droit.

3. L'étranger objet de l'expulsion a le droit de demander l'assistance consulaire. L'État expulsant ne doit pas empêcher l'exercice de ce droit ou de l'assistance consulaire.

4. Les droits procéduraux prévus dans cet article sont sans préjudice de l'application de toute législation de l'État expulsant concernant l'expulsion d'étrangers qui se trouvent illégalement sur son territoire depuis moins de six mois.

Article 27

Effet suspensif du recours contre la décision d'expulsion

Le recours formé par un étranger objet d'une expulsion, se trouvant légalement sur le territoire de l'État expulsant, contre une décision d'expulsion a un effet suspensif de ladite décision.

Article 28

Procédures de recours individuel

L'étranger objet de l'expulsion peut utiliser toute procédure disponible de recours individuel devant une instance internationale compétente.

Cinquième partie

Conséquences juridiques de l'expulsion

Article 29

Réadmission dans l'État expulsant

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

2. En aucun cas la décision d'expulsion illicite antérieurement adoptée ne sera invoquée pour empêcher la réadmission de l'étranger.

Article 30

Protection des biens de l'étranger objet de l'expulsion

L'État expulsant prend les mesures nécessaires pour protéger les biens de l'étranger objet de l'expulsion et lui permet, conformément à la loi, d'en disposer librement, même de l'extérieur du territoire.

Article 31

Responsabilité de l'État en cas d'expulsion illicite

L'expulsion d'un étranger en violation d'obligations internationales découlant du présent projet d'articles ou de toute autre règle de droit international engage la responsabilité internationale de l'État expulsant.

Article 32

Protection diplomatique

L'État de nationalité de l'étranger objet de l'expulsion peut exercer la protection diplomatique à l'égard dudit étranger.

2. Texte du projet d'articles et des commentaires y relatifs

46. Le texte du projet d'articles et des commentaires y relatifs, adoptés par la Commission en première lecture à sa soixante-quatrième session, est reproduit ci-après.

L'expulsion des étrangers

Commentaire général

1) Le présent projet d'articles, qui traite de l'expulsion des étrangers, est structuré en cinq parties. La première partie, intitulée «Dispositions générales», délimite le champ du projet d'articles, définit, aux fins de celui-ci, les deux termes-clefs «expulsion» et «étranger», et énonce ensuite un certain nombre de règles générales ayant trait au droit d'expulsion, à l'exigence de conformité à la loi et aux motifs d'expulsion. La deuxième partie du projet d'articles vise plusieurs cas d'expulsions interdites. La troisième partie est consacrée à la protection des droits des étrangers objets de l'expulsion, dans une optique générale d'abord (chap. I), et en traitant ensuite plus spécifiquement de la protection requise dans l'État expulsant (chap. II), de la protection par rapport à l'État de destination (chap. III) et de la protection dans l'État de transit (chap. IV). La quatrième partie du projet d'articles porte sur des règles spécifiques de procédure, tandis que la cinquième partie est consacrée aux conséquences juridiques de l'expulsion.

2) La formule «étranger[s] objet[s] [de l'] [d'une] expulsion», qui est employée tout au long du projet d'articles, a une signification suffisamment générale pour couvrir, en fonction du contexte, tout étranger confronté à une phase quelconque du processus d'expulsion. Ce processus débute généralement par l'ouverture d'une procédure pouvant conduire à l'adoption d'une décision d'expulsion, laquelle peut être suivie, selon les cas, d'une phase judiciaire; il prend fin, en principe, avec l'exécution de la décision d'expulsion, que ce soit par un départ volontaire de l'étranger en question ou par l'exécution forcée de cette décision. Autrement dit, cette formule vise à couvrir la situation de l'étranger, non seulement par rapport à la décision d'expulsion qui serait adoptée à son égard, mais aussi par rapport aux diverses étapes du processus d'expulsion qui précèdent ou suivent la prise d'une telle décision et qui peuvent également, selon les cas, comporter l'adoption de mesures restrictives à son encontre, y compris son éventuelle mise en détention aux fins de l'expulsion.

Première partie

Dispositions générales

Article premier

Champ d'application

1. Le présent projet d'articles s'applique à l'expulsion, par un État, des étrangers se trouvant légalement ou illégalement sur son territoire.

2. Le présent projet d'articles ne s'applique pas aux étrangers qui sont bénéficiaires de privilèges et immunités en vertu du droit international.

Commentaire

1) Le projet d'article 1^{er} a pour objet de délimiter le champ d'application du projet d'articles. Tandis que le paragraphe 1 énonce une définition générale de ce champ, le

paragraphe 2 exclut du projet d'articles certaines catégories de personnes qui seraient autrement couvertes en vertu du paragraphe 1.

2) En énonçant que le projet d'articles s'applique à l'expulsion, par un État, des étrangers se trouvant légalement ou illégalement sur son territoire, le paragraphe 1 définit à la fois le champ d'application *ratione materiae* et le champ d'application *ratione personae* du projet d'articles. S'agissant du premier aspect, qui concerne les mesures couvertes par le projet d'articles, il est fait tout simplement référence à l'«expulsion par un État»; aucune indication supplémentaire n'est fournie à cet égard, dès lors que la notion d'«expulsion» est définie au projet d'article 2 a) ci-dessous. Quant au champ d'application *ratione personae*, à savoir les personnes couvertes par le projet d'articles, il résulte du paragraphe 1 que le projet d'articles s'applique à l'expulsion d'*étrangers* se trouvant sur le territoire de l'État expulsant, et cela indépendamment du caractère légal ou non de cette présence. Le terme «étranger» est défini au projet d'article 2 b). La catégorie des étrangers illégalement présents sur le territoire de l'État expulsant recouvre aussi bien des étrangers entrés illégalement dans ce territoire que des étrangers dont la présence sur ce territoire est devenue illégale par la suite, du fait notamment d'une violation de la législation de l'État expulsant relative aux conditions de séjour²³.

3) Dès le début des travaux de la Commission sur le sujet «L'expulsion des étrangers», les membres de la Commission étaient généralement d'avis que le projet d'articles devait couvrir aussi bien les étrangers légalement présents que ceux illégalement présents sur le territoire de l'État expulsant. Le paragraphe 1 du projet d'article 1^{er} reflète clairement cette position. Toutefois, il convient de noter d'emblée que certaines dispositions du projet d'articles opèrent des distinctions entre ces deux catégories d'étrangers, en ce qui concerne notamment les droits qui leur sont reconnus²⁴. Il sied de relever également que l'inclusion, dans le champ d'application du projet d'articles, d'étrangers dont la présence sur le territoire de l'État expulsant est illégale doit se comprendre en ayant toutefois à l'esprit la clause, figurant au projet d'article 2 a) *in fine*, qui exclut du champ du projet d'articles les questions concernant la non-admission d'un étranger sur le territoire d'un État²⁵. Certains ont toutefois exprimé l'avis que ces projets d'articles devaient couvrir uniquement les étrangers légalement présents sur le territoire de l'État expulsant, ceux-ci étant les seuls visés par les restrictions à l'expulsion contenues dans les traités mondiaux et régionaux applicables²⁶.

4) Le paragraphe 2 du projet d'article 1^{er} exclut du champ d'application du projet d'articles certaines catégories d'étrangers, à savoir les étrangers qui sont bénéficiaires de privilèges et immunités en vertu du droit international. Cette disposition a pour objet d'exclure certains étrangers dont le départ forcé du territoire d'un État est régi par des règles spéciales du droit international, c'est-à-dire les diplomates, les agents consulaires, les fonctionnaires d'organisations internationales, voire d'autres fonctionnaires ou des

²³ Voir, sur ces questions, le deuxième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/573, par. 50 à 56.

²⁴ Voir, ci-dessous, les projets d'articles 6, 7, 26, 27 et 29, ainsi que les commentaires y afférents.

²⁵ Voir, ci-dessous, le paragraphe 5) du commentaire du projet d'article 2.

²⁶ Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 2545, p. 150), art. 32; Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668, p. 171), art. 13; Convention européenne d'établissement (Paris, 13 décembre 1955, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 529, n° 7660, p. 141), art. 3; Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José) (San José, Costa Rica, 22 novembre 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1144, n° 17955, p. 143), art. 22, par. 6; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1520, n° 26363, p. 217), art. 12, par. 4; et Charte arabe des droits de l'homme (adoptée par le Sommet de la Ligue des États arabes à sa seizième session ordinaire, Tunis, mai 2004), art. 26.

militaires se trouvant en mission sur le territoire d'un État étranger, ainsi que, le cas échéant, les membres de leur famille. Autrement dit, ces étrangers sont exclus du champ d'application du projet d'articles en raison de l'existence de règles spéciales de droit international qui énoncent les conditions auxquelles ils peuvent être contraints de quitter le territoire de l'État dans lequel ils se trouvent pour y exercer leurs fonctions, et qui les mettent ainsi à l'abri de la procédure ordinaire d'expulsion²⁷.

5) En revanche, ne sont pas exclus du champ d'application du projet d'articles d'autres catégories d'étrangers qui bénéficient d'une protection particulière en vertu du droit international, tels les réfugiés, les apatrides, ainsi que les travailleurs migrants et les membres de leur famille²⁸. Il est toutefois entendu que l'application des dispositions du projet d'articles à ces catégories d'étrangers est sans préjudice de l'application à ceux-ci des règles spéciales pouvant porter sur tel ou tel autre aspect concernant leur expulsion du territoire d'un État²⁹. Les personnes déplacées, au sens des résolutions pertinentes de l'Assemblée générale des Nations Unies³⁰, ne sont pas non plus exclues du champ d'application du projet d'articles.

Article 2

Définitions

Aux fins du présent projet d'articles:

a) «expulsion» s'entend d'un acte juridique, ou d'un comportement consistant en une action ou une omission, attribuable à un État, par lequel un étranger est contraint de quitter le territoire de cet État; elle n'inclut pas l'extradition vers un autre État, ni le transfert à une juridiction pénale internationale, ni la non-admission d'un étranger, autre qu'un réfugié, dans un État;

b) «étranger» s'entend d'un individu qui n'a pas la nationalité de l'État sur le territoire duquel cet individu se trouve.

Commentaire

1) Le projet d'article 2 définit, pour les fins du présent projet d'articles, deux termes-clefs, à savoir «expulsion» et «étranger».

2) La lettre a) énonce une définition de l'«expulsion». Cette définition reflète la distinction entre, d'une part, un acte juridique (en anglais, *formal act*) par lequel un État contraint une personne à quitter son territoire (quelle que soit d'ailleurs la dénomination de cet acte en droit interne) et, d'autre part, un comportement attribuable à l'État qui produit le même résultat³¹. La Commission a en effet considéré qu'il convenait d'inclure ces deux cas de figure dans la définition de l'«expulsion» aux fins du projet d'articles. Il convient

²⁷ Les règles de droit international relatives à la présence et au départ de ces catégories d'étrangers sont exposées succinctement dans l'étude du Secrétariat sur l'expulsion des étrangers, A/CN.4/565, par. 28 à 35.

²⁸ Pour une analyse des règles juridiques offrant une protection accrue à certaines catégories d'étrangers, voir l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, Chap. X, spécialement les paragraphes 756 à 891. Pour un aperçu de diverses catégories d'étrangers, voir également le deuxième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/573, par. 45 à 122.

²⁹ Voir, en ce sens, concernant les réfugiés et les apatrides, la clause «sans préjudice» figurant au projet d'article 8.

³⁰ Voir, par exemple, la résolution 59/170 de l'Assemblée générale en date du 20 décembre 2004, par. 10; voir également le deuxième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/573, par. 72, ainsi que l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 160 à 162.

³¹ Sur la distinction entre l'expulsion en tant qu'acte juridique et l'expulsion en tant que comportement, voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/573, par. 188 à 192.

toutefois de préciser que le projet d'article 2 traite uniquement de la définition de l'«expulsion» et ne préjuge aucunement de la question de la licéité des diverses modalités d'expulsion auxquelles il fait référence. À cet égard, les modalités d'expulsion qui ne prennent pas la forme d'un acte juridique sont, certes, incluses dans la définition de l'«expulsion» au sens du projet d'articles, mais tombent sous le régime de l'interdiction de l'«expulsion déguisée» énoncée au projet d'article 11. Autrement dit, un comportement attribuable à l'État qui produit le même résultat qu'une décision formelle d'expulsion se définit comme une expulsion; mais il constitue une forme d'expulsion interdite parce que déguisée, ne pouvant pas, pour cette raison, permettre à l'étranger concerné de jouir des droits que lui confère une expulsion faite sur la base d'un acte juridique.

3) La condition selon laquelle l'acte juridique ou le comportement constituant l'expulsion doit être attribuable à l'État doit se comprendre à la lumière des critères d'attribution prévus au chapitre II de la première partie des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³².

4) Le comportement – autre que l'adoption d'une décision formelle – qui pourrait donner lieu à une expulsion peut prendre la forme aussi bien d'actions que d'omissions de la part de l'État. Les omissions peuvent notamment consister dans une attitude de tolérance vis-à-vis de comportements adoptés à l'encontre de l'étranger par des individus ou des entités à titre privé, par exemple lorsque l'État s'abstient de protéger un étranger d'actes hostiles émanant d'acteurs non étatiques³³. Ce qui apparaît déterminant, aux fins de la définition de l'expulsion, c'est qu'en raison d'un acte juridique ou d'un comportement – actif ou passif – attribuable à l'État, l'étranger en question se trouve *contraint* de quitter le territoire de cet État³⁴. En outre, pour que l'on soit en présence d'une expulsion en vertu d'un *comportement* (c'est-à-dire sans l'adoption d'une décision formelle), il est essentiel que soit établie l'intention de l'État en question de provoquer, par ce comportement, le départ de l'étranger de son territoire³⁵.

5) Par souci de clarté, la Commission a jugé utile de préciser, dans la seconde phrase de la lettre a), que la notion d'expulsion au sens du projet d'articles ne couvre pas l'extradition d'un étranger vers un autre État, ni le transfert à une juridiction pénale internationale, ni la non-admission d'un étranger, autre qu'un réfugié, dans un État. S'agissant de la non-admission, il sied de préciser que cette exclusion vise le refus par les autorités d'un État – généralement les autorités chargées du contrôle de l'immigration et de la surveillance des frontières – d'admettre un étranger sur le territoire de cet État. En revanche, les mesures adoptées par un État afin de contraindre un étranger déjà présent, bien qu'illégalement, sur son territoire à quitter celui-ci sont couvertes par la notion d'«expulsion» telle qu'elle est définie à la lettre a) du projet d'article 2³⁶. Cette distinction doit être comprise à la lumière de la définition du champ d'application *ratione personae* du projet d'articles qui inclut, comme l'indique explicitement le paragraphe 1 du projet d'article 1, aussi bien les étrangers légalement présents sur le territoire de l'État expulsant que ceux dont la présence sur ledit territoire est illégale. En outre, comme l'indique expressément la lettre a) du projet d'article 2, l'exclusion des questions liées à la non-admission du champ du projet d'articles ne concerne pas les réfugiés. Cette réserve s'explique en raison du paragraphe 3 du projet d'article 6 qui, dès lors qu'il énonce l'interdiction du refoulement au sens de l'article 33 de

³² Voir *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 39 à 55.

³³ Voir, ci-dessous, le projet d'article 11 et le commentaire y afférent.

³⁴ Sur la notion de «contrainte» dans le présent contexte, voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/573, par. 193.

³⁵ Voir, ci-dessous, les paragraphes 3) à 7) du commentaire du projet d'article 11.

³⁶ Sur la distinction entre «expulsion» et «non-admission», voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/573, par. 171 à 173, ainsi que l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 74 à 78.

la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951³⁷, touche inévitablement aux questions d'admission.

6) La lettre b) du projet d'article 2 définit l'«étranger» comme un individu qui n'a pas la nationalité de l'État sur le territoire duquel il se trouve. Cette définition couvre aussi bien les individus ayant la nationalité d'un autre État que les individus n'ayant la nationalité d'aucun État, à savoir les apatrides³⁸. Il résulte également de cette définition qu'un individu ayant la nationalité de l'État sur le territoire duquel il se trouve ne saurait être considéré comme un étranger à l'égard de cet État, même s'il possède par ailleurs une ou plusieurs autres nationalités, et même si, par hypothèse, l'une de ces autres nationalités peut être considérée comme prépondérante, en termes d'effectivité, vis-à-vis de la nationalité de l'État sur le territoire duquel l'individu se trouve.

7) La définition de l'«étranger» aux fins du projet d'articles est sans préjudice du droit qu'a un État d'accorder à certaines catégories d'étrangers des droits particuliers à l'égard de l'expulsion, en les faisant bénéficier dans ce contexte, en vertu de son droit interne, d'un régime similaire ou identique à celui des nationaux³⁹. Il n'en demeure pas moins que tout individu ne possédant pas la nationalité de l'État sur le territoire duquel il se trouve doit être considéré comme un étranger aux fins du projet d'articles et que son expulsion de ce territoire est soumise audit projet d'articles.

Article 3 **Droit d'expulsion**

Un État a le droit d'expulser un étranger de son territoire. L'expulsion doit se faire dans le respect du présent projet d'articles ainsi que des autres règles applicables du droit international, en particulier celles relatives aux droits de l'homme.

Commentaire

1) Le projet d'article 3 énonce d'abord, dans sa première phrase, le droit d'un État d'expulser un étranger de son territoire. Il s'agit d'un droit dont l'existence est incontestée aussi bien dans la pratique que dans la jurisprudence et la doctrine⁴⁰. Ce droit a été notamment reconnu dans plusieurs sentences arbitrales et décisions de commissions des

³⁷ Convention relative au statut des réfugiés, Genève, 28 juillet 1951, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 2545, p. 150.

³⁸ Concernant les apatrides, voir le projet d'article 7 ci-dessous.

³⁹ Voir, sur ces questions, le deuxième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/573, par. 124 à 152.

⁴⁰ Sur le caractère incontesté du droit d'expulsion, voir le troisième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/581, par. 1 à 23, ainsi que les développements figurant dans l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 185 à 200.

réclamations⁴¹, ainsi que dans diverses décisions de juridictions et de commissions régionales⁴². De plus, il est consacré par le droit interne de la plupart des États⁴³.

2) La seconde phrase du projet d'article 3 rappelle que l'exercice de ce droit d'expulsion est régi par le présent projet d'articles et par les autres règles applicables du droit international. La mention spécifique des droits de l'homme se justifie par l'importance que revêt leur respect dans le contexte de l'expulsion; importance dont témoignent également les nombreuses dispositions du projet d'articles qui sont consacrées à de multiples aspects de la protection des droits de l'homme des étrangers faisant l'objet d'une expulsion. Parmi les «autres règles applicables du droit international» auxquelles est soumis l'exercice par un État de son droit d'expulser des étrangers et qui ne font pas l'objet de dispositions spécifiques du projet d'articles, il convient de mentionner tout particulièrement certaines limitations «classiques» qui découlent des règles en matière de traitement des étrangers, notamment l'interdiction de l'arbitraire, de l'abus de droit et du déni de justice⁴⁴. Figurent également parmi les autres règles applicables les dispositions des instruments relatifs aux droits de l'homme qui visent les dérogations autorisées dans les situations d'urgence.

Article 4 **Obligation de conformité à la loi**

Un étranger ne peut être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi.

Commentaire

1) Le projet d'article 4 énonce une condition fondamentale à laquelle est soumis l'exercice par un État de son droit d'expulser des étrangers de son territoire. Cette condition consiste en l'adoption par l'État expulsant d'une décision en ce sens conformément à la loi.

⁴¹ Voir, par exemple, *Lacoste v. Mexico* (Commission mexicaine), sentence du 4 septembre 1875, in John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, p. 3347 et 3348; affaire *Maal*, Commission mixte des réclamations Pays-Bas-Venezuela, 1^{er} juin 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 731; affaire *Boffolo*, Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 528, 529, 531 et 532; affaire *Oliva*, Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 608 (arbitre Ralston); affaire *Paquet (Expulsion)*, Commission mixte des réclamations Belgique-Venezuela, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 325 (arbitre Filtz); et *Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, sentence du 2 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, p. 92 à 113.

⁴² S'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, voir tout particulièrement l'affaire *Moustaquim c. Belgique*, arrêt (fond et satisfaction équitable), 18 février 1991, requête n° 12313/86, par. 43. Voir également: affaire *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, arrêt (fond), 30 octobre 1991, requêtes n°s 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87, par. 102; affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt (fond et satisfaction équitable), 15 novembre 1996, requête n° 22414/93, par. 73; affaire *Ahmed c. Autriche*, arrêt (fond et satisfaction équitable), 17 décembre 1996, requête n° 25964/94, par. 38; affaire *Bouchelkia c. France*, arrêt (fond), 29 janvier 1997, requête n° 23078/93, par. 48; et affaire *H. L. R. c. France*, arrêt (fond), 29 avril 1997, requête n° 24573/94, par. 33. En ce qui concerne la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, voir tout spécialement: communication n° 159/96, *Union interafricaine des droits de l'homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, Rencontre africaine des droits de l'homme, Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'homme c. Angola*, onzième rapport annuel d'activité, 1997-1998, par. 20.

⁴³ Voir, sur ce point, l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 192.

⁴⁴ *Ibid.*, par. 201 à 298.

2) L'exigence de la prise d'une décision d'expulsion a d'abord pour effet d'interdire à un État d'adopter des comportements visant à contraindre un étranger à quitter son territoire sans lui notifier une décision formelle en ce sens. De tels comportements tomberaient en effet sous le coup de l'interdiction de toute forme d'expulsion déguisée qui est énoncée au paragraphe 1 du projet d'article 11.

3) L'exigence de conformité à la loi relève avant tout de la logique, dès lors que l'expulsion est censée s'exercer sous l'empire du droit⁴⁵. Il n'est dès lors pas surprenant de constater une large convergence des législations nationales concernant l'exigence minimale selon laquelle la procédure d'expulsion doit être conforme aux prescriptions légales⁴⁶. Au demeurant, cette exigence est bien établie dans le droit international des droits de l'homme, tant universel que régional. Au niveau universel, elle figure à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁴⁷ (en ce qui concerne les étrangers qui se trouvent légalement sur le territoire de l'État expulsant), à l'article 22, paragraphe 2, de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille⁴⁸, ainsi qu'à l'article 32, paragraphe 2, de la Convention relative au statut des réfugiés⁴⁹ et à l'article 31, paragraphe 2, de la Convention relative au statut des apatrides⁵⁰. Au niveau régional, il convient de mentionner l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁵¹, l'article 22, paragraphe 6, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San Jose)⁵², l'article premier, paragraphe 1, du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme⁵³, ainsi que l'article 26, paragraphe 2, de la Charte arabe des droits de l'homme⁵⁴,

⁴⁵ Voir, à ce propos, les considérations du Rapporteur spécial dans l'additif 1 à son sixième rapport sur l'expulsion des étrangers, A/CN.4/625/Add.1, par. 55.

⁴⁶ Ibid., par. 61.

⁴⁷ Cette disposition se lit ainsi: «Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi [...]». (Pacte international relatif aux droits civils et politiques, New York, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668, p. 171.)

⁴⁸ Cette disposition se lit ainsi: «Les travailleurs migrants et les membres de leur famille ne peuvent être expulsés du territoire d'un État partie qu'en application d'une décision prise par l'autorité compétente conformément à la loi». (Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, New York, 18 décembre 1990, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2220, n° 39481, p. 3.)

⁴⁹ Cette disposition indique notamment que l'expulsion d'un réfugié se trouvant régulièrement sur le territoire d'un État contractant «n'aura lieu qu'en exécution d'une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi...». (Convention relative au statut des réfugiés, Genève, 28 juillet 1951, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 2545, p. 150.)

⁵⁰ Cette disposition a la même teneur, *mutatis mutandis*, que celle qui est reproduite dans la note de bas de page précédente concernant les réfugiés. (Convention relative au statut des apatrides, New York, 28 septembre 1954, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 360, n° 5158, p. 117.)

⁵¹ Cette disposition se lit ainsi: «L'étranger légalement admis sur le territoire d'un État partie à la présente Charte ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi». (Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Nairobi, 27 juin 1981, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1520, n° 26363, p. 217.)

⁵² Cette disposition se lit ainsi: «L'étranger légalement admis sur le territoire d'un État partie à la présente Convention ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi». (Convention américaine relative aux droits de l'homme («Pacte de San José»), San José (Costa Rica), 22 novembre 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1144, n° 17955, p. 143.)

⁵³ Cette disposition se lit ainsi: «Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi [...]» (Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Strasbourg, 22 novembre 1984, *Série des Traités européens*, n° 117).

⁵⁴ Cette disposition se lit ainsi: «Aucun État partie n'expulsera une personne qui ne détient pas sa nationalité et qui se trouve légalement sur son territoire, qu'en exécution [*sic*] d'une décision prise

qui posent la même exigence en ce qui concerne les étrangers légalement présents sur le territoire de l'État expulsant.

4) La Commission estime que l'exigence de conformité à la loi doit s'appliquer à toute décision d'expulsion, indépendamment de la question de savoir si la présence de l'étranger en question sur le territoire de l'État expulsant est légale ou non. Il est toutefois entendu que les législations nationales peuvent prévoir des règles et procédures différentes en matière d'expulsion, en fonction du caractère légal ou illégal de cette présence⁵⁵.

5) L'exigence de conformité à la loi a une portée tout à fait générale, en ce sens qu'elle s'applique aussi bien aux conditions procédurales qu'aux conditions matérielles de l'expulsion⁵⁶. En conséquence, son champ opératoire est plus large que l'exigence similaire qu'énonce le projet d'article 5, paragraphe 2, à propos des motifs d'expulsion.

6) Dans son arrêt du 30 novembre 2010 en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, la Cour internationale de Justice a confirmé l'exigence de conformité à la loi en tant que condition de licéité d'une expulsion au regard du droit international. Se référant, dans ce contexte, à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, la Cour a observé ce qui suit:

«Il résulte des termes mêmes des deux dispositions précitées que l'expulsion d'un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie à ces instruments ne peut être compatible avec les obligations internationales de cet État qu'à la condition qu'elle soit prononcée conformément à "la loi", c'est-à-dire au droit national applicable en la matière. Le respect du droit interne conditionne ici, dans une certaine mesure, celui du droit international»⁵⁷.

7) Bien que l'exigence de conformité à la loi soit une condition de licéité de toute mesure d'expulsion au regard du droit international, la question peut se poser de savoir quelle est l'étendue du pouvoir de contrôle, par un organe international, du respect des règles du droit interne dans un contexte comme celui de l'expulsion. Il est probable qu'un organe international soit amené à faire preuve d'une certaine retenue à cet égard. À titre d'illustration, on peut mentionner la prise de position du Comité des droits de l'homme à propos de l'expulsion par la Suède, en 1977, d'une réfugiée politique grecque suspectée d'être une terroriste potentielle. Cette personne prétendit devant le Comité que la décision d'expulsion n'avait pas été prise «conformément à la loi» et ne respectait donc pas les dispositions de l'article 13 du Pacte. Le Comité des droits de l'homme estima à ce sujet que l'interprétation du droit national était une question relevant fondamentalement de la compétence des juridictions et des autorités de l'État partie concerné et qu'il «n'[avait] pas

conformément à la loi [...]». (Charte adoptée par le Sommet de la Ligue des États arabes à sa seizième session ordinaire (Tunis, mai 2004) et entrée en vigueur le 15 mars 2008; version française disponible sur le site Internet de la Ligue des États arabes; <http://www.arableagueonline.org>).

⁵⁵ À ce propos, voir le projet d'article 26, par. 4, ci-dessous.

⁵⁶ Voir, en ce sens, l'avis du Comité directeur pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe lorsqu'il précise, à propos de l'article premier, par. 1, du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, que la mesure d'expulsion doit être adoptée «par l'autorité compétente conformément aux dispositions du droit matériel et aux règles de procédure applicables»; 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, par. 11.

⁵⁷ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 30 novembre 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, par. 65. Se référant à des garanties procédurales conférées aux étrangers par le droit congolais et visant à protéger les personnes concernées contre le risque d'arbitraire, la Cour a jugé que l'expulsion de M. Diallo n'avait pas été prononcée «conformément à la loi» (par. 73).

le pouvoir – et ce n’[était] pas son rôle – de déterminer si les autorités compétentes de l’État partie intéressé [avaient] interprété et appliqué correctement la législation nationale [...]; il [eût fallu] pour cela qu’il fût établi que lesdites autorités ne l’[avaient] ni interprétée ni appliquée de bonne foi et qu’il [ressortît] à l’évidence qu’il y [avait] eu abus de pouvoir»⁵⁸. La Cour internationale de Justice et la Cour européenne des droits de l’homme ont adopté une approche similaire en ce qui concerne leur pouvoir de contrôle du respect par un État de son droit interne dans le contexte de l’expulsion⁵⁹.

Article 5

Motifs d’expulsion

1. Toute décision d’expulsion doit être motivée.
2. Un État ne peut expulser un étranger que pour un motif prévu par la loi, y compris, en particulier, la sécurité nationale et l’ordre public.
3. Le motif d’expulsion doit être apprécié de bonne foi et de manière raisonnable, en tenant compte de la gravité des faits et à la lumière de toutes les circonstances, y compris le comportement de l’étranger concerné et, lorsque cela est pertinent, l’actualité de la menace que les faits génèrent.
4. Un État ne peut expulser un étranger pour un motif contraire au droit international.

Commentaire

1) La question des motifs d’expulsion recouvre plusieurs aspects qui ont trait à l’indication du motif d’expulsion, à l’existence d’un motif valable et à l’appréciation de ce motif par les autorités compétentes. Le projet d’article 5 aborde ces divers aspects.

2) Le paragraphe 1 du projet d’article 5 énonce une condition essentielle au regard du droit international, à savoir la motivation de la décision d’expulsion. Le devoir de l’État expulsant de donner les motifs d’une expulsion apparaît établi en droit international⁶⁰. Déjà en 1892, l’Institut de droit international avait estimé que l’acte ordonnant l’expulsion devait «être motivé en fait et en droit»⁶¹. Dans son arrêt en l’affaire *Diallo*, la Cour internationale de Justice a relevé le non-respect, par la République démocratique du Congo, de cette obligation de motivation, ainsi que la non-indication, tout au long de la procédure, de motifs qui auraient pu donner «un fondement convaincant» à l’expulsion de M. Diallo; elle en a déduit le caractère arbitraire de l’arrestation et de la détention auxquelles avait été soumis M. Diallo en vue de son expulsion. À cet égard, la Cour déclare ne pouvoir que

⁵⁸ Comité des droits de l’homme, *Anna Maroufidou c. Suède*, communication n° R 58/1979, constatations adoptées le 9 avril 1981, *Documents officiels de l’Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 40 (A/36/40)*, p. 177, par. 10.1.

⁵⁹ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 30 novembre 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, et affaire *Bozano c. France*, arrêt du 18 décembre 1986, requête n° 9990/82, par. 58: «Là où la Convention, comme en son article 5, renvoie directement au droit interne, le respect de celui-ci forme partie intégrante des “engagements” des États contractants, de sorte que la Cour a compétence pour s’en assurer au besoin (art. 19); toutefois, l’ampleur de la tâche dont elle s’acquitte en la matière trouve des limites dans l’économie du système européen de sauvegarde car il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d’interpréter et appliquer ce droit (voir, entre autres, *mutatis mutandis*, l’arrêt *Winterwerp* du 24 octobre 1979, série A n° 33, p. 20, par. 46)».

⁶⁰ Voir, en ce sens, le sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625, par. 73. Voir aussi, plus généralement, l’étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 309 à 318.

⁶¹ *Règles internationales sur l’admission et l’expulsion des étrangers*, adoptées le 9 septembre 1892 à la session de Genève de l’Institut de droit international, art. 30.

«constater que non seulement le décret d'expulsion lui-même n'était pas motivé de façon suffisamment précise, [...] mais la République démocratique du Congo n'a jamais été à même, tout au long de la procédure, de fournir des motifs qui puissent être de nature à donner un fondement convaincant à l'expulsion de M. Diallo. [...] Dans ces conditions, l'arrestation et la détention visant à permettre l'exécution d'une telle mesure d'expulsion, qui ne repose sur aucun fondement défendable, ne peuvent qu'être qualifiées d'arbitraires au sens de l'article 9, paragraphe 1, du Pacte et de l'article 6 de la Charte africaine»⁶².

Dans l'affaire *Amnesty International c. Zambie*, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a jugé que la Zambie avait violé le droit de l'intéressé à l'information, faute de lui avoir communiqué les motifs de l'expulsion. En effet, selon la Commission, «[l]e fait que ni Banda ni Chinula n'ont été informés des raisons de l'action prise contre eux est un déni du droit de recevoir des informations [art. 9.1)]»⁶³.

3) Le paragraphe 2 du projet d'article 5 énonce l'exigence fondamentale selon laquelle le motif d'expulsion doit être prévu par la loi. La référence à «la loi» doit se comprendre ici comme une référence au droit interne de l'État expulsant. En d'autres termes, le droit international subordonne la licéité d'une décision d'expulsion à la condition que cette décision soit fondée sur un motif prévu par le droit de l'État expulsant. La Commission considère que cette exigence constitue une implication de l'obligation générale de conformité à la loi, énoncée dans le projet d'article 4⁶⁴. La mention expresse, dans ce contexte, de la sécurité nationale et de l'ordre public se justifie en raison de la présence de ces motifs d'expulsion dans de nombreuses législations nationales et de la fréquence avec laquelle ils sont invoqués afin de justifier une expulsion⁶⁵. La Commission est cependant d'avis que l'ordre public et la sécurité nationale ne constituent pas les seuls motifs d'expulsion admis en droit international; la formule «y compris, en particulier», qui précède la référence à ces deux motifs, vise à marquer ce point. À titre d'exemple, la violation de la législation nationale en matière d'entrée et de séjour (droit d'immigration) constitue un motif d'expulsion que prévoient de nombreuses législations nationales et qui, de l'avis de la Commission, est admissible au regard du droit international; autrement dit, le caractère illégal de la présence d'un étranger sur le territoire d'un État peut constituer en soi un motif suffisant d'expulsion. Cela étant, il serait vain de rechercher dans le droit international une liste de motifs d'expulsion valables qui s'appliqueraient aux étrangers en général⁶⁶; c'est au droit interne de chaque État qu'il revient de prévoir et de définir les motifs d'expulsion, sous la seule réserve indiquée au paragraphe 4 du projet d'article, à savoir que ces motifs ne doivent pas être contraires au droit international. À cet égard, la Commission constate que les législations nationales prévoient une assez grande variété de motifs d'expulsion⁶⁷.

4) Le paragraphe 3 énonce les critères généraux d'appréciation, par l'État expulsant, du motif d'expulsion. Cette appréciation doit se faire de bonne foi et de manière raisonnable, en tenant compte de la gravité des faits et à la lumière de toutes les circonstances. Le

⁶² Arrêt du 30 novembre 2010, *C. I. J. Recueil 2010*, par. 81.

⁶³ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 212/98, *Amnesty International c. Zambie*, Douzième rapport annuel d'activités, 1998-1999, par. 32 et 33.

⁶⁴ Voir, ci-dessus, le paragraphe 5) du commentaire du projet d'article 4.

⁶⁵ Pour une analyse du contenu et des critères d'appréciation de ces deux motifs d'expulsion, voir le sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625, par. 78 à 118, ainsi que l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 340 à 376.

⁶⁶ Voir cependant, ci-dessous, le projet d'article 6, par. 1, et le projet d'article 7, qui limitent les motifs d'expulsion des réfugiés et des apatrides aux «raisons de sécurité nationale ou d'ordre public», reprenant ainsi les règles figurant dans les instruments conventionnels pertinents.

⁶⁷ Pour un aperçu de ces motifs, voir l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 325 à 422, ainsi que le sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625, par. 73 à 209.

comportement de l'étranger en question et l'actualité de la menace que les faits génèrent sont mentionnés parmi les facteurs dont l'État expulsant doit tenir compte. Le critère de «l'actualité de la menace», mentionné *in fine*, revêt une pertinence particulière lorsque le motif d'expulsion consiste en une atteinte à la sécurité nationale ou à l'ordre public.

5) Le paragraphe 4 du projet d'article 5 a pour seul objet de rappeler l'interdiction d'expulser un étranger pour un motif contraire au droit international. Tomberait notamment sous le coup de cette interdiction une expulsion fondée sur un motif discriminatoire au sens du projet d'article 15, paragraphe 1, ci-dessous⁶⁸.

Deuxième partie

Cas d'expulsions interdites

Article 6

Interdiction de l'expulsion des réfugiés

1. Un État ne peut expulser un réfugié se trouvant régulièrement sur son territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.

2. Le paragraphe 1 s'applique également à tout réfugié qui, se trouvant irrégulièrement sur le territoire de l'État, a demandé qu'on lui reconnaisse le statut de réfugié, pendant que cette demande est à l'examen.

3. Un État ne peut expulser ou refouler, de quelque manière que ce soit, un réfugié vers un État ou 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, sauf s'il y a des raisons sérieuses de le considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve, ou si l'intéressé, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

Commentaire

1) Le projet d'article 6 vise l'expulsion des réfugiés, qui est soumise à des conditions restrictives en vertu des règles pertinentes du droit international.

2) Le terme «réfugié» doit être compris, non seulement à la lumière de la définition générale qui figure à l'article premier de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951⁶⁹, tel que complété par l'article premier du Protocole relatif au statut des réfugiés du 31 janvier 1967⁷⁰ ayant éliminé les restrictions géographiques et temporelles entourant la définition de 1951, mais en tenant compte également de développements postérieurs en la matière⁷¹. À cet égard, il convient de mentionner tout particulièrement la définition plus large du terme «réfugié» qui a été retenue dans la Convention de l'OUA

⁶⁸ Sur la licéité des motifs d'expulsion au regard du droit international, voir l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 320 à 324. Dans ce contexte, il est fait mention de l'interdiction de la discrimination raciale (par. 322 et 425 à 429) et des représailles (par. 416). Voir également, ci-dessous, le projet d'article 12 (Interdiction de l'expulsion aux fins de confiscation des biens) et le projet d'article 13 (Interdiction du recours à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition).

⁶⁹ Convention relative au statut des réfugiés, Genève, 28 juillet 1951, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 2545, p. 150, art. 1.

⁷⁰ Protocole relatif au statut des réfugiés, New York, 31 janvier 1967, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 606, n° 8791, p. 267, art. 1.

⁷¹ Voir notamment, sur cette question, l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 146 à 159, ainsi que le deuxième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/573, par. 57 à 61.

régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, du 10 septembre 1969⁷².

3) Le paragraphe 1 du projet d'article 6 reproduit la teneur de l'article 32, paragraphe 1, de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951. La règle énoncée dans ce paragraphe, qui s'applique uniquement aux réfugiés se trouvant régulièrement sur le territoire de l'État expulsant, limite les motifs d'expulsion de ces réfugiés à ceux qui ont trait à des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.

4) Le paragraphe 2 du projet d'article 6, qui n'a pas d'équivalent dans la Convention de 1951, vise à étendre la protection reconnue au paragraphe 1 à un réfugié dont la présence sur le territoire de l'État d'accueil est irrégulière, mais qui a demandé aux autorités

⁷² Convention régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, OUA, Addis-Abeba, 10 septembre 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, n° 14691, p. 45. L'article premier de cette convention se lit comme suit:

«Article premier – Définition du terme “Réfugié”

1. Aux fins de la présente Convention, le terme “réfugié” s'applique 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 et 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 à la suite de tels événements, ne peut, ou en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.

2. Le terme “réfugié” s'applique également à toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité.

3. Dans le cas d'une personne qui a plusieurs nationalités, l'expression “du pays dont elle a la nationalité” vise chacun des pays dont cette personne a la nationalité; on ne considère pas qu'une personne ne jouit pas de la protection du pays dont elle a la nationalité si, sans raisons valables, fondées sur une crainte justifiée, elle ne se réclame pas de la protection de l'un des pays dont elle a la nationalité.

4. La présente Convention cesse de s'appliquer dans les cas suivants à toute personne jouissant du statut de réfugié: a) si cette personne s'est volontairement réclamée à nouveau de la protection du pays dont elle a la nationalité; ou b) si, ayant perdu sa nationalité, elle l'a volontairement recouvrée; ou c) si elle a acquis une nouvelle nationalité et si elle jouit de la protection du pays dont elle a la nationalité; ou d) si elle est retournée volontairement s'établir dans le pays qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée de crainte d'être persécutée; ou e) si, les circonstances à la suite desquelles elle a été reconnue comme réfugiée ayant cessé d'exister, elle ne peut plus continuer à refuser de se réclamer de la protection du pays dont elle a la nationalité; ou f) si elle a commis un crime grave de caractère non politique en dehors du pays d'accueil après y avoir été admise comme réfugiée; ou g) si elle a enfreint gravement les buts poursuivis par la présente Convention.

5. Les dispositions de la présente Convention ne sont pas applicables à toute personne dont l'État d'asile a des raisons sérieuses de penser: a) qu'elle a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes; b) qu'elle a commis un crime grave de caractère non politique en dehors du pays d'accueil avant d'être admise comme réfugiée; c) qu'elle s'est rendue coupable d'agissements contraires aux objectifs et aux principes de l'Organisation de l'unité africaine; d) qu'elle s'est rendue coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

6. Aux termes de la présente Convention, il appartient à l'État contractant d'asile de déterminer le statut de réfugié du postulant».

compétentes qu'on lui reconnaisse le statut de réfugié. Comme l'indique le dernier membre de phrase du paragraphe 2, une telle protection n'est toutefois envisageable qu'aussi longtemps que cette demande est à l'examen. La protection prévue au paragraphe 2, qui reflète une tendance doctrinale et qui trouve appui dans la pratique de certains États⁷³, constituerait une dérogation au principe selon lequel le caractère illégal de la présence d'un étranger sur le territoire d'un État peut justifier par lui-même l'expulsion de cet étranger. La Commission s'est posé la question de savoir s'il convenait d'écarter cette protection additionnelle visée au paragraphe 2 dans le cas où la demande visant à l'obtention du statut de réfugié aurait pour objectif manifeste de priver d'effet une décision d'expulsion susceptible d'être prononcée à l'égard de l'intéressé. À la suite d'un examen approfondi, elle est parvenue à la conclusion que l'énonciation d'une telle exception ne serait guère appropriée, car le paragraphe 2 ne vise que des individus qui, tout en ne bénéficiant pas du statut de réfugié dans l'État en question, répondent à la définition de «réfugié» au sens de la Convention de 1951 ou, le cas échéant, d'autres instruments pertinents comme la Convention de l'OUA de 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, et doivent donc être reconnus comme tels au regard du droit international. Une majorité des membres de la Commission estime que, dans un tel cas, il ne devrait être attaché aucune importance aux motifs qui ont incité la personne à demander que le statut de réfugié lui soit reconnu, ni au fait que cette demande puisse viser précisément à empêcher une expulsion. En revanche, toute personne qui ne répond pas à la définition de réfugié au sens des instruments juridiques pertinents échappe à la protection reconnue au projet d'article 6 et peut être expulsée pour des motifs autres que ceux qui sont prévus au paragraphe 1, notamment du seul fait du caractère illégal de sa présence sur le territoire de l'État expulsant. Dans cette perspective, le paragraphe 2 doit être interprété comme étant sans préjudice du droit d'un État d'expulser, pour des raisons autres que celles indiquées au projet d'article 6, un étranger ayant présenté une demande manifestement abusive en vue de l'obtention du statut de réfugié.

5) Le paragraphe 3 du projet d'article 6, qui a trait à l'obligation de non-refoulement, combine les paragraphes 1 et 2 de l'article 33 de la Convention de 1951. Contrairement aux autres dispositions du présent projet d'articles, qui ne couvrent pas l'hypothèse de la non-admission d'un étranger sur le territoire d'un État⁷⁴, le paragraphe 3 du projet d'article 6 couvre également cette hypothèse, comme en témoigne le membre de phrase introductif «Un État ne peut expulser ou refouler...». En outre, à la différence de la protection énoncée au paragraphe 1, celle que consacre le paragraphe 3 s'applique à tous les réfugiés, indépendamment du caractère régulier ou non de leur présence dans l'État d'accueil. Il sied également de souligner que l'énonciation de cette obligation spécifique de non-refoulement au bénéfice des réfugiés est sans préjudice de l'application à ceux-ci des règles générales interdisant l'expulsion vers certains États qui sont énoncées aux projets d'articles 23 et 24.

6) D'autres aspects ayant trait à l'expulsion des réfugiés, y compris les éléments figurant aux paragraphes 2 et 3 de l'article 32 de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951, sont couverts par la clause «sans préjudice» figurant au projet d'article 8⁷⁵.

Article 7 **Interdiction de l'expulsion des apatrides**

Un État ne peut expulser un apatride se trouvant régulièrement sur son territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.

⁷³ Voir, à ce sujet, le troisième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/581, par. 69 à 74.

⁷⁴ Voir, ci-dessus, le projet d'article 2 a) *in fine*.

⁷⁵ Voir les explications figurant dans le commentaire du projet d'article 8 ci-dessous.

Commentaire

- 1) À l'instar des réfugiés, les apatrides bénéficient, en vertu des règles pertinentes du droit international, d'un régime favorable qui soumet leur expulsion à des conditions restrictives. L'article premier de la Convention relative au statut des apatrides, du 28 septembre 1954⁷⁶, qualifie d'apatride «une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation»⁷⁷.
- 2) Comme pour le paragraphe 1 du projet d'article 6 concernant les réfugiés, le projet d'article 7 reprend la teneur de l'article 31, paragraphe 1, de la Convention relative au statut des apatrides. Ici également, la limitation des motifs d'expulsion concerne uniquement les apatrides dont la présence sur le territoire de l'État expulsant est régulière.
- 3) Le projet d'article 7 ne contient pas de disposition parallèle au paragraphe 3 du projet d'article 6 sur les réfugiés, visant l'obligation de non-refoulement. Les apatrides bénéficient, comme tout autre étranger objet d'une expulsion, de la protection qui est reconnue aux étrangers en général par les projets d'articles 23 et 24 ci-dessous.
- 4) À l'instar de la solution retenue en ce qui concerne les réfugiés⁷⁸, la Commission a préféré ne pas aborder dans le projet d'article 7 d'autres aspects ayant trait à l'expulsion des apatrides, qui sont couverts par la clause «sans préjudice» figurant au projet d'article 8⁷⁹.

Article 8

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

Les règles applicables à l'expulsion des étrangers prévues dans le présent projet d'articles sont sans préjudice d'autres règles concernant l'expulsion des réfugiés et des apatrides prévues par le droit.

⁷⁶ Convention relative au statut des apatrides, New York, 28 septembre 1954, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 360, n° 5158, p. 117.

⁷⁷ Cette disposition se lit comme suit:

«Article premier – Définition du terme “apatride”

Aux fins de la présente Convention, le terme “apatride” désigne une personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation.

2. Cette Convention ne sera pas applicable:

- i) Aux personnes qui bénéficient actuellement d'une protection ou d'une assistance de la part d'un organisme ou d'une institution des Nations Unies autre que le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, tant qu'elles bénéficieront de ladite protection ou de ladite assistance;
- ii) Aux personnes considérées par les autorités compétentes du pays dans lequel ces personnes ont établi leur résidence comme ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays;
- iii) Aux 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, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;
 - b) Qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays de leur résidence avant d'y être admises;
 - c) Qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies».

Sur la définition du terme «apatride», voir également l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 173 à 175, ainsi que le deuxième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/573, par. 100 à 104.

⁷⁸ Voir, ci-dessus, le paragraphe 6) du commentaire du projet d'article 6.

⁷⁹ Voir les explications figurant dans le commentaire du projet d'article 8 ci-dessous.

Commentaire

1) Le projet d'article 8 énonce une clause «sans préjudice» visant à préserver l'application aux réfugiés et aux apatrides d'autres règles concernant leur expulsion qui sont prévues par le droit et dont il n'est pas fait mention aux projets d'articles 6 et 7, respectivement.

2) Le terme «droit» figurant au projet d'article 8 doit s'entendre comme se référant aux autres règles pertinentes de droit international applicables aux réfugiés et aux apatrides, ainsi qu'à toute règle pertinente du droit interne de l'État expulsant, dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec les obligations internationales qui lui incombent.

3) Cette clause «sans préjudice» vise, en particulier, les règles concernant les conditions procédurales s'appliquant à l'expulsion d'un réfugié ou d'un apatride, telles qu'elles figurent, respectivement, à l'article 32, paragraphe 2, de la Convention de 1951⁸⁰ et à l'article 31, paragraphe 2, de la Convention de 1954⁸¹. Elle vise également les dispositions de l'article 32, paragraphe 3, de la Convention de 1951⁸² et de l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de 1954⁸³, qui exigent de l'État expulsant qu'il accorde au réfugié ou à l'apatride un délai raisonnable pour lui permettre de se faire admettre régulièrement dans un autre pays, et qui réservent également à cet État la faculté d'adopter, durant cette période, les mesures d'ordre interne qu'il jugera opportunes.

Article 9

Déchéance de nationalité aux seules fins de l'expulsion

Un État ne peut faire de son national un étranger, par déchéance de sa nationalité, aux seules fins de l'expulser.

Commentaire

1) Le projet d'article 9 vise l'hypothèse dans laquelle un État déchoirait l'un de ses nationaux de sa nationalité et ferait ainsi de cet individu un étranger, aux seules fins de l'expulser. La Commission est d'avis qu'une telle déchéance de nationalité, dans la mesure où elle n'aurait aucune autre justification que la volonté de l'État d'expulser l'individu en question, serait abusive, voire arbitraire au sens de l'article 15, paragraphe 2, de la

⁸⁰ Cette disposition se lit ainsi: «L'expulsion de ce réfugié [à savoir, un réfugié se trouvant régulièrement sur le territoire de l'État expulsant] 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».

⁸¹ Cette disposition se lit ainsi: «L'expulsion de cet apatride [à savoir, un apatride se trouvant régulièrement sur le territoire de l'État expulsant] n'aura lieu qu'en exécution d'une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi. L'apatride devra, sauf si des raisons impérieuses de sécurité nationale s'y opposent, être admis à fournir des preuves tendant à le disculper, à présenter un recours et à se faire représenter à cet effet devant une autorité compétente ou devant une ou plusieurs personnes spécialement désignées par l'autorité compétente».

⁸² Cette disposition se lit ainsi: «Les États contractants accorderont à un tel réfugié [à savoir, “un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire”] un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays. Les États contractants peuvent appliquer, pendant ce délai, telle mesure d'ordre interne qu'ils jugeront opportune».

⁸³ Cette disposition se lit ainsi: «Les États contractants accorderont à un tel apatride [à savoir, “un apatride se trouvant régulièrement sur leur territoire”] un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays. Les États contractants peuvent appliquer, pendant ce délai, telle mesure d'ordre interne qu'ils jugeront opportune».

Déclaration universelle des droits de l'homme⁸⁴. Telle est la raison pour laquelle la Commission a décidé d'énoncer, dans le projet d'article 9, une interdiction de la déchéance de nationalité aux seules fins de l'expulsion⁸⁵.

2) Il eût été certainement plus simple de dire, par exemple: «Un État ne peut déchoir son national de sa nationalité aux seules fins de l'expulsion». La Commission a préféré le libellé actuel dans lequel la formule «ne peut faire de son national un étranger, par déchéance de sa nationalité», hormis le fait qu'elle permet d'établir le lien entre l'hypothèse ici envisagée et le sujet de l'expulsion des étrangers, joue un rôle explicatif: elle décrit comment le national d'un État peut devenir un étranger dans cet État par le biais de la déchéance de sa nationalité, le seul but visé par l'État en question étant l'expulsion de la personne concernée.

3) Il convient néanmoins de préciser que le projet d'article 9 n'entend pas limiter l'application de la législation en matière d'octroi ou de perte de la nationalité; il ne saurait dès lors être interprété comme affectant le droit d'un État de priver un individu de sa nationalité pour un motif prévu dans la législation de cet État.

4) Par ailleurs, le projet d'article 9 n'aborde pas la question de l'expulsion par un État de ses propres nationaux, que la Commission a considérée comme étant en dehors du champ du projet d'articles, qui traite uniquement de l'expulsion des étrangers⁸⁶.

Article 10

Interdiction de l'expulsion collective

1. Aux fins du présent projet d'articles, l'expulsion collective s'entend de l'expulsion d'étrangers en tant que groupe.

2. L'expulsion collective des étrangers, y compris des travailleurs migrants et des membres de leur famille, est interdite.

3. Un État peut expulser concomitamment les membres d'un groupe d'étrangers, à condition que la mesure d'expulsion soit prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des membres qui forment le groupe.

4. Le présent projet d'article est sans préjudice des règles de droit international applicables à l'expulsion des étrangers en cas de conflit armé impliquant l'État expulsant.

⁸⁴ Résolution 217 (III) A de l'Assemblée générale, du 10 décembre 1948. L'article 15 de la Déclaration universelle a la teneur suivante: «1. Tout individu a droit à une nationalité. 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité». Voir aussi l'article 20, par. 3, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme («Nul ne peut être privé arbitrairement de sa nationalité ni du droit de changer de nationalité»), ainsi que l'article 29, par. 1, de la Charte arabe des droits de l'homme («Toute personne a droit à une nationalité et nul ne peut être déchu arbitrairement ou illégalement de sa nationalité»).

⁸⁵ Plus généralement sur la question de l'expulsion en cas de perte de nationalité ou de dénationalisation, voir les analyses figurant dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/594, par. 30 à 35, ainsi que les développements consacrés à cette problématique dans l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/595, par. 892 à 916.

⁸⁶ Sur la question de l'expulsion des nationaux, voir le troisième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/581, par. 28 à 57, ainsi que, s'agissant plus particulièrement de la situation des bi et plurinationaux, le quatrième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/594, par. 4 à 24.

Commentaire

1) Le projet d'article 10 inclut, en son paragraphe 1, une définition de l'expulsion collective aux fins du projet d'articles. Selon cette définition, l'expulsion collective s'entend de l'expulsion d'étrangers «en tant que groupe». Seul l'élément «collectif» est abordé dans cette définition, qui doit être comprise à la lumière de la définition générale de l'expulsion qui figure au projet d'article 2 a).

2) Le paragraphe 2 du projet d'article 10 énonce l'interdiction de l'expulsion collective des étrangers, y compris des travailleurs migrants et des membres de leur famille. La Commission ne pouvait pas ne pas refléter dans le projet d'articles une interdiction qui figure expressément dans plusieurs traités internationaux relatifs aux droits de l'homme⁸⁷. Au niveau universel, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille interdit expressément l'expulsion collective de ces personnes, disposant, au paragraphe 1 de son article 22, que «[l]es travailleurs migrants et les membres de leur famille ne peuvent faire l'objet de mesures d'expulsion collective. Chaque cas d'expulsion doit être examiné et tranché sur une base individuelle». Au niveau régional, la Convention américaine relative aux droits de l'homme dispose, en son article 22, paragraphe 9, que «[l]'expulsion collective d'étrangers est interdite». Le Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁸ énonce, en son article 4, que «[l]es expulsions collectives d'étrangers sont interdites». De même, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dispose, au paragraphe 5 de son article 12, que «[l]'expulsion collective d'étrangers est interdite» et définit, dans la même disposition, cette forme d'expulsion comme «celle qui vise globalement des groupes nationaux, raciaux, ethniques ou religieux». Enfin, la Charte arabe des droits de l'homme dispose, en son article 26, paragraphe 2 *in fine*, que «l'expulsion collective est interdite dans tous les cas».

3) L'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'interdit pas expressément l'expulsion collective. Cependant, le Comité des droits de l'homme a exprimé l'avis selon lequel une telle expulsion serait contraire aux garanties procédurales dont doit bénéficier l'étranger objet de l'expulsion. Dans son Observation générale n° 15 concernant la situation des étrangers au regard du Pacte, le Comité a dit ce qui suit:

«L'article 13 ne porte directement que sur la procédure, et non sur les motifs de fond de l'expulsion. Cependant, pour autant qu'il n'autorise que les mesures exécutées à la suite d'une "décision prise conformément à la loi", son objectif évident est d'éviter les expulsions arbitraires. *D'autre part, il reconnaît à chaque étranger le droit à une décision individuelle; il s'ensuit que les lois ou décisions qui prévoiraient des mesures d'expulsion collective ou massive ne répondraient pas aux dispositions de l'article 13.* Le Comité estime que cette interprétation est confirmée par les dispositions qui prévoient le droit de faire valoir les raisons qui peuvent militer contre une mesure d'expulsion et de soumettre la décision à l'examen de l'autorité compétente ou d'une personne désignée par elle, en se faisant représenter à cette fin devant cette autorité ou cette personne. L'étranger doit recevoir tous les moyens d'exercer son recours contre l'expulsion, de manière à être en toutes circonstances à même d'exercer effectivement son droit. Les principes énoncés par

⁸⁷ Voir, pour une analyse de la question de l'expulsion collective, le troisième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/581, par. 97 à 135, ainsi que l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565 et Corr.1, par. 984 à 1020.

⁸⁸ 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, tel qu'amendé par le Protocole n° 11, Strasbourg, 16 septembre 1963, *Série des Traités européens*, n° 46.

l'article 13 au sujet du recours contre la décision d'expulsion ou du droit à un nouvel examen par une autorité compétente ne peuvent souffrir d'exception que si "des raisons impérieuses de sécurité nationale l'exigent". Aucune discrimination ne peut être opérée entre différentes catégories d'étrangers dans l'application de l'article 13»⁸⁹ (italiques ajoutées).

4) L'interdiction de l'expulsion collective des étrangers, qui est énoncée au paragraphe 2 du projet d'article 10, doit se lire à la lumière du paragraphe 3, qui l'élucide en précisant les conditions auxquelles les membres d'un groupe d'étrangers peuvent être expulsés concomitamment sans pour autant qu'une telle mesure soit à considérer comme une expulsion collective au sens du projet d'articles. Le critère retenu à cet effet consiste dans l'*examen raisonnable et objectif de la situation particulière* de chacun des membres du groupe. Ce critère est inspiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁰. Il s'agit d'un critère que le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur les droits des non-ressortissants, M. David Weissbrodt, a également fait sien dans son rapport final de 2003⁹¹.

5) Le paragraphe 4 du projet d'article 10 contient une clause «sans préjudice» se référant aux cas de conflit armé. Certains membres de la Commission sont d'avis que l'interdiction de l'expulsion collective vaut également en temps de conflit armé et que d'éventuelles exceptions à cette interdiction pourraient être envisagées seulement à l'égard d'étrangers ayant la nationalité d'un État engagé dans un conflit armé avec l'État sur le territoire duquel ils se trouvent – à l'exclusion d'autres étrangers se trouvant sur ce territoire – et pour autant qu'ils soient engagés, en tant que groupe, dans des activités portant atteinte à la sécurité de l'État. Selon un autre avis exprimé au sein de la Commission, en l'état actuel du droit international, un État serait généralement en droit d'expulser collectivement les nationaux d'un autre État avec lequel il est engagé dans un conflit armé. On a fait valoir, en outre, que la question de l'expulsion des étrangers en

⁸⁹ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 15: Situation des étrangers au regard du Pacte, 11 avril 1986, par. 10.

⁹⁰ Voir l'affaire *Vedran Andric c. Suède*, décision sur la recevabilité de la requête n° 45917/99, 23 février 1999, par. 1: «La Cour estime que l'expulsion collective doit s'entendre de toute mesure obligeant des étrangers en tant que groupe à quitter un pays, sauf lorsqu'une telle mesure se fonde sur un examen raisonnable et objectif du cas de chacun des étrangers de ce groupe. En outre, le fait que plusieurs étrangers soient l'objet de décisions similaires n'autorise pas à conclure qu'il y a eu expulsion collective dès lors que chacun des intéressés a pu présenter aux autorités compétentes des arguments contre l'expulsion». Voir aussi l'affaire *Čonka c. Belgique*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 5 février 2002, requête n° 51564/99, par. 59: «La Cour rappelle sa jurisprudence d'après laquelle il faut entendre par expulsion collective, au sens de l'article 4 du Protocole n° 4, toute mesure 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 situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe (Andric, décision précitée). 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» et par. 63: «Bref, à aucun stade de la période allant de la convocation des intéressés au commissariat à leur expulsion, la procédure suivie n'offrait des garanties suffisantes attestant d'une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées».

⁹¹ Le Rapporteur spécial y écrit ce qui suit: «Est interdite toute mesure tendant à contraindre des non-ressortissants, en tant que groupe, à quitter un pays, excepté si elle est prise sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des non-ressortissants du groupe». Les droits des non-ressortissants, rapport final du Rapporteur spécial, M. David Weissbrodt, soumis en application de la décision 2000/103 de la Sous-Commission, de la résolution 2000/104 de la Commission et de la décision 2000/283 du Conseil économique et social, E/CN.4/Sub.2/2003/23, 26 mai 2003, par. 11 (citant la Cour européenne des droits de l'homme, *Čonka c. Belgique*, op. cit.).

temps de conflit armé était très complexe et qu'il valait mieux que la Commission s'abstienne d'énoncer des règles qui pourraient ne pas être entièrement compatibles avec celles du droit international humanitaire. En raison de ces difficultés, la Commission a finalement opté pour l'inclusion, dans le projet d'article sur l'interdiction de l'expulsion collective, d'une clause «sans préjudice» qui vise, d'une manière générale, les règles de droit international applicables à l'expulsion des étrangers en cas de conflit armé impliquant l'État expulsant⁹².

Article 11

Interdiction de l'expulsion déguisée

1. Toute forme d'expulsion déguisée d'un étranger est interdite.
2. Au sens du présent projet d'articles, l'expulsion déguisée s'entend du départ forcé d'un étranger d'un État, résultant indirectement d'actions ou d'omissions dudit État, y compris les situations où cet État appuie ou tolère des actes commis par ses nationaux ou d'autres personnes, avec l'intention de provoquer le départ d'étrangers de son territoire.

Commentaire

1) Le projet d'article 11 vise à indiquer qu'un État n'est pas en droit d'utiliser des moyens ou techniques déguisés, ou détournés, pour provoquer le même résultat que celui qu'il pourrait obtenir moyennant l'adoption d'une décision formelle d'expulsion, c'est-à-dire contraindre un étranger à quitter son territoire⁹³. Dans la doctrine anglophone⁹⁴, le terme *constructive expulsion* est parfois employé pour désigner des modalités d'expulsion autres que la prise d'une décision formelle en ce sens. La Commission a toutefois estimé qu'il était difficile de trouver dans d'autres langues – notamment en français – un équivalent satisfaisant du terme *constructive expulsion*; en outre, ce terme pourrait véhiculer une connotation positive non désirée. Par conséquent, la Commission a opté, dans ce contexte, pour le terme «expulsion déguisée».

2) Le paragraphe 1 du projet d'article 11 énonce l'interdiction de toute forme d'expulsion déguisée, exprimant ainsi la conviction de la Commission que ce procédé est interdit par le droit international, quelles que soient les formes et modalités qu'il revêt. Cela est dû au fait que, par essence, une expulsion déguisée porte atteinte aux droits de l'étranger en question, y compris ses droits procéduraux énoncés dans la quatrième partie du projet d'articles.

3) Le paragraphe 2 du projet d'article 11 contient une définition de l'expulsion déguisée qui se concentre sur sa spécificité. Celle-ci consiste en ce que l'État expulsant, sans adopter une décision formelle d'expulsion, adopte un comportement visant à produire et produisant effectivement le même résultat, à savoir le départ forcé de l'étranger de son territoire. Cet élément de détournement est exprimé par l'adverbe «indirectement» qui qualifie la survenance du départ de l'étranger comme résultat du comportement de l'État. Le dernier membre de phrase du paragraphe 2 vise à indiquer que la notion d'«expulsion

⁹² Pour une analyse des règles applicables, en temps de conflit armé, à l'expulsion des étrangers ressortissants d'un État ennemi, voir l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 93 à 106, 915 à 956 et 1020. Voir aussi les développements figurant dans les rapports suivants du Rapporteur spécial: deuxième rapport, A/CN.4/573, par. 112 à 115; troisième rapport, A/CN.4/581, par. 116 à 134; et sixième rapport, A/CN.4/625, par. 19 à 28.

⁹³ Sur cette notion d'«expulsion déguisée», voir le sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625, par. 29 à 43. Voir aussi les développements consacrés à la notion d'«expulsion implicite» dans l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 68 à 73.

⁹⁴ Voir, notamment, Ruth L. Cove, «State Responsibility for Constructive Wrongful Expulsion of Foreign Nationals», *Fordham International Law Journal*, vol. 11, 1987-1988, p. 802 à 838.

déguisée» couvre uniquement des situations dans lesquelles le départ forcé de l'étranger est le *résultat voulu* des actions ou omissions attribuables à l'État. L'intention de l'État expulsant de provoquer le départ de l'étranger de son territoire, qui est inhérente à la définition d'expulsion en général, demeure ainsi un élément déterminant lorsque l'expulsion survient sous une forme déguisée.

4) Cette définition de l'expulsion déguisée, basée sur les éléments de la «contrainte» et de l'«intention», apparaît en harmonie avec les critères appliqués en la matière par le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, qui a connu de plusieurs demandes se rapportant à des situations de même nature que celles envisagées dans le projet d'article 11. Les deux éléments essentiels de la notion d'«expulsion déguisée» qui se dégagent des décisions pertinentes de ce tribunal ont été résumés comme suit:

«Il semble que ces affaires présupposent au moins 1) que les conditions dans le pays de résidence soient telles que l'étranger ne peut raisonnablement être considéré comme ayant véritablement le choix, et 2) que l'intention derrière les événements ou les actes ayant incité au départ était que l'étranger s'en aille et que ces faits soient, en outre, imputables à l'État conformément au principe de la responsabilité des États»⁹⁵.

5) L'approche adoptée par la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie semble aller dans le même sens. Cette commission a examiné la demande de l'Éthiopie, qui soutenait que l'Érythrée était responsable d'expulsions «indirectes» ou «implicites» d'Éthiopiens qui étaient contraires au droit international. Elle a rejeté certaines demandes après avoir constaté que les Éthiopiens en question n'avaient pas été expulsés par le Gouvernement érythréen et n'avaient pas été poussés à partir par la politique du Gouvernement, mais qu'ils avaient quitté le pays pour d'autres raisons, telles que des facteurs économiques ou les bouleversements engendrés par la guerre, ce dont on ne pouvait rendre l'Érythrée responsable. La Commission des réclamations a noté que le libre consentement semblait avoir prévalu dans ces situations:

«91. L'Éthiopie soutient que l'Érythrée est internationalement responsable des préjudices subis par chaque Éthiopien qui a quitté l'Érythrée pendant la période considérée, y compris ceux qui n'ont pas été directement expulsés par décision gouvernementale. Elle soutient que de nombreux départs étaient des expulsions "indirectes" ou "implicites" résultant de décisions et politiques illégales du Gouvernement érythréen, qui avaient engendré des conditions économiques et sociales défavorables aux Éthiopiens. L'Éthiopie soutient aussi que les départs ont souvent eu lieu dans des conditions pénibles et dangereuses qui n'avaient pas de raison d'être. L'Érythrée nie être juridiquement responsable des départs

⁹⁵ David John Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4^e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1991, p. 2 (commentant les affaires jugées par le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis se rapportant à l'expulsion déguisée). Sur cette jurisprudence, voir aussi G. Gaja, «Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho International*, vol. 3, 1999, p. 283 à 314, spécialement p. 289 et 290, qui se réfère aux décisions suivantes du Tribunal: *Short v. Iran*, sentence du 14 juillet 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (1987-III), vol. 16, p. 76, aux pages 85 et 86; *International Technical Products Corporation v. Iran*, sentence du 19 août 1985, *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (1985-II), vol. 9, p. 10, à la page 18; et *Rankin v. Iran*, sentence du 3 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (1987-IV), vol. 17, p. 135, aux pages 147 et 148. Voir également P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7^e éd. révisée Londres/New York, Routledge, 1997, p. 262; J. R., Crook, «Applicable Law in International Arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience», *American Journal of International Law*, vol. 83, 1989, p. 278 à 311, aux pages 308 et 309; et Ruth. Cove, op. cit. (*supra* note 94) p. 802 à 838.

d'Éthiopiens, soutenant qu'ils étaient le résultat de décisions individuelles que les intéressés avaient librement choisi de prendre.

92. La grande majorité des Éthiopiens qui ont quitté l'Érythrée l'ont fait après mai 2000; les assertions relatives aux conditions de leur départ sont analysées ci-après. En ce qui concerne ceux qui sont partis avant cette date, les données recueillies montrent qu'une première vague de 20 000 à 25 000 départs, en 1998, étaient en grande partie attribuable à des raisons économiques. Nombre de ceux qui sont partis étaient des travailleurs portuaires, pour la plupart originaires d'Assab, au chômage depuis que le trafic des marchandises à destination et en provenance de l'Éthiopie ne transitait plus par les ports érythréens. Dans un rapport publié en 1999, Amnesty International estimait que la fermeture du port d'Assab avait entraîné la suppression de 30 000 emplois; elle y indiquait qu'aucun des rapatriés qu'elle avait interviewés en Éthiopie pendant cette période ne lui avait dit avoir été expulsé. Quelques milliers d'Éthiopiens de plus ont quitté l'Érythrée en 1999; les données recueillies indiquent que ces départs ont aussi été motivés pour la plupart par des raisons économiques. Dans un deuxième rapport, Amnesty indique que plus de 3 000 Éthiopiens sont retournés en Éthiopie au début de 1999 parce qu'ils étaient au chômage, sans abri ou pour des raisons liées à la guerre. De l'avis d'Amnesty, ils ne semblaient pas avoir été expulsés par le Gouvernement érythréen ni avoir été poussés à partir par la politique du Gouvernement. Il ressort également de l'étude menée en Éthiopie par l'UNICEF/WAT en décembre 2001 que les départs pendant cette période avaient été motivés par des raisons économiques.

93. La Commission constate que le libre consentement a dominé chez les Éthiopiens qui ont quitté l'Érythrée en 1999 et au début de 2000. Les intéressés ont évoqué les difficultés économiques croissantes, la séparation des familles, les brimades, les cas de discrimination isolés et même d'agression de la part de civils érythréens. Toutefois, la Commission est frappée par le fait que, dans les déclarations et formulaires de demandes d'indemnisation, environ 70 déclarants seulement indiquent expressément être partis en 1998 et 1999 et que moins de 20 d'entre eux semblent considérer avoir été expulsés ou déportés.

94. La Commission en conclut que les départs d'Éthiopiens avant mai 2000 ont été provoqués en très grande partie par des raisons économiques et d'autres causes, dont beaucoup sont dues aux bouleversements économiques et sociaux engendrés par la guerre, dont le Gouvernement érythréen n'est pas juridiquement responsable.

95. Il ressort des données recueillies que, pour ceux qui avaient choisi de partir pendant cette période, le voyage de retour vers l'Éthiopie ou d'autres destinations a pu être éprouvant, en particulier pour ceux qui avaient quitté Assab et avaient dû traverser le désert pour regagner l'Éthiopie. Il ne ressort toutefois pas des données recueillies que ces difficultés aient été le résultat d'actions ou d'omissions dont l'Érythrée serait responsable. En conséquence, la demande de l'Éthiopie sur ce point est rejetée⁹⁶.

En examinant les cas d'expulsion postérieurs, la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie, se fondant sur la jurisprudence du Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, a souligné qu'en matière d'«expulsion implicite», le seuil juridique de la responsabilité était élevé. Elle a conclu que l'Éthiopie n'avait pas rapporté la preuve que ce seuil avait été atteint, en constatant ce qui suit:

⁹⁶ *Sentence partielle, Mauvais traitement des populations civiles, Réclamation de l'Éthiopie n° 5*, Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie, La Haye, 17 décembre 2004, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, p. 277 et 278, par. 91 à 95 (référence omise; texte français figurant dans l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.5/565, par. 70 et 71).

«126. L'Éthiopie a soutenu aussi que ceux qui étaient partis entre les mois de mai et de décembre 2000 étaient victimes d'expulsion indirecte ou implicite illégale. Les parties ont exprimé des vues largement concordantes au sujet du droit applicable en la matière. L'une et l'autre ont cité la jurisprudence du Tribunal [des réclamations] Iran-États-Unis, qui fixe un seuil élevé à la responsabilité en matière d'expulsion implicite. Selon les décisions de ce tribunal en la matière, ceux qui quittent un pays doivent avoir vécu dans des conditions si affreuses ou dangereuses que la seule solution réaliste était de partir. Ces conditions doivent résulter de mesures ou de politiques gouvernementales du pays hôte ou lui être clairement imputables. Enfin, les mesures gouvernementales doivent avoir été prises dans l'intention d'inciter les étrangers à partir.

127. Selon les données recueillies, les faits ne répondent pas à ces critères. Après la guerre, la situation économique en Érythrée était difficile pour les Éthiopiens comme les Érythréens, mais le Gouvernement érythréen n'a pas délibérément créé un marasme économique généralisé pour faire partir les Éthiopiens. La Commission constate que le Gouvernement érythréen a pris, pendant l'été 2000, des mesures qui étaient préjudiciables à de nombreux intérêts économiques éthiopiens et que les Éthiopiens étaient en butte à l'hostilité de l'opinion publique et victimes de brimades. Néanmoins, de nombreux Éthiopiens vivant en Érythrée ont manifestement estimé qu'il y avait d'autres solutions que le départ et ont décidé de rester ou de différer leur départ. La Commission conclut que la somme des données recueillies n'établit pas le seuil juridique élevé requis pour étayer l'allégation d'expulsion implicite généralisée»⁹⁷.

6) La Commission s'est penchée sur la question de savoir si, parmi les comportements d'un État qui peuvent constituer une expulsion déguisée au sens du projet d'article 11, il convenait d'inclure également l'appui ou la tolérance qui seraient manifestés par cet État à l'égard d'actes commis, individuellement ou collectivement, par des personnes privées⁹⁸. Certains membres de la Commission sont d'avis qu'il serait problématique d'inclure ce genre de situations dans la définition de l'expulsion déguisée. Cependant, la Commission considère qu'un appui ou une tolérance manifestés par un État à l'égard d'actes commis par des personnes privées peuvent tomber sous le coup de l'interdiction de l'expulsion déguisée

⁹⁷ Ibid., par. 126 et 127 [citant Charles N. Brower et Jason D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, p. 343 à 365 (1998); George H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, p. 464 à 471 (1996)].

⁹⁸ Une réponse affirmative à cette question a été donnée par l'Association de droit international dans sa *Déclaration des principes de droit international sur les expulsions massives*. Comme il a été relevé dans l'étude précitée du Secrétariat (A/CN.4/565, par. 72), la définition du terme «expulsion» qui figure dans cette Déclaration s'applique également aux situations dans lesquelles le départ forcé de personnes est obtenu par des moyens autres qu'une décision formelle en ce sens émanant des autorités de l'État. Elle englobe en effet les situations où tel État soutient, encourage ou tolère des actes commis par ses citoyens dans l'intention de provoquer le départ d'individus du territoire de l'État. Selon la Déclaration, «[...] [d]ans le contexte de la présente Déclaration, le terme "expulsion" peut être défini comme le fait pour un État d'agir ou de ne pas agir dans l'intention de contraindre des personnes à quitter contre leur gré son territoire pour des motifs de race, de nationalité, d'appartenance à un groupe social particulier ou d'opinion politique; [...] le fait "de ne pas agir" peut viser des situations dans lesquelles les autorités de l'État tolèrent, ou même soutiennent et encouragent, des actes commis par les citoyens de cet État dans l'intention d'inciter des groupes ou des catégories de personnes à quitter le territoire dudit État, ou dans lesquelles les autorités créent un climat de peur provoquant la fuite dans la panique, n'assurent pas la protection des intéressés ou font obstacle à leur retour ultérieur [...]» (trad.).

International Law Association, *Declaration of Principles of International Law on Mass Expulsion*, 62^e Conférence de l'Association de droit international, Séoul, 24-30 août 1986, *Conference Report 1986*, p. 13.

si cet appui ou cette tolérance constituent des «actions ou [...] omissions dudit État ... avec l'intention de provoquer le départ d'étrangers de son territoire». Autrement dit, cet appui ou cette tolérance de la part de l'État expulsant doivent être appréciés à l'aune du critère de l'«intention spécifique» à laquelle se réfère le dernier membre de phrase du paragraphe 2. Il est entendu qu'un seuil particulièrement élevé doit être exigé à cet effet lorsqu'il est question d'une simple tolérance qui ne serait pas accompagnée d'actions positives de soutien de la part de l'État aux actes des personnes privées.

7) La Commission considère que le cas de figure de l'appui ou de la tolérance à l'égard d'actes de personnes privées peut concerner aussi bien des actes commis par des nationaux de l'État en question que des actes commis par des étrangers se trouvant sur le territoire de cet État. Tel est le sens de la formule «ses nationaux ou d'autres personnes», qui couvre d'ailleurs tant les personnes physiques que les personnes morales.

Article 12

Interdiction de l'expulsion aux fins de confiscation des biens

L'expulsion d'un étranger à des fins de confiscation de ses biens est interdite.

Commentaire

1) Le projet d'article 12 énonce l'interdiction des expulsions confiscatoires, à savoir celles qui ont pour objectif de priver illégalement un étranger de ses biens⁹⁹. La privation illégale de biens peut, en effet, constituer le but inavoué de l'expulsion. «Par exemple, le "droit" d'expulsion peut être exercé [...] pour exproprier les biens de l'étranger... Dans ce cas, l'exercice du pouvoir est forcément vicié par le but ultime, illégal, poursuivi»¹⁰⁰. La Commission est d'avis que de telles expulsions, auxquelles certains États ont eu recours par le passé¹⁰¹, sont illicites au regard du droit international contemporain. Outre le fait que de telles expulsions apparaissent viciées quant à leurs motifs¹⁰², force est de constater qu'elles sont incompatibles avec le principe fondamental énoncé dans la *Déclaration des droits de l'homme des personnes qui ne sont pas des ressortissants du pays dans lequel elles vivent*, adoptée par l'Assemblée générale en 1985, selon lequel «aucun étranger ne peut être arbitrairement privé de ses biens légalement acquis»¹⁰³.

2) En outre, une expulsion aux seules fins de confiscation des biens de l'étranger en question met en cause le droit de propriété tel qu'il est consacré dans divers traités relatifs à la protection des droits de l'homme¹⁰⁴.

Article 13

Interdiction du recours à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition

Un État ne doit pas recourir à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition en cours.

⁹⁹ Voir, à ce propos, l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.2, par. 119 à 124. Voir également l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 444 et 479 à 481.

¹⁰⁰ Goodwin-Gill, Guy S., *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 209 (trad.).

¹⁰¹ Pour quelques exemples, voir l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.2, par. 119 à 124.

¹⁰² Voir Goodwin-Gill, G., op. cit. (*supra* note 100), p. 216 et 217 et 307 et 308.

¹⁰³ Résolution 40/144, *Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent*, 13 décembre 1985, annexe, art. 9.

¹⁰⁴ Voir, à ce propos, le projet d'article 30 ci-dessous, concernant la protection des biens de l'étranger objet de l'expulsion.

Commentaire

1) Le projet d'article 13 énonce, en des termes généraux, l'interdiction de recourir à l'expulsion aux fins de contourner une procédure d'extradition¹⁰⁵. On a pu parler dans ce contexte d'«extradition déguisée»¹⁰⁶. Comme l'indique clairement la teneur du projet d'article 13, l'interdiction en question ne s'applique qu'aussi longtemps que la procédure d'extradition est en cours, à savoir à partir du moment où l'État sur le territoire duquel l'étranger se trouve reçoit de la part d'un autre État une demande d'extradition concernant cet étranger et jusqu'au moment où une décision définitive est adoptée et exécutée par les autorités compétentes du premier État au sujet de la suite à donner à la demande d'extradition.

2) La Commission s'est penchée sur la question de savoir s'il convenait de rendre le contenu du projet d'article 13 plus spécifique en indiquant, par exemple, que lorsqu'un État a demandé l'extradition d'une personne, celle-ci ne peut être expulsée vers l'État demandeur de l'extradition ou vers un État tiers ayant un intérêt à extraditer ladite personne vers l'État demandeur de l'extradition tant que la procédure d'extradition n'est pas achevée, sauf pour des motifs d'ordre public ou de sécurité nationale¹⁰⁷. Alors que certains membres étaient en faveur d'une telle formulation, d'autres estimaient qu'il était préférable que ce projet d'article se concentre sur l'élément du contournement, sans énoncer en des termes trop absolus une interdiction d'expulser l'étranger en question pendant toute la durée de la procédure d'extradition. À cet égard, on a fait également valoir que d'autres motifs que la sécurité nationale et l'ordre public – par exemple, des violations de la législation en matière

¹⁰⁵ Plus généralement sur la question de l'expulsion en rapport avec l'extradition, voir le sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625, par. 44 à 72. Voir également l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 430 à 443.

¹⁰⁶ Voir Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Bozano c. France*, arrêt du 18 décembre 1986, requête n° 9990/82, par. 52 à 60, tout spécialement la conclusion de la Cour au paragraphe 60 de son arrêt: «La Cour arrive dès lors, en adoptant une démarche globale et en se fondant sur un faisceau d'éléments concordants, à la conclusion que la privation de liberté subie par le requérant dans la nuit du 26 au 27 octobre 1979 n'était pas "régulière", au sens de l'article 5, par. 1 f), ni compatible avec le "droit à la sûreté". Il s'agissait en réalité d'une mesure d'extradition déguisée, destinée à tourner l'avis défavorable que la chambre d'accusation de la cour d'appel de Limoges avait exprimé le 15 mai 1979, et non d'une "détention" nécessaire dans le cadre normal d'une "procédure d'expulsion". À cet égard, les constatations du président du tribunal de grande instance de Paris, même dépourvues de l'autorité de la chose jugée, et du tribunal administratif de Limoges, même s'il n'avait à statuer que sur la légalité de l'arrêt du 17 septembre 1979, revêtent aux yeux de la Cour une importance capitale; elles illustrent la vigilance dont les juges français ont témoigné. Il y a donc eu violation de l'article 5, par. 1, de la Convention».

¹⁰⁷ Le projet d'article originellement proposé sur cette question par le Rapporteur spécial dans son sixième rapport (A/CN.4/625, par. 72) avait la teneur suivante:

«Projet d'article 8 – Interdiction de l'extradition déguisée en expulsion:

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

À la soixante-deuxième session de la Commission, en 2010, le Rapporteur spécial avait proposé, afin de tenir compte de commentaires formulés par certains membres de la Commission, une version révisée de ce projet d'article (A/65/10, note 1268) qui se lisait comme suit:

«Projet d'article 8 – Expulsion en rapport avec l'extradition:

L'expulsion d'une personne vers un État qui demande son extradition, ou vers un État qui a un intérêt particulier à l'extradition de ladite personne vers l'État demandeur de l'extradition, ne peut se faire que si les conditions de l'expulsion sont réunies conformément au droit international [ou aux dispositions des présents projets d'articles]».

d'immigration – pourraient, dans certains cas, justifier l'expulsion d'un étranger faisant l'objet d'une demande d'extradition, sans pour autant que l'on puisse nécessairement en inférer que l'expulsion vise à *contourner* une procédure d'extradition.

Troisième partie

Protection des droits des étrangers objets de l'expulsion

Chapitre I

Dispositions générales

Article 14

Obligation de respecter la dignité humaine et les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion

1. Tout étranger objet d'une expulsion est traité avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine tout au long de la procédure d'expulsion.
2. Il a droit au respect de ses droits de l'homme, notamment ceux énoncés dans le présent projet d'articles.

Commentaire

1) Le paragraphe 1 du projet d'article 14 énonce l'obligation qu'a l'État expulsant de traiter tout étranger faisant l'objet d'une expulsion avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine tout au long de la procédure d'expulsion. La formulation de ce paragraphe reprend à l'identique celle de l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui traite de la situation des personnes privées de leur liberté. L'adjonction *in fine* de la formule «tout au long de la procédure d'expulsion» vise à marquer le caractère général de l'obligation en question, qui couvre toutes les étapes du processus pouvant conduire à l'adoption d'une décision d'expulsion et à sa mise à exécution, y compris, le cas échéant, l'imposition à l'étranger de mesures restrictives ou privatives de liberté.

2) Des avis divergents ont été exprimés par les membres de la Commission sur la question de savoir si la dignité humaine constituait un droit de l'homme spécifique en sus d'être le fondement ou la source d'inspiration des droits de l'homme en général. La Commission a estimé approprié d'énoncer au projet d'article 14 le principe général du respect de la dignité de tout étranger faisant l'objet d'une expulsion, compte tenu également du fait qu'il n'est pas rare que les étrangers en question soient soumis, durant la procédure d'expulsion, à des traitements humiliants qui, tout en ne constituant peut-être pas des traitements cruels, inhumains ou dégradants, représentent néanmoins des atteintes à la dignité humaine¹⁰⁸.

3) L'expression «dignité inhérente à la personne humaine», qui est tirée de l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, vise à indiquer que la dignité dont il est ici question doit être comprise comme un attribut inhérent à tout être humain et doit être distinguée d'une notion subjective de dignité pouvant dépendre de sentiments ou sensibilités qui seraient propres à tel ou tel autre individu ou pouvant éventuellement varier en fonction de facteurs culturels.

¹⁰⁸ Concernant le respect de la dignité de tout étranger objet d'une expulsion, voir le cinquième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/611, par. 68 à 72.

4) Le paragraphe 2 du projet d'article 14 constitue un simple rappel du droit qu'a tout étranger objet d'une expulsion au respect de ses droits de l'homme¹⁰⁹. L'adverbe «notamment», qui précède la référence aux droits de l'homme énoncés dans le projet d'articles, vise à indiquer que la mention spécifique de certains droits dans le projet d'articles se justifie uniquement en raison de leur pertinence particulière dans le contexte de l'expulsion; cette mention ne saurait être comprise comme sous-entendant d'une quelconque manière que le respect de ces droits serait plus essentiel que celui des autres droits de l'homme non mentionnés dans le projet d'articles. Il va sans dire que l'État expulsant est tenu de respecter, à l'égard d'un étranger objet d'une expulsion, l'ensemble des obligations en matière de protection des droits de l'homme qui lui incombent, aussi bien en vertu de traités internationaux auxquels il est partie qu'en vertu du droit international général. Cela étant précisé, il convient de mentionner tout particulièrement, dans le présent contexte, la *Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent*, adoptée par l'Assemblée générale le 13 décembre 1985¹¹⁰.

Article 15

Obligation de non-discrimination

1. L'État exerce le droit d'expulser des étrangers sans discrimination aucune, fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, ou sur tout autre motif non admis en droit international.

2. La non-discrimination s'applique également à la jouissance par tout étranger objet d'une expulsion de ses droits de l'homme, y compris ceux qui sont mentionnés dans le présent projet d'articles.

Commentaire

1) Le projet d'article 15 porte sur l'obligation de non-discrimination dans le contexte de l'expulsion des étrangers¹¹¹. L'obligation de non-discrimination est énoncée, sous des formulations variables, dans les principaux instruments internationaux de protection des droits de l'homme, tant au niveau universel qu'au niveau régional¹¹². Cette obligation a également fait l'objet de consécutions jurisprudentielles en rapport avec l'expulsion. Elle a notamment été affirmée, en des termes généraux, par le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis en l'affaire *Rankin*:

«Le requérant qui allègue l'expulsion doit prouver l'illégalité de l'action de l'État expulsant, autrement dit il doit prouver que cette action est arbitraire, discriminatoire ou contraire aux obligations conventionnelles souscrites par l'État en cause»¹¹³.

¹⁰⁹ À propos de l'incidence des droits de l'homme sur l'exercice du droit d'expulsion, voir le cinquième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/611, ainsi que les développements figurant dans l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 251 à 295 et 444 à 448.

¹¹⁰ Résolution 40/144, *Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent*, 13 décembre 1985, annexe.

¹¹¹ Voir, à ce sujet, le cinquième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/611, par. 148 à 156, ainsi que les développements figurant dans l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 256 à 286 et 482 à 487.

¹¹² Voir, à ce propos, le cinquième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/611, par. 149 à 151.

¹¹³ *Rankin v. Islamic Republic of Iran*, Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, sentence du 3 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, p. 142, par. 22 (traduction française tirée de l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 484).

On peut mentionner également l'affaire dite des *Femmes mauriciennes*, dans laquelle le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a considéré qu'il y avait eu violation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, motif pris de ce que la législation en question introduisait une discrimination fondée sur le sexe en protégeant contre l'expulsion les femmes de nationalité mauricienne, mais pas les maris de la même nationalité¹¹⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme a suivi la position du Comité des droits de l'homme dans l'affaire des *Femmes mauriciennes* précitée, dans son arrêt rendu le 28 mai 1985 en l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandi*¹¹⁵. En effet, elle a constaté, à l'unanimité, que chacune des requérantes avait subi une discrimination fondée sur le sexe contraire à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme: contrairement aux hommes immigrés installés au Royaume-Uni, les requérantes n'avaient pas le droit, dans la même situation, d'obtenir pour leurs conjoints non nationaux l'autorisation d'entrer ou de rester dans le pays à demeure. Après avoir relevé que «la progression vers l'égalité des sexes constitue aujourd'hui un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe», la Cour a estimé que «seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe»¹¹⁶. Elle a souligné par ailleurs que l'article 14 cherche à «empêcher la discrimination dans la jouissance des droits garantis par la Convention là où il existe diverses manières de se conformer aux obligations découlant de celle-ci»¹¹⁷. En revanche, elle a estimé que, dans la présente espèce, le fait que les règles applicables frappaient «moins de blancs que d'autres gens» ne constituait pas un motif suffisant pour qu'on leur attribue un caractère raciste puisqu'il n'y avait aucune «clause qui distinguât entre des individus ou des groupes sur la base de leur race ou de leur origine ethnique»¹¹⁸.

2) Le paragraphe 1 du projet d'article 15 énonce l'interdiction de la discrimination dans l'exercice par un État de son droit d'expulser des étrangers. Dès lors que cette interdiction vise l'exercice du droit d'expulsion, elle couvre aussi bien la décision d'expulser ou de ne pas expulser que les modalités liées à la prise d'une décision d'expulsion et à son éventuelle mise à exécution. La portée générale de l'obligation de non-discrimination est du reste confirmée par la teneur du paragraphe 2 du projet d'article qui indique que l'obligation de non-discrimination s'applique également à la jouissance par tout étranger objet d'une expulsion de ses droits de l'homme, y compris ceux qui sont mentionnés dans le présent projet d'articles.

3) La liste des motifs de discrimination interdits que contient le projet d'article 15 est basée sur celle figurant à l'article 2, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, avec l'ajout du motif de l'«origine ethnique» et d'une référence à «tout autre motif non admis en droit international». De l'avis de la Commission, la mention expresse de l'«origine ethnique» dans le projet d'article se justifie aussi bien en raison du caractère incontesté de l'interdiction en droit international contemporain des discriminations fondées sur ce motif, qu'au vu de la pertinence particulière des questions

¹¹⁴ Communication n° R 9/35, *Shirin Aumeeruddy-Cziffra et 19 autres Mauriciennes c. Maurice*, constatations adoptées le 9 avril 1981, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 40 (A/36/40)*, p. 149 et suiv., par. 9.2.

¹¹⁵ Cour européenne des droits de l'homme, *Abdulaziz, Cabales et Balkandi c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, série A n° 94; arrêt rappelé en ses passages pertinents par Marc Bossuyt, dans le commentaire de l'article 14 dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, p. 482 et 483.

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 78.

¹¹⁷ *Ibid.*, par. 82.

¹¹⁸ *Ibid.*, par. 85.

ethniques dans le contexte de l'expulsion des étrangers. La référence à «tout autre motif non admis en droit international» indique clairement le caractère non exhaustif de la liste de motifs de discrimination interdits qui figure au projet d'article 15.

4) Tandis que certains membres de la Commission ont proposé d'élargir la liste des motifs de discrimination interdits en y incluant notamment l'orientation sexuelle et/ou l'appartenance à une minorité, d'autres membres y étaient opposés. On a relevé, en particulier, qu'une mention expresse de certains motifs additionnels aurait pu être interprétée comme entraînant une exclusion implicite de certains autres.

5) S'agissant plus particulièrement de l'orientation sexuelle, certains membres de la Commission sont d'avis que l'interdiction de toute discrimination fondée sur ce motif est désormais consacrée par le droit international positif ou qu'il existe, à tout le moins, une tendance en ce sens dans la pratique internationale et dans la jurisprudence¹¹⁹ qui justifierait, à titre de développement progressif, l'inclusion de l'orientation sexuelle parmi les motifs de discrimination interdits. En revanche, d'autres membres de la Commission estiment que cette question demeure controversée et que l'interdiction de discriminations basées sur l'orientation sexuelle n'est pas universellement reconnue, au vu notamment de la pratique de plusieurs États qui condamnent, parfois même sévèrement, les comportements homosexuels, et de l'absence de la mention d'un tel motif de discrimination dans le texte des instruments universels et régionaux de protection des droits de l'homme. En tout état de cause, dans la mesure où l'interprétation, par le Comité des droits de l'homme, de la référence au «sexe» dans les articles 2, paragraphe 1, et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est que cette notion inclut l'orientation sexuelle¹²⁰, certains membres estimaient qu'il n'était pas nécessaire de mentionner cette dernière comme un motif distinct parmi les motifs de discrimination fondés sur le sexe, car cela serait de nature à créer de la confusion ou de la redondance.

6) La nécessité de reconnaître de possibles exceptions à l'obligation de non-discrimination qui seraient fondées sur la nationalité a été invoquée par certains membres de la Commission. On s'est référé, dans ce contexte, aux associations d'États, comme l'Union européenne, caractérisées par la mise en place d'un régime de libre circulation de leurs citoyens.

7) Après réflexion, la Commission a considéré que la référence dans le projet d'article à «tout autre motif non admis en droit international» prend suffisamment en compte ces diverses préoccupations. D'une part, la formule retenue permet d'englober tout développement normatif concernant les motifs de discrimination interdits qui serait intervenu postérieurement à l'adoption du Pacte. D'autre part, elle préserve la possibilité pour des États d'établir entre eux des régimes juridiques spéciaux, basés sur le principe de la libre circulation de leurs nationaux, comme celui de l'Union européenne.

¹¹⁹ En particulier, le Comité des droits de l'homme a considéré que la référence au «sexe» dans les articles 2, par. 1, et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques doit s'entendre comme incluant l'orientation sexuelle; *Nicholas Toonen c. Australie*, communication n° 488/1992, constatations adoptées le 31 mars 1994, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 40 (A/49/40)*, vol. II, p. 252, par. 8.7. Pour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voir notamment l'affaire *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, requête n° 33290/96, arrêt du 21 décembre 1999, par. 28, ainsi que l'affaire *E. B. c. France*, requête n° 43546/02, arrêt du 22 février 2008, par. 50.

¹²⁰ Voir la note précédente.

Article 16

Personnes vulnérables

1. Les enfants, les personnes âgées, les personnes handicapées, les femmes enceintes et d'autres personnes vulnérables faisant l'objet d'une expulsion doivent être considérés comme tels et doivent être traités et protégés en tenant dûment compte de leur vulnérabilité.

2. En particulier, dans toutes les décisions qui concernent des enfants faisant l'objet d'une expulsion, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

Commentaire

1) Le projet d'article 16 énonce des exigences particulières s'agissant de l'expulsion de personnes vulnérables telles que les enfants, les personnes âgées, les personnes handicapées ou les femmes enceintes.

2) Le paragraphe 1 du projet d'article 16 a une portée générale. Il énonce l'obligation de l'État expulsant d'accorder aux personnes vulnérables faisant l'objet d'une expulsion le traitement et la protection qui s'imposent compte tenu de leur vulnérabilité et de leurs besoins particuliers. En énonçant d'abord l'exigence que les individus en question soient «considérés comme tels», la Commission a voulu indiquer l'importance que revêt la reconnaissance préalable par l'État expulsant de la vulnérabilité dont ils font l'objet, car c'est précisément cette reconnaissance qui justifiera l'octroi à ces individus d'un traitement et d'une protection particuliers.

3) La Commission considère qu'il n'est guère possible d'énumérer dans un projet d'article toutes les catégories de personnes vulnérables qui pourraient mériter une protection spéciale dans le cadre d'une procédure d'expulsion. Outre les catégories de personnes explicitement mentionnées, on peut songer à d'autres personnes comme celles qui seraient atteintes d'une maladie incurable ou d'une maladie nécessitant des soins particuliers qui, par hypothèse, ne pourraient être prodigués – ou ne pourraient l'être que difficilement – dans le ou les possibles États de destination. L'adjonction du membre de phrase «et d'autres personnes vulnérables» indique clairement que la liste figurant au paragraphe 1 n'est pas exhaustive.

4) Le paragraphe 2 du projet d'article 16 a trait au cas spécifique des enfants et sa formulation reprend fidèlement celle de l'article 3, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant¹²¹. Tout en n'excluant pas la prise en compte d'autres facteurs pertinents, le paragraphe 2 pose comme exigence que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent des enfants faisant l'objet d'une expulsion¹²².

¹²¹ Convention relative aux droits de l'enfant, New York, 20 novembre 1989, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1577, n° 27531, p. 3. L'article 3 se lit comme suit: «Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale».

¹²² Voir les développements figurant dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/611, par. 121 à 127, ainsi que dans l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 468 à 474.

Chapitre II

Protection requise dans l'État expulsant

Article 17

Obligation de protéger le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion

L'État expulsant protège le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion.

Commentaire

Le projet d'article 17 rappelle l'obligation de l'État expulsant de protéger le droit à la vie de l'étranger objet de l'expulsion¹²³. Ce droit, qui, selon le paragraphe 1 de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, «est inhérent à la personne humaine», est proclamé, certes sous des formules variables, par les principaux instruments internationaux de protection des droits de l'homme, tant de caractère universel¹²⁴ que de caractère régional¹²⁵.

Article 18

Prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

L'État expulsant ne peut soumettre l'étranger objet de l'expulsion à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Commentaire

1) Le projet d'article 18 rappelle, dans le contexte de l'expulsion, la prohibition générale de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹²⁶. Il s'agit d'une obligation consacrée dans divers instruments conventionnels de protection des droits de l'homme, tant au niveau universel qu'au niveau régional¹²⁷. L'obligation de ne pas soumettre les étrangers à la torture ou à des traitements cruels, inhumains ou dégradants est également énoncée dans la résolution 40/144 précitée de l'Assemblée générale¹²⁸. Dans son arrêt du 20 novembre 2010 en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la Cour internationale de Justice a rappelé, en rapport avec un cas d'expulsion, que la prohibition des traitements inhumains et dégradants découle d'une règle de droit international général¹²⁹.

2) Le projet d'article 18 ne concerne que l'obligation de l'État expulsant de ne pas soumettre lui-même un étranger à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En revanche, l'obligation de ne pas expulser un étranger vers un État dans lequel il existe des motifs sérieux de croire qu'il risque d'être soumis à de tels traitements est énoncée au projet d'article 24 ci-dessous.

3) Après réflexion, la Commission a préféré ne pas aborder dans le projet d'articles la question de savoir dans quelle mesure l'interdiction de la torture et des peines ou

¹²³ Voir, à ce sujet, le cinquième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/611, par. 53 à 67.

¹²⁴ Voir notamment l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹²⁵ Voir l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme; l'article 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne; l'article 3 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme; l'article 4 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples; et l'article 5 de la Charte arabe des droits de l'homme.

¹²⁶ Voir, à ce propos, le cinquième rapport du rapporteur spécial, A/CN.4/611, par. 73 à 120.

¹²⁷ Ibid., par. 73.

¹²⁸ Résolution 40/144 du 13 décembre 1985, annexe, art. 6.

¹²⁹ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 30 novembre 2010, C.I.J. Recueil 2010, par. 87.

traitements cruels, inhumains ou dégradants vise également le cas dans lequel de tels traitements seraient infligés, non pas par des organes *de jure* ou de facto de l'État, mais par des personnes ou groupes de personnes agissant à titre privé. Elle a estimé qu'il valait mieux laisser cette question à l'appréciation des organes de contrôle ou, le cas échéant, des tribunaux qui seraient appelés à se prononcer sur l'étendue exacte des obligations découlant de tel ou tel autre instrument de protection des droits de l'homme¹³⁰.

Article 19

Conditions de détention de l'étranger objet de l'expulsion

1. a) La détention d'un étranger objet d'une expulsion ne doit pas avoir un caractère punitif.

b) Un étranger objet d'une expulsion doit, sauf dans des circonstances exceptionnelles, être détenu séparément des personnes condamnées à des peines de privation de liberté.

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

b) La prolongation de la durée de la détention ne peut être décidée que par une juridiction ou par une personne pouvant exercer les fonctions judiciaires.

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

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

Commentaire

1) Le paragraphe 1 du projet d'article 19 énonce le caractère non punitif de la détention à laquelle serait soumis un étranger en vue de son expulsion¹³¹. L'alinéa *a* consacre le principe général selon lequel cette détention ne doit pas avoir un caractère punitif, tandis que l'alinéa *b* énonce une conséquence dudit principe. L'alinéa *b* prescrit en effet que, sauf dans des circonstances exceptionnelles, un étranger qui serait détenu dans le cadre d'une procédure d'expulsion doit l'être séparément des personnes condamnées à des peines privatives de liberté. Cette garantie est reconnue aux prévenus, en tant que personnes non condamnées, par l'article 10, paragraphe 2 a) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Commission estime que, compte tenu du caractère non punitif de la détention aux fins d'expulsion, la garantie énoncée à l'article 10, paragraphe 2 a) du Pacte doit être accordée à plus forte raison aux étrangers qui seraient soumis à cette forme de détention. Cette opinion apparaît en harmonie avec la position exprimée par le Comité des droits de l'homme dans son commentaire de l'article 13 du Pacte, relatif à l'expulsion. Le Comité y a fait remarquer, en effet, que si la procédure d'expulsion comporte l'arrestation, les garanties prévues par le Pacte en cas de privation de liberté (art. 9¹³² et 10¹³³) peuvent

¹³⁰ Voir, à ce sujet, les éléments mentionnés au paragraphe 4) du commentaire du projet d'article 24 ci-dessous.

¹³¹ Voir, à ce propos, Commission des droits de l'homme, Travailleurs migrants, rapport présenté par la Rapporteuse spéciale, M^{me} Gabriela Rodríguez Pizarro, conformément à la résolution 2002/62 de la Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2003/85, 30 décembre 2002, par. 43: «L'internement administratif ne devrait jamais avoir un caractère punitif».

¹³² L'article 9 du Pacte dispose que: «1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa

aussi être applicables¹³⁴. La même exigence est énoncée dans le Principe n° 8 de l'*Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*, figurant en annexe à la résolution 43/173 du 9 décembre 1988 de l'Assemblée générale des Nations Unies. Ce principe, qui couvre également la détention aux fins d'expulsion, stipule que «[l]es personnes détenues sont soumises à un régime approprié à leur condition de personnes non condamnées. Elles sont donc, chaque fois que possible, séparées des personnes emprisonnées».

2) La référence à des «circonstances exceptionnelles» qui pourraient justifier le non-respect de la règle énoncée à l'alinéa *b* est tirée de l'article 10, paragraphe 2 a), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

3) De l'avis de la Commission, la règle énoncée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 n'exige pas nécessairement la mise en place par l'État expulsant d'établissements spécialement affectés à la détention d'étrangers en vue de leur expulsion; la détention de ces étrangers pourrait avoir lieu dans un établissement où sont également détenues des personnes condamnées à des peines privatives de liberté, à condition toutefois que les étrangers en question soient placés dans une section séparée de cet établissement.

4) Il convient de préciser que la garantie susmentionnée s'applique uniquement à une mise en détention dont l'objet est d'assurer l'exécution d'une décision d'expulsion; elle est dès lors sans préjudice du cas dans lequel l'étranger objet de l'expulsion aurait fait l'objet d'une condamnation pénale, y compris l'hypothèse où l'expulsion pourrait être ordonnée comme une mesure alternative ou consécutive à la détention.

5) La question essentielle de la durée de la détention, qui pose des problèmes délicats en pratique¹³⁵, fait l'objet du paragraphe 2 du projet d'article 19, qui comprend deux alinéas. L'alinéa *a* a une portée générale et énonce le principe selon lequel la détention d'un étranger en vue de son expulsion est sujette à des limitations temporelles. Elle doit, d'une part, être limitée à un laps de temps qui est raisonnablement nécessaire à l'exécution de la décision d'expulsion et, d'autre part, ne saurait être d'une durée excessive¹³⁶. Ces exigences

liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi. 2. Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui. 3. Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, à tous les autres actes de la procédure et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement. 4. Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. 5. Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégales a droit à réparation».

¹³³ L'article 10 du Pacte dispose que: «1. Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. 2. a) Les prévenus sont, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparés des condamnés et sont soumis à un régime distinct, approprié à leur condition de personnes non condamnées; b) Les jeunes prévenus sont séparés des adultes et il est décidé de leur cas aussi rapidement que possible. 3. Le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social. Les jeunes délinquants sont séparés des adultes et soumis à un régime approprié à leur âge et à leur statut légal».

¹³⁴ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 15: Situation des étrangers au regard du Pacte, 11 avril 1986, par. 9.

¹³⁵ Voir, à ce propos, les développements figurant dans le sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625, par. 262 à 273.

¹³⁶ L'interdiction d'une durée de détention excessive a été affirmée par la Cour européenne des droits de l'homme au regard de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme; voir tout

trouvent des confirmations dans la jurisprudence internationale ainsi que dans les législations de divers États¹³⁷ et dans un nombre important de prononcés judiciaires d'instances nationales¹³⁸. Le qualificatif de «raisonnablement nécessaire», qui figure dans la deuxième phrase de l'alinéa *a*, vise à offrir aux autorités administratives et, le cas échéant, à un organe judiciaire un standard à l'aune duquel il pourra apprécier la nécessité et la durée de la détention d'un étranger aux fins de son expulsion.

6) L'alinéa *b* du paragraphe 2 énonce que la prolongation de la durée de la détention ne peut être décidée que par une juridiction ou par une personne pouvant exercer les fonctions judiciaires. Malgré les doutes exprimés par certains membres quant à l'applicabilité de cette condition dans le contexte de la mise en œuvre des règles en matière d'immigration, la Commission estime qu'il convient de la retenir afin d'éviter de possibles abus de la part des autorités administratives s'agissant de la durée de la détention d'un étranger en vue de son expulsion. Le contenu de l'alinéa *b* du paragraphe 2 est inspiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁹.

7) Le paragraphe 3 du projet d'article 19 est inspiré d'une recommandation formulée par la Rapporteuse spéciale sur les droits des travailleurs migrants¹⁴⁰. L'alinéa *a* de ce paragraphe énonce la condition de l'examen régulier de la détention d'un étranger aux fins d'expulsion, sur la base de critères précis définis par la loi. Selon les termes mêmes de l'alinéa *a*, c'est la détention en tant que telle, et non la décision initiale concernant le placement en détention, qui doit faire l'objet de cet examen régulier. Tandis que certains membres de la Commission estiment que la garantie énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe 3 relève de la *lex ferenda*, d'autres considèrent qu'elle découle des principes contemporains en matière de protection des droits de l'homme. On a également fait valoir que cette

particulièrement l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 15 novembre 1996, requête n° 22414/93, par. 113: «La Cour rappelle cependant que seul le déroulement de la procédure d'expulsion justifie la privation de liberté fondée sur cette disposition (art. 5, par. 1 f)). Si la procédure n'est pas menée avec la diligence requise, la détention cesse d'être justifiée au regard de l'article 5 par. 1 f). Il faut dès lors déterminer si la durée de la procédure d'expulsion a été excessive».

Voir également: Commission des droits de l'homme, Travailleurs migrants, rapport présenté par la Rapporteuse spéciale, M^{me} Gabriela Rodríguez Pizarro, conformément à la résolution 2002/62 de la Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2003/85, 30 décembre 2002, par. 35 («La privation de liberté sur décision administrative ne devrait durer que le temps nécessaire pour procéder au refoulement ou à l'expulsion. La privation de liberté ne devrait jamais être d'une durée illimitée.») et 75 g) ([recommandation de] «[v]eiller à ce que la loi fixe une limite à la durée de la détention en attendant le refoulement, et à ce que cette durée ne soit en aucun cas indéfinie»).

¹³⁷ Voir le sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625, par. 249 et 250 et 262 à 270. Voir également l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 726 et 727.

¹³⁸ Voir les nombreuses références figurant dans le sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625, par. 252 à 261, ainsi que dans l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 728 à 737.

¹³⁹ Voir tout particulièrement *Shamsa c. Pologne*, arrêt du 27 novembre 2003, requêtes n^{os} 45355/99 et 45357/99, par. 59. La Cour se réfère à «la garantie d'*habeas corpus*» contenue dans l'article 5, par. 4, de la Convention pour «appuyer l'idée que la détention qui est prolongée au-delà de la période initiale envisagée au paragraphe 3 appelle l'intervention d'un "tribunal" comme garantie contre l'arbitraire».

¹⁴⁰ Commission des droits de l'homme, Travailleurs migrants, rapport présenté par la Rapporteuse spéciale, M^{me} Gabriela Rodríguez Pizarro, conformément à la résolution 2002/62 de la Commission des droits de l'homme, E/CN.4/2003/85, 30 décembre 2002, par. 75 g). Cette recommandation a la teneur suivante:

«g) [...] La décision relative à la mise en détention devrait faire l'objet d'un examen périodique automatique fondé sur des critères précis définis dans la loi. Il devrait être mis fin à la détention lorsque l'ordre de refoulement ne peut pas être mis à exécution pour des raisons qui ne sont pas imputables au migrant».

garantie est dictée par le caractère non punitif de la détention d'un étranger aux fins d'expulsion.

8) L'alinéa *b* du paragraphe 3 énonce le principe selon lequel il doit être mis fin à la détention d'un étranger objet d'une expulsion dès lors que la décision d'expulsion ne peut pas être mise à exécution, sauf lorsque les raisons en sont imputables à l'étranger concerné. Tandis que le principe n'a été guère contesté au sein de la Commission, son exception a fait l'objet de vives discussions. Certains membres estimaient en effet qu'à partir du moment où l'exécution de la décision d'expulsion devient impossible, la raison d'être de la détention disparaît et il doit être mis fin à celle-ci. D'autres membres étaient d'avis qu'il convenait de réserver explicitement le cas dans lequel les raisons de cette impossibilité seraient imputables à l'étranger en question. La Commission a finalement opté pour la reconnaissance de cette exception, tout en indiquant clairement, par la formule introductive du paragraphe 3 b), que l'ensemble de ce paragraphe doit être compris à la lumière du paragraphe 2. Cela signifie en particulier, en vertu de l'alinéa *a* du paragraphe 2, que même dans un cas où l'impossibilité d'exécuter la décision d'expulsion serait imputable à l'étranger en question, celui-ci ne saurait être maintenu en détention pour une durée excessive.

Article 20

Obligation de respecter le droit à la vie familiale

1. L'État expulsant respecte le droit à la vie familiale de l'étranger objet de l'expulsion.
2. L'État expulsant ne peut interférer dans l'exercice du droit à la vie familiale que dans les cas prévus par la loi et en observant un juste équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de l'étranger en cause.

Commentaire

1) Le projet d'article 20 consacre l'obligation de l'État expulsant de respecter le droit à la vie familiale de l'étranger objet de l'expulsion. La Commission a estimé nécessaire de mentionner expressément ce droit dans le projet d'articles, en raison de la pertinence particulière qu'il revêt dans le contexte de l'expulsion des étrangers¹⁴¹. En effet, par le fait même de contraindre un étranger à quitter le territoire d'un État, l'expulsion est susceptible de porter atteinte à l'unité de la famille de cet étranger au cas où, pour des raisons diverses, les membres de sa famille ne seraient pas en mesure de le suivre dans l'État de destination. Il n'est dès lors guère surprenant de constater que les législations et la jurisprudence de divers États reconnaissent la nécessité de prendre en compte les considérations familiales comme facteur de restriction possible de l'expulsion des étrangers¹⁴².

2) Le droit à la vie familiale est consacré tant par les instruments universels que par les conventions régionales de protection des droits de l'homme. Au niveau universel, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose, en son article 17:

«1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, *sa famille*, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes» (italiques ajoutées).

¹⁴¹ Voir les développements consacrés à ce droit dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/611, par. 128 à 147, ainsi que dans l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 446 à 467.

¹⁴² Voir, à ce sujet, l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 466 et 467.

De même, aux termes de l'article 5, paragraphe 1 b), de la *Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent*, les étrangers jouissent du droit «à la protection contre toute ingérence arbitraire ou illégale dans leur vie privée et familiale, leur domicile ou leur correspondance»¹⁴³.

3) Au niveau régional, la Convention européenne des droits de l'homme dispose, en son article 8, paragraphe 1, que «[t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)». La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reprend *in extenso* cette disposition dans son article 7. Selon l'alinéa c de la section III du Protocole à la Convention européenne d'établissement¹⁴⁴, les États contractants, lorsqu'ils se prononcent sur l'expulsion, doivent en particulier tenir dûment compte des liens familiaux et de la durée du séjour sur leur territoire des personnes concernées. Et tandis que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, par ailleurs attachée à la protection de la famille (voir son article 18) ne contient pas ce droit, la Convention américaine le consacre en son article 11, paragraphe 2, dans les mêmes termes que l'article 17 précité du Pacte, et la Charte arabe des droits de l'homme l'énonce également en son article 21.

4) La nécessité de respecter le droit à la vie familiale de l'étranger objet de l'expulsion, énoncée au paragraphe 1 du projet d'article 20, ne fournit cependant pas à cet étranger une protection absolue contre l'expulsion. En effet, le paragraphe 2 du projet d'article 20 reconnaît que ce droit peut faire l'objet de limitations et énonce les conditions auxquelles de telles limitations sont soumises. À cet égard, deux conditions cumulatives doivent être réalisées pour qu'une interférence, résultant d'une expulsion, dans l'exercice du droit à la vie familiale soit considérée comme justifiée.

5) La première condition, qui figure explicitement au paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que, implicitement, au paragraphe 1 de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et au paragraphe 1 de l'article 21 de la Charte arabe des droits de l'homme, est qu'une telle interférence n'intervienne que dans des cas «prévus par la loi». Il faut entendre par là que la mesure d'expulsion doit trouver un fondement approprié dans le droit de l'État expulsant; autrement dit, elle doit avoir été prise sur la base et conformément à la législation de cet État¹⁴⁵.

6) La seconde condition a trait au «juste équilibre» qui doit être observé entre les intérêts de l'État et ceux de la personne en cause. Cette notion de «juste équilibre» est inspirée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et, plus spécifiquement, de la condition selon laquelle une «ingérence» dans la vie familiale doit être *nécessaire dans une société démocratique* au sens du paragraphe 2 de cette disposition¹⁴⁶. Dans l'affaire *Moustaquim c. Belgique*, la Cour a jugé que l'expulsion de M. Moustaquim ne remplissait pas cette condition¹⁴⁷. Au vu des circonstances de l'affaire, en particulier du long séjour de M. Moustaquim en Belgique, des liens de ses proches avec ce pays ainsi que de l'intervalle relativement long qui s'était écoulé entre la dernière infraction commise par M. Moustaquim et l'arrêt d'expulsion, la Cour a conclu que la mesure n'était pas «nécessaire dans une société démocratique» puisque «un juste équilibre n'[avait] pas été

¹⁴³ Résolution 40/144 de l'Assemblée générale, du 13 décembre 1985, annexe.

¹⁴⁴ Convention européenne d'établissement et Protocole, Paris, 13 décembre 1955, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 529, n° 7660, p. 141.

¹⁴⁵ Cette exigence est du reste énoncée, en termes généraux, au projet d'article 4 ci-dessus.

¹⁴⁶ Pour un exposé détaillé de cette jurisprudence, voir le cinquième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/611, par. 133 à 147.

¹⁴⁷ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Moustaquim c. Belgique*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 18 février 1991, requête n° 12313/86, par. 41 à 46.

assuré entre les intérêts en jeu, et qu'il y [avait] donc eu disproportion entre le moyen employé et le but légitime visé»¹⁴⁸. La conformité d'une mesure d'expulsion à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme a été examinée par la Cour à plusieurs autres reprises, notamment dans les affaires *Nasri c. France*¹⁴⁹, *Cruz Varas et autres c. Suède*¹⁵⁰ et *Boultif c. Suisse*¹⁵¹. Dans cette dernière affaire, la Cour a énoncé une liste de critères à appliquer pour apprécier si l'ingérence dans la vie familiale résultant d'une expulsion est «nécessaire dans une société démocratique»¹⁵²:

«La Cour 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 de l'autre conjoint. Elle est donc appelée à définir des principes directeurs pour examiner si la mesure était nécessaire dans une société démocratique.

Pour apprécier les critères pertinents en pareil cas, la Cour prendra 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. En outre, la Cour examinera 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»¹⁵³.

7) Le critère du «juste équilibre», mentionné au paragraphe 2 du projet d'article 20, semble également compatible avec l'approche suivie par le Comité des droits de l'homme aux fins de l'examen de la conformité d'une mesure d'expulsion à l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁵⁴.

¹⁴⁸ Ibid., par. 46.

¹⁴⁹ Affaire *Nasri c. France*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 13 juillet 1995, requête n° 19465/92, spécialement par. 46.

¹⁵⁰ Affaire *Cruz Varas et consorts c. Suède*, arrêt (au principal), 20 mars 1991, requête n° 15576/89, spécialement par. 88.

¹⁵¹ Affaire *Boultif c. Suisse*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 2 août 2001, requête n° 54273/00.

¹⁵² Voir l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 460.

¹⁵³ Affaire *Boultif c. Suisse*, *supra* note 151, par. 48.

¹⁵⁴ Ainsi, selon le Comité: «[...] La séparation d'une personne d'avec sa famille par le biais d'une expulsion pourrait être considérée comme une immixtion arbitraire dans la famille et comme une violation de l'article 17 si, dans des circonstances de la cause, les effets de la séparation sur l'auteur étaient disproportionnés par rapport aux objectifs visés»; communication n° 558/1993, *Giosue Canepa c. Canada*, constatations adoptées le 3 avril 1997, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 40 (A/52/40)*, vol. II, p. 135, par. 11.4. Dans une précédente affaire, le Comité avait affirmé ce qui suit: «[...] De l'avis du Comité, l'immixtion dans les relations familiales de M. Stewart qui résultera inévitablement de son expulsion 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'État, et que toute l'attention voulue a été portée au cours de la procédure aux liens familiaux de l'intéressé. En conséquence, il n'y a pas eu violation des articles 17 et 23 du Pacte»; communication n° 538/1993, *Charles E. Stewart c. Canada*, constatations du 1^{er} novembre 1996, *ibid.*, p. 67, par. 12.10.

Chapitre III

Protection par rapport à l'État de destination

Article 21

Départ vers l'État de destination

1. L'État expulsant prend des mesures appropriées pour faciliter le départ volontaire de l'étranger objet de l'expulsion.
2. En cas d'exécution forcée de la décision d'expulsion, l'État expulsant prend les mesures nécessaires afin d'assurer, autant que faire se peut, un acheminement sans heurts de l'étranger objet de l'expulsion vers l'État de destination, dans le respect des règles du droit international.
3. L'État expulsant accorde à l'étranger objet de l'expulsion un délai raisonnable pour préparer son départ, compte tenu de toutes les circonstances.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 21 concerne, d'une manière générale, la protection que l'État expulsant doit accorder à l'étranger objet de l'expulsion en relation avec son départ vers l'État de destination¹⁵⁵. Ce projet d'article couvre aussi bien l'hypothèse d'un départ volontaire que celle d'une exécution forcée de la décision d'expulsion.
- 2) Aux termes du paragraphe 1 du projet d'article 21, l'État expulsant prend des mesures appropriées pour faciliter le départ volontaire de l'étranger objet de l'expulsion¹⁵⁶. Même si elle vise, dans une certaine mesure, à privilégier la solution du départ volontaire de l'étranger, cette disposition ne saurait être interprétée comme autorisant l'État expulsant à exercer des pressions indues sur l'intéressé afin qu'il opte pour un départ volontaire plutôt que pour une exécution forcée de la décision d'expulsion.
- 3) Le paragraphe 2 concerne l'hypothèse d'une exécution forcée de la décision d'expulsion. Il dispose que, dans un tel cas, l'État expulsant prend les mesures nécessaires afin d'assurer, autant que faire se peut, un acheminement sans heurts de l'étranger objet de l'expulsion vers l'État de destination, dans le respect des règles du droit international. Il convient de préciser, à cet égard, que l'expression «acheminement sans heurts ... dans le respect des règles du droit international» se réfère aussi bien à l'exigence d'assurer la protection des droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion et d'éviter tout usage excessif de la force à son encontre, qu'à la nécessité d'assurer, si besoin est, la sécurité de personnes autres que l'étranger en question – par exemple, les passagers d'un avion emprunté par cet étranger pour se rendre dans l'État de destination.
- 4) Cette exigence de respect de la personne expulsée ressort implicitement de la sentence arbitrale rendue en l'affaire *Lacoste*, encore que l'on ait jugé que le requérant n'avait pas été traité avec dureté:

«*Lacoste* demande également réparation pour son arrestation, son emprisonnement, la dureté et la cruauté avec lesquelles il a été traité et son expulsion du pays. ... L'expulsion ne semble toutefois pas avoir été exécutée avec dureté et, à

¹⁵⁵ Voir, sur cette question, les développements figurant dans l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.2, par. 1 à 15.

¹⁵⁶ Concernant le départ volontaire, voir l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.2, par. 2, ainsi que l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/625, par. 697 à 701.

sa demande, le requérant a obtenu un report de la date à laquelle il était obligé de quitter le pays»¹⁵⁷.

De même, dans l'affaire *Boffolo*, l'arbitre a dit en termes généraux que:

«[L]'expulsion [...] doit être exécutée de la façon la moins préjudiciable possible pour la personne concernée...»¹⁵⁸.

Et dans l'affaire *Maal*, l'arbitre a souligné le caractère sacré de la personne humaine et l'obligation d'exécuter l'expulsion sans indignité ni préjudice inutile:

«[...] [Si] l'exclusion du requérant avait été exécutée sans indignité ou rigueur inutile, l'arbitre n'aurait pas d'autre choix que de le débouter de sa demande.

...

[...] Toutes les preuves indiquent qu'il était un homme de bien et qu'il était en droit tout au long de son audition et de son expulsion d'être traité comme un homme de bien et, que nous le considérions comme un homme de bien ou simplement comme un homme, le droit de voir sa personne respectée et de ne pas faire l'objet d'atteintes à sa sensibilité était un des plus importants de ses droits fondamentaux et un des privilèges sans prix de la liberté. L'arbitre a appris que la personne d'autrui devait être considérée comme une chose sacrée, qu'on ne peut ni toucher ni même effleurer sans son consentement, que ce soit sous l'empire de la colère ou sans raison valable, car on commet alors une agression ouvrant droit à une indemnisation proportionnée à l'intention de l'agresseur, à la nature de l'agression et à la qualité humaine de la personne agressée [...]»¹⁵⁹.

5) Lorsque le transport de l'étranger vers l'État de destination s'effectue, par exemple, par avion, la référence aux règles de droit international vise également les règles en matière de transport aérien, tout particulièrement la réglementation adoptée dans le cadre de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI). À cet égard, il convient de mentionner tout particulièrement la Convention relative à l'aviation civile internationale ainsi que son annexe 9¹⁶⁰. Cette dernière dispose notamment que:

«5.2.1 Durant la période pendant laquelle [...] une personne qui doit être expulsée est sous leur garde, les agents de l'État en cause protégeront la dignité de la personne en question et ne prendront aucune mesure susceptible d'y porter atteinte».

6) Dans les deux hypothèses envisagées au projet d'article 21 – départ volontaire de l'étranger ou exécution forcée de la décision d'expulsion –, le paragraphe 3 exige de l'État expulsant qu'il accorde à l'étranger un délai raisonnable pour préparer son départ, compte tenu de toutes les circonstances. Les circonstances à prendre en compte aux fins de la détermination de ce qui apparaîtrait, dans un cas d'espèce, comme un délai raisonnable sont

¹⁵⁷ *Lacoste v. Mexico* (Commission mexicaine), sentence du 4 septembre 1875, in John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, vol. IV, p. 3347 et 3348 (traduction française tirée de l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565), par. 705).

¹⁵⁸ Affaire *Boffolo*, Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 534 (arbitre Ralston). (Trad.)

¹⁵⁹ Affaire *Maal*, Commission mixte des réclamations Pays-Bas-Venezuela, 1^{er} juin 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 732. (Trad.)

¹⁶⁰ Convention relative à l'aviation civile internationale, Chicago, 7 décembre 1944, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, n° 102, p. 295, et annexe 9, Facilitation; texte également disponible sur le site de l'Organisation de l'aviation civile internationale: <http://www.icao.int/>. Pour un bref aperçu des règles qui y sont énoncées, voir l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.2, par. 6 à 8.

de nature variée. Elles peuvent notamment avoir trait aux liens (sociaux, économiques ou autres) que l'étranger objet de l'expulsion a tissés avec l'État expulsant, au comportement de l'étranger en question, y compris, le cas échéant, la nature de la menace à la sécurité nationale ou à l'ordre public de l'État expulsant que pourrait constituer la présence de cet étranger sur le territoire, ou encore le risque que ledit étranger ne se soustraie aux autorités de l'État en vue d'échapper à son expulsion. L'exigence de l'octroi d'un délai raisonnable pour préparer le départ doit être également comprise à la lumière de la nécessité de permettre à l'étranger objet de l'expulsion de protéger de façon adéquate ses droits de propriété et autres intérêts dans l'État expulsant¹⁶¹.

Article 22

État de destination de l'étranger objet de l'expulsion

1. L'étranger objet de l'expulsion est expulsé vers son État de nationalité ou tout autre État qui a l'obligation de l'accueillir en vertu du droit international, ou vers tout État qui accepte de l'accueillir à la demande de l'État expulsant ou, le cas échéant, de l'intéressé.

2. Lorsque l'État de nationalité ou tout autre État ayant l'obligation d'accueillir l'étranger en vertu du droit international n'a pas été identifié et qu'aucun autre État n'accepte d'accueillir ledit étranger, celui-ci peut être expulsé vers tout État où il a un droit d'entrée ou de séjour ou, lorsque cela est applicable, vers l'État d'où il est entré dans l'État expulsant.

Commentaire

1) Le projet d'article 22 a trait à la détermination de l'État de destination de l'étranger objet de l'expulsion¹⁶². Dans ce contexte, le paragraphe 1 se réfère, en premier lieu, à l'État de nationalité de l'étranger, dès lors qu'il est incontesté que cet État a l'obligation de l'accueillir en vertu du droit international¹⁶³. Cependant, ce premier paragraphe reconnaît également l'existence d'autres États de destination potentiels, en distinguant entre ceux qui pourraient être tenus, en vertu du droit international, d'accueillir l'étranger et ceux qui n'ont pas une telle obligation. Cette distinction reflète, en matière d'expulsion des étrangers, le principe incontesté selon lequel un État n'est pas tenu d'accueillir des étrangers sur son territoire, sauf dans les cas où une règle de droit international lui imposerait une telle obligation. Malgré son caractère essentiel, cette distinction n'entraîne pas nécessairement un ordre de priorités dans la détermination de l'État de destination d'un étranger expulsé: autrement dit, le fait qu'un État de nationalité a été identifié et qu'il n'existe, par hypothèse, aucun obstacle juridique à l'expulsion de l'étranger vers cet État n'exclut nullement la possibilité d'expulser l'étranger vers un autre État qui aurait l'obligation de l'accueillir en vertu du droit international ou vers tout autre État qui accepterait de l'accueillir. À cet égard, la Commission est d'avis que l'État expulsant, tout en conservant une latitude d'appréciation en la matière, devrait prendre en compte, dans la mesure du possible, les préférences exprimées par l'étranger expulsé aux fins de la détermination de l'État de destination¹⁶⁴.

¹⁶¹ Voir, ci-dessous, le paragraphe 3 du commentaire du projet d'article 30.

¹⁶² Voir, sur cette question, les développements figurant dans l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.2, par. 60 à 116, et dans l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 489 à 532.

¹⁶³ Voir, sur ce point, l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.2, par. 90 à 96.

¹⁶⁴ Voir, à ce propos, les développements figurant dans l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.2, par. 75 et 76.

2) La formule «tout État qui a l'obligation de l'accueillir en vertu du droit international» vise à couvrir des situations dans lesquelles un État autre que l'État de nationalité de l'étranger expulsé serait tenu d'accueillir cette personne en vertu d'une règle de droit international, qu'il s'agisse d'une règle conventionnelle liant cet État ou d'une règle du droit international coutumier¹⁶⁵. Il convient de mentionner, dans ce contexte, la position exprimée par le Comité des droits de l'homme en relation avec l'article 12, paragraphe 4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques:

«La signification des termes “son propre pays” est plus vaste que celle du “pays de sa nationalité”. Elle n'est pas limitée à la nationalité au sens strict du terme, à savoir la nationalité conférée à la naissance ou acquise par la suite; l'expression s'applique pour le moins 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 être considérée dans ce même pays comme un simple étranger. Tel serait par exemple le cas 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 dont elles se verraient refuser la nationalité. Le libellé du paragraphe 4 de l'article 12 se prête en outre à une interprétation plus large et pourrait ainsi viser d'autres catégories de résidents à long terme, y compris, mais non pas uniquement, les apatrides privés arbitrairement du droit d'acquérir la nationalité de leur pays de résidence. Étant donné que d'autres facteurs peuvent dans certains cas entraîner la création de liens étroits et durables entre un individu et un pays, les États parties devraient fournir dans leurs rapports des informations sur les droits des résidents permanents de retourner dans leur pays de résidence»¹⁶⁶.

3) Le paragraphe 2 du projet d'article 22 concerne la situation dans laquelle ni l'État de nationalité, ni aucun autre État ayant l'obligation d'accueillir l'étranger en vertu du droit international, n'a pu être identifié. Dans un tel cas, il est dit que l'étranger peut être expulsé vers tout État où il a un droit d'entrée ou de séjour ou, lorsque cela est applicable, vers l'État d'où il est entré dans l'État expulsant. Ce dernier membre de phrase («l'État d'où il est entré dans l'État expulsant») doit être compris comme se référant au premier chef à l'État d'embarquement, bien que la formule choisie soit suffisamment large pour couvrir également des situations dans lesquelles un étranger est entré dans le territoire de l'État expulsant par d'autres moyens que le transport aérien. Le contenu et la formulation de ce paragraphe ont été l'objet d'un intense débat au sein de la Commission. Selon un point de vue, si aucun État de destination ne peut être identifié conformément au paragraphe 1, l'État expulsant devrait autoriser l'étranger objet de l'expulsion à rester sur son territoire dès lors qu'aucun autre État ne saurait être contraint de l'accueillir. En outre, des divergences de vues subsistent au sein de la Commission sur la question de savoir si certains États, notamment un État ayant délivré à l'étranger en question un document de voyage ou un permis d'entrée ou de séjour, ou l'État d'embarquement, auraient une obligation d'accueillir l'étranger en vertu du droit international, auquel cas le paragraphe 1 du projet d'article trouverait application. Tandis que, selon certains membres de la Commission, un État ayant délivré un permis d'entrée ou de séjour en faveur d'un étranger aurait une telle obligation, d'autres membres estiment qu'en délivrant un permis d'entrée ou de séjour à un étranger, l'État n'assume aucune obligation internationale d'accueillir cet étranger vis-à-vis d'autres États, y compris un État qui aurait entre-temps expulsé ledit étranger de son territoire. À cet égard, il a été soutenu au sein de la Commission que l'État ayant délivré un tel permis resterait en droit de refuser le retour de l'étranger en question sur son territoire, notamment en invoquant des raisons d'ordre public ou de sécurité

¹⁶⁵ Pour des exemples concernant la première hypothèse, voir *ibid.*, par. 104 à 107.

¹⁶⁶ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 27, Liberté de circulation (art. 12), adoptée le 18 octobre 1999, par. 20.

nationale. Des avis divergents ont également été exprimés s'agissant de la position de l'État d'embarquement. Alors que l'on a relevé que l'expulsion vers l'État d'embarquement est une pratique courante qu'il convient de mentionner dans le projet d'articles, l'opinion a également été exprimée selon laquelle l'État d'embarquement n'a aucune obligation juridique d'accueillir l'étranger expulsé¹⁶⁷.

4) La Commission est consciente du rôle des accords de réadmission dans la détermination de l'État de destination d'un étranger expulsé. Ces accords relèvent du vaste champ de la coopération internationale dans lequel les États agissent souverainement en fonction de considérations variables qui ne se prêtent nullement à la standardisation normative par le biais de la codification. Dans ces conditions, la Commission a considéré qu'il n'y avait pas lieu de consacrer à de tels accords un projet d'article spécifique. Cela étant, il importe de souligner que la mise en œuvre de tels accords doit se faire dans le respect des règles pertinentes du droit international, notamment celles relatives à la protection des droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion.

5) La détermination, conformément au projet d'article 22, de l'État de destination de l'étranger objet de l'expulsion doit se faire dans le respect des obligations visées au projet d'article 6, paragraphe 3 (interdiction du refoulement), et aux projets d'articles 23 et 24, qui énoncent l'interdiction d'expulser un étranger vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée ou vers un État où cet étranger pourrait être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Article 23

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

1. Un étranger ne peut être expulsé vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison notamment de sa race, de sa couleur, de son sexe, de sa langue, de sa religion, de son opinion politique ou de toute autre opinion, de son origine nationale, ethnique ou sociale, de sa fortune, de sa naissance ou de toute autre situation, ou de tout autre motif non admis en droit international.

2. Un État qui n'applique pas la peine de mort ne peut expulser un étranger vers un État où la vie de cet étranger serait menacée par la peine de mort, sauf s'il a obtenu au préalable l'assurance que cette peine ne sera pas imposée ou, si elle a déjà été imposée, qu'elle ne sera pas exécutée.

Commentaire

1) Le projet d'article 23 a trait à la protection de la vie et de la liberté de l'étranger objet de l'expulsion par rapport à la situation dans l'État de destination. En son paragraphe 1, il énonce l'interdiction d'expulser un étranger «vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée» pour l'un des motifs énumérés au projet d'article 15, qui consacre l'obligation de non-discrimination. La formule se référant à un État «où sa vie ou sa liberté serait menacée», qui délimite l'étendue de cette interdiction d'expulser, correspond à la teneur de l'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, énonçant l'interdiction du refoulement.

¹⁶⁷ Les vues semblent partagées concernant la question de savoir si l'État expulsant engage sa responsabilité internationale pour fait internationalement illicite en expulsant un étranger vers un État qui n'a aucune obligation et qui n'accepte pas de l'accueillir; voir, à ce sujet, l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 595, ainsi que l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.2, par. 111 à 116.

2) Les motifs de discrimination interdits qu'énumère le projet d'article 15 et qui sont reproduits dans le projet d'article 23 sont ceux qui figurent à l'article 2, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. À cet égard, la Commission considère qu'il n'y aurait aucune raison valable pour que la liste des motifs discriminatoires figurant au projet d'article 23 soit moins étendue que celle du projet d'article 15. En particulier, la Commission a estimé que la liste de motifs figurant à l'article 33 de la Convention de 1951 est trop étroite dans le présent contexte, où il s'agit de couvrir non seulement le cas d'individus répondant à la définition de «réfugié», mais les étrangers en général et dans une multitude de situations possibles.

3) Comme cela a été le cas à propos du projet d'article 15, une discussion a eu lieu au sein de la Commission sur la question de savoir si l'orientation sexuelle devait être incluse dans les motifs de discrimination interdits. Au vu des avis divergents exprimés par les membres sur cette question, il a été décidé de suivre la même approche que pour le projet d'article 15 et le commentaire s'y rapportant.

4) Le paragraphe 2 du projet d'article 23 vise le cas particulier dans lequel la vie de l'étranger objet de l'expulsion serait menacée dans l'État de destination par l'imposition ou la mise à exécution de la peine de mort, sauf si l'assurance préalable a été obtenue que cette peine ne sera pas imposée ou, si elle l'a déjà été, qu'elle ne sera pas exécutée¹⁶⁸. Le Comité des droits de l'homme considère que, au regard de l'article 6 du Pacte, un État ayant aboli la peine de mort ne peut pas expulser une personne vers un autre État dans lequel elle est sous le coup d'une condamnation à mort, sans avoir obtenu au préalable des garanties concernant la non-exécution de cette condamnation¹⁶⁹. Si l'on peut considérer que, dans ces limites précises, cette interdiction correspond désormais à une tendance affirmée du droit international, il serait difficile d'affirmer que ce droit aille plus loin en la matière¹⁷⁰.

5) Par conséquent, le paragraphe 2 du projet d'article 23 relève du développement progressif à deux égards. Premièrement, parce que l'interdiction qui y est énoncée s'adresse non seulement aux États ayant aboli la peine de mort, mais aussi aux États qui, tout en la prévoyant encore dans leurs codes, ne l'appliquent pas dans la pratique; tel est le sens du membre de phrase «Un État qui n'applique pas la peine de mort...». Deuxièmement, parce que le champ de la protection a été étendu de manière à couvrir aussi bien le cas dans lequel la peine de mort a déjà été imposée que celui dans lequel elle risque réellement de l'être.

¹⁶⁸ Sur la question de la peine de mort dans le contexte de l'expulsion, voir le cinquième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/611, par. 56 à 67.

¹⁶⁹ Voir, à ce sujet, Comité des droits de l'homme, affaire *R. Judge c. Canada*, communication n° 829/1998, constatations adoptées le 5 août 2003, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 40 (A/58/40)*, vol. II, p. 82, par. 10.6: «Pour toutes ces raisons le Comité considère que le Canada, en tant qu'État partie qui a aboli la peine capitale, indépendamment du fait qu'il n'a pas encore ratifié le deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte, visant à abolir la peine de mort, a commis une violation du droit à la vie garanti au paragraphe 1 de l'article 6 en expulsant l'auteur vers les États-Unis alors qu'il est sous le coup d'une condamnation à mort, sans demander l'assurance qu'il ne serait pas exécuté. Le Comité reconnaît que le Canada n'a pas prononcé lui-même la peine capitale mais estime qu'en renvoyant l'auteur vers un pays où il est condamné à mort, il a établi le lien essentiel de la chaîne de causalité qui rendrait possible l'exécution de l'auteur».

¹⁷⁰ Voir, à ce sujet, les explications figurant dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/611, par. 66.

Article 24**Obligation de ne pas expulser un étranger vers un État où il pourrait être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants**

Un État ne peut expulser un étranger vers un État où il existe des motifs sérieux de croire qu'il risque d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Commentaire

1) La formulation du projet d'article 24, qui fait obligation à l'État expulsant de ne pas expulser un étranger vers un État où il existe des motifs sérieux de croire qu'il risque d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁷¹, est inspirée de celle de l'article 3 de la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁷². Le projet d'article 24 élargit toutefois le champ de la protection offerte par cette disposition conventionnelle, car l'obligation de non-expulsion qui est énoncée dans le projet d'article couvre non seulement la torture, mais également les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cet élargissement de la portée de l'interdiction prend notamment en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷³. Une recommandation du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale va dans le même sens¹⁷⁴.

¹⁷¹ Voir, concernant cette obligation, le cinquième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/611, par. 73 à 120, ainsi que l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 540 à 573.

¹⁷² Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, New York, 10 décembre 1984, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, n° 24841, p. 113. L'article 3 de cette convention a la teneur suivante:

«1. Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.

2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives».

¹⁷³ Voir notamment l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 15 novembre 1996, requête n° 22414/93, par. 72 à 107. Au paragraphe 80, la Cour affirme: «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 État, la responsabilité de l'État contractant – la protéger de tels traitements – 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. La protection assurée par l'article 3 est donc plus large que celle prévue aux articles 32 et 33 de la Convention des Nations Unies de 1951 relative au statut des réfugiés...». Voir aussi l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 565 à 571.

¹⁷⁴ Voir la recommandation du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale aux États parties à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 21 décembre 1965, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, n° 9464, p. 212) «[de] veiller à ce que les non-ressortissants ne soient pas renvoyés ou rapatriés dans un pays ou un territoire où ils risquent d'être soumis à des violations graves des droits de l'homme, notamment à la torture et à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants...»; Recommandation générale n° 30: La discrimination à l'encontre des non-ressortissants, soixante-quatrième session, 23 février-12 mars 2004, CERD/C/64/Misc.11/Rev.3, par. 27.

2) Concernant la détermination de l'existence de «motifs sérieux» au sens du projet d'article 24, il convient de rappeler la teneur du paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui exige la prise en compte, par les autorités compétentes, «...de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives». Cette disposition a été interprétée à maintes reprises par le Comité contre la torture créé en application de la Convention, lequel a examiné un certain nombre de communications alléguant que l'expulsion d'étrangers vers des États donnés était contraire à l'article 3¹⁷⁵.

3) Le Comité contre la torture a adopté des directives en ce qui concerne l'article 3 dans son Observation générale n° 1¹⁷⁶. Ces directives indiquent les éléments qui peuvent être pris en considération pour déterminer si l'expulsion d'un étranger vers un État donné est compatible avec l'article 3:

«Les éléments suivants, qui ne constituent pas une liste exhaustive d'indicateurs applicables, seront pris en compte:

a) Y a-t-il dans l'État intéressé des preuves de l'existence d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives (voir par. 2 de l'article 3)?

b) L'auteur a-t-il été torturé ou maltraité dans le passé par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite? Dans l'affirmative, s'agit-il d'un passé récent?

c) Existe-t-il des éléments de preuve de nature médicale ou d'autres éléments de preuve de sources indépendantes à l'appui des allégations de l'auteur qui affirme avoir été torturé ou maltraité dans le passé? La torture a-t-elle laissé des séquelles?

d) La situation visée à l'alinéa *a* ci-dessus a-t-elle changé? La situation interne en ce qui concerne les droits de l'homme a-t-elle changé?

e) L'auteur s'est-il livré, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'État intéressé, à des activités politiques qui font qu'il court un risque particulier d'être soumis à la torture s'il est renvoyé, refoulé ou extradé vers l'État en question?

f) Existe-t-il des preuves de la crédibilité de l'auteur?

g) Existe-t-il des incohérences factuelles dans ce que l'auteur affirme? Si tel est le cas, ont-elles une incidence sur le fond?¹⁷⁷

Le Comité a également indiqué que les motifs sérieux de croire que l'auteur risque d'être torturé, sans pouvoir se limiter à de simples supputations ou soupçons, ne vont pas jusqu'à une probabilité élevée qu'un tel risque existe¹⁷⁸. D'autres éléments sur lesquels le

¹⁷⁵ Voir, pour une liste de communications pertinentes, l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 541.

¹⁷⁶ Comité contre la torture, Observation générale sur l'application de l'article 3 dans le contexte de l'article 22 de la Convention contre la torture (Observation générale n° 1), adoptée le 21 novembre 1997.

¹⁷⁷ Ibid., par. 8.

¹⁷⁸ Ibid., par. 6: «Étant donné que l'État partie et le Comité sont tenus de déterminer s'il y a des motifs sérieux de croire que l'auteur risque d'être soumis à la torture s'il est expulsé, refoulé ou extradé, l'existence d'un tel risque doit être appréciée selon des éléments qui ne se limitent pas à de simples supputations ou soupçons. En tout état de cause, il n'est pas nécessaire de montrer que le risque couru est hautement probable».

Comité contre la torture a fourni des clarifications importantes concernant l'existence d'un risque personnel d'être soumis à la torture¹⁷⁹; l'existence, dans ce contexte, d'un risque actuel et prévisible¹⁸⁰; la question de l'expulsion ultérieure vers un État tiers¹⁸¹; ainsi que le caractère absolu de l'interdiction¹⁸².

4) Comme pour le projet d'article 18¹⁸³, la Commission a préféré ne pas aborder dans le texte du projet d'article 24 les cas dans lesquels le risque de torture ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants émanerait de personnes ou groupes de personnes agissant à titre privé¹⁸⁴. À cet égard, il convient de rappeler que, dans son Observation générale n° 1, le Comité contre la torture s'est exprimé comme suit sur cette question:

«En application de l'article premier de la Convention, le critère énoncé au paragraphe 2 de l'article 3, à savoir l'existence "d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives", vise uniquement les violations commises par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite»¹⁸⁵.

¹⁷⁹ Ibid., par. 1: «L'article 3 s'applique uniquement dans les cas où il y a des motifs sérieux de croire que l'auteur d'une communication risque d'être soumis à la torture telle qu'elle est définie à l'article premier de la Convention». Voir aussi: Comité contre la torture, *Mutombo c. Suisse*, communication n° 13/1993, constatations adoptées le 27 avril 1994, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 44 (A/49/44)*, p. 56, par. 9.3, ainsi que d'autres décisions du Comité contre la torture mentionnées aux paragraphes 546 à 548 de l'étude précitée du Secrétariat (A/CN.4/565).

¹⁸⁰ Voir les décisions du Comité contre la torture mentionnées aux paragraphes 549 à 555 de l'étude précitée du Secrétariat (A/CN.4/565).

¹⁸¹ Voir, sur ce point, l'Observation générale n° 1 précitée du Comité contre la torture, par. 2: «Le Comité est d'avis qu'à l'article 3 l'expression "autre État" désigne l'État vers lequel la personne concernée va être expulsée, refoulée ou extradée aussi bien que tout État vers lequel l'auteur peut être expulsé, refoulé ou extradé ultérieurement.», ainsi que d'autres décisions du Comité contre la torture mentionnées aux paragraphes 560 et 561 de l'étude précitée du Secrétariat (A/CN.4/565).

¹⁸² Voir les décisions du Comité contre la torture mentionnées aux paragraphes 562 à 564 de l'étude précitée du Secrétariat (A/CN.4/565).

¹⁸³ Voir, ci-dessus, le paragraphe 3) du commentaire du projet d'article 18.

¹⁸⁴ Voir toutefois le texte du projet d'article 15 révisé (A/CN.4/617), que le Rapporteur spécial avait présenté à la Commission à la suite des débats et dont le paragraphe 2 contenait le membre de phrase additionnel «et que les autorités de l'État de destination ne sont pas en mesure d'y obvier par une protection appropriée», afin de rester fidèle à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *H. L. R. c. France*, citée ci-dessus.

¹⁸⁵ Comité contre la torture, Observation générale sur l'application de l'article 3 dans le contexte de l'article 22 de la Convention contre la torture (Observation générale n° 1), adoptée le 21 novembre 1997, par. 3. Voir aussi: Comité contre la torture, communication n° 258/2004, *Mostafa Dadar c. Canada*, décision du 23 novembre 2005, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 44 (A/61/44)*, p. 263, par. 8.4; communication n° 177/2001, *H. M. H. I. c. Australie*, décision du 1^{er} mai 2002, *ibid.*, *cinquante-septième session, Supplément n° 44 (A/57/44)*, p. 178 et 179, par. 6.4; et communication n° 191/2001, *S.S. c. Pays-Bas*, décision du 5 mai 2003, *ibid.*, *cinquante-huitième session, Supplément n° 44 (A/58/44)*, p. 124, par. 6.4: «Le Comité note que la question de savoir si l'État partie a l'obligation de ne pas expulser une personne qui risquerait de se voir infliger des souffrances ou des douleurs par une entité non gouvernementale sans le consentement exprès ou tacite du Gouvernement n'entre pas dans le champ d'application de l'article 3 de la Convention, à moins que l'entité non gouvernementale occupe le territoire vers lequel le requérant serait renvoyé et exerce une autorité quasi gouvernementale sur ce territoire». Voir également: communication n° 237/2003, *M. C. M. V. F. c. Suède*, décision du 14 novembre 2005, *ibid.*, *soixante et unième session, Supplément n° 44 (A/61/44)*, p. 215:

Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme a déduit du caractère absolu de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme que cette disposition trouvait aussi à s'appliquer lorsque le danger émane non pas de l'État de destination lui-même mais de «personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique», à condition que les autorités de l'État de destination ne soient pas en mesure d'offrir une protection appropriée à l'intéressé.

«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. Encore faut-il démontrer que le risque existe réellement et que les autorités de l'État de destination ne sont pas en mesure d'y obvier par une protection appropriée»¹⁸⁶.

«[...] Le Comité n'est pas convaincu que les agressions qui ont visé la requérante en 2000 et 2003 aient eu un lien quelconque avec ses activités politiques ou avec celles de son mari et considère que la requérante n'a pas suffisamment démontré que ces incidents soient imputables à des agents de l'État ou à des groupes agissant pour le compte d'agents de l'État ou sous leur contrôle effectif.» Ibid., par. 6.4;

ainsi que communication n° 120/1998, *Sadiq Shek Elmi c. Australie*, constatations adoptées le 14 mai 1999, ibid., cinquante-quatrième session, Supplément n° 44 (A/54/44), p. 132 et 133, par. 6.5 à 6.8:

«Le Comité ne partage pas l'opinion de l'État partie selon laquelle la Convention n'est pas applicable dans la présente affaire étant donné que les actes de torture auxquels l'auteur craint d'être soumis en Somalie ne relèvent pas de la définition de la torture figurant à l'article premier (à savoir une douleur ou des souffrances infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite, en l'espèce à des fins de discrimination). Le Comité note que depuis un certain nombre d'années la Somalie n'a pas de gouvernement central, que la communauté internationale négocie avec les factions en guerre et que certaines des factions opérant à Mogadishu ont mis en place des institutions quasi gouvernementales et négocient l'établissement d'une administration commune. Il s'ensuit donc que, de facto, ces factions exercent certains pouvoirs qui sont comparables à ceux qu'exerce normalement un gouvernement légitime. En conséquence, on peut considérer qu'aux fins de l'application de la Convention, les membres de ces factions relèvent de la désignation "agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel" qui figure à l'article premier.

L'État partie ne conteste pas le fait que des violations graves, flagrantes ou massives des droits de l'homme ont été commises en Somalie. De surcroît, l'Experte indépendante sur la situation des droits de l'homme en Somalie, nommée par la Commission des droits de l'homme, a exposé dans son rapport la gravité de ces violations, la situation de chaos qui règne dans le pays, l'importance de l'identité clanique et la vulnérabilité des petits clans non armés comme le clan des Shikal, auquel l'auteur appartient.

Le Comité note en outre, en se fondant sur les informations dont il dispose, que la région de Mogadishu où résident la plupart des Shikal et où l'auteur est susceptible de résider s'il arrive jamais à Mogadishu, est sous le contrôle effectif du clan Hawiye, qui a mis en place des institutions quasi gouvernementales et assure un certain nombre de services publics. Qui plus est, selon des sources dignes de foi, il n'existe pas d'accord de protection, officiel ou informel, entre les clans Hawiye et Shikal et les Shikal restent à la merci des factions armées.

Par ailleurs, le Comité estime que deux éléments viennent étayer l'argument de l'auteur selon lequel il est particulièrement exposé au genre de traitement visé à l'article premier de la Convention. Premièrement, l'État partie n'a pas nié la véracité des assertions de l'auteur selon lesquelles, dans le passé, sa famille avait été particulièrement en butte à l'hostilité du clan Hawiye: son père et son frère avaient été exécutés, sa sœur violée et le reste de la famille contraint à s'enfuir et à se déplacer constamment d'un endroit à l'autre du pays pour se cacher. Deuxièmement, son cas ayant reçu une grande publicité, si l'auteur était renvoyé en Somalie, il risquerait d'être accusé de ternir la réputation des Hawiye».

¹⁸⁶ Affaire *H. L. R. c. France*, arrêt (au principal), 29 avril 1997, requête n° 24573/94, par. 40.

Chapitre IV

Protection dans l'État de transit

Article 25

Protection dans l'État de transit des droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion

L'État de transit protège les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion, conformément à ses obligations en vertu du droit international.

Commentaire

L'exécution d'une décision d'expulsion implique souvent le transit de l'étranger par un ou plusieurs États avant son arrivée dans l'État de destination¹⁸⁷. Dans le projet d'article 25, la Commission a ainsi jugé essentiel de rappeler l'obligation de l'État de transit de protéger les droits de l'homme de l'étranger objet de l'expulsion, conformément à ses obligations en vertu du droit international. La formulation retenue indique clairement que l'État de transit n'est tenu qu'au respect de ses propres obligations, découlant de conventions internationales auxquelles il est partie ou de règles de droit international général, et non pas d'obligations qui, par hypothèse, ne lieraient que l'État expulsant.

Quatrième partie

Règles spécifiques de procédure

Article 26

Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion

1. L'étranger objet de l'expulsion jouit des droits procéduraux suivants:
 - a) le droit à la notification de la décision d'expulsion;
 - b) le droit de contester la décision d'expulsion;
 - c) le droit d'être entendu par une autorité compétente;
 - d) le droit d'accès à des recours efficaces pour contester la décision d'expulsion;
 - e) le droit de se faire représenter devant l'autorité compétente;
 - f) le droit à se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée par l'autorité compétente.
2. Les droits énumérés au paragraphe 1 sont sans préjudice d'autres droits ou garanties procéduraux prévus par le droit.
3. L'étranger objet de l'expulsion a le droit de demander l'assistance consulaire. L'État expulsant ne doit pas empêcher l'exercice de ce droit ou de l'assistance consulaire.
4. Les droits procéduraux prévus dans cet article sont sans préjudice de l'application de toute législation de l'État expulsant concernant l'expulsion d'étrangers qui se trouvent illégalement sur son territoire depuis moins de six mois.

¹⁸⁷ Concernant l'État de transit, voir les développements figurant dans l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.2, par. 117 et 118.

Commentaire

1) Le projet d'article 26 énonce, en son paragraphe 1, une liste de droits procéduraux dont doit bénéficier tout étranger faisant l'objet d'une expulsion, indépendamment du caractère légal ou non de sa présence sur le territoire de l'État expulsant, sous la seule réserve – visée au paragraphe 4 du projet d'article – des étrangers qui se trouvent illégalement sur le territoire de cet État depuis moins de six mois.

2) Le paragraphe 1 a) énonce le droit à la notification de la décision d'expulsion. Il s'agit d'une garantie essentielle dont le respect par l'État expulsant constitue une *conditio sine qua non* de l'exercice par l'étranger objet de l'expulsion de l'ensemble de ses droits procéduraux. Cette condition a reçu une consécration explicite au paragraphe 3 de l'article 22 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990, qui énonce que la décision d'expulsion «doit être notifiée aux intéressés dans une langue qu'ils comprennent». Déjà en 1892, l'Institut de droit international a considéré que «[l]'acte ordonnant l'expulsion est notifié à l'expulsé [...]»¹⁸⁸ et en outre que, «si l'expulsé a la faculté de recourir à une haute cour judiciaire ou administrative, il doit être informé, par l'acte même, et de cette circonstance et du délai à observer»¹⁸⁹. On notera également que l'obligation de notifier la décision d'expulsion à l'étranger concerné est consacrée par la législation de plusieurs États¹⁹⁰.

3) Le paragraphe 1 b) énonce le droit de contester la décision d'expulsion, qui est bien établi en droit international. Au niveau universel, l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaît à l'individu sous le coup d'une expulsion, «à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent», le droit de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion. Il dispose: «Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie au présent Pacte [...], à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, [...] doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion [...]»¹⁹¹ (italiques ajoutées). L'article 7 de la *Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent*, annexée à la résolution 40/144 de l'Assemblée générale du 13 décembre 1985, consacre la même garantie: «Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État [...] à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent [...] doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion [...]». Au niveau régional, la lettre a) du paragraphe 1 de l'article 1 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme dispose qu'un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État et objet d'une mesure d'expulsion doit pouvoir «faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion [...]». Le paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention européenne d'établissement offre la même garantie en disposant que ceux d'entre les ressortissants des Parties contractantes «qui résident régulièrement depuis plus de deux ans sur le territoire de l'une des Parties contractantes ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'expulsion qu'après avoir été admis, à moins de motifs impérieux touchant à la sécurité d'État, à faire valoir les raisons qu'ils peuvent invoquer

¹⁸⁸ Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, adoptées le 9 septembre 1892 à la session de Genève de l'Institut de droit international, art. 30.

¹⁸⁹ Ibid., art. 31.

¹⁹⁰ Voir l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 649.

¹⁹¹ Voir Comité des droits de l'homme, communication n° 193/1985, *Pierre Giry c. République dominicaine*, constatations adoptées le 20 juillet 1990, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 40 (A/45/40)*, vol. II, p. 46, par. 5.5: le Comité a constaté que la République dominicaine avait violé l'article 13 du Pacte en ne prenant pas sa décision «conformément à la loi» et en ne donnant pas non plus à l'intéressé la possibilité de faire valoir les raisons qui militaient contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente.

contre leur expulsion [...]». Enfin, le droit de l'étranger de contester son expulsion est également consacré par les législations internes¹⁹².

4) La Commission est d'avis que le droit d'être entendu par une autorité compétente, qui est énoncé au paragraphe 1 c), est essentiel à l'exercice du droit de contester la décision d'expulsion qui fait l'objet du paragraphe 1 b). Bien que l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'accorde pas expressément à l'étranger le droit d'être entendu, le Comité des droits de l'homme a estimé que l'idée qu'une décision d'expulsion puisse être prise sans que l'étranger ait eu la possibilité d'être entendu pouvait soulever des questions au titre de l'article 13 du Pacte:

«Le Comité s'inquiète aussi du fait que l'Office de l'immigration et le Comité de recours pour les étrangers puissent, dans certains cas, abandonner leur compétence juridictionnelle au Gouvernement, avec pour résultat des décisions d'expulsion ou de rejet de demandes d'immigration ou d'asile prises sans que les intéressés aient pu se faire dûment entendre. De l'avis du Comité, cette pratique peut, dans certaines circonstances, soulever des questions au titre de l'article 13 du Pacte»¹⁹³.

Les législations nationales de plusieurs États accordent à l'étranger le droit d'être entendu à l'occasion d'une procédure d'expulsion, et il en va de même de plusieurs juridictions nationales¹⁹⁴. Au vu des divergences qui existent dans la pratique étatique en la matière, on ne saurait prétendre que le droit international reconnaisse à l'étranger faisant l'objet d'une expulsion le droit d'être auditionné en personne par l'autorité compétente. Ce qui est exigé, c'est que l'étranger se voie reconnaître la faculté de s'expliquer et de faire valoir ses propres raisons devant l'autorité compétente. Au vu des circonstances, une procédure écrite peut s'avérer suffisante au regard du droit international. Commentant certaines décisions du Comité des droits de l'homme portant sur des affaires relatives aux articles 13 et 14 du Pacte, un auteur a écrit: «Quand bien même il serait bon, en règle générale, de faire valoir en audience les raisons qui plaident contre une expulsion imminente, l'article 13, contrairement à l'alinéa *d* du paragraphe 3 de l'article 14, ne consacre pas le droit de l'étranger de comparaître en personne...»¹⁹⁵. (trad.)

5) Le paragraphe 1 d) énonce le droit d'accès à des recours efficaces pour contester la décision d'expulsion. L'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques donne à l'étranger se trouvant légalement dans l'État expulsant un droit de recours contre l'expulsion, sans pour autant préciser le type d'organe qui doit examiner le recours:

«Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État 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 examiner son cas par

¹⁹² Voir l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 618.

¹⁹³ Observations finales du Comité des droits de l'homme: Suède, 1^{er} novembre 1995, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 40 (A/51/40)*, vol. 1, par. 88.

¹⁹⁴ Voir l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 621 et 622.

¹⁹⁵ Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, 2^e éd. révisée, Kehl, N. P. Engel, 2005, p. 297 (citant les communications n° 173/1984 *M. F. c. Pays-Bas*, par. 4; n° 236/1987 *V. M. R. B. c. Canada*; n° 155/1983 *Hammel c. Madagascar*, par. 19.2 et 20; et n° 193/1985 *Pierre Giry c. République dominicaine*, par. 5.5 et 6).

*l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin*¹⁹⁶ (italiques ajoutées).

Le Comité des droits de l'homme a rappelé que le droit de recours et les autres garanties visées à l'article 13 ne pouvaient être supprimés que si «des raisons impérieuses de sécurité nationale» l'exigeaient. Il a aussi souligné que le recours ouvert à l'étranger expulsé devait être effectif:

«L'étranger doit recevoir tous les moyens d'exercer son recours contre l'expulsion, de manière à être en toutes circonstances à même d'exercer effectivement son droit. Les principes énoncés par l'article 13 au sujet du recours contre la décision d'expulsion ou du droit à un nouvel examen par une autorité compétente ne peuvent souffrir d'exception que si "des raisons impérieuses de sécurité nationale" l'exigent¹⁹⁷.

Le Comité des droits de l'homme a également estimé qu'une réclamation auprès des missions diplomatiques et consulaires de l'État expulsant ne constituait pas une solution satisfaisante au regard de l'article 13 du Pacte:

«De l'avis du Comité, le pouvoir discrétionnaire dont dispose le Ministre de l'intérieur d'ordonner l'expulsion de tout étranger, sans garanties, si la sécurité et l'intérêt public l'exigent, soulève des problèmes au regard de l'article 13 du Pacte, en particulier dans les cas où l'étranger est entré légalement en territoire syrien et a obtenu un permis de résidence. La possibilité pour l'étranger expulsé de déposer une réclamation auprès des missions diplomatiques et consulaires syriennes à l'étranger ne constitue pas une solution satisfaisante au regard du Pacte¹⁹⁸».

L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme consacre le droit à un recours effectif contre la violation de tout droit ou de toute liberté visés par la Convention, et notamment en cas d'expulsion¹⁹⁹:

«Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance

¹⁹⁶ Comité des droits de l'homme, communication n° 193/1985, *Pierre Giry c. République dominicaine*, constatations adoptées le 20 juillet 1990, par. 5.5 (le Comité a estimé que la République dominicaine avait violé l'article 13 du Pacte en omettant de donner à l'intéressé la possibilité de faire examiner son cas par une autorité compétente).

¹⁹⁷ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 15: Situation des étrangers au regard du Pacte, 11 avril 1986, par. 10. Dans l'affaire *Eric Hammel c. Madagascar* (communication n° 155/1983, constatations adoptées le 3 avril 1987, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 40 (A/42/40)*, par. 19.2, p. 141), le Comité a estimé que le requérant n'avait pas pu exercer un recours effectif contre son expulsion. Voir également l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 30 novembre 2010, *C.I.J., Recueil 2010*, par. 74.

¹⁹⁸ Observations finales du Comité des droits de l'homme: République arabe syrienne, 5 avril 2001, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 40 (A/56/40)*, vol. I, par. 82 (22), p. 78.

¹⁹⁹ En revanche, l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en cas d'expulsion est moins claire: «Lorsqu'aucun droit énoncé par la Convention n'entre en ligne de compte, seules s'appliquent les garanties de procédure qui concernent les recours en général. Encore que l'article 6 ne parle que de recours concernant les "droits et obligations de caractère civil" et les "accusations en matière pénale", la Cour a estimé que cette disposition comprenait aussi les sanctions disciplinaires. Des mesures telles que l'expulsion, qui affectent grandement les personnes, devraient aussi être considérées comme incluses.» Giorgio Gaja, «Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999, p. 309 et 310.

nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles».

Se prononçant sur une réclamation concernant un cas d'expulsion fondée sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme a dit ce qui suit, à propos du recours visé à l'article 13:

«En pareil cas, vu le caractère irréversible du dommage pouvant se produire si le risque de mauvais traitements se concrétisait et vu l'importance que la Cour attache à l'article 3, 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. Cet examen ne doit pas tenir compte de ce que l'intéressé a pu faire pour justifier une expulsion ni de la menace à la sécurité nationale éventuellement perçue par l'État qui expulse»²⁰⁰.

L'article 1 du Protocole additionnel n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales accorde à l'étranger expulsé le droit de faire examiner son cas par une autorité compétente:

«Article 1 – Garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers

1. Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir:

[...]

b. Faire examiner son cas, et

[...]

2. 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».

De même, en son article 3, paragraphe 2, la Convention européenne d'établissement dispose ce qui suit:

«Les ressortissants des Parties contractantes résidant régulièrement depuis plus de deux ans sur le territoire des autres Parties ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'expulsion qu'après avoir été admis, à moins de motifs impérieux touchant à la sécurité de l'État, à faire valoir les raisons qu'ils peuvent invoquer contre leur expulsion, à *présenter un recours à cet effet et à se faire représenter devant une autorité compétente ou devant une ou plusieurs personnes spécialement désignées par l'autorité compétente*» (italiques ajoutées).

L'article 83 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, l'article 32, paragraphe 2, de la Convention relative au statut des réfugiés, l'article 31, paragraphe 2, de la Convention relative au statut des apatrides, l'article 9, paragraphe 5, de la Convention européenne relative au statut juridique des travailleurs migrants²⁰¹ et l'article 26, paragraphe 2, de la Charte arabe des droits de l'homme exigent aussi que la décision d'expulsion soit assortie d'une possibilité de recours. Ce droit de recours a également été consacré par l'Assemblée générale, en des termes identiques à ceux de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'article 7 de la *Déclaration sur les droits de l'homme des*

²⁰⁰ Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 15 novembre 1996, requête n° 22414/93, par. 151.

²⁰¹ Convention européenne relative au statut juridique des travailleurs migrants, Strasbourg, 24 novembre 1977, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1496, n° 25700, p. 3.

personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent, annexée à sa résolution 40/144:

«Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État 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*» (italiques ajoutées).

Dans sa Recommandation générale n° 30, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a souligné la nécessité d'un recours effectif en cas d'expulsion et recommandé aux États parties à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de:

«Veiller à ce que [...] les non-ressortissants aient un accès égal à des recours efficaces, notamment le droit de contester une mesure d'expulsion, et qu'ils soient autorisés à utiliser ces recours effectivement»²⁰².

Évoquant le cas des immigrants en situation irrégulière, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a également souligné qu'il convenait de ménager un recours à l'étranger expulsé:

«La Commission n'entend pas remettre en cause et ne remet pas en cause le droit dont dispose tout État d'intenter une action judiciaire contre des immigrants irréguliers et de les reconduire dans leurs pays d'origine, si les juridictions compétentes en décident ainsi. Elle trouve cependant inadmissible, parce que contraire à l'esprit et à la lettre de la Charte et au droit international, le fait de déporter des individus sans leur donner la possibilité de faire entendre leur cause par les instances nationales habilitées à le faire»²⁰³.

De même, dans une autre affaire, la Commission a estimé que la Zambie avait violé la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples pour avoir privé une personne de la possibilité de contester un arrêté d'expulsion:

«36. La Zambie a violé l'article 7 de la Charte en refusant au requérant la possibilité de poursuivre les procédures administratives qui étaient à sa disposition en vertu de la loi sur la nationalité. [...] En tout état de cause, la résidence et le statut de Banda en Zambie avaient été acceptés. Il avait apporté une contribution à la politique du pays. Les dispositions de l'article 12 4) ont été violées.

[...]

38. La situation de John Chinula est même pire. Il n'a eu aucune possibilité de contester l'ordre d'expulsion. Le Gouvernement ne peut dire en aucun cas que Chinula était entré dans la clandestinité en 1974 après l'expiration de son permis de séjour. Sans nul doute, Chinula était un éminent homme d'affaires et un politicien. Si le Gouvernement voulait poser un acte contre lui, il aurait pu le faire. Le fait que

²⁰² Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Recommandation générale n° 30, par. 25. Voir aussi les observations finales du Comité concernant la France, 1^{er} mars 1994, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 18 (A/49/18)*, par. 144 (consacrant le droit d'appel).

²⁰³ Communication n° 159/96, *Union interafricaine des droits de l'homme, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, Rencontre africaine des droits de l'homme, Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal et Association malienne des droits de l'homme c. Angola*, Onzième rapport annuel d'activités, 1997-1998, par. 20.

cela n'ait pas eu lieu ne justifie pas le caractère arbitraire de son arrestation et de sa déportation le 31 août 1994. Il avait aussi le droit d'avoir sa cause entendue par les juridictions zambiennes. La Zambie a ainsi violé l'article 7 de la Charte.

[...]

52. L'article 7, paragraphe 1, dispose que:

“Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue...

a) Le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis...”

53. En refusant à M. Chinula la possibilité d'interjeter appel contre l'ordre de son expulsion, le Gouvernement zambien l'a privé du droit à ce que sa cause soit entendue, en violation de toutes les lois zambiennes et des normes internationales des droits de l'homme²⁰⁴.

6) Le paragraphe 1 e), dont la teneur est basée sur celle de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, énonce le droit de l'étranger objet de l'expulsion de se faire représenter devant l'autorité compétente. La Commission est d'avis qu'au regard du droit international, ce droit ne comporte pas nécessairement, dans le contexte d'une procédure d'expulsion, le droit de se faire représenter par un avocat.

7) La Commission estime que le droit de l'étranger à se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée par l'autorité compétente, énoncé au paragraphe 1 f) et reconnu dans la législation de plusieurs États²⁰⁵, est une composante essentielle du droit d'être entendu qui est reconnu au paragraphe 1 c). Il revêt également une pertinence certaine en relation avec le droit à la notification de la décision d'expulsion et le droit de contester cette décision, auxquels se réfèrent les paragraphes 1 a) et 1 b) du présent projet d'article. On notera à cet égard les préoccupations exprimées par le Comité des droits de l'enfant à l'égard «de mauvais traitements d'enfants par la police au cours d'expulsions forcées vers le pays d'origine, les victimes étant parfois expulsées sans avoir eu accès à [...] des services d'interprétation»²⁰⁶. La Commission estime que la gratuité de l'interprétation est nécessaire pour assurer l'exercice effectif, par l'étranger en question, de l'ensemble de ses droits procéduraux. Dans ce contexte, il incombe à l'étranger d'indiquer aux autorités compétentes la langue ou les langues qu'il est en mesure de comprendre. Cela étant, la Commission considère que le droit à se faire assister gratuitement d'un interprète ne saurait être interprété comme incluant le droit à obtenir la traduction de documents potentiellement volumineux, ni l'interprétation dans une langue qui n'est pas d'usage courant dans la région où se situe l'État ou au niveau international, pour autant que cela ne porte pas atteinte à l'équité de la procédure. La formulation du paragraphe 1 f) est calquée sur l'article 14, paragraphe 1 f), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui énonce le droit en question dans le contexte d'une procédure pénale.

8) La Commission est d'avis que le respect des droits procéduraux énoncés au paragraphe 1 du projet d'article 26 incombe à l'État expulsant en vertu du droit international général. Cela étant, le paragraphe 2 indique que la liste de droits procéduraux figurant au paragraphe 1 est sans préjudice d'autres droits ou garanties procéduraux prévus par le droit. Il s'agit, d'abord, de droits ou garanties qui seraient reconnus à l'étranger par la

²⁰⁴ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication n° 212/98, *Amnesty International c. Zambie*, Douzième rapport annuel d'activités, 1998-1999.

²⁰⁵ Voir l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 645.

²⁰⁶ Observations finales du Comité des droits de l'enfant: Espagne, 7 juin 2002, CRC/C/15/Add.185, par. 45 a).

législation de l'État expulsant (par exemple, un éventuel droit à l'aide juridictionnelle²⁰⁷) et que cet État serait ainsi tenu de respecter en vertu de son obligation, découlant d'une règle de droit international, de se conformer à la loi dans toute la procédure d'expulsion²⁰⁸. En outre, le paragraphe 2 doit se lire comme préservant également tout autre droit procédural qui serait garanti à l'étranger objet de l'expulsion en vertu d'une règle de droit international, notamment conventionnelle, liant l'État expulsant.

9) Le paragraphe 3 du projet d'article 26 traite de l'assistance consulaire, qui est appelée à remplir une fonction de garantie du respect des droits de l'étranger objet de l'expulsion. Ce paragraphe se réfère au droit de l'étranger de *demandeur* l'assistance consulaire, ce qui n'équivaut pas à un droit à l'obtention de cette assistance. En effet, au regard du droit international, l'État de nationalité de l'étranger reste libre de décider s'il entend ou non fournir à celui-ci une assistance, et le projet d'article n'aborde pas la question de l'éventuelle existence d'un droit à l'assistance consulaire en vertu du droit interne de cet État. En même temps, l'État expulsant est tenu, en vertu du droit international, de ne pas empêcher l'exercice par l'étranger de son droit de demander l'assistance consulaire, et de ne pas empêcher non plus, le cas échéant, l'octroi de cette assistance par l'État d'envoi. Le droit d'un étranger faisant l'objet d'une expulsion de demander l'assistance consulaire est également consacré de manière expresse dans certaines législations nationales²⁰⁹.

10) L'assistance consulaire à laquelle il est fait référence au paragraphe 3 du projet d'article 26 couvre les diverses formes d'assistance que l'étranger objet de l'expulsion pourrait recevoir de son État national dans le respect des règles de droit international en matière de relations consulaires qui sont reflétées, pour l'essentiel, dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963²¹⁰. C'est à la lumière de ces règles que doivent être appréciés, à la fois, le droit de l'étranger concerné de demander l'assistance consulaire et les obligations qui incombent à l'État expulsant dans le présent contexte. Il convient de mentionner tout particulièrement l'article 5 de cette convention, qui contient une énumération des fonctions consulaires, ainsi que son article 36 qui concerne la communication entre les fonctionnaires consulaires et les ressortissants de l'État d'envoi. L'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 36 garantit cette liberté de communication en des termes très généraux, ce qui amène à considérer qu'il s'agit d'une garantie pleinement applicable dans le cadre d'une procédure d'expulsion. La même garantie est du reste énoncée en des termes tout aussi généraux à l'article 10 de la *Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent*, annexée à la résolution 40/144 de l'Assemblée générale²¹¹. L'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, qui traite du cas de l'individu incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention, énonce l'obligation de l'État de résidence d'informer le poste consulaire si l'intéressé le demande et d'informer ce dernier de ses droits à cet égard, tandis que l'alinéa *c* du paragraphe 1 consacre le droit des fonctionnaires consulaires de se rendre

²⁰⁷ Voir, à ce propos, les développements figurant dans l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/625, par. 641, et dans l'additif 1 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.1, par. 110 à 113.

²⁰⁸ Voir le projet d'article 4 ci-dessus et le commentaire y afférent.

²⁰⁹ Voir l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 631. Voir aussi l'additif 1 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.1, par. 97 à 102.

²¹⁰ Convention de Vienne sur les relations consulaires, 24 avril 1963, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, n° 8638, p. 261.

²¹¹ Cette disposition a la teneur suivante: «Tout étranger doit pouvoir à tout moment se mettre en rapport avec le consulat ou la mission diplomatique de l'État dont il possède la nationalité ou, à défaut, avec le consulat ou la mission diplomatique de tout autre État chargé de la protection des intérêts de l'État dont il possède la nationalité dans l'État où il réside».

auprès d'un ressortissant de l'État d'envoi qui a été placé en détention. Dans des contextes autres que celui de l'expulsion des étrangers, la Cour internationale de Justice avait fait application de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires dans les affaires *LaGrand* et *Avena*²¹². La Cour avait alors précisé que «[...] l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 36 énonce les obligations que l'État de résidence a vis-à-vis d'une personne détenue et de l'État d'envoi»²¹³ et que «la clarté de ces dispositions, lues dans leur contexte, ne laisse en rien à désirer»²¹⁴. La même Cour a à nouveau abordé cette question, cette fois à propos d'une détention aux fins d'expulsion, dans son arrêt du 30 novembre 2010 en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*. Confirmant sa jurisprudence dans l'affaire *Avena*²¹⁵, la Cour a rappelé qu'il revient aux autorités de l'État qui procèdent à l'arrestation

«d'informer spontanément la personne arrêtée de son droit à demander que son consulat soit averti; le fait que cette personne n'ait rien demandé de tel, non seulement ne justifie pas le non-respect de l'obligation d'informer qui est à la charge de l'État qui procède à l'arrestation, mais pourrait bien s'expliquer justement, dans certains cas, par le fait que cette personne n'a pas été informée de ses droits à cet égard [...] Par ailleurs, le fait que les autorités consulaires de l'État de nationalité de la personne arrêtée aient été informées par d'autres voies de l'arrestation de cette personne ne fait pas disparaître la violation de l'obligation d'informer celle-ci "sans retard" de ses droits, lorsque cette violation a été commise»²¹⁶.

Ayant constaté par ailleurs que la République démocratique du Congo n'avait pas apporté le «moindre élément de nature à corroborer» l'affirmation selon laquelle elle aurait informé oralement M. Diallo de ses droits, la Cour a conclu à la violation, par cet État, de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires²¹⁷.

11) Le paragraphe 4 vise le cas des étrangers qui se trouvent illégalement sur le territoire de l'État expulsant depuis moins de six mois. Il est rédigé sous la forme d'une clause «sans préjudice» qui vise à préserver, dans ce cas, l'application de toute législation de l'État expulsant concernant l'expulsion de ces personnes. Bien que certains membres aient estimé qu'il existe un noyau dur de droits procéduraux devant être reconnus sans exception à tous les étrangers, la Commission a préféré faire preuve de réalisme en la matière. Elle ne saurait ignorer, en effet, que plusieurs législations nationales prévoient des procédures simplifiées pour l'expulsion d'étrangers dont la présence sur leur territoire est illégale. Dans le cadre de ces procédures, l'étranger en question ne bénéficie souvent pas du droit de contester son expulsion, ni *a fortiori* des droits procéduraux, mentionnés au paragraphe 1, qui visent à rendre effectif l'exercice de ce droit. Cela étant, au titre du développement progressif du droit international, la Commission a considéré qu'il convenait de reconnaître les droits procéduraux énoncés au paragraphe 1 même à des étrangers se trouvant illégalement sur le territoire de l'État expulsant, pourvu que cette présence ait atteint une durée minimale. S'inspirant également de l'analyse de certaines législations nationales²¹⁸, la Commission a jugé raisonnable de fixer cette durée à six mois. Certains membres estimaient que d'autres

²¹² Affaire *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 2001, *C.I.J. Recueil 2001*, par. 64 à 91; affaire *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 31 mars 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, par. 49 à 114.

²¹³ Affaire *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 2001, *C.I.J. Recueil 2001*, par. 77.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, par. 76.

²¹⁶ Arrêt du 30 novembre 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, par. 95.

²¹⁷ *Ibid.*, par. 96 et 97.

²¹⁸ Voir, à ce sujet, les développements figurant dans l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.2, par. 17 à 40.

facteurs que la durée de la présence illégale de l'étranger sur le territoire de l'État expulsant mériteraient d'être pris en compte aux fins de la détermination des droits procéduraux dont cet étranger devrait jouir dans le cadre d'une procédure d'expulsion. On s'est référé, dans ce contexte, au niveau d'intégration (sociale, professionnelle, économique ou familiale) de l'étranger en question. La Commission considère toutefois que l'appréciation et la mise en œuvre de tels critères présenteraient des difficultés, ce d'autant plus qu'il n'existe pas, à cet égard, de convergence dans les pratiques nationales.

Article 27

Effet suspensif du recours contre la décision d'expulsion

Le recours formé par un étranger objet d'une expulsion, se trouvant légalement sur le territoire de l'État expulsant, contre une décision d'expulsion a un effet suspensif de ladite décision.

Commentaire

1) Le projet d'article 27, qui reconnaît un effet suspensif au recours formé contre une décision d'expulsion par un étranger se trouvant légalement sur le territoire de l'État expulsant, relève du développement progressif du droit international. La Commission considère, en effet, que la pratique des États en la matière n'est pas suffisamment uniforme et convergente pour fonder l'existence, dans le droit existant, d'une règle de droit international général prévoyant l'effet suspensif du recours contre une décision d'expulsion²¹⁹.

2) La Commission a malgré tout estimé que la reconnaissance, dans le projet d'articles, d'un tel effet suspensif semble justifiée. Parmi les raisons qui militent en faveur de l'effet suspensif figure sans doute le fait que souvent, à défaut de suspendre l'exécution de la décision d'expulsion, un recours ne serait guère effectif au vu des obstacles potentiels au retour auxquels pourrait être confronté, notamment sur le plan économique, un étranger ayant dû quitter entre-temps le territoire de l'État expulsant suite à une décision d'expulsion dont le caractère illicite ne serait constaté qu'après son départ.

3) Selon un point de vue exprimé au sein de la Commission, la reconnaissance de l'effet suspensif du recours contre une décision d'expulsion relèverait déjà du droit positif lorsque l'étranger peut raisonnablement invoquer, dans le cadre de ce recours, un risque pour sa vie ou sa liberté dans l'État de destination²²⁰ ou le risque d'y être soumis à de mauvais traitements²²¹. En outre, certains membres eussent préféré que la Commission reconnaisse, dans une perspective de développement progressif, l'effet suspensif non seulement d'un recours formé par un étranger légalement présent sur le territoire de l'État expulsant, mais également d'un recours formé par certaines catégories d'étrangers qui, bien qu'illégalement présents sur ce territoire, y auraient séjourné pour une certaine période ou rempliraient d'autres conditions ayant trait, notamment, à un niveau suffisant d'intégration (sociale, économique, familiale ou autre) dans l'État expulsant.

4) On notera, dans ce contexte, la position assumée par la Cour européenne des droits de l'homme à propos de l'incidence du recours sur l'exécution de la décision. Tout en reconnaissant le pouvoir discrétionnaire des États parties à cet égard, la Cour a indiqué que les mesures dont les effets pouvaient être irréversibles ne devaient pas être exécutées avant que les autorités nationales n'aient déterminé si elles sont compatibles avec la Convention.

²¹⁹ Voir également les réticences initialement exprimées par le Rapporteur spécial, dans l'additif 2 à son sixième rapport, quant à l'opportunité de formuler une règle sur l'octroi d'un effet suspensif à un recours contre une décision d'expulsion, A/CN.4/625/Add.2, par. 51 à 55.

²²⁰ Voir le projet d'article 23 ci-dessus.

²²¹ Voir le projet d'article 24 ci-dessus.

Ainsi, dans l'affaire *Čonka c. Belgique*, la Cour a-t-elle conclu qu'il y avait eu violation de l'article 13 de la Convention:

«La Cour considère 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 potentiellement irréversibles [...]. En conséquence, l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la Convention. Toutefois, les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait l'article 13»²²².

5) On peut également mentionner que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a recommandé que l'étranger expulsé du territoire d'un État membre ait droit à un recours suspensif qui serait examiné dans les trois mois à compter de la date de la décision d'expulsion:

«En ce qui concerne l'expulsion: [...] ii. toute décision d'expulser un étranger du territoire d'un État membre du Conseil de l'Europe devrait être soumise à un droit de recours suspensif; iii. en cas de recours contre l'expulsion, la procédure d'appel devrait être achevée dans les trois mois de la décision d'expulsion»²²³.

À cet égard, il est intéressant de constater que l'Assemblée parlementaire a en outre reconnu ce droit de recours à l'étranger en situation irrégulière:

«Ne renvoyer du territoire d'un État membre un étranger non titulaire d'une carte de séjour valide que pour des raisons précises autres que politiques ou confessionnelles. Accorder à l'intéressé le droit et la possibilité d'en appeler à une instance de recours indépendante avant d'être expulsé, et envisager de lui accorder, également ou à titre d'alternative, le droit de saisir un tribunal. L'informer de ses droits. Si l'affaire est portée devant un tribunal ou une haute autorité administrative, aucune expulsion ne devrait avoir lieu avant le prononcé du jugement.

N'expulser du territoire d'un État membre une personne titulaire d'une carte de séjour valide qu'en vertu d'un arrêté d'expulsion officiel, rendu par un tribunal»²²⁴.

La Commission n'est pas allée aussi loin.

Article 28

Procédures de recours individuel

L'étranger objet de l'expulsion peut utiliser toute procédure disponible de recours individuel devant une instance internationale compétente.

Commentaire

Le projet d'article 28 vise à rappeler que les étrangers qui font l'objet d'une expulsion peuvent, selon les cas, avoir accès à des procédures de recours individuel devant une instance internationale compétente. Il s'agit, pour l'essentiel, des procédures de recours

²²² Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Čonka c. Belgique*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 5 février 2002, requête n° 51564/99, par. 79.

²²³ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, recommandation 1624 (2003): Politique commune en matière de migration et d'asile, 30 septembre 2003, par. 9.

²²⁴ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, recommandation 769 (1975) sur le statut juridique des étrangers, 3 octobre 1975, par. 9 et 10.

individuel qui sont prévues par divers instruments conventionnels en matière de protection des droits de l'homme, tant au niveau universel qu'au niveau régional.

Cinquième partie **Conséquences juridiques de l'expulsion**

Article 29 **Réadmission dans l'État expulsant**

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

2. En aucun cas la décision d'expulsion illicite antérieurement adoptée ne sera invoquée pour empêcher la réadmission de l'étranger.

Commentaire

1) Le projet d'article 29 reconnaît, au titre du développement progressif et lorsque certaines conditions sont réunies, un droit à la réadmission dans l'État expulsant au profit d'un étranger ayant dû quitter le territoire de cet État à la suite d'une expulsion illicite. Bien que l'on puisse déceler la reconnaissance d'un tel droit – à des conditions variables – dans la législation de certains États²²⁵ et même au niveau international²²⁶, la pratique n'apparaît pas suffisamment convergente pour affirmer l'existence, en droit positif, d'un droit à la réadmission en tant que droit individuel de l'étranger ayant fait l'objet d'une expulsion illicite.

2) Même dans une perspective de développement progressif, la Commission a fait preuve de prudence dans la formulation d'un tel droit. En effet, le projet d'article 29 vise uniquement le cas d'un étranger qui se trouvait légalement sur le territoire de l'État en question et qui en a été expulsé d'une manière illicite, pour autant que l'illicéité de cette expulsion ait été reconnue par une autorité compétente, et sauf si l'État qui avait prononcé l'expulsion peut valablement invoquer l'une des raisons énoncées dans le projet d'article pour refuser de réadmettre l'étranger en question.

3) Le terme «illicite», qui qualifie l'expulsion dans le projet d'article, se réfère à toute expulsion en violation d'une règle de droit international. Toutefois, il doit être également compris à la lumière du principe énoncé à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et réitéré au projet d'article 4, selon lequel un étranger ne peut être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi, c'est-à-dire, en premier lieu, au droit interne de l'État expulsant.

²²⁵ Voir, à ce propos, l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625, par. 153 à 157.

²²⁶ La Commission interaméricaine des droits de l'homme a en effet reconnu l'existence de ce droit dans un cas d'expulsion arbitraire d'un prêtre étranger. La Commission a décidé:

«[d]e recommander au Gouvernement du Guatemala: a) d'autoriser le père Carlos Stetter à retourner au Guatemala et à y résider s'il le souhaite; b) d'enquêter sur les actes signalés et d'en punir les auteurs; et c) d'informer la Commission, dans les 60 jours, des mesures prises pour appliquer les présentes recommandations»; Résolution 30/81 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, affaire 7378 (Guatemala), 25 juin 1981, *Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme 1980-1981*, OEA/Ser.L/V/II.54, document 9 rev. 1, 16 octobre 1981.

4) La reconnaissance d'un droit à la réadmission selon le projet d'article 29 est limitée aux situations dans lesquelles le caractère illicite d'une expulsion a fait l'objet d'une constatation obligatoire, que ce soit par les autorités de l'État expulsant ou par un organe international, tels une cour ou un tribunal, ayant compétence pour ce faire. Cette constatation n'a pas lieu lorsqu'une décision d'expulsion qui était illicite au moment où elle a été prise est considérée par l'autorité compétente comme ayant été rectifiée conformément à la loi. La Commission a considéré qu'il n'aurait pas été approprié de subordonner la reconnaissance de ce droit à l'annulation de la décision d'expulsion illicite, dès lors qu'une telle annulation ne peut en principe être opérée que par les autorités de l'État expulsant. En outre, la formulation de l'article 29 couvre également les situations dans lesquelles l'expulsion se serait produite sans l'adoption d'une décision formelle, c'est-à-dire au travers d'un comportement attribuable à l'État expulsant²²⁷. Cela étant, en subordonnant le droit à la réadmission à l'existence d'une constatation préalable de l'illicéité de l'expulsion par une autorité compétente, le projet d'article 29 évite de reconnaître à l'étranger, dans le présent contexte, une faculté d'auto-interprétation du caractère licite ou illicite de l'expulsion dont il a fait l'objet.

5) Le projet d'article 29 ne saurait être compris comme visant à conférer à une constatation d'un organe international des effets juridiques autres que ceux qui sont prévus dans l'instrument par lequel l'organe en question a été établi. Il reconnaît uniquement, au titre du développement progressif et sur une base indépendante, un droit à la réadmission sur le territoire de l'État expulsant dont l'existence est subordonnée, entre autres conditions, à une telle constatation préalable d'illicéité.

6) Ainsi que l'indique clairement ce projet d'article, l'État expulsant conserve le droit de refuser la réadmission de l'étranger qui avait été expulsé de manière illicite, si cette réadmission constitue une menace pour la sécurité nationale ou l'ordre public, ou si pour une autre raison l'étranger ne remplit plus les conditions d'admission d'après le droit de l'État expulsant. La Commission est d'avis qu'il est nécessaire de reconnaître de telles exceptions à la réadmission afin de préserver un juste équilibre entre les droits de l'étranger illicitement expulsé et le pouvoir de l'État expulsant de contrôler l'entrée de tout étranger sur son territoire conformément à sa législation telle qu'elle est en vigueur au moment où il doit se prononcer sur la réadmission de l'étranger en question. La dernière exception qui est énoncée dans le projet d'article 29 vise à tenir compte du fait que, dans certains cas, les circonstances ou éléments sur la base desquels un permis d'entrée ou de séjour avait été accordé à l'étranger pourraient ne plus exister. Cependant, le pouvoir de l'État d'apprécier les conditions de réadmission doit être exercé de bonne foi; ainsi, l'État expulsant ne serait pas en droit de fonder un refus de réadmission sur des dispositions de sa législation qui considéreraient la seule existence d'une décision d'expulsion préalablement adoptée comme un obstacle à la réadmission. Cette limitation est reflétée dans le paragraphe 2 du projet d'article 29, qui énonce que «[e]n aucun cas la décision d'expulsion illicite antérieurement adoptée ne sera invoquée pour empêcher la réadmission de l'étranger». Cette formulation est inspirée de l'article 22, paragraphe 5, de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille²²⁸.

7) Enfin, la reconnaissance d'un droit à la réadmission conformément au projet d'article 29 est sans préjudice du régime juridique de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, auquel il est fait référence au projet d'article 31. En particulier,

²²⁷ Voir, à ce propos, le projet d'article 11 ci-dessus, énonçant l'interdiction de toute forme d'expulsion déguisée.

²²⁸ Cette disposition se lit comme suit: «Si une décision d'expulsion déjà exécutée est par la suite annulée, les intéressés ont le droit de demander des réparations conformément à la loi et la décision antérieure n'est pas invoquée pour les empêcher de revenir dans l'État concerné» (italiques ajoutées).

les règles générales concernant la réparation d'un fait internationalement illicite conservent leur pertinence dans le contexte de l'expulsion des étrangers.

Article 30

Protection des biens de l'étranger objet de l'expulsion

L'État expulsant prend les mesures nécessaires pour protéger les biens de l'étranger objet de l'expulsion et lui permet, conformément à la loi, d'en disposer librement, même de l'extérieur du territoire.

Commentaire

1) Le projet d'article 30, qui concerne la protection des biens de l'étranger objet de l'expulsion²²⁹, énonce deux obligations à la charge de l'État expulsant. La première a trait à l'adoption de mesures pour protéger les biens de l'étranger en question, alors que la seconde concerne la libre disposition par celui-ci de ses biens.

2) La formulation du projet d'article 30 est suffisamment générale pour incorporer l'ensemble des garanties liées à la protection des biens d'un étranger objet d'une expulsion en vertu des instruments juridiques applicables au cas d'espèce. Il convient de rappeler que le paragraphe 2 de l'article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que «[n]ul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété». S'agissant plus spécifiquement de l'expulsion, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille stipule en son article 22 que:

«6. En cas d'expulsion, les intéressés doivent avoir une possibilité raisonnable, avant ou après leur départ, de se faire verser tous salaires ou autres prestations qui leur sont éventuellement dus et de régler toute obligation en suspens.

[...]

9. En elle-même, l'expulsion de l'État d'emploi ne porte atteinte à aucun des droits acquis, conformément à la législation de cet État, par les travailleurs migrants ou les membres de leur famille, y compris le droit de percevoir les salaires et autres prestations qui leur sont dus».

Sur le plan régional, l'article 14 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dispose que:

«Le droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité, ce, conformément aux dispositions des lois appropriées».

La Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José) dispose à l'article 21, qui porte sur le droit à la propriété, que:

«1. Toute personne a droit à l'usage et à la jouissance de ses biens. La loi peut subordonner cet usage et cette jouissance à l'intérêt social.

2. Nul ne peut être privé de ses biens, sauf sur paiement d'une juste indemnité, pour raisons d'intérêt public ou d'intérêt social, et dans les cas et selon les formes prévus par la loi.

[...]».

²²⁹ Voir, à ce sujet, l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.2, par. 125 à 150.

De même, l'article premier du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme²³⁰ dispose:

«Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes».

Enfin, l'article 31 de la Charte arabe des droits de l'homme dispose:

«Le droit à la propriété privée est garanti à chacun et il est interdit dans tous les cas de confisquer arbitrairement ou illégalement tout ou partie des biens d'une personne».

3) On peut estimer que l'obligation de protéger les biens d'un étranger objet d'une expulsion implique normalement que celui-ci se voie ménager une possibilité raisonnable de protéger les droits de propriété et autres intérêts qu'il est susceptible d'avoir dans l'État expulsant²³¹. Le refus de donner une telle possibilité à l'étranger a donné lieu à des réclamations internationales²³². Déjà en 1892, l'Institut de droit international avait adopté une résolution contenant une disposition prévoyant que les étrangers domiciliés, résidents ou ayant un établissement de commerce dans l'État expulsant devaient avoir la possibilité de liquider leur situation et leurs intérêts avant de quitter le territoire dudit État:

«L'expulsion d'étrangers domiciliés, résidents ou ayant un établissement de commerce ne doit être prononcée que de manière à ne pas trahir la confiance qu'ils ont eue dans les lois de l'État. Elle doit leur laisser la liberté d'user, soit directement, si c'est possible, soit par l'entremise de tiers par eux choisis, de toutes les voies

²³⁰ Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, Paris, 20 mars 1952, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, n° 2889, art. 1, p. 262.

²³¹ Voir, à ce propos, l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 711 à 714.

²³² Dans l'affaire *Hollander*, les États-Unis d'Amérique ont demandé réparation au Guatemala pour l'expulsion sommaire de l'un de leurs nationaux, faisant valoir que M. Hollander «... avait littéralement été jeté hors du pays laissant derrière lui femme et enfants, société, biens, en un mot tout ce qui lui était cher et dépendait de lui, [et avaient argué que] le Gouvernement guatémaltèque, quelles que soient ses lois et leurs dispositions, n'avait pas le droit en temps de paix et de tranquillité intérieure d'expulser Hollander sans lui donner de préavis ou la possibilité de prendre des dispositions vis-à-vis de sa famille et de ses affaires, sous prétexte d'une infraction qui aurait été commise plus de trois ans auparavant...»; John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States has been a Party*, vol. IV, p. 107. Voir également David John Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, p. 503, Lettre du Département d'État des États-Unis d'Amérique à un député, 15 décembre 1961, 8 Whiteman 861: «En ce qui concerne le cas du docteur Breger, expulsé de l'île de Rhodes en 1938, on peut relever qu'en vertu des principes généralement acceptés du droit international, un État peut expulser un étranger quand il le veut à condition que l'expulsion ne soit pas exécutée de façon arbitraire, notamment en employant la force lorsque cela n'était pas nécessaire pour exécuter l'ordre d'expulsion ou en maltraitant de toute autre manière l'étranger ou en refusant de lui donner une possibilité raisonnable de protéger ses biens. Au vu de la déclaration du docteur Breger, qui dit avoir été sommé par les autorités italiennes de quitter l'île de Rhodes dans les six mois, il semble douteux que la responsabilité internationale du Gouvernement italien ait pu être engagée au motif que l'intéressé ne s'est pas vu accorder un délai suffisant pour protéger ses biens».

légales pour liquider leur situation et leurs intérêts, tant actifs que passifs, sur le territoire»²³³.

Plus d'un siècle plus tard, le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis a jugé, dans l'affaire *Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, que l'expulsion était illégale si elle privait l'étranger concerné de la possibilité raisonnable de protéger ses intérêts en matière de propriété:

«L'application de cette politique pourrait de façon générale être contraire aux restrictions de forme et de fond imposées au droit d'un État d'expulser des étrangers de son territoire, comme le prévoient les dispositions du Traité d'amitié et du droit international coutumier. [...] Par exemple, ... en privant un étranger de la possibilité raisonnable de protéger ses intérêts en matière de propriété avant son expulsion»²³⁴.

De même, s'agissant plus spécialement des travailleurs migrants, le paragraphe 18 (sect. VI) de la Recommandation sur les travailleurs migrants (révisée en 1949), adoptée le 1^{er} juillet 1949 par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, est libellé comme suit:

«1) Lorsqu'un travailleur migrant a été régulièrement admis sur le territoire d'un Membre, ledit Membre devrait s'abstenir, autant que possible, d'éloigner de son territoire ce travailleur et, le cas échéant, les membres de sa famille pour des raisons tirées de l'insuffisance des ressources du travailleur ou de la situation du marché de l'emploi, à moins qu'un accord ne soit intervenu à cet effet entre les autorités compétentes des territoires d'émigration et d'immigration intéressés.

2) Un tel accord devrait prévoir:

...

c) Que le migrant devra avoir bénéficié d'un préavis comportant un délai raisonnable lui donnant notamment la possibilité de liquider ses biens;

...».

Comme on a pu le relever, de telles considérations sont prises en compte dans les lois nationales, qui peuvent notamment reconnaître à l'étranger la possibilité raisonnable de régler toute réclamation salariale ou autre créance avant son départ du pays ou préciser, le cas échéant, les mesures qui doivent être prises pour assurer la protection des biens de l'étranger pendant la détention de ce dernier dans l'attente de son expulsion²³⁵. Plus généralement, la nécessité de protéger les biens des étrangers objets d'une expulsion est également prise en compte, à des degrés variables et selon des modalités diverses, par les législations de plusieurs États²³⁶.

4) Selon le projet d'article 30, la libre disposition des biens doit être garantie à l'étranger «conformément à la loi». Cette précision ne saurait être interprétée comme autorisant l'application de lois de l'État expulsant qui auraient pour effet de nier ou de limiter arbitrairement cette libre disposition. Elle permet cependant de prendre en compte de façon suffisante l'intérêt que peut avoir l'État expulsant à limiter ou à interdire,

²³³ *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, session de Genève, 1892, résolution du 9 septembre 1892, art. 41.

²³⁴ *Rankin v. The Islamic Republic of Iran*, sentence du 3 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, p. 147, par. 30 e) (traduction française tirée de l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 712).

²³⁵ Voir l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 714.

²³⁶ Pour un aperçu, voir *ibid.*, par. 481.

conformément à sa propre législation, la libre disposition de certains biens, notamment ceux qui auraient été acquis illégalement par l'étranger en question ou qui seraient le produit d'activités criminelles ou d'autres comportements illicites. En outre, la précision selon laquelle la libre disposition des biens doit être permise à l'étranger «même de l'extérieur du territoire» vise à prendre en compte les besoins spécifiques d'un étranger qui aurait, le cas échéant, déjà quitté le territoire de l'État expulsant en raison de la décision d'expulsion le concernant. Ce dernier élément a été pris en compte par la Cour internationale de Justice dans son arrêt de 2010 en l'affaire *Diallo*, même si la Cour a finalement considéré qu'en l'occurrence les droits propres de M. Diallo en tant qu'associé n'avaient pas été violés par la République démocratique du Congo, car «il n'a[vait] pas été prouvé que M. Diallo aurait été empêché d'agir pour convoquer des assemblées générales depuis l'étranger, en qualité de gérant ou d'associé»²³⁷.

5) Il est entendu que les règles énoncées dans le projet d'article 30 sont sans préjudice du droit qui est reconnu à tout État d'exproprier ou nationaliser les biens d'un étranger, dans le respect des règles applicables du droit international.

6) La question des droits de propriété des étrangers ennemis en temps de conflit armé n'est pas spécifiquement abordée dans le projet d'article 30, le choix de la Commission étant, comme on l'a dit dans le commentaire du projet d'article 10, de ne pas traiter des aspects de l'expulsion des étrangers en temps de conflit armé. Il y a cependant lieu de relever que la question des droits de propriété en cas de conflit armé a fait l'objet de développements approfondis par la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie²³⁸.

Article 31

Responsabilité de l'État en cas d'expulsion illicite

L'expulsion d'un étranger en violation d'obligations internationales découlant du présent projet d'articles ou de toute autre règle de droit international engage la responsabilité internationale de l'État expulsant.

Commentaire

1) Il est incontesté que toute expulsion en violation d'une règle de droit international engage la responsabilité internationale de l'État expulsant pour fait internationalement illicite. À cet égard, le projet d'article 31 doit être lu conjointement avec la deuxième partie des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²³⁹. La deuxième partie définit le contenu de la responsabilité internationale d'un État, y compris dans le contexte de l'expulsion des étrangers²⁴⁰.

²³⁷ Voir *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 30 novembre 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, par. 121. Pour une analyse des aspects de l'arrêt concernant les droits de propriété, voir le septième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/642, par. 33 à 40.

²³⁸ *Sentence partielle, Mauvais traitement des populations civiles, Réclamations de l'Érythrée n^{os} 15, 16, 23 et 27 à 32*, Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie, La Haye, 17 décembre 2004, par. 124 à 129, 133, 135 et 136, 140, 142, 144 à 146, 151 et 152, ainsi que *ibid.*, *Réclamation de l'Éthiopie n^o 5*, par. 132 à 135; reproduit en version originale anglaise dans Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, p. 195 à 247 et 249 à 290. Voir, à ce sujet, l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 933 à 938.

²³⁹ Voir *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 86 à 116.

²⁴⁰ Voir le paragraphe 5 du commentaire général des articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite; *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 32.

2) Le principe fondamental de la réparation intégrale par l'État du préjudice causé par un fait internationalement illicite est posé à l'article 31 sur la responsabilité de l'État²⁴¹, tandis que l'article 34²⁴² énonce les différentes formes de réparation, à savoir la restitution (art. 35), l'indemnisation (art. 36) et la satisfaction (art. 37). La jurisprudence relative à la réparation en cas d'expulsions illicites est particulièrement abondante²⁴³.

3) La restitution, sous la forme d'un retour de l'étranger dans l'État expulsant, a parfois été choisie comme mode de réparation. À cet égard, le premier Rapporteur spécial sur la responsabilité internationale, M. García Amador, indiquait déjà que «[e]n ce qui concerne l'expulsion arbitraire, la satisfaction a consisté à rapporter la mesure incriminée et à permettre au ressortissant étranger de rentrer dans le pays»²⁴⁴. Il mentionnait, dans ce contexte, les affaires *Lampton* et *Wiltbank* (concernant deux citoyens américains expulsés du Nicaragua en 1894) et celle des quatre sujets britanniques également expulsés du Nicaragua²⁴⁵. Le droit de retour en cas d'expulsion illicite a été reconnu par la Commission interaméricaine des droits de l'homme à propos de l'expulsion arbitraire d'un prêtre étranger²⁴⁶.

4) L'indemnisation a été retenue à maintes reprises par la jurisprudence comme forme de réparation reconnue du préjudice subi par l'étranger expulsé ou l'État de sa nationalité à raison d'une expulsion illicite. Il n'est point contesté que le préjudice indemnisable couvre aussi bien les dommages matériels que le tort moral²⁴⁷. Il convient en outre de mentionner une orientation nouvelle donnée au droit à la réparation par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui a inclus la rupture du «projet de vie» dans la catégorie de préjudices subis par les victimes de violations des droits de l'homme²⁴⁸.

²⁴¹ L'article 31 se lit comme suit: «Article 31 – Réparation: 1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite. 2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État».

²⁴² L'article 34 se lit comme suit: «Article 34 – Formes de la réparation: La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre».

²⁴³ Voir l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 960 à 977, ainsi que l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.2, par. 188 à 204.

²⁴⁴ Responsabilité internationale, sixième rapport de F. V. García Amador, Rapporteur spécial (Responsabilité de l'État à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers – La réparation du dommage), *Annuaire ... 1961*, vol. II, A/CN.4/134 et additif, par. 99.

²⁴⁵ *Ibid.*, par. 99, note 159. Ces affaires sont mentionnées par John Basset Moore dans *A Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, vol. IV, 1906, p. 99 à 101. *Lampton* et *Wiltbank* avaient été expulsés par le Gouvernement nicaraguayen puis autorisés à retourner au Nicaragua à la demande des États-Unis. Quant aux quatre sujets britanniques, la Grande-Bretagne avait exigé «l'annulation inconditionnelle des arrêtés d'expulsion» et le Nicaragua avait répondu qu'«il n'y avait pas lieu de les annuler puisque toutes les personnes coupables d'avoir pris part à la rébellion de Mosquito avaient été amnistiées».

²⁴⁶ «La Commission interaméricaine des droits de l'homme décide: [...] 3. De recommander au Gouvernement du Guatemala: a) d'autoriser le père Carlos Stetter à retourner au Guatemala et à y résider s'il le souhaite; b) d'enquêter sur les actes signalés et d'en punir les auteurs; et c) d'informer la Commission, dans les soixante jours, des mesures prises pour appliquer les présentes recommandations.»; Résolution 30/81 de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, affaire 7378 (Guatemala), 25 juin 1981, *Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'homme 1980-1981*, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9, rev. 1, 16 octobre 1981.

²⁴⁷ Voir, sur cette question, l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.2, par. 191 à 193. Voir également, à ce propos, l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 19 juin 2012 en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, commenté au paragraphe 6) ci-dessous.

²⁴⁸ *Ibid.*, A/CN.4/625/Add.2, par. 194 et 195. Le Rapporteur spécial cite, à ce propos, les arrêts dans les affaires *Loayza Tamayo c. Pérou*, arrêt du 27 novembre 1998 (réparations et frais), série C, n° 42, par. 144 à 154; *Cantoral Benavides c. Pérou*, arrêt du 3 décembre 2001 (réparations et frais), série C,

Plusieurs tribunaux arbitraux ont accordé des dommages-intérêts à des étrangers victimes d'expulsions illicites. Dans l'affaire *Paquet*, l'arbitre a estimé qu'au vu du caractère arbitraire de l'expulsion, le Gouvernement vénézuélien devait verser à l'intéressé une indemnisation pour le préjudice direct qu'il avait subi:

«[...] il est d'un usage général parmi les gouvernements de fournir des explications au gouvernement de la personne expulsée, s'il en demande, et que, lorsque ces explications sont refusées, comme c'est le cas dans l'affaire qui nous occupe, l'expulsion peut être considérée comme un acte arbitraire et de nature à donner droit à une réparation, qu'en outre le cas présent est aggravé par le fait que les attributs du pouvoir exécutif, aux termes de la Constitution du Venezuela, ne lui permettent pas d'interdire l'entrée sur le territoire national ou d'en expulser les étrangers y domiciliés que le Gouvernement suspecte d'être dangereux pour l'ordre public;

Considérant, en outre, que la somme demandée ne semble pas exagérée:

Décide que la réclamation de N. A. Paquet donne droit à une indemnité de 4 500 francs»²⁴⁹.

Dans l'affaire *Oliva*, l'arbitre a également alloué des dommages-intérêts à raison de la perte résultant de la rupture d'une concession, limités toutefois aux dépenses que l'intéressé avait engagées et au temps qu'il avait consacré à obtenir le contrat²⁵⁰. Le commissaire Agnoli avait estimé que le caractère arbitraire de l'expulsion aurait à lui seul justifié une action en dommages-intérêts:

«[...] Une indemnisation d'au moins 40 000 bolívares devrait être accordée, indépendamment de toute somme qui pourrait lui être allouée à juste titre pour la rupture arbitraire du contrat susmentionné, puisqu'il ne fait aucun doute que, même s'il n'avait pas pu obtenir la concession en question, le simple fait de son expulsion arbitraire suffirait à justifier une demande d'indemnisation»²⁵¹.

Dans d'autres affaires, c'est la manière illégale dont il a été procédé à l'expulsion (et notamment la durée et les conditions de détention qui l'ont précédée) qui ont donné lieu à indemnisation. Dans l'affaire *Maal*, l'arbitre a alloué des dommages-intérêts au plaignant à cause des mauvais traitements qu'il avait subis. Les responsables de l'expulsion n'ayant pas été sanctionnés, l'arbitre a estimé que l'indemnisation devait être suffisante pour montrer que l'État en cause «reconnaissait l'outrage» subi par le plaignant:

«L'arbitre a appris que la personne d'autrui devait être considérée comme une chose sacrée, qu'on ne peut ni toucher ni même effleurer sans son consentement, que ce soit sous l'empire de la colère ou sans raison valable, car on commet alors une agression ouvrant droit à une indemnisation proportionnée à l'intention de l'agresseur, à la nature de l'agression et à la qualité humaine de la personne agressée. [...] Puisque rien ne semble indiquer que les personnes chargées de cette tâche importante par le Gouvernement vénézuélien aient été réprimandées,

n° 88, par. 60 et 80; et *Gutiérrez-Soler c. Colombie*, arrêt du 12 septembre 2005 (fond, réparations et frais), série C, n° 132, par. 87 à 89.

²⁴⁹ Affaire *Paquet*, Commission mixte des réclamations Belgique-Venezuela, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 325 (traduction française tirée de l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 969).

²⁵⁰ Affaire *Oliva*, Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela, 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 607 à 609 (arbitre Ralston), comportant le détail du calcul de l'indemnité en l'espèce.

²⁵¹ Affaire *Oliva*, *ibid.*, p. 602 (commissaire Agnoli) (traduction française tirée de l'étude précitée du Secrétariat, A/CN.4/565, par. 970).

sanctionnées ou relevées de leurs fonctions, la seule manière dont celui-ci peut exprimer ses regrets et sa loyauté envers le sujet d'un État souverain ami est de lui verser une compensation pécuniaire. Le montant doit être suffisant pour montrer que l'État en cause reconnaît l'outrage subi par l'intéressé et souhaite s'acquitter entièrement de sa dette envers lui. Ne fût-ce que pour cet outrage, l'arbitre estime que le Gouvernement défendeur doit verser au Gouvernement plaignant, au nom du plaignant, la somme de 500 dollars or des États-Unis d'Amérique, ou l'équivalent en argent au taux de change en vigueur à la date du paiement, et le jugement peut être rendu en ce sens»²⁵².

Dans l'affaire *Daniel Dillon*, des dommages-intérêts ont été alloués au requérant pour les mauvais traitements qu'il avait subis du fait de la durée et des conditions de sa détention:

«Cependant, la longueur de la détention et le fait de maintenir le requérant au secret sans l'informer des motifs de sa détention constituent, de l'avis de la Commission, des mauvais traitements démesurés par rapport à l'objet de l'arrestation, au point qu'ils engagent la responsabilité des États-Unis du Mexique au regard du droit international. En conséquence, il convient de verser à titre de dommages-intérêts la somme de 2 500 dollars des États-Unis, sans intérêts»²⁵³.

Dans l'affaire *Yaeger*, le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis a accordé au requérant une indemnisation pour 1) la perte des biens qu'il avait dû abandonner parce qu'on ne lui avait pas laissé le temps de préparer son départ²⁵⁴ et 2) l'argent qui lui avait été pris à l'aéroport par les «*komiteh* révolutionnaires»²⁵⁵.

Dans certains cas, la Cour européenne des droits de l'homme a alloué une indemnité pécuniaire pour un dommage moral résultant d'une expulsion illicite. Dans l'affaire *Moustaquim c. Belgique*, elle a refusé une demande d'indemnisation fondée sur la perte de revenus résultant d'une expulsion contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, soulignant l'absence de lien de causalité entre cette violation et la perte de revenus alléguée. Elle a cependant accordé au requérant, sur une base équitable, la somme de 100 000 francs belges à titre de réparation morale pour le temps qu'il avait dû vivre loin de sa famille et de ses amis, dans un pays où il n'avait pas d'attaches²⁵⁶. Dans l'affaire *Čonka c. Belgique*, la Cour a accordé une indemnisation de 10 000 euros pour le préjudice moral résultant d'une expulsion contraire aux paragraphes 1 et 4 de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à la liberté et à la sûreté), à l'article 4 du Protocole n° 4 relatif à cette Convention (interdiction des expulsions collectives) et à l'article 13 de la Convention (droit à un recours effectif), rapproché de l'article 4 du Protocole n° 4²⁵⁷.

5) La satisfaction comme forme de réparation est envisagée à l'article 37 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Elle est susceptible d'être appliquée dans le cas

²⁵² Affaire *Maal*, Commission mixte des réclamations Pays-Bas-Venezuela, 1^{er} juin 1903, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, p. 732 et 733 (arbitre Plumley).

²⁵³ *Daniel Dillon (États-Unis d'Amérique) c. États-Unis du Mexique*, Commission générale des réclamations États-Unis-Mexique, sentence du 3 octobre 1928, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 369.

²⁵⁴ *Yaeger v. The Islamic Republic of Iran*, Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, sentence du 2 novembre 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 17, p. 107 à 109, par. 51 à 59.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 110, par. 61 à 63.

²⁵⁶ Affaire *Moustaquim c. Belgique*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 18 février 1991, requête n° 12313/86, par. 52 à 55.

²⁵⁷ Affaire *Čonka c. Belgique*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 5 février 2002, requête n° 51564/99, p. 99, par. 42.

d'une expulsion illicite, notamment dans des situations où la décision d'expulsion n'aurait pas encore été exécutée. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'en pareil cas, un jugement déclarant la décision illégale constituait une forme adéquate de satisfaction et n'a donc pas accordé d'autre réparation morale. On mentionnera à cet égard les affaires *Beldjoudi c. France*²⁵⁸, *Chahal c. Royaume-Uni*²⁵⁹ et *Ahmed c. Autriche*²⁶⁰. Il sied de rappeler à cet égard que la Commission elle-même, dans son commentaire de l'article 37 sur la responsabilité des États, a précisé que l'«une des formes de satisfaction les plus fréquentes pour dommage moral ou immatériel est la déclaration d'illicéité faite par une cour ou un tribunal compétent»²⁶¹. Toujours à propos de la satisfaction comme forme de réparation, il convient de signaler que la Cour interaméricaine des droits de l'homme ne se contente pas seulement d'accorder des indemnités aux victimes d'expulsions illégales, considérant que «parmi les formes de réparations que doit assumer l'État il y a nécessairement celle d'enquêter effectivement les faits et de sanctionner les coupables»²⁶².

6) La question de la réparation pour des faits internationalement illicites liés à l'expulsion d'un étranger a été récemment abordée par la Cour internationale de Justice dans son arrêt du 30 novembre 2010 en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*:

«La Cour ayant conclu que la République démocratique du Congo avait violé les obligations lui incombant en vertu des articles 9 et 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, des articles 6 et 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi que de l'alinéa b du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires (voir par. 73, 74, 85 et 97 ci-dessus), il lui appartient maintenant de déterminer, à la lumière des conclusions finales de la Guinée, quelles sont les conséquences découlant de ces faits internationalement illicites qui engagent la responsabilité internationale de la République démocratique du Congo»²⁶³.

Après avoir rappelé le régime juridique de la réparation, fondé sur le principe posé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* selon lequel la réparation doit, autant que faire se peut, «effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis»²⁶⁴, et le principe rappelé récemment dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (*Argentine c. Uruguay*) selon lequel la réparation peut prendre «la forme

²⁵⁸ Affaire *Beldjoudi c. France*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 26 mars 1992, requête n° 12083/86, par. 86: «Les requérants ont dû éprouver un préjudice moral, mais le présent arrêt leur fournit une compensation suffisante à cet égard». La Cour a ajouté qu'il y aurait eu violation de l'article 8 de la Convention «si la décision d'expulser M. Beldjoudi [avait reçu] exécution» (par. 1 du dispositif).

²⁵⁹ Affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 15 novembre 1996, requête n° 22414/93, par. 158: «Ayant décidé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 5, par. 1, [...], la Cour n'accorde aucune réparation du préjudice moral pour la période que M. Chahal a passée en détention. Quant aux autres griefs, le constat que l'expulsion, si elle était menée à exécution, constituerait une violation de l'article 3 et qu'il y a eu violation des articles 5 par. 4 et 13, représente une satisfaction équitable suffisante».

²⁶⁰ Affaire *Ahmed c. Autriche*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 17 décembre 1996, requête n° 25964/94. La Cour a refusé une indemnisation pour perte salariale parce qu'elle ne voyait aucun lien de causalité entre le dommage matériel allégué et sa conclusion concernant l'article 3 de la Convention (par. 50). Elle a ensuite déclaré: «La Cour estime que l'intéressé a dû éprouver un préjudice moral, mais que le présent arrêt lui fournit une compensation suffisante à cet égard» (par. 51); puis, en conclusion: «... tant que le requérant court un risque réel de subir en Somalie un traitement contraire à l'article 3 de la Convention, il y aurait violation de cette disposition si la décision de l'expulser vers ce pays recevait exécution» (par. 2 du dispositif).

²⁶¹ Par. 6) du commentaire à l'article 37; *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 106 et 107.

²⁶² *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, arrêt du 22 février 2002 (réparations), par. 73 et 106.

²⁶³ Arrêt du 30 novembre 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, par. 160.

²⁶⁴ Arrêt n° 13 (fond), 1928, *C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47.

de l'indemnisation ou de la satisfaction, voire de l'indemnisation et de la satisfaction»²⁶⁵, la Cour s'est prononcée en ces termes:

«Au vu des circonstances propres à l'espèce, en particulier du caractère fondamental des obligations relatives aux droits de l'homme qui ont été violées et de la demande de réparation sous forme d'indemnisation présentée par la Guinée, la Cour est d'avis que, outre la constatation judiciaire desdites violations, la réparation due à la Guinée à raison des dommages subis par M. Diallo doit prendre la forme d'une indemnisation»²⁶⁶.

Ensuite, le 19 juin 2012, la Cour a rendu un arrêt sur la question de l'indemnisation due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée²⁶⁷. Elle a octroyé à la Guinée une indemnité de 85 000 dollars des États-Unis, au titre du préjudice immatériel subi par M. Diallo en raison des faits illicites attribuables à la République démocratique du Congo²⁶⁸, ainsi que, sur la base de considérations d'équité, une indemnité de 10 000 dollars qui était censée compenser la perte alléguée de biens personnels par M. Diallo²⁶⁹. La Cour a en revanche rejeté, faute de preuves, les demandes tendant à l'obtention d'une indemnité au titre de la perte de rémunération qu'aurait subie M. Diallo au cours de ses détentions et à la suite de son expulsion illicite²⁷⁰. De manière générale, la Cour a abordé dans son arrêt plusieurs points concernant les conditions et les modalités de l'indemnisation, notamment le lien de causalité entre les actes illicites et le préjudice, l'évaluation du préjudice – y compris le préjudice immatériel – et la preuve de celui-ci.

Article 32

Protection diplomatique

L'État de nationalité de l'étranger objet de l'expulsion peut exercer la protection diplomatique à l'égard dudit étranger.

Commentaire

1) Le projet d'article 32 constitue un renvoi à l'institution de la protection diplomatique, dont le régime juridique est bien établi en droit international²⁷¹. Il est incontesté que l'État de nationalité d'un étranger faisant l'objet d'une expulsion a la faculté d'exercer la protection diplomatique à l'égard de son ressortissant, aux conditions prévues par les règles du droit international en la matière. Celles-ci sont reflétées, pour l'essentiel, dans les articles sur la protection diplomatique adoptés par la Commission en 2006, dont le texte a été annexé par l'Assemblée générale à sa résolution 62/67 du 6 décembre 2007²⁷².

²⁶⁵ Arrêt du 20 avril 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, par. 273.

²⁶⁶ Arrêt du 30 novembre 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, par. 161.

²⁶⁷ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 19 juin 2012, Indemnisation due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée.

²⁶⁸ *Ibid.*, par. 18 à 25.

²⁶⁹ *Ibid.*, par. 26 à 36 et 55.

²⁷⁰ *Ibid.*, par. 37 à 50.

²⁷¹ Voir, à ce sujet, l'additif 2 au sixième rapport du Rapporteur spécial, A/CN.4/625/Add.2, par. 170 à 175.

²⁷² Pour le texte des articles et commentaires sur la protection diplomatique, voir le rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (2006), *Document officiel de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, par. 50.

2) Dans son arrêt de 2007 sur les exceptions préliminaires en l'affaire *Diallo*, la Cour internationale de Justice a réitéré, dans le contexte de l'expulsion des étrangers, deux conditions essentielles pour l'exercice de la protection diplomatique, à savoir le lien de nationalité et l'épuisement préalable des voies de recours internes²⁷³.

²⁷³ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 24 mai 2007, Exceptions préliminaires, *C.I.J. Recueil 2007*, par. 40.

Chapitre V

La protection des personnes en cas de catastrophe

A. Introduction

47. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «La protection des personnes en cas de catastrophe» et a nommé M. Eduardo Valencia-Ospina Rapporteur spécial pour le sujet. À la même session, la Commission a prié le Secrétariat de préparer une étude, limitée dans un premier temps aux catastrophes naturelles, sur le sujet.

48. À sa soixantième session (2008), la Commission était saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial (A/CN.4/598) retraçant l'historique de la protection des personnes en cas de catastrophe et présentant les sources du droit sur le sujet ainsi que les précédents travaux de codification et de développement du droit en la matière. Le rapport comportait aussi une description générale des différents aspects du sujet en vue de déterminer les grandes questions juridiques à couvrir et d'avancer des conclusions provisoires, sans préjuger de l'issue des débats que le rapport était censé susciter à la Commission. La Commission était également saisie d'une étude du Secrétariat axée principalement sur les catastrophes naturelles (A/CN.4/590 et Add.1 à 3) et donnant un aperçu général des instruments et des textes juridiques qui s'appliquent actuellement aux divers aspects de la prévention des catastrophes et des secours, ainsi que de la protection des personnes en cas de catastrophe.

49. À sa soixante et unième session (2009), la Commission a examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/615 et Corr.1) analysant la portée du sujet *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione temporis*, examinant les questions relatives à la définition du terme «catastrophe» aux fins du sujet, et abordant l'étude de l'obligation fondamentale de coopérer. Le rapport proposait en outre des projets d'articles 1^{er} (Champ d'application), 2 (Définition du terme «catastrophe») et 3 (Obligation de coopérer). La Commission était également saisie des réponses écrites du Bureau de la Coordination des affaires humanitaires du Secrétariat de l'ONU et de la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge aux questions qui leur avaient été adressées par la Commission en 2008.

50. À sa 3029^e séance, le 31 juillet 2009, la Commission a pris note des projets d'articles 1^{er} à 5 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction (A/CN.4/L.758).

51. À sa soixante-deuxième session (2010), la Commission a provisoirement adopté les projets d'articles 1^{er} à 5 à la 3057^e séance tenue le 4 juin 2010. La Commission était en outre saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/629) qui donnait un aperçu des avis des États sur les travaux effectués par la Commission, examinait les principes sur lesquels se fonde la protection des personnes en cas de catastrophe et analysait la question de la responsabilité de l'État affecté. Le rapport proposait en outre les trois projets d'articles suivants: 6 (Principes humanitaires de l'intervention en cas de catastrophe), 7 (Dignité humaine) et 8 (Responsabilité première de l'État affecté).

52. À sa soixante-troisième session (2011), la Commission a provisoirement adopté les projets d'articles 6 à 9 à la 3102^e séance tenue le 11 juillet 2011. La Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/643 et Corr.1) contenant, entre autres, un examen de la responsabilité de l'État affecté de rechercher l'assistance quand ses moyens sont insuffisants, de l'obligation de l'État affecté de ne pas refuser arbitrairement son consentement à recevoir l'assistance extérieure et du droit de la communauté internationale d'offrir son assistance. Le rapport proposait en outre les trois projets

d'articles suivants: 10 (Obligation de l'État affecté de rechercher de l'assistance), 11 (Devoir de l'État affecté de ne pas refuser arbitrairement son consentement) et 12 (Droit d'offrir son assistance). La Commission a provisoirement adopté les projets d'articles 10 et 11 à la 3116^e séance tenue le 2 août 2011, mais n'a pas été en mesure de conclure l'examen du projet d'article 12, faute de temps.

B. Examen du sujet à la présente session

53. À la présente session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/652) qui donnait un aperçu des avis des États sur les travaux déjà effectués par la Commission, exposait brièvement la position du Rapporteur spécial sur la question posée par la Commission au chapitre III.C de son rapport annuel de 2011²⁷⁴, et présentait de nouveaux développements sur l'obligation de coopérer. Le rapport contenait aussi un examen des conditions de la fourniture d'assistance et de la question de la cessation de l'assistance. Le Rapporteur spécial y proposait les trois projets d'articles suivants: A (Obligation de coopérer), 13 (Conditions posées à la fourniture d'assistance) et 14 (Cessation de l'assistance).

54. La Commission a examiné le cinquième rapport de sa 3138^e à sa 3142^e séance, du 2 au 6 juillet 2012.

55. À sa 3142^e séance, le 6 juillet 2012, la Commission a renvoyé les projets d'articles A, 13 et 14 au Comité de rédaction.

56. À sa 3152^e séance, le 30 juillet 2012, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction et a pris note des projets d'articles 5 bis et 12 à 15 provisoirement adoptés par le Comité de rédaction (A/CN.4/L.812)²⁷⁵.

²⁷⁴ Voir *infra*, par. 57.

²⁷⁵ Les projets d'articles provisoirement adoptés par le Comité de rédaction se lisent comme suit:

Article 5 bis

Formes de coopération

Aux fins du présent projet d'articles, la coopération inclut notamment l'aide humanitaire, la coordination des opérations de secours internationales et des communications et la mise à disposition de personnel de secours, de matériel et de fournitures de secours et de compétences scientifiques, médicales et techniques.

...

Article 12

Offres d'assistance

Les États, l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales compétentes ont le droit d'offrir leur assistance à l'État affecté pour faire face à une catastrophe. Les organisations non gouvernementales pertinentes peuvent aussi offrir leur assistance à l'État affecté.

Article 13

Conditions de fourniture de l'assistance extérieure

L'État affecté peut poser des conditions à la fourniture de l'assistance extérieure. De telles conditions doivent être conformes au présent projet d'articles, aux règles internationales applicables et au droit interne de l'État affecté. Ces conditions doivent prendre en compte les besoins identifiés des personnes affectées par les catastrophes et la qualité de l'assistance. Lorsqu'il formule de telles conditions, l'État affecté doit indiquer la portée et le type de l'assistance requise.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son cinquième rapport

57. En présentant son cinquième rapport, le Rapporteur spécial a rappelé que les gouvernements, au sein de la Sixième Commission, avaient dans l'ensemble bien accueilli les projets d'article déjà adoptés par la Commission. Il a aussi fait état de sa position sur la question posée par la Commission au chapitre III.C de son rapport sur la session de 2011, tendant à savoir si l'obligation de coopérer avec l'État affecté comprend une obligation pour les États de fournir leur assistance à l'État affecté lorsqu'il la demande. Selon le Rapporteur spécial, il ressortait du droit et de la pratique existants que la fourniture d'une assistance d'un État à un autre reposait sur le caractère volontaire de l'action de l'État portant assistance. Il a relevé qu'au sein de la Sixième Commission, de nombreux États avaient, dans leurs déclarations, répondu à la question de la Commission par la négative, au motif principalement qu'une telle obligation n'avait aucun fondement dans le droit international existant.

58. Le Rapporteur spécial a rappelé que les Gouvernements membres avaient demandé à la Commission de développer la question de l'obligation de coopérer, qui faisait l'objet du projet d'article 5. Il a noté que la coopération jouait un rôle fondamental dans la fourniture de l'assistance. Du point de vue plus général du droit international public, pour qu'elle soit efficace sous l'angle juridique et pratique, l'obligation des États de coopérer à la fourniture de secours d'urgence devait concilier trois impératifs majeurs. Premièrement, elle ne pouvait empiéter sur la souveraineté de l'État affecté. Deuxièmement, elle devait prendre la forme d'une obligation de comportement des États portant assistance. Troisièmement, elle devait être pertinente et limitée à l'assistance en cas de catastrophe en englobant les divers éléments spécifiques qui sont normalement constitutifs de la coopération en la matière. Il était possible de déduire de la diversité des instruments et textes existants que l'obligation de coopérer englobait une grande variété d'activités de nature technique et scientifique, telles qu'elles étaient décrites *in extenso* dans le cinquième rapport. Le Rapporteur spécial a donc jugé approprié de prévoir un autre projet d'article développant l'obligation de coopérer, en laissant ouverte la question de sa place dans le projet d'articles, soit comme une disposition autonome, soit comme un paragraphe supplémentaire du projet d'article 5. La proposition du Rapporteur spécial concernant ce nouveau projet d'article A²⁷⁶ a été

Article 14

Facilitation de l'assistance extérieure

1. L'État affecté prend les mesures nécessaires, dans le cadre de son droit interne, afin de faciliter la fourniture prompte et effective de l'assistance extérieure en ce qui concerne, en particulier:

- a) Le personnel de secours civil et militaire, dans des domaines comme les privilèges et immunités, les conditions de visa et d'entrée, les permis de travail et la liberté de circulation; et
- b) Les biens et l'équipement, dans des domaines comme la réglementation douanière et les droits de douane, l'imposition, le transport, ainsi que leur cession.

2. L'État affecté s'assure que ses législation et réglementation pertinentes sont facilement accessibles aux fins de faciliter le respect du droit national.

Article 15

Cessation de l'assistance extérieure

L'État affecté et l'État qui lui prête assistance, et si nécessaire les autres acteurs qui lui prêtent assistance, se consultent au sujet de la cessation de l'assistance extérieure et de ses modalités. L'État affecté, l'État qui lui prête assistance, ou les autres acteurs qui lui prêtent assistance qui souhaitent cesser cette activité le notifient de manière appropriée.

²⁷⁶ Le projet d'article A se lit comme suit:

établie sur le modèle du paragraphe 4 de l'article 17, relatif à la coopération dans les situations d'urgence, du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières de 2008, lequel était lui-même calqué sur l'article 28 de la Convention sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eaux internationaux à des fins autres que la navigation de 1997. Les quatre premières catégories de coopération qu'il a définies étaient également visées au paragraphe 4 du projet d'article 17.

59. Le chapitre V du cinquième rapport du Rapporteur spécial était consacré à la question des conditions auxquelles l'État affecté pouvait subordonner la fourniture de l'aide. Cette question était envisagée par rapport à trois exigences concomitantes: respect de la législation nationale, besoins identifiables et contrôle de qualité, et encadrement des conditions par le droit international et le droit interne. Il a été noté que les principales conclusions de l'examen de chaque aspect étaient implicitement contenues dans plusieurs projets d'article déjà adoptés par la Commission. Tel était en particulier le cas du principe fondamental sur lequel reposaient les trois exigences et qui était énoncé au paragraphe 1 du projet d'article 11, selon lequel l'assistance extérieure requiert le consentement de l'État affecté. Le pouvoir de l'État affecté de poser les conditions que devait remplir l'offre d'assistance découlait logiquement du rôle fondamental incombant à l'État affecté pour ce qui était d'assurer la protection des personnes et la fourniture de secours et d'assistance sur son territoire, conformément au projet d'article 9.

60. De l'avis du Rapporteur spécial, les acteurs de l'assistance étaient tenus de fournir assistance en se conformant à la législation nationale de l'État affecté. Cependant, le droit de subordonner la fourniture de l'assistance au respect de la législation nationale n'était pas absolu. L'État affecté avait, de par ses obligations souveraines envers sa population, le devoir de faciliter la fourniture d'une assistance prompte et efficace. Les États avaient l'obligation d'aider à faire respecter la législation nationale et celle d'examiner s'il convenait de déroger à certaines de ses dispositions en cas de catastrophe. Ce dernier élément concernait notamment l'octroi de privilèges et immunités, les dispositions en matière de visa et d'admission sur le territoire, les dispositions douanières et tarifaires, les normes de qualité et la liberté de circulation. Après avoir examiné la pratique existante, le Rapporteur spécial a estimé que, plutôt que de prévoir une nécessité stricte et absolue de dérogation à la législation nationale en cas de catastrophe, l'État affecté devait examiner le caractère raisonnable de la dérogation compte tenu de son obligation de fournir une aide prompte et efficace et de celle de protéger sa population. À son avis, il était suffisant d'indiquer que l'État affecté pouvait poser des conditions à la fourniture de l'assistance, sous réserve de leur conformité à la législation nationale et au droit international; il a proposé le projet d'article 13²⁷⁷ à cet effet.

61. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'obligation de coopérer supposait en outre l'obligation, pour l'État affecté et pour les acteurs lui prêtant assistance, de se consulter afin

**«Projet d'article A
Obligation de coopérer**

Les États et les autres acteurs mentionnés au projet d'article 5 fournissent à l'État affecté une coopération scientifique, technique, logistique et autre, selon qu'il conviendra. Cette coopération peut comprendre la coordination des opérations de secours internationales et des communications et la mise à disposition de personnel de secours, de matériel et de fournitures de secours, de compétences scientifiques et techniques et d'une aide humanitaire».

²⁷⁷ Le projet d'article 13 se lit comme suit:

**«Projet d'article 13
Conditions posées à la fourniture d'assistance**

L'État affecté peut poser des conditions à la fourniture de l'assistance, en conformité avec sa législation nationale et le droit international».

de définir la durée de l'assistance. Cette consultation pouvait avoir lieu avant ou pendant la fourniture de l'assistance, à l'initiative de l'une ou l'autre des parties. À cet effet, il a proposé le projet d'article 14²⁷⁸.

2. Résumé du débat

a) Observations générales

62. À propos de l'approche adoptée par la Commission dans les projets d'article précédemment adoptés, une préférence a été exprimée pour ne pas analyser les relations entre l'État affecté et les États tiers en termes de droits et d'obligations, mais pour les aborder plutôt sous l'angle de la coopération. Il a été observé que dans la grande majorité des cas, il n'y avait pas de comportement *mala fide* de la part de l'État affecté et que dans les rares cas extrêmes où les États refusaient arbitrairement leur consentement, il n'était guère probable qu'une approche fondée sur les notions de droits et d'obligations soit d'une quelconque utilité pour les personnes affectées par une catastrophe. Certains membres ont noté en outre que l'existence de «droits» ou d'«obligations» dans ce domaine du droit n'était guère étayée par la pratique des États. Il a été également dit qu'il n'était guère convaincant d'affirmer que ces notions s'appliquaient également aux acteurs non étatiques. De même, l'idée a été exprimée que l'impossibilité de déterminer les conséquences juridiques du non-respect d'une obligation, par exemple celle de ne pas refuser arbitrairement son consentement, laissait penser que la notion d'obligation était dépourvue de contenu.

63. Selon un autre point de vue, le droit, y compris le droit international, avait notamment pour rôle de réguler les situations dans lesquelles il y avait un risque de violation de règles ou de principes. Selon ce point de vue, on ne pouvait ignorer l'importance de règles juridiques pour faire la distinction entre des actions acceptables et inacceptables, en particulier dans le cas d'États agissant *mala fide*. En outre, le fait de définir des droits et obligations minimaux ne devait pas être considéré a priori comme ayant pour effet de freiner la coopération volontaire.

64. Un doute a été exprimé quant à l'opportunité d'adopter le projet d'articles sous la forme d'une convention. Selon un autre point de vue, le projet d'articles, par sa nature, rendait nécessaire l'adoption de mesures d'application plus spécifiques en droit interne. Il a été suggéré que la Commission garde cela à l'esprit lorsqu'elle examinerait la forme à donner en définitive au projet d'articles, qui pourrait être celle d'une convention-cadre ou d'une série de principes directeurs.

65. Il a été proposé que la Commission envisage de formuler un instrument type pour les opérations de secours humanitaire en cas de catastrophe sur le modèle de l'accord sur le statut des forces, qui pourrait être annexé au projet d'articles et servir à des fins pratiques. Plusieurs membres se sont déclarés favorables à ce que la Commission traite certains aspects pratiques du sujet, alors que d'autres ont exprimé des doutes quant à la possibilité de réaliser cette proposition.

²⁷⁸ Le projet d'article 14 se lit comme suit:

«Projet d'article 14

Cessation de l'assistance

L'État affecté et les acteurs qui lui prêtent assistance se consultent afin de définir la durée de l'assistance extérieure».

b) Observations sur le projet d'article A

66. La proposition tendant à ce que l'obligation de coopérer soit développée au sein du projet d'articles a été généralement appuyée. Il a toutefois été proposé de rendre le projet d'article plus précis. Par exemple, il a été suggéré d'inclure l'assistance financière dans les formes d'assistance pouvant être fournies par les États et d'autres acteurs. Il a aussi été suggéré de mentionner la nécessité, pour l'acteur prêtant assistance, de consulter l'État affecté afin de déterminer le type d'assistance requise.

67. L'avis a été exprimé que le projet d'article A ne traitait pas à proprement parler de l'obligation de coopérer, qui existait au niveau du principe, mais portait plutôt sur l'obligation, à un niveau plus opérationnel, de fournir une coopération ou une assistance sous les diverses formes énumérées. En conséquence, cette disposition était également liée au projet d'article 12. Il a été souligné que l'emploi de la forme verbale «fournissent» semblait contredire la position générale selon laquelle il n'existait en droit aucune obligation de fournir assistance. Il a été aussi jugé préoccupant que le libellé du projet d'article paraisse limiter la liberté d'appréciation des États portant assistance pour déterminer la nature de l'assistance à fournir.

68. Selon un autre point de vue, il n'était pas approprié d'envisager en termes d'obligations juridiques l'obligation de coopérer, étant donné le caractère général et discrétionnaire de celle-ci. Il a été par ailleurs demandé que soient précisés les acteurs auxquels l'obligation était imposée par le projet d'article. Des doutes ont aussi été exprimés quant à la possibilité d'imposer des obligations à des acteurs non étatiques dans le projet d'articles.

69. Il a été dit qu'il fallait prendre en considération le fait que l'ampleur des dommages personnels causés par une catastrophe était souvent le résultat de la pauvreté, de l'absence de logements sûrs et décentes et du manque d'accès à l'eau potable et à l'assainissement.

c) Observations sur le projet d'article 13

70. L'avis a été exprimé que si certaines conditions ne pouvaient pas être posées à la fourniture de l'assistance, en règle générale, l'État affecté pouvait subordonner la fourniture de l'assistance à toutes les conditions qu'il jugeait nécessaires. Certains membres ont aussi souscrit à l'idée que, pour déterminer l'étendue des conditions imposées, il fallait prendre en considération les principes de souveraineté de l'État et de non-ingérence, tout en tenant compte de la responsabilité incombant aux États de protéger les personnes présentes sur leur territoire. En conséquence, toute condition posée par l'État affecté devait être raisonnable, et ne devait pas contrarier l'obligation de protéger, y compris l'obligation de faciliter l'assistance, ni conduire au refus arbitraire de consentir à l'assistance extérieure (art. 11, par. 2). Il a été dit par ailleurs qu'il devait être clairement établi que les conditions que l'État affecté pouvait poser à la fourniture de l'aide devaient avant tout respecter les normes nationales et internationales relatives aux droits de l'homme. Il a été suggéré en outre d'adopter une perspective sexospécifique, afin de renforcer l'efficacité de l'assistance fournie.

71. Il a été dit que le projet d'article devait être plus détaillé et faire référence aux éléments abordés dans le rapport du Rapporteur spécial. Selon un autre avis, la relative imprécision du projet d'article proposé par le Rapporteur spécial créait le risque que les États affectés n'interprètent de manière indûment large la série de conditions qu'ils pouvaient poser à la fourniture de l'assistance.

72. L'idée a été exprimée que la question essentielle tenait à l'obtention des dérogations à la législation nationale nécessaires pour que l'assistance parvienne rapidement à la population, et il a été proposé que l'article soit plus explicite sur ce point. Il a été souscrit à la proposition du Rapporteur spécial selon laquelle l'État affecté devait chercher à

déterminer si, au vu des circonstances, il était raisonnable de déroger à sa législation interne en vue de fournir une assistance prompte et efficace. Selon un autre point de vue, il n'était pas facile de demander aux États de simplement déroger à leur législation interne, ce qui pouvait poser des problèmes sur le plan constitutionnel, et soulevait des questions touchant l'état de droit. Selon une autre suggestion, la Commission pouvait recommander aux États de prévoir expressément dans leur législation la possibilité de déroger aux règles internes en cas de catastrophe.

d) Observations sur le projet d'article 14

73. Si plusieurs membres ont bien accueilli le projet d'article 14 qui, à leur avis, assurerait une plus grande sécurité juridique dans la mise en œuvre de l'assistance, d'autres se sont interrogés sur son utilité et ont recommandé son abandon ou son remplacement par une clause «sans préjudice». Les inquiétudes exprimées tenaient à ce que l'article semblait faire des consultations une condition de la cessation de l'assistance. Il fallait une disposition plus souple, afin de refléter les différentes réalités possibles. Il a été par ailleurs proposé qu'il soit plus clairement indiqué dans le projet d'article que l'État affecté restait maître de la durée pendant laquelle l'assistance était fournie. D'autres membres ont mis en garde contre une approche qui reconnaîtrait un droit uniforme et unilatéral des États affectés de mettre fin à l'assistance qui leur était fournie, car cela pouvait compromettre inutilement les droits des personnes affectées.

74. Parmi les propositions d'amélioration du texte, il a été suggéré de préciser qu'à la cessation de l'assistance, les parties devaient coopérer pour permettre le rapatriement «des biens et du personnel». Il a été également proposé de mentionner la nécessité pour l'État affecté et les acteurs lui prêtant assistance de s'entendre sur une procédure de cessation de l'assistance.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

75. Le Rapporteur spécial a mis en garde contre la réouverture du débat sur les projets d'article qui avaient déjà été adoptés par consensus en première lecture. À son avis, ce serait en deuxième lecture qu'il conviendrait de prendre en considération les commentaires et observations formulés à propos des projets d'article précédemment adoptés.

76. Le Rapporteur spécial a souscrit aux points de vue exprimés lors du débat selon lesquels le projet d'article 13 gagnerait à être précisé pour avoir une plus grande valeur pratique, et il a accepté de faire des propositions au Comité de rédaction pour en améliorer le libellé.

77. À propos de la relation entre les projets d'articles 5 et A, le Rapporteur spécial a rappelé que le projet d'article 5 énonçait en termes généraux l'obligation de coopérer dans le contexte particulier des catastrophes, tandis que le projet d'article A indiquait les principaux domaines dans lesquels cette coopération devait intervenir. À son avis, les craintes soulevées par certains membres tenaient plus à des questions de terminologie qui pourraient être réglées au Comité de rédaction.

78. Concernant la proposition de négocier un accord type sur le statut des forces en cas de catastrophe, le Rapporteur spécial a relevé que l'accord type sur le statut des forces élaboré par le Secrétariat de l'ONU envisageait les activités des forces militaires des États dans le cadre des opérations de maintien de la paix alors que l'accord type qu'élaborerait la Commission dans le contexte des catastrophes devrait inclure les activités d'acteurs non militaires. Il a fait observer que l'accord type sur le statut des forces établi par l'ONU était très détaillé, comme cela était le cas de textes comparables élaborés dans d'autres enceintes, et des modèles nationaux concernant la protection civile. À son avis, l'utilité de tels

documents était indéniable, mais un tel exercice dépasserait le champ du sujet tel qu'approuvé par la Commission.

79. Au sujet de la forme définitive à donner au projet d'articles, le Rapporteur spécial a rappelé que l'élaboration de projets d'article correspondait simplement à la pratique habituelle de la Commission, et ne préjugait pas de la forme définitive sous laquelle ils seraient adoptés. Il n'avait pas d'idée préconçue sur la question et préférait que celle-ci soit abordée à un stade ultérieur de l'examen.

80. Le Rapporteur spécial a en outre indiqué son intention de consacrer l'essentiel de son prochain rapport à la réduction des risques de catastrophe, y compris la prévention des catastrophes et l'atténuation de leurs effets. Ce rapport pourrait aussi aborder la protection du personnel d'assistance humanitaire. Le Rapporteur spécial prévoyait également de proposer un projet d'article sur les définitions, ainsi que diverses autres dispositions.

C. Texte des projets d'article sur la protection des personnes en cas de catastrophe provisoirement adoptés à ce jour par la Commission

81. Le texte des projets d'article provisoirement adoptés à ce jour par la Commission est reproduit ci-après²⁷⁹.

Protection des personnes en cas de catastrophe

Article premier

Champ d'application

Le présent projet d'articles s'applique à la protection des personnes en cas de catastrophe.

Article 2

Objet

L'objet du présent projet d'articles est de faciliter une réaction adéquate et efficace aux catastrophes, répondant aux besoins essentiels des personnes intéressées dans le plein respect de leurs droits.

Article 3

Définition du terme «catastrophe»

On entend par «catastrophe» une calamité ou une série d'événements provoquant des pertes massives en vies humaines, de graves souffrances humaines et une détresse aiguë, ou des dommages matériels ou environnementaux de grande ampleur, perturbant ainsi gravement le fonctionnement de la société.

Article 4

Relation avec le droit international humanitaire

Le présent projet d'articles ne s'applique pas aux situations auxquelles les règles du droit international humanitaire sont applicables.

Article 5

Obligation de coopérer

En application du présent projet d'articles, les États doivent, selon le cas, coopérer entre eux, avec l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations

²⁷⁹ Pour les commentaires des projets d'articles 1^{er} à 5, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session (A/65/10)*, par. 331. Pour les commentaires des projets d'articles 6 à 11, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session (A/66/10)*, par. 289.

intergouvernementales compétentes, la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et le Comité international de la Croix-Rouge, et avec les autres organisations non gouvernementales pertinentes.

Article 6

Principes humanitaires de la réaction en cas de catastrophe

La réaction en cas de catastrophe intervient conformément aux principes d'humanité, de neutralité et d'impartialité, et sur la base de non-discrimination mais en tenant compte des besoins des personnes particulièrement vulnérables.

Article 7

Dignité humaine

En réagissant aux catastrophes, les États, les organisations intergouvernementales compétentes et les organisations non gouvernementales concernées respectent et protègent la dignité inhérente à la personne humaine.

Article 8

Droits de l'homme

Les personnes affectées par les catastrophes ont droit au respect de leurs droits de l'homme.

Article 9

Rôle de l'État affecté

1. L'État affecté a, en vertu de sa souveraineté, le devoir d'assurer la protection des personnes et la fourniture de secours et d'assistance sur son territoire.
2. L'État affecté a le rôle principal en ce qui concerne la direction, la maîtrise, la coordination et la supervision de tels secours et assistance.

Article 10

Obligation de l'État affecté de rechercher de l'assistance

Dans la mesure où une catastrophe dépasse sa propre capacité d'intervention, l'État affecté a l'obligation de rechercher l'assistance d'autres États, de l'Organisation des Nations Unies, d'autres organisations intergouvernementales compétentes et d'organisations non gouvernementales compétentes, selon qu'il y a lieu.

Article 11

Le consentement de l'État affecté à l'assistance extérieure

1. L'assistance extérieure requiert le consentement de l'État affecté.
2. Le consentement à l'assistance extérieure ne peut pas être refusé arbitrairement.
3. Lorsqu'une assistance lui est offerte conformément au présent projet d'articles, l'État affecté doit, dans la mesure du possible, faire connaître sa décision au sujet de l'assistance offerte.

Chapitre VI

L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

A. Introduction

82. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État» et a nommé M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet²⁸⁰. À la même session, la Commission a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet, qui a été communiquée à la Commission à sa soixantième session²⁸¹.

83. Le Rapporteur spécial a présenté trois rapports. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire à sa soixantième session (2008), et les deuxième et troisième rapports à sa soixante-troisième session (2011)²⁸². La Commission n'a pas pu examiner le sujet à sa soixante et unième session (2009) ni à sa soixante-deuxième session (2010)²⁸³.

B. Examen du sujet à la présente session

84. À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012, la Commission a nommé M^{me} Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale en remplacement de M. Roman Kolodkin, qui n'était plus membre de la Commission.

85. La Commission était saisie du rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale (A/CN.4/654). Elle a examiné le rapport de sa 3143^e à sa 3147^e séance, les 10, 12, 13, 17 et 20 juillet 2012.

1. Présentation par la Rapporteuse spéciale du rapport préliminaire

86. Le rapport préliminaire analyse les travaux jusqu'alors accomplis par la Commission en présentant notamment une vue d'ensemble des travaux du précédent Rapporteur spécial ainsi que les grandes lignes des débats sur le sujet qui ont eu lieu à la Commission et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Il expose aussi les questions à propos desquelles il n'y a pas de consensus et qu'il faudrait examiner durant le quinquennat en cours, en s'attachant en particulier à la distinction entre l'immunité *ratione materiae* et l'immunité *ratione personae*, aux liens qui existent entre les deux catégories d'immunité et aux fondements de chacune d'entre elles, à la distinction entre la responsabilité internationale de l'État et la responsabilité internationale de l'individu, à la relation entre les deux et aux conséquences pour l'immunité, à la portée de l'immunité *ratione personae* et de l'immunité *ratione materiae*, y compris les exceptions possibles, et aux aspects

²⁸⁰ À sa 2940^e séance, le 20 juillet 2007 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 376). L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de la résolution 62/66 en date du 6 décembre 2007, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Le sujet avait été inscrit au programme de travail de la Commission au cours de sa cinquante-huitième session (2006), sur la base d'une proposition figurant à l'annexe A du rapport de la Commission (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, par. 257).

²⁸¹ *Ibid.*, *soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 386. Pour l'étude du Secrétariat, voir A/CN.4/596 et Corr.1.

²⁸² A/CN.4/601 (rapport préliminaire); A/CN.4/631 (deuxième rapport); et A/CN.4/646 (troisième rapport).

²⁸³ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 207; et *ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 343.

procéduraux relatifs à l'immunité. Le rapport contient aussi une proposition de plan de travail.

87. En présentant son rapport, la Rapporteuse spéciale a souligné que celui-ci avait le caractère d'un rapport «de transition» tenant compte des travaux effectués par le précédent Rapporteur spécial dans ses trois rapports et par le Secrétariat dans son étude (qui demeureraient utiles pour les travaux futurs de la Commission) ainsi que de l'évolution des débats tenus à la Commission et à la Sixième Commission, tout en tentant de déterminer les questions qui devraient être examinées durant le quinquennat en cours de manière à favoriser un débat structuré et à apporter des réponses efficaces à la multitude de questions soulevées par le sujet. À cet égard, la Rapporteuse spéciale s'est concentrée sur plusieurs aspects méthodologiques. Tout d'abord, il a été souligné que le sujet à l'examen était complexe et politiquement délicat. En dépit des trois rapports établis par le précédent Rapporteur spécial et des débats tenus à la Commission et à la Sixième Commission, il subsistait une grande diversité de perspectives concernant le sujet et de nombreuses divergences qui exigeaient que la Commission adopte une nouvelle approche tout en gardant à l'esprit les précieux travaux déjà accomplis. Deuxièmement, il a été souligné que le mandat de la Commission avait pour objet tant le développement progressif du droit international que sa codification. À ce propos, il était conforme aux méthodes de travail de la Commission de traiter le sujet du double point de vue de la *lex lata* et de la *lex ferenda*. Le sujet était certes un thème classique du droit international, mais il devait être examiné à la lumière de faits nouveaux et de nouveaux défis. Troisièmement, il fallait traiter le sujet en suivant une approche systémique, en gardant à l'esprit que le texte à élaborer par la Commission devrait s'insérer de manière cohérente dans le système juridique international. Il était dès lors essentiel que la Commission adopte une approche systémique la menant à s'interroger sur les différentes relations entre les règles relatives à l'immunité des représentants de l'État et les principes structurels et valeurs essentielles de la communauté internationale et du droit international, y compris ceux qui visaient à protéger les droits de l'homme et à combattre l'impunité. C'est pourquoi il était nécessaire de réaliser un équilibre entre les intérêts en présence. Quatrièmement, il fallait structurer le débat sur les différentes questions, en examinant l'un après l'autre des groupes de thèmes clairement définis, tout en admettant que les questions de fond relevant du sujet avaient un caractère transversal et étaient étroitement liées. C'est cet objectif que visait le plan de travail proposé dans le rapport préliminaire.

88. La Rapporteuse spéciale a également insisté sur un certain nombre de questions de fond qu'elle estimait essentiel d'aborder pour traiter les problèmes que soulevait le sujet. La première concernait la distinction opérée entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*. Bien que la distinction soit clairement affirmée dans la doctrine, il était nécessaire d'examiner plus avant les conséquences qui pouvaient découler de cette distinction et son impact. Deuxièmement, il était nécessaire de préciser la dimension fonctionnelle de l'immunité pour faire en sorte qu'elle n'entre pas inutilement en conflit avec d'autres principes et valeurs de la communauté internationale. Troisièmement, il fallait déterminer quelles personnes bénéficiaient de l'immunité *ratione personae* et s'il était utile ou non d'en dresser la liste, que celle-ci soit ouverte ou limitative. Quatrièmement, il fallait analyser la portée d'un «acte officiel» aux fins de l'immunité, y compris les conséquences en découlant par rapport à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et à la responsabilité pénale internationale de l'individu. Cinquièmement, il fallait déterminer s'il pouvait exister des exceptions à l'immunité, et analyser les règles applicables à cet égard. Sixièmement, il était d'une importance capitale d'envisager la question des crimes internationaux à la lumière de la question générale des valeurs essentielles de la communauté internationale; enfin, il convenait d'examiner les aspects procéduraux relatifs à l'exercice de l'immunité. La Rapporteuse spéciale a rappelé que ces aspects avaient été traités dans une large mesure par le précédent Rapporteur spécial. Cependant, comme ils

n'avaient pas fait l'objet d'un consensus, il était utile que la Commission examine de nouveau les points de controverse avec un peu plus de recul. La Rapporteuse spéciale a indiqué à cet effet qu'elle comptait présenter déjà des projets d'articles dans son rapport suivant.

2. Résumé du débat

a) Observations générales

89. Les membres ont accueilli favorablement le rapport préliminaire de la Rapporteuse spéciale et l'accent qui y était mis sur les aspects méthodologiques, conceptuels et structurels en vue de dégager les grandes lignes des travaux futurs de la Commission. Tout comme la Rapporteuse spéciale, ils ont rendu hommage à l'éminente contribution doctrinale de M. Roman A. Kolodkin, le précédent Rapporteur spécial, dont les travaux, tout comme l'étude du Secrétariat, resteraient très utiles à l'œuvre entreprise par la Commission.

90. Les membres ont également rappelé que le sujet était complexe et soulevait des questions politiquement délicates pour les États. À ce propos, certains membres ont dit qu'il était important de veiller à ce que toute approche méthodologique et conceptuelle reste neutre et ne préjuge pas de la discussion sur les questions de fond. Il a été également observé qu'un changement de Rapporteur spécial ne justifiait pas nécessairement un changement radical dans l'approche du sujet.

91. Certains autres membres ont exprimé l'espoir que les résultats des travaux de la Commission contribueraient à la lutte contre l'impunité sans entamer les progrès accomplis jusqu'alors dans ce domaine.

b) Considérations d'ordre méthodologique

1) Développement progressif du droit international et codification

92. Certains membres ont estimé particulièrement importante pour l'examen du sujet la distinction entre développement progressif du droit international et codification. Il a été dit que, dans la mesure du possible, la Commission devait faire la distinction entre ce qui constituait une codification et les propositions de développement progressif du droit faites aux États, d'autant plus que dans ce domaine le droit était principalement appliqué par les juridictions internes, dans le cadre d'affaires politiquement délicates. Une telle distinction contribuerait à aider ces juridictions.

93. En outre, étant donné que dans le cadre de l'examen du sujet la Commission serait probablement confrontée à des questions concernant des aspects «évolutifs» du droit international, il a été dit qu'elle devrait, pour plus de transparence, analyser de façon séparée les tendances ayant le caractère de *lex lata* et les propositions de *lege ferenda*.

94. Certains membres ont souscrit au point de vue de la Rapporteuse spéciale selon lequel il serait utile de se concentrer dans un premier temps sur des considérations relevant de la *lex lata* et d'envisager ultérieurement d'éventuelles propositions de *lege ferenda*.

95. En revanche, certains autres membres ont souligné qu'il était essentiel de ne pas transformer la distinction entre codification et développement progressif en une opposition artificielle entre une conception du droit qui serait conservatrice et une autre qui serait progressiste, et de se garder d'assimiler *lex lata* et codification ou développement progressif et *lex ferenda*. Lorsque la Commission faisait œuvre de développement progressif du droit, elle ne se contentait pas de définir ce que le droit était ou devait être à son avis; elle se fondait sur une évaluation de la pratique des États alors que le droit n'était peut-être pas suffisamment développé ou était incertain, ou qu'il n'existait pas de règles en la matière.

Le développement progressif du droit international relevait tout autant du mandat de la Commission que la codification. L'ensemble du processus était subtil et fluide plutôt que marqué par une nette distinction.

96. À cet égard, l'existence d'un argument convaincant en faveur d'une nette distinction, aux fins de la méthode, entre codification et développement progressif du droit international a été mise en doute. Il a été rappelé que, dans la pratique de la Commission, il n'existait pas une telle différence entre codification et développement progressif. La distinction relevait probablement plus de la rhétorique que de la pratique même si, de temps à autre, dans le commentaire de projets d'articles, la Commission indiquait que la voie suivie à propos d'une question donnée s'apparentait plutôt au développement progressif.

97. Il a été jugé essentiel que la Rapporteuse spéciale procède à une analyse objective de la pratique pertinente, de la doctrine et de toute nouvelle tendance, à la lumière des valeurs et principes du droit international contemporain et que, sur cette base, elle propose les projets d'articles qui lui sembleraient appropriés pour le sujet.

2) Approche systémique

98. Certains membres ont considéré que l'approche systémique proposée par la Rapporteuse spéciale, même si elle paraissait valable, avait un caractère abstrait et déductif, par opposition à un raisonnement orienté vers la pratique et inductif qui était considéré comme mieux adapté pour parvenir à de solides conclusions de droit, indépendamment de la question de savoir si le but était de recenser la *lex lata* ou de faire des propositions *de lege ferenda*. Il a été souligné que même les catégorisations abstraites trouvaient leur fondement dans des faits empiriques et devaient être justifiées en conséquence.

99. En revanche, il a été dit qu'il n'était pas nécessaire de prendre position dans l'immédiat sur ce que supposait une approche systémique. Il importait que la Commission se détermine en tenant compte de la nécessité de trouver un équilibre entre le respect de la souveraineté et le souci de protéger les personnes vulnérables, notamment les victimes de crimes abominables. Il était essentiel que la Commission tienne compte de l'émergence de nouvelles valeurs dans le droit international contemporain qui, sans remettre en cause le principe de souveraineté et les notions qui en découlaient, comme l'immunité, tendaient à privilégier aussi l'humanisme juridique et la reconnaissance d'une société internationale.

3) Tendances du droit international

100. Certains membres ont mis en garde la Commission contre l'affirmation selon laquelle il existait une «tendance» vers une limitation des immunités et de leur portée devant les juridictions nationales. Il a d'ailleurs été rappelé que dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*²⁸⁴, la Cour internationale de Justice avait réfuté la thèse des tribunaux italiens relative à l'existence en droit international d'une tendance à limiter l'immunité de l'État dans l'application de l'exception territoriale à raison d'actes *jure imperii*, et avait relevé une tendance contraire à réaffirmer l'immunité devant les juridictions pénales nationales. Il a en outre été rappelé que la décision rendue en l'affaire *Pinochet*, depuis son prononcé en 1999, n'avait pas été largement suivie. Certains autres membres se sont référés à l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*²⁸⁵, qui semblait indiquer qu'au mieux, il n'existait pas de règle concernant l'immunité *ratione*

²⁸⁴ Arrêt du 3 février 2012.

²⁸⁵ Voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt du 14 février 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, opinion individuelle commune des juges Higgins, Kooijmans et Buergenthal, par. 85.

materiae pour ce qui était des crimes internationaux les plus graves et qu'il y avait peut-être une tendance vers l'absence d'immunité.

4) Valeurs de la communauté internationale

101. À propos de la question connexe des valeurs de la communauté internationale, certains membres ont appelé l'attention sur la difficulté que pouvait présenter la transposition de «valeurs» en des règles et principes opérationnels de droit international. Il a été dit que la question décisive à ce propos n'était pas tant de savoir s'il fallait donner effet aux principes et valeurs de la communauté internationale, qui étaient également en cours d'intégration dans le droit international, en particulier les valeurs associées à la lutte contre l'impunité comme le suggérait la Rapporteuse spéciale, mais plutôt de savoir comment on devait le faire. Il a été souligné à cet égard que les règles relatives à l'immunité représentaient elles aussi des valeurs de la communauté internationale. Quitte à rechercher un certain équilibre entre différentes valeurs, un tel arbitrage devait être solidement fondé et être examiné dans le cadre des règles générales relatives à la formation et à l'identification du droit international coutumier.

102. Certains membres ont mis en garde la Commission contre l'emploi d'expressions comme «système de valeurs», qui risquaient d'être interprétées comme des euphémismes visant à imposer certaines valeurs par rapport à d'autres.

103. Certains autres membres, exprimant un point de vue opposé, ont fait observer que le droit n'existait pas dans le vide et n'était pas nécessairement neutre. En tout état de cause, l'approche proposée par la Rapporteuse spéciale révélait son intention de procéder dans la transparence plus qu'elle n'indiquait un changement radical par rapport à ce qu'avait toujours fait la Commission, c'est-à-dire débattre des principes et valeurs de la communauté internationale, une fonction caractéristique du droit dans la société. D'ailleurs, le plan d'étude sur le sujet mettait en évidence ces aspects et approches possibles²⁸⁶. La question au cœur du sujet, celle de savoir si la valeur de l'immunité dans les relations entre États devait l'emporter sur la valeur de la lutte contre l'impunité, était fondamentalement l'occasion d'un débat sur les principes et valeurs de la communauté internationale.

5) Identification des questions essentielles

104. Il a été admis qu'aux fins de l'analyse et de l'étude, la subdivision du sujet en questions fondamentales à aborder l'une après l'autre était une méthode valable. Il a été toutefois signalé qu'il importait de ne pas perdre de vue les liens étroits et les interactions qui existaient entre certaines questions que l'on pourrait tenter de distinguer, ne fût-ce qu'aux fins de l'analyse. Cela était encore plus important si l'on considérait que l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* découlaient d'une source juridique commune de la règle de l'immunité, à savoir l'immunité de l'État. De même, il a été souligné qu'il existait une relation étroite entre l'immunité en matière pénale et l'immunité en matière civile, l'évolution dans un domaine pouvant avoir une incidence sur l'autre domaine.

c) Considérations de fond

105. Certains membres ont estimé que si l'immunité de l'État et l'immunité des représentants de l'État n'étaient pas identiques, elles découlaient du même principe, à savoir qu'en droit international il était difficile d'envisager qu'un État exerce sa juridiction, devant ses propres tribunaux internes, sur un autre État ou sur ses représentants; tant le représentant que son État étaient concernés lorsqu'un tribunal interne d'un autre État exerçait cette juridiction. Dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide*

²⁸⁶ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10), annexe A.

judiciaire en matière pénale, la Cour internationale de Justice avait considéré qu'invoquer l'immunité pour un représentant de l'État revenait, en substance, à invoquer l'immunité de l'État, dont le représentant bénéficiait²⁸⁷.

106. En écho au point de vue exprimé par la Rapporteuse spéciale dans son rapport, il a été souligné que pour aborder le fond du sujet, il pouvait être utile de tenir compte des évolutions récentes, notamment de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))* ainsi que des opinions individuelles et dissidentes qui y étaient jointes, tout en reconnaissant qu'il s'agissait en l'espèce de l'immunité de juridiction civile de l'État.

107. Dans leurs observations, des membres ont également considéré qu'il était utile de maintenir la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*. Certains membres ont néanmoins relevé l'affirmation faite par la Rapporteuse spéciale dans son rapport préliminaire selon laquelle l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae* visaient le même objectif, à savoir «préserver les principes, valeurs et intérêts de la communauté internationale dans son ensemble» et avaient pour clef de voûte leur «caractère fonctionnel», et ont demandé des explications sur la portée pratique de ces propositions pour le sujet²⁸⁸, en soulignant notamment que le fondement fonctionnel de l'immunité n'excluait pas d'autres fondements. En outre, il était important que le fondement fonctionnel soit envisagé à la lumière d'autres principes du droit international, comme ceux de l'égalité souveraine des États et de la non-intervention. Certains autres membres ont dit que les deux catégories d'immunité avaient une raison d'être commune, parce qu'elles visaient essentiellement à assurer la stabilité des relations entre États et à faciliter l'exercice continu de fonctions de représentation ou autres fonctions officielles. On a aussi fait observer que la raison d'être des deux catégories d'immunité n'était peut-être pas exactement la même et qu'il pourrait être utile d'examiner plus avant la question afin de déterminer si les différences existant éventuellement à cet égard étaient fondamentales au point qu'il puisse en découler des conséquences différentes. Cependant, certains membres ont fait observer que tant l'immunité *ratione personae* que l'immunité *ratione materiae* avaient clairement un caractère fonctionnel. Certains autres membres n'étaient pas convaincus que l'adjectif «fonctionnel» soit suffisamment clair pour aider à résoudre les problèmes de fond sous-jacents.

1) Champ du sujet

108. Il a été reconnu que la Commission avait déjà traité certains aspects de l'immunité touchant les relations diplomatiques et consulaires, les missions spéciales, la prévention et le châtement des crimes contre des agents diplomatiques et autres personnes protégées sur le plan international, la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales et l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens. Par conséquent, ces efforts de codification devaient être pris en compte afin d'assurer la cohérence et l'harmonie des principes et l'homogénéité dans l'ordre juridique international. En outre, on a souligné que la Commission ne devait pas chercher à accroître ou réduire les immunités dont les personnes bénéficiaient déjà en tant que membres de missions diplomatiques, de représentations consulaires ou de missions spéciales, ou en tant que visiteurs officiels, représentants auprès d'organisations internationales ou personnel militaire.

109. Il a également été rappelé que le champ du sujet se limitait à l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État et qu'il n'était pas question de l'élargir. Par conséquent, le sujet ne concernait pas l'immunité de juridiction invocable

²⁸⁷ *Cour internationale de Justice, certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil*, p. 177, par. 188.

²⁸⁸ Par. 57 et 58 du rapport préliminaire (A/CN.4/654).

devant les tribunaux pénaux internationaux par des représentants de l'État, ni l'immunité de juridiction de leur propre État, ni l'immunité de juridiction civile. En outre, il ne s'agissait pas nécessairement de savoir si le droit international exigeait d'un État qu'il exerce sa juridiction pénale dans certaines circonstances, mais plutôt si, lorsqu'il exerce sa juridiction pénale, un État doit tenir compte de certains aspects de l'immunité conformément au droit international et accorder à un représentant d'un État une telle immunité, le cas échéant.

110. Selon certains membres, il serait utile que la Rapporteuse spéciale analyse les aspects juridictionnels du sujet, en particulier pour déterminer dans quelle mesure la compétence universelle et la juridiction pénale internationale, et la façon dont elles ont évolué, ont une incidence sur le sujet, en s'intéressant aux travaux antérieurs de la Commission sur le projet de principes du droit international reconnu par le Statut du Tribunal de Nuremberg, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, et la création de la Cour pénale internationale. D'autres membres ont toutefois rappelé que la juridiction et l'immunité étaient certes liées, comme l'avait montré l'affaire du *Mandat d'arrêt*²⁸⁹, mais qu'il s'agissait de notions différentes et que l'examen approfondi de considérations juridictionnelles n'apporterait probablement rien aux fins du présent sujet.

111. On a également suggéré que, dans la mesure où l'inviolabilité de la personne était étroitement liée à l'immunité, qu'elle avait une signification pratique immédiate et que son non-respect était susceptible de nuire aux relations entre États, son examen dans le cadre du sujet méritait d'être envisagé.

2) Emploi de certains termes

112. Certains membres ont fait observer que l'emploi de certains termes pour décrire des relations particulières, comme le fait de qualifier l'immunité d'«absolue» ou de la percevoir comme une «exception» risquait ne guère contribuer à éclairer le sujet, et que la question essentielle à examiner était celle de savoir si l'immunité existait dans un cas donné et dans quelle mesure elle était ou devait être limitée. Certains membres ont souligné qu'il importait que la Commission adopte une «approche restrictive» pour traiter le sujet, et évite de donner l'impression que l'immunité était «absolue». Il a également été souligné qu'il fallait s'abstenir de suggérer que la théorie fonctionnelle de justification de l'immunité était de quelque manière que ce soit, intrinsèquement plus restrictive que la théorie représentative ou d'autres théories. Certains membres ont fait valoir que s'il y avait eu un quelconque mouvement vers une limitation de l'immunité, ce mouvement était «vertical» par nature, tendance qui se révélait dans la création du système de justice pénale internationale. Sur le plan «horizontal», dans les relations entre États, la tendance était plutôt à une réaffirmation de l'immunité.

113. On a également noté que des termes tels que «représentant de l'État» devaient être définis et qu'il fallait veiller à ce que les différentes versions linguistiques concordent, afin de s'assurer que c'était bien le même sens qui était transmis. Certains membres ont en outre indiqué que, pour définir un représentant à des fins d'immunité *ratione materiae*, il convenait d'adopter une approche restrictive.

3) Immunité *ratione personae*

114. On a fait observer que l'immunité *ratione personae*, qui était attachée à un statut, était liée à la personne concernée et expirait à la fin de son mandat, et qu'un nombre limité

²⁸⁹ *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 3, par. 59.

de personnes en jouissaient. Si l'immunité, par nature, avait un large champ d'application, elle était en revanche limitée *ratione temporis*.

115. Selon certains membres, l'affirmation de la Rapporteuse spéciale selon laquelle la pratique des États, la doctrine et la jurisprudence semblaient révéler un consensus en formation sur l'immunité *ratione personae* au bénéfice de la triade, avec l'inclusion, en particulier, du ministre des affaires étrangères, devait être examinée plus avant, tout comme la question de savoir si, par-delà la triade, l'immunité *ratione personae* s'appliquait à d'autres représentants de l'État. S'il était vrai que la Cour internationale de Justice, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*²⁹⁰, avait évoqué ces deux aspects, estimant qu'il était clairement établi en droit International que certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, *telles que* le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissaient dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales, cet aspect de l'arrêt avait été critiqué par d'autres membres de la Cour, en doctrine et, dans des débats antérieurs, également par certains membres de la Commission.

116. Pour certains membres, cependant, la question était réglée. Si certains membres étaient disposés à accepter l'immunité *ratione personae* pour la triade, et exclusivement pour la triade, d'autres ont évoqué la possibilité d'en élargir le champ d'application, eu égard aux observations incidentes dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*²⁹¹, à un cercle étroit de personnes occupant un rang élevé dans un État. Compte tenu des différences existant dans divers États en matière de désignation des responsables et de la complexité actuelle de l'organisation du gouvernement, on a également reconnu qu'il était difficile d'élaborer une liste de ces autres personnes occupant un rang élevé. À cet égard, tout en reconnaissant qu'il fallait se garder de trop élargir le cercle certains membres ont estimé qu'il serait bon que la Commission établisse les critères nécessaires, qui couvriraient par exemple la triade et, en se fondant sur les indications données dans l'affaire du *Mandat d'arrêt*²⁹², d'autres personnes occupant un rang élevé lorsqu'une telle immunité était nécessaire pour leur permettre de s'acquitter librement de leurs fonctions pour le compte de l'État qu'elles représentaient. Une autre proposition a été avancée, tendant à élaborer un régime modifié d'immunité *ratione personae* pour une deuxième catégorie de personnes ne faisant pas partie de la triade.

117. La mention occasionnelle qu'il puisse y avoir des exceptions à l'immunité de juridiction pénale étrangère pour les personnes jouissant de l'immunité *ratione personae* a été mise en cause par certains membres de la Commission qui la jugeaient dépourvue de fondement en droit international coutumier. On a également émis des doutes quant à l'utilité d'une telle approche, même dans la perspective du développement progressif.

118. Certains autres membres étaient d'avis que l'intégralité de l'immunité *ratione personae* s'appliquait sans préjudice du développement du droit pénal international.

4) Immunité *ratione materiae*

119. Il a été reconnu que l'immunité *ratione materiae*, qui était fondée sur le comportement, subsistait et pouvait être invoquée même après l'expiration du mandat d'un représentant de l'État. À la différence de l'immunité *ratione personae*, elle concernait un cercle plus large de représentants. On a toutefois suggéré, plutôt que d'essayer d'établir une liste des représentants de l'État pouvant se prévaloir de l'immunité *ratione materiae*, de centrer l'attention sur l'acte lui-même.

²⁹⁰ Ibid., par. 52 à 55.

²⁹¹ Ibid., par. 51.

²⁹² Ibid., par. 51 et 53.

120. La définition d'un acte officiel a été généralement qualifiée d'élément clef. Certains membres sont convenus avec la Rapporteuse spéciale qu'il importait d'étudier attentivement le lien entre les règles d'attribution aux fins de la responsabilité de l'État et les règles relatives à l'immunité des agents de l'État pour déterminer si un agent de l'État agissait ou non à titre officiel. On a considéré qu'il y avait un lien entre le fait qu'un État invoque l'immunité et sa responsabilité à raison du comportement²⁹³.

121. Selon certains membres, un acte attribuable à l'État aux fins de sa responsabilité pour fait internationalement illicite, notamment un acte qui était illégal ou *ultra vires*, devait être considéré comme un acte officiel aux fins de l'immunité.

122. Toutefois, il a également été souligné qu'il pouvait être utile de se pencher davantage sur la question de savoir si l'immunité *ratione materiae* s'étendait aux «actes officiels» qui étaient illégaux ou *ultra vires*. Il a été suggéré que, aux fins du sujet à l'examen, l'accent soit mis sur la responsabilité pénale individuelle, sur le fondement du principe de la culpabilité personnelle. Toutefois, certains membres ont estimé que cette approche était indéfendable dans la mesure où, par définition, l'immunité supposait que l'intéressé pouvait en bénéficier pour le type d'actes en question. Il a été observé que la Commission serait en mesure d'apporter une contribution positive à la définition de la notion d'«acte officiel», étant entendu qu'en l'absence de consensus sur l'existence de l'immunité pour un crime donné, il faudrait conclure, par défaut, à l'absence d'immunité.

123. Selon un autre point de vue, les règles d'attribution concernant la responsabilité de l'État semblaient avoir un intérêt limité, étant donné qu'elles étaient conçues pour répondre à un objectif différent de celui de l'immunité. La distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis* étant déjà bien établie dans le droit de l'immunité de l'État, il a été suggéré qu'elle pouvait être féconde pour élaborer une définition des actes officiels aux fins de l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État. Une telle façon de procéder semblait manifester une approche plus restrictive que la notion large d'attribution au titre de la responsabilité de l'État.

124. On a également souligné qu'il importait de garder à l'esprit que, bien que la responsabilité internationale de l'État et la responsabilité internationale des individus soient liées, les deux notions soulevaient des questions différentes qui devaient être traitées comme telles.

125. De manière générale, la Rapporteuse spéciale a été encouragée à examiner l'ensemble des possibilités de manière plus approfondie. On a également indiqué que si l'on pouvait raisonnablement répondre par la négative à la question de savoir si un comportement prétendument illicite pouvait être imputé à l'État que représentait son auteur au titre de la responsabilité de l'État, il en découlait nécessairement qu'un tel comportement ne pouvait être un «acte officiel» à propos duquel on pouvait invoquer l'immunité *ratione materiae*. Si, en revanche, un tel comportement pouvait être assurément imputé à l'État, il se pouvait alors que: a) le comportement constitue en tant que tel un «acte officiel» et, partant, que le représentant puisse bénéficier en toutes circonstances de l'immunité *ratione materiae*; b) le comportement constitue toujours un «acte officiel», mais dans quelques circonstances exceptionnelles, l'immunité *ratione materiae* puisse être refusée, par exemple lorsque le comportement allégué constituait un crime international grave; ou c) le fait que le comportement puisse être imputé à un État ne permette pas, en tant que tel, de conclure qu'il s'agissait ou non d'un «acte officiel» aux fins de l'immunité *ratione materiae*; dès lors, il fallait s'appuyer plutôt sur quelque autre norme, une norme dérivée, par exemple, d'autres domaines du droit international de l'immunité.

²⁹³ Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale, *supra*, note 287, par. 196

5) Exceptions possibles à l'immunité

126. Il a également été reconnu que la question des exceptions possibles à l'immunité *ratione materiae* était une question difficile, qui méritait la plus grande attention. Certains membres doutaient de l'existence, en droit international coutumier, d'une exception à l'immunité *ratione materiae* fondée sur les droits de l'homme ou le droit pénal international.

127. Quelques autres membres ont fait observer que la Commission devait tenir compte de certaines spécificités en examinant la question de la définition des expressions «actes officiels» et «agissant à titre officiel». Il fallait choisir soit de considérer les crimes internationaux comme n'étant pas des «actes officiels», soit de reconnaître que les crimes internationaux étaient effectivement commis dans le cadre de la mise en œuvre d'une politique de l'État et qu'ils devaient donc être qualifiés d'«actes officiels» pour lesquels l'immunité serait refusée. Dans un cas comme dans l'autre, il serait nécessaire d'analyser la pratique des États et la jurisprudence. À cet égard, on a souligné que, bien que dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, la Cour internationale de Justice ait été saisie d'une question concernant l'immunité de l'État, le raisonnement fondamental de la Cour semblait pertinent pour l'examen du présent sujet. Il a toutefois été observé que dans cette affaire, la Cour avait souligné qu'elle ne s'intéressait qu'à l'immunité de juridiction étrangère de l'État lui-même et que la question de savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure, l'immunité pouvait constituer un obstacle aux poursuites pénales contre un représentant de l'État ne se posait pas en l'espèce.

128. L'arrêt suscitait, chez les membres de la Commission, des avis divergents quant aux questions qui méritaient d'être davantage approfondies.

129. Certains membres ont estimé utile, pour aborder le fond du sujet, que la Commission établisse des analogies avec la totalité de l'arrêt, y compris les opinions individuelles et dissidentes. Les points ci-après ont fait l'objet d'une attention particulière et ont été jugés importants: a) la nécessité d'accentuer la distinction entre *acta jure imperii* et *acta jure gestionis*, ce qui, pour l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État, supposerait une restriction par rapport à la situation au début du XX^e siècle; b) la nécessité de reconnaître la difficulté d'appréhender le droit international moderne qui, d'une part, a élaboré une conception absolue de la souveraineté lorsqu'il s'agit de répondre aux crimes graves préoccupant la communauté internationale mais, d'autre part, accepte des restrictions à la souveraineté lorsque des intérêts commerciaux sont en jeu; c) le fait de dégager de l'examen de la pratique des États eu égard à l'«exception de responsabilité délictuelle» en matière d'immunité de l'État une évolution restrictive analogue s'agissant de l'immunité de juridiction pénale des représentants étrangers, en particulier en l'absence d'une pratique étatique allant clairement dans un sens ou dans l'autre.

130. Certains autres membres ont souligné que le cas dans lequel des violations alléguées de normes de *jus cogens* pouvaient constituer une exception devait être traité séparément et de façon différente du cas de la commission de crimes internationaux – là encore en traitant chaque crime de manière distincte et en définissant précisément des termes tels que «crimes internationaux», «crimes de droit international» ou «crimes graves de droit international» – ou encore de crimes constitutifs de violations de normes de *jus cogens* ou d'obligations *erga omnes*. On a également fait observer que la méthode fondamentale de la Cour était utile pour l'examen du sujet dans la mesure où la Cour avait analysé la pratique des juridictions nationales et conclu que l'idée selon laquelle il existait une limitation à l'immunité de l'État fondée sur la gravité de la violation n'était pas suffisamment fondée, et qu'il fallait donc présumer l'existence de l'immunité *ratione materiae*, à moins qu'une pratique étatique généralisée ne mette en évidence une limitation fondée uniquement sur la gravité de la violation alléguée.

131. En ce qui concerne le *jus cogens*, on a rappelé que dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant))*, la Cour internationale de Justice avait affirmé qu'il n'y avait pas de conflit entre une règle de *jus cogens* et une règle de droit coutumier qui faisait obligation à un État d'accorder l'immunité à un autre. Les deux catégories de règles se rapportaient à des questions distinctes; les règles relatives à l'immunité de l'État, étant de nature procédurale et se bornant à déterminer si les tribunaux d'un État sont fondés à exercer leur juridiction à l'égard d'un autre État, étaient sans incidence sur la question des règles de fond, qui pouvaient être des règles de *jus cogens*, ni sur la question de savoir si le comportement qui avait donné lieu à l'action judiciaire engagée était licite ou illicite²⁹⁴. D'autres membres de la Commission ont toutefois relevé que certaines opinions dissidentes et individuelles de juges allaient dans le sens d'une incidence du *jus cogens* sur les règles relatives aux immunités.

132. Il a également été suggéré que, même lorsque la pratique étatique n'était pas établie, il était possible, au titre du développement progressif, et après avoir mis en balance le risque de compromettre les relations amicales entre États et le désir d'empêcher l'impunité pour les crimes odieux, d'envisager la possibilité: a) d'autoriser uniquement l'État où le crime a été commis ou l'État dont les ressortissants ont été lésés par le crime à refuser l'immunité; b) d'autoriser un État à rejeter une demande d'immunité uniquement dans le cas où l'auteur du crime était physiquement présent sur le territoire de l'État; et/ou c) d'autoriser un État à rejeter une demande d'immunité uniquement lorsque les poursuites ont été autorisées par le ministre de la justice ou un représentant de même niveau de cet État.

133. Reconnaissant que certaines questions de fond étaient liées aux garanties procédurales, il a également été suggéré qu'il pouvait être utile que la Commission examine, dans le cadre du sujet, le pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de poursuites et la possibilité de demander au procureur, à une étape initiale de la procédure, d'établir à première vue que le représentant ne pouvait pas prétendre à l'immunité. L'examen de ces aspects permettrait à un tribunal exerçant une juridiction pénale d'écarter des accusations sans fondement.

d) Aspects procéduraux

134. Certains membres de la Commission ont estimé que les aspects de fond et les aspects procéduraux du sujet étaient étroitement liés, et qu'il y aurait probablement plus de chances de parvenir à un consensus sur certains aspects si l'on examinait au préalable les aspects procéduraux. D'autres membres ont toutefois affirmé qu'il fallait d'abord porter l'attention sur les aspects de fond de l'immunité avant d'en examiner les aspects procéduraux. Une autre possibilité consistait à traiter à la fois le fond et la procédure lorsqu'il s'agirait d'examiner l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*.

135. Il a également été suggéré que la Commission traite la question du pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de poursuites afin de prévoir des garanties suffisantes pour prévenir tout abus. En effet, il a été observé que si certains éléments procéduraux – tels que le degré de pouvoir d'appréciation accordé à un procureur – étaient réglés rapidement, il serait peut-être plus facile de progresser sur les questions de fond.

e) Forme définitive

136. Certains membres ont jugé essentiel que la Commission parte du principe qu'un instrument contraignant serait finalement élaboré. Selon d'autres membres, en revanche, il était prématuré de se prononcer sur la forme définitive des travaux de la Commission sur le

²⁹⁴ Arrêt du 3 février 2012, par. 92 à 95.

sujet à l'examen. L'intention de la Rapporteuse spéciale d'élaborer et de présenter des projets d'articles sur le sujet, qui pourraient être achevés en première lecture durant le quinquennat en cours, était néanmoins globalement soutenue. Tout en reconnaissant qu'il était prématuré d'indiquer le nombre de projets d'articles à présenter, on a suggéré d'accorder la priorité à l'examen des questions fondamentales plutôt que de formuler des règles détaillées sur tous les aspects du sujet.

3. Observations finales de la Rapporteuse spéciale

137. La Rapporteuse spéciale a remercié les membres de leurs commentaires utiles et constructifs et a souligné que la Commission travaillait comme un organe collégial et que ces commentaires avaient enrichi le débat et seraient pleinement pris en considération dans ses travaux futurs. Elle a réaffirmé sa volonté de tenir compte des travaux entrepris par le précédent Rapporteur spécial et par le Secrétariat dans son étude ainsi que des travaux antérieurs de la Commission sur des sujets connexes, tout en proposant une nouvelle approche qui faciliterait le consensus au sein de la Commission sur les aspects controversés du sujet.

138. La Rapporteuse spéciale a également noté avec satisfaction que les commentaires faits dénotaient une réceptivité générale et qu'un large soutien avait été apporté à la méthodologie et aux approches qu'elle avait l'intention de suivre, y compris, en particulier, la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae*, que l'on chercherait à préciser au cours des travaux sur le sujet; l'approche systématique proposée et le traitement des différents groupes de questions un par un. Dans ce cadre, elle a rappelé qu'aucune approche méthodologique ne pouvait être tout à fait neutre dans les travaux de la Commission. Elle a confirmé qu'elle prévoyait de poursuivre ses travaux en se fondant sur un examen approfondi de la pratique des États, de la doctrine et de la jurisprudence tant au niveau national qu'international. Elle a également dit qu'il fallait prendre en considération les valeurs et principes et se concentrer sur ceux qui étaient largement acceptés et reflétaient un consensus international. L'objectif général consisterait à adopter une approche équilibrée de l'immunité qui n'aille pas à l'encontre des efforts consentis par la communauté internationale pour combattre l'impunité pour les crimes internationaux les plus graves. La Rapporteuse spéciale a également noté que la question des exceptions possibles à l'immunité serait extrêmement importante dans les débats de la Commission. Il a été noté que, bien que des notions telles que l'immunité «absolue» ou «relative» soient trop limitées à des fins d'analyse, elles pourraient servir à établir une distinction claire lorsque la Commission examinerait le régime des exceptions possibles. De l'avis de la Rapporteuse spéciale, seuls les crimes qui concernaient l'ensemble de la communauté internationale, qui étaient abominables et largement reconnus comme tels et qui faisaient l'objet d'un vaste consensus, notamment le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, mériteraient d'être pris en considération dans les débats sur les exceptions possibles. Toujours dans ce contexte, il serait essentiel d'examiner la pratique des États et les travaux préalables de la Commission.

139. La Rapporteuse spéciale a conclu, à la lumière du débat, que le plan de travail figurant au paragraphe 72 de son rapport préliminaire restait pleinement valide. Par conséquent, elle a affirmé qu'elle souhaitait entreprendre, de façon systématique et structurée, l'examen et l'analyse des quatre groupes de questions recensées dans le plan de travail proposé, à savoir les questions générales de nature méthodologique et théorique, l'immunité *ratione personae*, l'immunité *ratione materiae* et les aspects procéduraux de l'immunité, d'une manière concrète et pratique, en intégrant dans ses rapports sur le fond les projets d'articles correspondants. Elle a indiqué qu'elle s'efforcerait, l'année suivante, de traiter les questions générales mentionnées à l'alinéa 1 de son plan de travail, ainsi que les divers aspects de l'immunité *ratione personae*. Elle a également exprimé l'espoir qu'il serait possible d'achever la première lecture des projets d'articles pendant le quinquennat en cours.

Chapitre VII

L'application provisoire des traités

A. Introduction

140. La Commission, à sa soixante-troisième session (2011), a décidé d'inscrire le sujet «L'application provisoire des traités» à son programme de travail à long terme²⁹⁵, sur la base de la proposition figurant à l'annexe C du rapport de la Commission sur les travaux de cette session²⁹⁶. L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 66/98 du 9 décembre 2011, a pris note, entre autres, de l'inscription de ce sujet au programme de travail à long terme de la Commission.

B. Examen du sujet à la présente session

141. À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012, la Commission a décidé d'inscrire le sujet «L'application provisoire des traités» à son programme de travail et a nommé M. Juan Manuel Gómez-Robledo Rapporteur spécial pour le sujet.

142. À sa 3151^e séance, le 27 juillet 2012, le Rapporteur spécial a présenté à la Commission un rapport oral sur les consultations officielles tenues sur ce sujet, sous sa présidence, les 19 et 25 juillet 2012 (voir par. 144 à 155 ci-dessous). À la même séance, la Commission a pris note de ce rapport.

143. À la même séance également, la Commission a décidé de prier le Secrétariat de préparer une étude sur les travaux précédemment entrepris par la Commission sur ce sujet dans le contexte de ses travaux sur le droit des traités, et sur les travaux préparatoires relatifs aux dispositions pertinentes de la Convention de 1969 sur le droit des traités.

Rapport du Rapporteur spécial concernant les consultations officielles tenues sur le sujet

144. L'objet de ces consultations officielles était d'engager un dialogue informel avec les membres de la Commission sur un certain nombre de questions pouvant présenter un intérêt pour l'examen de ce sujet durant le quinquennat en cours. Le Rapporteur spécial avait l'intention de soumettre son premier rapport sur le fond à la soixante-cinquième session de la Commission (2013). Il avait néanmoins communiqué aux membres de la Commission un document informel présentant certains éléments préliminaires, à rapprocher du plan d'étude établi par M. Giorgio Gaja, c'est-à-dire l'avant-projet pour ce sujet, qui était reproduit à l'annexe C du rapport de la Commission de 2011 (A/66/10). De l'avis du Rapporteur spécial, l'examen de ce sujet par la Commission devait avant tout se fonder sur ses travaux sur le sujet concernant le droit des traités, ainsi que sur les travaux préparatoires relatifs aux dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

145. À ce stade initial, le Rapporteur spécial avait jugé approprié de solliciter le point de vue des membres de la Commission sur un certain nombre de questions précises, dont les suivantes: 1) les formalités qu'il y aurait lieu de considérer comme des conditions préalables de l'application provisoire d'un traité et de sa cessation; 2) dans quelle mesure

²⁹⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 365 à 367.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 348 à 352.

l'article 18 de la Convention de Vienne de 1969, qui énonce l'obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur, intéressait le régime de l'application provisoire visé à l'article 25 de la Convention de Vienne; 3) dans quelle mesure la situation juridique créée par l'application provisoire de traités était pertinente aux fins de l'identification de règles du droit international coutumier; et 4) la nécessité d'obtenir des indications sur la pratique des États.

146. Ces questions ainsi que d'autres aspects du sujet avaient donné lieu à un riche débat.

147. Les deux premières questions avaient suscité plusieurs commentaires et propositions, que le Rapporteur spécial entendait prendre en considération dans ses rapports. Concernant en particulier les relations entre les articles 18 et 25 de la Convention de Vienne de 1969, les membres qui s'étaient exprimés sur ce point avaient dans leur majorité estimé que l'application provisoire visée à l'article 25 allait au-delà de l'obligation générale de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur. Il existait certes un lien entre les deux articles dans la mesure où l'un et l'autre concernaient la période précédant l'entrée en vigueur du traité, mais les deux dispositions donnaient naissance à des régimes juridiques différents et devaient donc être traitées comme telles.

148. Pour ce qui était de savoir quel intérêt présentait la situation créée par l'application provisoire de traités aux fins de l'identification de règles du droit international coutumier, le sentiment généralement exprimé était que les aspects relatifs à la formation et à l'identification du droit international coutumier devaient être exclus du champ de ce sujet. Une analyse de la valeur coutumière de l'article 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités pouvait néanmoins être envisagée.

149. Concernant la pratique des États et son utilisation éventuelle, il avait été observé que si la Commission ne devait pas s'intéresser directement à des questions qui restaient un simple fait au regard du droit international, les travaux sur le sujet ne pouvaient tout simplement pas faire abstraction de la position des États sur le plan interne quant à l'application provisoire des traités. Il avait été dit à cet égard qu'il serait utile pour les travaux de la Commission que celle-ci dispose d'un aperçu représentatif de la pratique pertinente des États.

150. Il avait également observé qu'il serait utile pour les travaux de la Commission que celle-ci dispose d'exemples de clauses de traités relatives à l'application provisoire des instruments concernés.

151. Les autres points abordés lors des débats concernaient, par exemple, le sens exact de l'expression «application provisoire» d'un traité; les diverses formes et manifestations visées par cette institution juridique; la base juridique de l'application provisoire d'un traité, à savoir l'article 25 lui-même ou un accord conclu parallèlement au traité; la question des organes compétents pour décider de l'application provisoire et le lien entre cette question et l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969; la question de savoir si le régime juridique de l'application provisoire était identique pour différents types de traités; le point de savoir si l'application provisoire d'un traité donnait naissance à des obligations juridiquement contraignantes dont la violation engagerait la responsabilité internationale de l'État ou des États concernés; et les modalités et effets de la cessation de l'application provisoire d'un traité, qui pouvaient soulever des questions liées aux règles régissant l'extinction et la suspension de l'application des traités énoncées dans plusieurs articles de la section 3 de la partie V de la Convention de Vienne de 1969.

152. La question du résultat final des travaux de la Commission sur ce sujet avait aussi été abordée lors des débats. Le sentiment général était qu'il était encore prématuré de prendre une décision sur ce point. La possibilité d'élaborer des projets d'articles avait été mentionnée par certains membres mais d'autres formes possibles, comme des directives et des clauses types, avaient aussi été évoquées et ne devaient pas être exclues à ce stade.

153. Certains membres avaient mentionné la possibilité de demander au Secrétariat de préparer une étude sur ce sujet. Au terme de consultations avec le Secrétariat, le Rapporteur spécial estimait qu'il serait très utile de disposer d'une étude sur les travaux précédemment entrepris par la Commission sur ce sujet dans le contexte de ses travaux sur le droit des traités, ainsi que sur les travaux préparatoires relatifs aux dispositions pertinentes de la Convention de 1969 sur le droit des traités. Il proposait donc que la Commission charge le Secrétariat d'élaborer une telle étude.

154. Le Rapporteur spécial a exprimé ses sincères remerciements à tous les membres de la Commission qui avaient participé à ces consultations officielles et qui lui avaient fait part de leurs précieux commentaires et suggestions sur de nombreux aspects de ce sujet. Cet échange de vues faciliterait grandement sa tâche pour établir son premier rapport.

155. Le Rapporteur spécial a indiqué que la Commission ne devait pas avoir pour but de modifier la Convention de Vienne de 1969. Elle devait plutôt viser à extraire tout ce qui pouvait servir aux États pour envisager de recourir à l'application provisoire d'un traité dans certaines circonstances et à certaines conditions. Il était indispensable de préserver la souplesse inhérente à cette démarche.

Chapitre VIII

La formation et l'identification du droit international coutumier

A. Introduction

156. La Commission, à sa soixante-troisième session (2011), a décidé d'inscrire à son programme de travail à long terme le sujet «La formation et l'identification du droit international coutumier»²⁹⁷, sur la base de la proposition figurant à l'annexe A du rapport de la Commission sur les travaux de cette session²⁹⁸. L'Assemblée générale, au paragraphe 7 de sa résolution 66/98 du 9 décembre 2011, a pris note, entre autres, de l'inscription de ce sujet au programme de travail à long terme de la Commission.

B. Examen du sujet à la présente session

157. À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012, la Commission a décidé d'inscrire le sujet «La formation et l'identification du droit international coutumier» à son programme de travail et a nommé M. Michael Wood Rapporteur spécial pour le sujet.

158. Durant la seconde partie de la session, la Commission était saisie d'une note du Rapporteur spécial (A/CN.4/653), qu'elle a examinée à ses 3148^e, 3150^e, 3151^e et 3152^e séances, les 24, 26, 27 et 30 juillet 2012.

159. À sa 3153^e séance, le 30 juillet 2012, la Commission a prié le Secrétariat de préparer une étude recensant les éléments des travaux antérieurs de la Commission qui pourraient être particulièrement utiles pour ce sujet.

1. Présentation de sa Note par le Rapporteur spécial

160. Le Rapporteur spécial a fait observer que l'incertitude entourant le processus de formation des règles du droit international coutumier était parfois perçue comme une faiblesse du droit international en général. Ainsi, l'étude de ce sujet par la Commission pourrait contribuer à favoriser l'acceptation de l'état de droit dans les affaires internationales. Le Rapporteur spécial espérait aussi qu'elle offrirait un guide pratique aux juges et aux juristes exerçant dans une large gamme de domaines, y compris à ceux qui, sans être nécessairement des spécialistes du droit international, étaient néanmoins appelés à appliquer ce droit.

161. La Note, qu'il convenait de rapprocher de l'annexe A du rapport annuel de 2011 de la Commission²⁹⁹, avait pour but d'amorcer le débat. La section II énumérait sept «points préliminaires» qui pourraient être traités par le Rapporteur spécial dans un rapport qui serait soumis à la soixante-cinquième session (2013). La Note abordait la question de la méthodologie. À cet égard, le Rapporteur spécial envisageait de s'attacher tout particulièrement à l'approche suivie par la Cour internationale de Justice et, avant elle, par la Cour permanente de justice internationale, envers le droit international coutumier. Outre l'examen des considérations de la Cour sur la méthodologie, il était nécessaire d'étudier sa pratique effective dans des affaires particulières. Cela étant, l'approche d'autres cours et

²⁹⁷ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10), par. 365 à 367.

²⁹⁸ Ibid., annexe A, p. 322 à 331.

²⁹⁹ Ibid.

tribunaux internationaux, et de juridictions nationales, pouvait aussi fournir des renseignements utiles.

162. La pratique des États concernant la formation et l'identification du droit international coutumier, quoique certainement importante, risquait d'être difficile à déterminer. Il faudrait néanmoins tenter de rechercher dans quelles situations les États se considéraient comme étant eux-mêmes juridiquement liés par la coutume internationale, et d'élucider comment leur pratique devait être interprétée.

163. L'expérience de ceux qui avaient tenté d'identifier le droit international coutumier dans des domaines particuliers, comme les auteurs de l'étude commandée par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur «Le droit international humanitaire coutumier»³⁰⁰, pouvait apporter une contribution non négligeable au sujet. Les ouvrages d'auteurs sur la formation du droit international coutumier – ouvrages de doctrine, monographies et articles spécialisés, notamment – pouvaient aussi contribuer grandement à éclairer le sujet. Si différentes approches théoriques pouvaient parfois conduire à des résultats analogues, ce n'était pas toujours le cas.

164. La section III de la Note était consacrée à la délimitation du sujet et aux résultats éventuels des travaux de la Commission – deux questions liées mais distinctes.

165. La délimitation du sujet ne semblait pas poser de difficultés particulières. Le Rapporteur spécial n'avait pas d'idée tranchée sur la question de savoir si la Commission devait inclure le *jus cogens* dans le cadre de ce sujet même si, à première vue, il pensait que le *jus cogens* ne relevait pas réellement du sujet.

166. Quant à la forme que pourraient prendre les résultats des travaux de la Commission, le Rapporteur spécial suggérait un ensemble de «conclusions» ou de «directives» assorties de commentaires; une convention ne conviendrait guère dans ce domaine et ne correspondrait pas à la nécessité de préserver la souplesse inhérente au processus coutumier. En revanche, ces conclusions devraient être relativement simples et claires afin de présenter une utilité pratique même pour des non-spécialistes du droit international.

167. Le Rapporteur spécial était d'avis qu'il conviendrait de solliciter certaines informations des gouvernements. Il accueillerait également avec intérêt toute information ou réflexion que les membres de la Commission lui communiqueraient sur le sujet.

168. Enfin, le Rapporteur spécial a demandé aux membres de la Commission de lui faire part de leurs premières réactions à la proposition de calendrier des travaux figurant à la section IV de la Note.

2. Résumé du débat

a) Observations générales

169. L'importance du sujet, ainsi que son intérêt pratique et théorique, ont été soulignés par plusieurs membres, compte tenu du rôle non négligeable que le droit international coutumier continuait de jouer dans le système juridique international, ainsi que dans l'ordre constitutionnel et le droit interne de nombreux États. Certains membres ont estimé que les travaux de la Commission sur ce sujet étaient utiles pour guider non seulement les spécialistes du droit international, mais aussi les spécialistes du droit interne – dont les juges, les juristes de la fonction publique et les praticiens – qui étaient souvent appelés à appliquer les règles du droit international coutumier. D'autre part, plusieurs membres ont

³⁰⁰ J.-M. Henckaert et Louise Doswald-Beck, *Le droit international humanitaire coutumier*, CICR/Cambridge University Press, vol. I, 2006; vol. II, 2005 (version anglaise).

souligné la difficulté propre de ce sujet, dont l'examen posait de réels défis pour la Commission.

170. Selon un avis différent, on pouvait douter que les travaux de la Commission sur ce sujet, dans la mesure où celle-ci entendait suivre une approche globale du droit international coutumier, puissent produire des résultats fructueux; par ailleurs, envisager dans une même démarche la notion dynamique de «formation», qui visait un processus, et la notion statique d'«identification», qui supposait un corpus de règles existant, était source d'une certaine confusion.

171. D'une manière générale, il a été estimé que la Commission ne devait pas être excessivement prescriptive, afin de ne pas altérer la souplesse du processus coutumier. On a aussi fait observer que, vu la complexité et le caractère délicat du sujet, et compte tenu aussi de la nature «spontanée» du processus coutumier, la Commission devait adopter une approche modeste du sujet; ainsi, elle ne devait à aucun moment s'engager dans un exercice de codification proprement dit. L'idée a aussi été exprimée que l'objectif de la Commission devait être de contribuer à clarifier les règles actuelles relatives à la formation et à l'identification du droit international coutumier, et non d'avancer de nouvelles règles.

172. Le calendrier des travaux pour le quinquennat proposé dans la Note a été largement appuyé, même si certains membres ont estimé qu'il était relativement ambitieux et qu'il devait être mis en œuvre avec toute la souplesse nécessaire. On a insisté sur le fait qu'il fallait que les États puissent présenter leurs commentaires sur le résultat complet des travaux avant son adoption définitive par la Commission.

b) Portée du sujet et définitions

173. L'approche du Rapporteur spécial concernant la portée du sujet, telle qu'elle était exposée dans la Note, a été appuyée. En particulier, plusieurs membres sont convenus que les travaux sur ce sujet devraient couvrir la formation et l'identification du droit coutumier dans les différents domaines du droit international.

174. Selon certains membres, cependant, les travaux de la Commission devaient être principalement axés sur les moyens d'identification des règles du droit international coutumier, plutôt que sur la formation de ces règles. Selon un avis, la Commission ne devait pas tenter de décrire le mode de formation du droit coutumier, mais devait se concentrer sur la question plus opérationnelle de son identification, c'est-à-dire celle de savoir comment établir la preuve d'une règle coutumière. Certains membres ont toutefois souligné que la formation et l'identification du droit international coutumier étaient étroitement liées. Il a été également observé qu'une clarification du processus de formation du droit coutumier revêtait une importance à la fois théorique et pratique en raison du caractère du droit coutumier en tant que résultat d'un processus.

175. Tout en admettant la nécessité, dans le cadre de l'examen de ce sujet, d'aborder la distinction entre droit international coutumier et principes généraux de droit, il a été suggéré d'éviter toute conclusion définitive sur ces derniers, car les principes généraux possédaient leurs propres complexités et incertitudes.

176. Plusieurs membres ont appuyé l'idée de ne pas inclure une étude générale du *jus cogens* dans le champ du sujet. On a fait observer que la notion de *jus cogens* présentait ses propres difficultés sous l'angle de la formation, de la preuve et de la typologie. Il a été également observé que déterminer l'existence d'une règle coutumière était une toute autre question que celle de déterminer si une telle règle avait aussi pour caractéristique supplémentaire de ne pas être susceptible de dérogation par voie conventionnelle. Selon certains membres, si la Commission décidait de ne pas inclure le *jus cogens* dans le champ du sujet, elle devait en expliquer les motifs. Selon un autre avis, le Rapporteur spécial devait reconsidérer son intention de ne pas traiter des normes du *jus cogens* dès lors que ces

normes avaient, pour l'essentiel, un caractère coutumier. L'avis a aussi été exprimé qu'il serait prématuré d'exclure à ce stade une analyse du *jus cogens*.

177. La nécessité de clarifier certains termes relatifs au sujet a été soulignée. Plusieurs membres ont appuyé la proposition du Rapporteur spécial concernant l'établissement d'un bref lexique des termes pertinents dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, en insistant particulièrement sur la nécessité d'expliquer des termes comme «droit international général» et «droit des gens», ainsi que leur relation avec la notion de coutume.

c) Méthodologie

178. Plusieurs membres ont appuyé la proposition du Rapporteur spécial d'axer l'étude sur les aspects pratiques du sujet plutôt que sur la théorie; il a été affirmé en particulier que la Commission ne devait pas tenter d'évaluer le bien-fondé des différentes approches théoriques du droit international coutumier. Néanmoins, certains membres ont indiqué qu'une analyse des principales théories serait utile pour comprendre la nature du droit coutumier et le processus de sa formation. On a fait observer que pour que le résultat pratique auquel visait la Commission puisse être considéré comme faisant autorité et comme étant un moyen utile pour la communauté internationale dans son ensemble d'identifier les règles du droit international coutumier, il devait être fondé sur une étude approfondie qui ne pourrait éviter un examen approprié de certaines questions et controverses théoriques concernant le sujet.

179. L'attention a été appelée sur la question du public cible, c'est-à-dire celui à l'intention duquel la Commission entreprenait ce travail. À ce propos, il a été dit qu'il fallait dûment différencier la perspective subjective des États, la perspective «intersubjective» d'un décideur tiers, et la perspective objective d'un observateur détaché, afin d'éviter toute confusion.

180. Certains membres ont appuyé l'idée du Rapporteur spécial de mettre particulièrement l'accent sur l'analyse de la jurisprudence des juridictions internationales, et plus particulièrement de la Cour internationale de Justice et de sa devancière. L'attention a cependant été appelée sur la nécessité de prendre aussi en considération la jurisprudence d'autres cours et tribunaux internationaux, y compris les juridictions régionales, dont certaines avaient apporté une contribution importante à l'identification de règles coutumières dans des domaines particuliers du droit international comme le droit international pénal ou le droit international des droits de l'homme. Certains membres étaient d'avis qu'il convenait d'apprécier de manière critique la jurisprudence pertinente, notamment en signalant toute incohérence méthodologique qui pourrait être décelée dans des décisions juridictionnelles. Il a été proposé d'étudier également les divergences jurisprudentielles quant à l'identification d'une règle du droit international coutumier.

181. Selon un autre avis, une méthode de travail s'appuyant excessivement, aux fins de ce sujet, sur la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux serait problématique, compte tenu du contexte «intersubjectif» des procédures juridictionnelles et du nombre restreint de domaines couverts par des précédents judiciaires. Il a aussi été signalé que, dans de nombreux cas, les cours et tribunaux internationaux n'indiquaient pas le raisonnement suivi pour affirmer l'existence d'une règle de droit coutumier.

182. Certains membres ont fait état de la nécessité de rechercher et d'analyser la pratique pertinente des États – y compris la jurisprudence des tribunaux internes – ainsi que la pratique d'autres sujets du droit international comme les organisations internationales. Il a été souligné qu'il importait que la Commission fonde ses travaux sur la pratique contemporaine, et qu'il était nécessaire de prendre en considération la pratique d'États appartenant à tous les principaux systèmes juridiques du monde, dans toutes les régions.

183. Il a été suggéré qu'en plus des travaux entrepris par l'Association de droit international³⁰¹ et par le CICR³⁰², ainsi que des travaux antérieurs de la Commission³⁰³ elle-même qui pourraient être pertinents pour le sujet, d'autres travaux effectués dans ce domaine par des chercheurs individuels, des établissements universitaires ou des sociétés savantes fassent l'objet d'une attention particulière. Plus généralement, on a insisté sur l'importance que revêtait l'utilisation de sources pertinentes provenant des différentes régions du monde, représentant la diversité des cultures juridiques et rédigées dans différentes langues.

d) Points à examiner

184. Certains membres ont suggéré que les travaux sur ce sujet soient axés sur une analyse des éléments de la pratique des États et de l'*opinio juris*, y compris leur qualification, leur valeur et leurs expressions ou manifestations possibles dans le contexte de la formation et de l'identification du droit international coutumier. Il a été proposé que la Commission examine en particulier dans quelle mesure ces deux éléments servaient de base aux cours et tribunaux, y compris la Cour internationale de Justice et sa devancière, ainsi qu'aux États lorsqu'ils présentaient leur argumentation concernant l'existence ou la non-existence d'une règle de droit international coutumier, devant des instances juridictionnelles ou dans des enceintes diplomatiques.

185. Certains membres ont également appuyé l'idée d'examiner les origines de l'article 38, paragraphe 1 b), du Statut de la Cour internationale de Justice, en s'attachant aux travaux préparatoires relatifs à la disposition correspondante du Statut de la Cour permanente de justice internationale, et d'étudier la manière dont cette disposition était interprétée par les cours et tribunaux, et plus généralement au sein de la communauté internationale.

186. Il a été proposé que la Commission examine dans quelle mesure le processus de formation des règles du droit international coutumier avait été modifié par suite des profonds changements – notamment l'accroissement important du nombre d'États – qui étaient survenus dans le système juridique international au cours de la seconde moitié du XX^e siècle; on a en outre laissé entendre que ces modifications avaient compliqué, dans une certaine mesure, l'étude de la formation et de l'identification du droit international coutumier.

187. La question de savoir s'il existait des approches différentes du droit coutumier dans les divers domaines du droit international a été évoquée au cours des débats. L'avis a été exprimé qu'il fallait répondre à cette question, non pas a priori, mais sur la base d'une étude approfondie de la pratique pertinente.

188. La question du degré de participation des États à la formation des règles du droit international coutumier a été mentionnée par plusieurs membres. Évoquant, notamment, les

³⁰¹ *London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law* (Déclaration de Londres sur les principes applicables à la formation du droit international coutumier général), Résolution 16/2000 (Formation du droit international coutumier général), adoptée le 29 juillet 2000 par l'Association de droit international; voir Association de droit international, Rapport de la soixante-neuvième Conférence, Londres, p. 39. Pour le débat en plénière, voir *ibid.*, p. 922 à 926. Pour la Déclaration de Londres, voir le même document, p. 712 à 777, et le rapport de la session de travail de la Commission sur la formation du droit international coutumier (général), tenue en 2000, voir p. 778 à 790.

³⁰² Voir *supra*, note 300.

³⁰³ Voir, en particulier, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa deuxième session (5 juin-29 juillet 1950), par. 24 à 94, *Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 367 à 374 (Part II, Ways and Means for Making the Evidence of Customary International Law More Readily Available).

situations dans lesquelles le comportement d'un État particulier ou d'un groupe particulier d'États pouvait requérir une attention spéciale dans le processus coutumier, il a été signalé que la notion d'«États particulièrement intéressés» et celle d'«objecteur persistant» étaient d'autant plus importantes qu'elles visaient à concilier les valeurs de la communauté et de la souveraineté en droit international; la Commission devait donc se garder de rompre l'équilibre entre ces valeurs que le système actuel paraissait établir. Selon un autre point de vue, ces deux notions devaient être étudiées de manière approfondie par la Commission.

189. Tout en indiquant que la Commission ne devait pas s'enfermer dans des distinctions théoriques qui, en définitive, étaient dépourvues de valeur pratique, on a fait observer que l'ancien débat opposant les «mots» aux «actes» se situait à un niveau très pratique dans les cas où certaines règles de droit international coutumier étaient affirmées, non pas sur la base d'une pratique effective et opérationnelle de la totalité ou d'une majorité des États, mais par référence à des substituts. Cela concernait deux situations particulières, à savoir celles où l'affirmation d'une règle était fondée sur l'adoption par des États d'une résolution ou sur l'existence d'un traité largement ratifié. L'espoir a été exprimé que la Commission pourrait, grâce aux résultats de ses travaux sur ce sujet, fournir des indications et des clarifications concernant ces deux domaines.

190. Il a été fait état de plusieurs autres points dignes d'attention dans le cadre de l'examen de ce sujet. Ils concernaient notamment les rapports entre coutume et traités, y compris l'impact de traités largement ratifiés bien que non universels, les questions soulevées par l'article 38 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, et peut-être aussi le rôle du droit international coutumier dans l'interprétation des traités; l'effet des traités de codification sur l'identification des règles coutumières; les rapports entre la coutume et le droit international général, les principes généraux du droit et les principes généraux de droit international; l'effet des résolutions adoptées par des organisations internationales; plus généralement, le rôle de la pratique de sujets de droit international autres que les États, en particulier d'organisations internationales comme l'Union européenne; les relations entre «droit souple» et coutume et entre *lex lata* et *lex ferenda*; l'importance à accorder ou non à une pratique hétérogène dans la formation et l'identification de règles du droit international coutumier; la pertinence de la notion d'opposabilité et le rôle éventuel de l'acquiescement, du silence et de l'abstention dans le processus de formation des règles du droit international coutumier; le rôle joué dans ce processus par des actes unilatéraux comme la protestation et la reconnaissance; les conditions respectives de formation et de modification d'une règle de droit international coutumier; les effets éventuels des réserves aux traités sur les règles du droit international coutumier; le rôle de la pratique régionale et son rapport au droit international en tant que système; ainsi que la relation entre droit international coutumier régional et général.

e) Résultat final des travaux de la Commission sur le sujet

191. La proposition du Rapporteur spécial concernant l'élaboration d'une série de conclusions assorties de commentaires a été largement appuyée. L'avis a été exprimé que ces conclusions ne devraient pas préjuger de futurs développements concernant la formation du droit international coutumier. Il a aussi été suggéré que la Commission commence ses travaux par la rédaction de propositions assorties de commentaires, qui seraient susceptibles de devenir ultérieurement des conclusions.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

192. Le Rapporteur spécial a noté que, dans l'ensemble, les membres de la Commission qui s'étaient exprimés avaient accueilli favorablement le sujet et que leurs premières appréciations avaient confirmé les grands axes de la Note. L'attention avait été appelée, entre autres, sur l'importance que revêtait le droit international coutumier dans l'ordre

constitutionnel et le droit interne de nombreux États, et sur l'utilité des travaux de la Commission pour les praticiens du droit au plan interne. Parallèlement, il avait été noté à juste titre que la réaction de la communauté internationale au sens large était importante pour le statut des travaux de la Commission sur ce sujet.

193. Selon un point de vue, le sujet suscitait de sérieux doutes au motif, notamment, qu'il était malcommode, voire impossible, d'examiner le droit international coutumier dans son ensemble, même à un niveau très abstrait, et que le résultat envisagé énoncerait, soit l'évidence, soit l'ambiguïté. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'objectif n'avait jamais été, dans le cadre de ce sujet, d'«examiner le droit international coutumier dans son ensemble», ni d'ailleurs une partie de celui-ci, au sens où il s'agirait d'examiner le fond du droit; la Commission ne s'intéressait qu'aux règles «secondaires» ou «systémiques» relatives à l'identification du droit international coutumier. Il a aussi rappelé une observation faite au cours des débats, à savoir que ce qui pouvait être évident pour certains juristes ne l'était pas nécessairement pour chacun, pas même pour la vaste catégorie des juristes, dont beaucoup sans expérience en droit international, qui étaient confrontés à des questions de droit international coutumier. De plus, la Commission pouvait éviter le prétendu problème de l'ambiguïté en élaborant une série de conclusions claires et simples relatives au sujet, assorties, chaque fois que nécessaire, de clauses de sauvegarde appropriées – technique à laquelle la Commission avait souvent eu recours.

194. Le Rapporteur spécial était conscient de la difficulté inhérente au sujet et de la nécessité de l'aborder avec prudence. Il espérait lui aussi que la Commission ne serait pas trop ambitieuse, et il avait l'intention de s'employer à parvenir à un résultat qui soit utile, pratique et, espérait-il, bien reçu. Selon une opinion apparemment répandue, un tel résultat était nécessaire.

195. Le Rapporteur spécial ne comprenait pas entièrement la distinction proposée entre perspectives subjective, «intersubjective» et objective. Pour que le droit ait un sens, la méthode admise pour l'identifier devait toujours être la même. Une compréhension commune et générale était précisément ce à quoi la Commission pouvait espérer parvenir.

196. Concernant la portée du sujet, il paraissait y avoir un accord général sur l'approche proposée dans la Note, sous réserve que l'on s'entende bien sur le sens des termes «formation» et «identification». Quelle que soit la terminologie employée, le Rapporteur spécial estimait que le sujet devrait couvrir à la fois la méthode d'identification de l'existence d'une règle de droit international coutumier et les types d'information qui pourraient servir à cette fin, ainsi que les sources possibles de cette information.

197. Au fur et à mesure de l'examen du sujet, la Commission pourrait revenir sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, le *jus cogens* devrait être examiné dans le cadre de ce sujet – question sur laquelle des points de vue divergents avaient été exprimés.

198. Le Rapporteur spécial a noté que l'idée d'uniformiser la terminologie, par l'établissement d'un lexique ou glossaire de termes dans les différentes langues de l'Organisation des Nations Unies, avait été largement appuyée.

199. Le Rapporteur spécial a aussi relevé qu'il semblait exister un large accord sur l'idée que le résultat ultime des travaux de la Commission sur ce sujet devrait avoir un caractère pratique. L'objectif était de fournir un guide à toutes les personnes, notamment aux non-spécialistes du droit international public, qui auraient à déterminer s'il existait ou non une règle de droit international coutumier. Il paraissait être largement admis que le résultat final des travaux de la Commission devrait consister en une série de propositions ou de conclusions assorties de commentaires. La Commission ne devrait pas être exagérément prescriptive vu que, comme plusieurs membres l'avaient souligné, une caractéristique essentielle du droit international coutumier, l'un de ses avantages, était la souplesse de son processus de formation. Il semblait aussi largement admis que la Commission ne devait pas

tenter de résoudre des controverses théoriques quant au fondement du droit coutumier et les différentes approches théoriques existant dans la doctrine quant à sa formation et son identification. En revanche, le Rapporteur spécial souscrivait à l'observation faite par certains membres selon laquelle, pour que le résultat pratique des travaux de la Commission sur le sujet soit considéré comme susceptible de faire autorité, il devait être fondé sur une étude précise et approfondie, portant notamment sur les fondements théoriques du sujet. Le Rapporteur spécial estimait cependant qu'au moins initialement il fallait principalement s'enquérir de la pratique effective des cours et tribunaux, ainsi que des États. À ce propos, il était pleinement d'accord avec les membres qui avaient souligné la nécessité de prendre en considération la pratique d'États appartenant à tous les principaux systèmes juridiques du monde, dans toutes les régions. De même, il partageait le point de vue des membres qui estimaient important de s'appuyer sur les écrits d'un éventail aussi large que possible d'auteurs, dans les différentes langues.

200. Concernant la proposition de calendrier des travaux durant le quinquennat en cours, le Rapporteur spécial a admis que les rapports prévus pour 2014 et 2015 pourraient se révéler trop ambitieux, même si, à son avis, il importait effectivement d'étudier en même temps la pratique des États et l'*opinio juris*, vu les relations les unissant.

201. Le Rapporteur spécial espérait que la Commission serait disposée à charger le Secrétariat d'élaborer, si possible en temps voulu pour la soixante-cinquième session (2013), une étude recensant les éléments des travaux antérieurs de la Commission qui pourraient être particulièrement utiles pour ce sujet.

202. En conclusion, le Rapporteur spécial a indiqué avoir soigneusement noté les différentes propositions quant aux points à examiner dans le cadre du sujet, dont il tiendrait compte dans ses futurs rapports.

Chapitre IX

L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)

A. Introduction

203. À sa cinquante-septième session (2005), la Commission a décidé d'inscrire le sujet «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)» à son programme de travail et a nommé M. Zdzislaw Galicki Rapporteur spécial³⁰⁴.

204. Le Rapporteur spécial a présenté quatre rapports. La Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire à sa cinquante-huitième session (2006), le deuxième rapport à sa cinquante-neuvième session (2007), le troisième rapport à sa soixantième session (2008) et le quatrième rapport à sa soixante-troisième session (2011)³⁰⁵.

205. À la soixante et unième session (2009), un groupe de travail à composition non limitée a été créé sous la présidence de M. Alain Pellet³⁰⁶ et, à l'issue de ses débats, un projet de cadre général a été établi, délimitant les questions à traiter par le Rapporteur spécial³⁰⁷. À la soixante-deuxième session (2010), le Groupe de travail a été reconstitué et, en l'absence de son président, a été présidé par M. Enrique Candioti³⁰⁸.

B. Examen du sujet à la présente session

206. À la présente session, la Commission a décidé d'établir un groupe de travail à composition non limitée sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) sous la présidence de M. Kriangsak Kittichaisaree. Le Groupe de travail était chargé d'évaluer l'avancée des travaux sur ce sujet à la Commission et d'étudier diverses options possibles pour les travaux futurs de la Commission. À ce stade, aucun Rapporteur spécial n'a été nommé en remplacement de M. Galicki, qui avait cessé d'être membre de la Commission.

207. À sa 3152^e séance, le 30 juillet 2012, la Commission a pris note du rapport oral du Président du Groupe de travail.

³⁰⁴ À sa 2865^e séance, le 4 août 2005 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, par. 500). L'Assemblée générale, au paragraphe 5 de sa résolution 60/22 du 23 novembre 2005, a approuvé la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Ce sujet avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa cinquante-sixième session (2004), sur la base de la proposition annexée au rapport de la même année (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, par. 362 et 363).

³⁰⁵ A/CN.4/571 (rapport préliminaire), A/CN.4/585 et Corr.1 (deuxième rapport), A/CN.4/603 (troisième rapport) et A/CN.4/648 (quatrième rapport).

³⁰⁶ À sa soixantième session, à sa 2988^e séance, tenue le 31 juillet 2008, la Commission avait décidé de créer, sous la présidence de M. Alain Pellet, un groupe de travail dont la composition et le mandat seraient définis à la soixante et unième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10)*, par. 315).

³⁰⁷ Pour le projet de cadre général élaboré par le Groupe de travail, voir *ibid.*, *soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 204.

³⁰⁸ À sa 3071^e séance, le 30 juillet 2010, la Commission a pris note du rapport oral du Président temporaire du Groupe de travail (*ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 337 à 340).

Débats du Groupe de travail

208. Le Groupe de travail a tenu cinq séances – dont quatre normalement prévues les 25 et 31 mai et les 3 et 16 juillet et, après le prononcé de l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* le 20 juillet 2012, une réunion spéciale le 24 juillet 2012.

209. Le Groupe de travail a eu des échanges de vues et a procédé à une évaluation générale du sujet dans son ensemble dans le contexte du débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Il s'est fondé sur quatre documents de travail non officiels établis par son président et datés respectivement des 22 mai, 30 mai, 25 juin et 12 juillet 2012.

a) Principales questions soulevées par le sujet

210. Certains membres ont estimé nécessaire de déterminer plus clairement les questions soulevées par le sujet. À cet égard, plusieurs possibilités ont été suggérées:

a) *Harmonisation*: vu la complexité du domaine des traités multilatéraux comportant l'obligation d'extrader ou de poursuivre, il a été dit que la Commission pourrait juger utile d'harmoniser les régimes des traités multilatéraux. Il a cependant été noté que l'obligation d'extrader ou de poursuivre jouait différemment selon les régimes conventionnels, comme cela ressortait de l'étude du Secrétariat sur les conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour les travaux de la Commission (A/CN.4/630). En tant que telle, toute tentative d'harmonisation ne pouvait guère être considérée comme un exercice digne d'intérêt. Si l'objectif visé était l'élaboration de projets d'articles, il ne semblait pas y avoir beaucoup à y gagner alors qu'il existait une telle diversité de dispositions dans les traités multilatéraux;

b) *Interprétation, application et mise en œuvre*: la possibilité a également été évoquée que la Commission procède à une étude de l'interprétation, de l'application et de la mise en œuvre effectives des clauses énonçant l'obligation d'extrader ou de poursuivre dans des situations particulières, comme celle dont a eu à connaître la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*. On a cependant fait valoir que de telles situations concernaient généralement l'application du droit à des faits précis, ce que la Commission ne pouvait utilement étudier. En outre, il n'existait apparemment aucun problème systémique grave dans les régimes conventionnels existants qui nécessitait d'être élucidé par la Commission; du moins n'en ressortait-il aucun du plan d'étude sur le sujet³⁰⁹ ni des précédents rapports du Rapporteur spécial;

c) *Développement progressif du droit international et codification*: il a été proposé de procéder dans le cadre de l'examen de ce sujet à une étude et une analyse systématiques de la pratique des États pour voir s'il existait une règle coutumière correspondant à une obligation générale d'extrader ou de poursuivre pour certains crimes, ou si une telle obligation constituait un principe général de droit. Si une telle norme n'existait pas, c'était tout ce que la Commission pourrait dire. Si une telle norme existait, alors les projets d'articles indiqueraient la nature et la portée de cette norme, ainsi que les crimes auxquels elle s'appliquait. Il a aussi été suggéré d'axer l'examen sur les crimes de droit international les plus graves (génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité, etc.) et sur leurs relations avec l'obligation d'extrader ou de poursuivre, afin de combler toute éventuelle lacune du droit concernant la responsabilité pénale individuelle. Certains autres membres ont néanmoins mis en doute l'utilité d'une telle entreprise. S'agissant des

³⁰⁹ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10), annexe.

crimes de droit international les plus graves, comme le génocide, les crimes contre l'humanité, et les violations graves du droit international humanitaire, il a été soutenu qu'un tel exercice serait vain puisque la Commission avait déjà achevé en 1996 ses travaux sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité³¹⁰, dont l'article 9 énonce déjà une obligation d'extrader ou de poursuivre pour les crimes les plus graves. Selon ce point de vue, si la Commission devait, au-delà des crimes les plus graves, poser une obligation générale de viser un ensemble plus large de crimes, cela l'obligerait à entreprendre un examen général du droit de l'extradition, ainsi que de grandes questions concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de poursuites, alors que la pratique dans ces domaines variait considérablement, ce qui suscitait des doutes quant à l'existence d'une telle obligation générale.

211. Il a été dit par certains membres que le principal obstacle au progrès des travaux sur le sujet avait été l'absence de recherche fondamentale sur la question de savoir si l'obligation était ou non devenue une règle coutumière. C'était là une question préliminaire qu'il fallait aborder et trancher et qui avait des conséquences pour l'éventuelle approche à adopter. Il a été également observé que lorsque la Commission, dans le cadre de l'élaboration du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité en 1996, avait adopté les projets d'articles 8 et 9, elle était apparemment mue par la nécessité d'établir un système efficace d'incrimination et de poursuites plutôt que d'effectuer une analyse de la pratique effective des États et de l'*opinio juris*. On pouvait se demander si les projets d'articles 8 et 9 devaient s'appliquer aux seuls États parties au Code ou à tous les États³¹¹. Il a aussi été rappelé que lorsque la Commission avait adopté le projet de code, il avait été entendu que l'inclusion de certains crimes dans le code ne modifiait pas le statut d'autres crimes en droit international et que l'adoption du code ne préjugait en aucune manière du développement futur du droit de ce domaine important³¹². Dans ce contexte, il a été jugé important d'analyser l'évolution du droit depuis 1996. Certains membres ont considéré que la distinction entre les crimes les plus graves et les autres crimes de droit international n'était pas sans conséquences. Il a aussi été dit qu'il importait d'aborder, dans le cadre du sujet, le devoir de coopérer pour lutter contre l'impunité, afin de déterminer exactement en quoi la portée de ce devoir, compte tenu en particulier de sa formulation dans différents instruments, avait une incidence sur l'obligation.

212. Il y avait un consensus sur le fait qu'en général, le sujet dont la Commission était saisie concernait l'obligation d'extrader ou de poursuivre et non i) les pratiques des États en matière d'extradition ou une obligation d'extrader, ou ii) l'obligation de poursuivre, *per se*.

213. Enfin, il y avait aussi un consensus sur le fait qu'étudier la possibilité que l'obligation d'extrader ou de poursuivre soit un principe général du droit international ne permettrait pas de faire progresser davantage les travaux sur le sujet que d'explorer la voie du droit international coutumier.

b) Lien avec la compétence universelle

214. En ce qui concerne le lien entre le sujet et la compétence universelle, certains membres ont souligné qu'une analyse de la compétence universelle devrait inévitablement être effectuée à l'occasion de l'examen du sujet, étant donné que les deux étaient étroitement liés, même s'il n'était pas question que la compétence universelle soit l'élément central du sujet. Certains membres ont indiqué que la compétence universelle devait elle-même être codifiée et que, pour que la Commission aboutisse à un résultat valable, l'examen de la compétence universelle devrait être une composante importante de

³¹⁰ *Annuaire de la Commission du droit international, 1996*, vol. II (deuxième partie).

³¹¹ *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), par. 142.

³¹² *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), par. 46.

l'exercice, voire la question centrale à examiner. Certains membres ont attiré l'attention sur les travaux relatifs au champ d'application et à la mise en œuvre du principe de la compétence universelle actuellement en cours à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il a été jugé approprié que la Commission distingue le sujet à l'examen de la compétence universelle étant donné que l'obligation d'extrader ou de poursuivre ne dépend pas de la compétence universelle. Il a également été observé que la Commission pouvait commencer l'analyse du rôle de la compétence universelle vis-à-vis de l'obligation d'extrader ou de poursuivre sans attendre que la Sixième Commission achève ses travaux sur la compétence universelle.

c) Caractère réalisable de l'examen du sujet

215. Un certain nombre de membres ont constaté l'importance que les États attachaient au sujet, celui-ci étant jugé utile non seulement d'un point de vue pratique, dans la mesure où il contribuerait à résoudre les problèmes rencontrés par les États dans la mise en œuvre de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, mais également parce que l'obligation jouait un rôle de coordination essentiel entre les systèmes nationaux et le système international dans l'architecture globale de la justice pénale internationale.

216. À cet égard, certains membres ont observé que le fait de ne pas se prononcer sur la nature coutumière de l'obligation ne poserait pas de difficultés insurmontables dans la suite de l'examen du sujet. Il a été suggéré de se concentrer, en tenant compte à la fois du développement progressif du droit international et de sa codification, sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre telle qu'elle ressortait en particulier des traités multilatéraux, notamment pour ce qui était du champ d'application matériel et du contenu de l'obligation, du lien entre l'obligation et certains autres principes, des circonstances donnant naissance à l'obligation, de la mise en œuvre de l'obligation, ainsi que du lien entre l'obligation et la remise de l'auteur présumé de l'infraction à un tribunal pénal international compétent. Il a également été suggéré que les travaux à entreprendre mettent l'accent sur la mise en œuvre concrète de l'obligation.

217. Certains autres membres ont souligné qu'il importait de procéder avec prudence. L'attention a été attirée sur le contexte général des travaux déjà réalisés sur le sujet depuis son inscription au programme de travail de la Commission, sa complexité justifiant de ne prendre aucune décision hâtive à ce stade à propos de la désignation d'un nouveau rapporteur spécial et des questions de savoir s'il convenait de poursuivre l'examen du sujet et selon quelles modalités. La pertinence des traités et du droit international coutumier pour l'examen du sujet a été soulignée. En ce qui concernait les traités, leur typologie établie dans l'étude du Secrétariat sur les conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour le sujet (A/CN.4/630) a été jugée utile. Toutefois, on a estimé qu'il était prudent d'étudier attentivement l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* avant d'adopter des positions définitives. Certains membres ont rappelé que la détermination du caractère coutumier de l'obligation ne constituait qu'une partie de la question, puisque la relation entre l'obligation d'extrader ou de poursuivre et d'autres principes, tels que *nullum crimen sine lege* et *nulla poena sine lege*, devrait également être examinée, comme cela était indiqué dans le projet de cadre général pour l'examen du sujet par la Commission établi par le Groupe de travail en 2009.

218. Il a également été souligné que le projet de cadre général, ainsi que l'étude du Secrétariat, demeuraient utiles pour les travaux de la Commission sur le sujet.

219. Enfin, certains membres ont suggéré que la Commission cesse l'examen du sujet car, pour eux, il s'agissait d'un domaine du droit dans lequel elle n'était pas actuellement en mesure d'apporter une contribution appréciable.

d) **Arrêt de la CIJ dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)***

220. La Cour internationale de Justice a rendu son arrêt dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* le vendredi 20 juillet 2012, dans l'après-midi, alors que le Groupe de travail était censé avoir achevé l'examen au fond de la question durant la session en cours, et en avoir rendu compte à la Commission plénière. Le Groupe de travail a néanmoins procédé à un examen préliminaire de l'arrêt le 24 juillet 2012, lors d'une séance spécialement organisée à cet effet. Il a été reconnu qu'une analyse approfondie serait nécessaire pour évaluer pleinement les implications de cet arrêt pour le sujet.

e) **Prochaines étapes**

221. Le Groupe de travail a demandé à son président d'élaborer un document de travail, qui serait examiné à la soixante-cinquième session de la Commission, passant en revue les différentes perspectives se rapportant au sujet à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 20 juillet 2012, de toute nouvelle évolution, ainsi que des observations faites au sein du Groupe de travail et lors des débats à la Sixième Commission. Sur la base de ses débats à la soixante-cinquième session, le Groupe de travail présentera des suggestions concrètes qui seront soumises à la Commission pour examen.

Chapitre X

Les traités dans le temps

A. Introduction

222. La Commission, à sa soixantième session (2008) a décidé d'inscrire le sujet «Les traités dans le temps» à son programme de travail et de constituer un groupe d'étude à cet effet à sa soixante et unième session³¹³. À sa soixante et unième session (2009), la Commission a créé le Groupe d'étude sur les traités dans le temps, présidé par M. Georg Nolte. Au cours de cette session, le Groupe d'étude s'est efforcé de recenser les questions à examiner et a réfléchi à ses méthodes de travail ainsi qu'aux résultats possibles des travaux de la Commission sur le sujet³¹⁴.

223. À la soixante-deuxième session (2010), le Groupe d'étude a été reconstitué sous la présidence de M. Georg Nolte et il a commencé ses travaux sur les aspects du sujet relatifs à l'accord et à la pratique ultérieurs, sur la base d'un rapport introductif établi par son président sur la jurisprudence pertinente de la Cour internationale de Justice et de tribunaux arbitraux de compétence spécialisée³¹⁵.

224. À la soixante-troisième session (2011), le Groupe d'étude, toujours sous la présidence de M. Nolte, a d'abord repris l'examen des derniers points du rapport introductif établi par son président. Le Groupe d'étude a ensuite commencé à examiner le deuxième rapport du Président sur les décisions de juridictions ou organes quasi juridictionnels rendues dans le cadre de régimes spéciaux concernant les accords et la pratique ultérieurs, en mettant l'accent sur quelques-unes des conclusions générales proposées dans le rapport. Faute de temps, le Groupe d'étude n'a pu examiner que 12 de ces conclusions³¹⁶. À la lumière des débats, le Président a remanié le texte de ce qui constituait désormais ses neuf premières conclusions préliminaires³¹⁷.

B. Examen du sujet à la présente session

225. À la présente session, le Groupe d'étude sur les traités dans le temps a été reconstitué une nouvelle fois sous la présidence de M. Georg Nolte. Le Groupe d'étude a tenu huit séances, les 9, 10, 15, 16 et 24 mai, ainsi que les 19, 25 et 26 juillet 2012.

226. À la 3135^e séance de la Commission, le 29 mai 2012, le Président du Groupe d'étude a présenté un premier rapport oral à la Commission sur les aspects des travaux effectués par le Groupe d'étude au cours des cinq séances qu'il avait tenues entre le 9 et le 24 mai, qui portaient sur le cadre et les modalités des travaux futurs de la Commission sur ce sujet. Dans son rapport, le Président a indiqué, notamment, que le Groupe d'étude recommandait que la Commission modifie le cadre des travaux sur ce sujet et nomme un rapporteur spécial.

³¹³ À sa 2997^e séance, le 8 août 2008 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10)*, par. 353). Pour le plan d'étude du sujet, voir *ibid.*, annexe A. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 6 de sa résolution 63/123 du 11 décembre 2008.

³¹⁴ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 220 à 226.

³¹⁵ *Ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 344 à 354.

³¹⁶ *Ibid.*, *soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/66/10)*, par. 336 à 341.

³¹⁷ Pour le texte des conclusions préliminaires du Président du Groupe d'étude, voir *ibid.*, par. 344.

227. À sa 3136^e séance, le 31 mai 2012, la Commission a décidé: a) de modifier, à compter de sa soixante-cinquième session (2013), le cadre de ses travaux sur ce sujet, comme le Groupe d'étude le lui avait suggéré; et b) de nommer M. Georg Nolte Rapporteur spécial pour le sujet «Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités».

228. Le 30 juillet 2012, le Président du Groupe d'étude a présenté à la Commission un deuxième rapport oral sur les travaux réalisés par le Groupe d'étude. La Commission a pris note de ce rapport oral à sa 3151^e séance, le 30 juillet 2012.

1. Débats du Groupe d'étude

229. À la présente session, le Groupe d'étude a: a) achevé l'examen du deuxième rapport de son président, entrepris à la soixante-troisième session (2011); b) examiné le troisième rapport de son président; et c) engagé un débat sur le cadre et les modalités des travaux de la Commission sur ce sujet.

a) Conclusion de l'examen du deuxième rapport par le Président du Groupe d'étude

230. Le Groupe d'étude a achevé l'examen du deuxième rapport de son président sur les décisions de juridictions ou organes quasi juridictionnels rendues dans le cadre de régimes spéciaux concernant les accords et la pratique ultérieurs. À cette occasion, le Groupe d'étude a examiné six conclusions générales supplémentaires qui étaient proposées dans le deuxième rapport. Les débats ont porté sur les aspects suivants: la question de savoir si, pour servir de moyen d'interprétation, une pratique ultérieure doit refléter une position concernant l'interprétation du traité; dans quelle mesure la pratique ultérieure devrait être spécifique; le degré nécessaire de participation active à la pratique et la signification du silence de l'une ou de plusieurs parties au traité au sujet de la pratique de l'une ou de plusieurs autres parties; les effets possibles d'une pratique ultérieure contradictoire; la question d'une modification éventuelle du traité du fait de la pratique ultérieure; et le lien entre la pratique ultérieure et des procédures formelles de modification ou d'interprétation.

231. À la lumière de ces débats au sein du Groupe d'étude, le Président a remanié le texte de ce qui était devenu six nouvelles conclusions préliminaires du Président du Groupe d'étude (voir sect. 2 ci-dessous). Comme il l'avait fait pour les neuf premières conclusions préliminaires figurant dans le rapport de 2011 de la Commission³¹⁸, le Groupe d'étude est convenu que ces six conclusions préliminaires de son président seraient revues et approfondies à la lumière des futurs rapports du Rapporteur spécial nouvellement nommé, notamment sur des aspects complémentaires du sujet, et des débats à venir au sein de la Commission.

b) Examen du troisième rapport du Président du Groupe d'étude

232. Le Groupe d'étude a examiné le troisième rapport de son président sur les accords et la pratique ultérieurs des États en dehors des procédures judiciaires et quasi judiciaires. Ce rapport porte sur toute une gamme de questions, notamment les formes, la preuve et l'interprétation des accords et de la pratique ultérieurs, ainsi qu'un certain nombre d'aspects généraux concernant, entre autres, les effets possibles des accords et de la pratique ultérieurs (par exemple, pour préciser la signification d'une disposition conventionnelle ou confirmer le degré de pouvoir d'appréciation laissé aux parties par une disposition conventionnelle); la mesure dans laquelle un accord, au sens du paragraphe 3 a) et b) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, doit exprimer l'opinion juridique des États parties concernant l'interprétation ou l'application du traité; la

³¹⁸ Voir ci-dessus note 317.

pratique ultérieure en ce qu'elle peut faire apparaître un accord sur la non-application temporaire ou l'extension temporaire du champ d'application du traité, ou exprimer un *modus vivendi*; la pratique bilatérale et régionale dans le cadre de traités avec un plus grand nombre de parties; la relation entre la pratique et les accords ultérieurs, d'une part, et les développements techniques et scientifiques, de l'autre; le lien entre la pratique ultérieure par les parties à un traité et la formation parallèle de règles du droit international coutumier; le rôle éventuel des accords et de la pratique ultérieurs s'agissant de la modification du traité; ainsi que le rôle que la pratique et les accords ultérieurs peuvent exceptionnellement jouer dans l'extinction d'un traité. En outre, le troisième rapport traite d'autres aspects, tels que l'influence de contextes spécifiques de coopération sur l'interprétation de certains traités par le biais de la pratique ultérieure, et le rôle potentiel joué par des conférences des États parties et des organes de suivi des traités par rapport à l'émergence ou à la consolidation des accords ou de la pratique ultérieurs. Dans le cadre de l'analyse de ces diverses questions, le troisième rapport fournit des exemples d'accords et de pratique postérieurs, évalue ces exemples et s'efforce de tirer quelques conclusions préliminaires.

233. Les débats du Groupe d'étude sur le troisième rapport ont été très riches. De nombreux membres ont félicité le Président pour le caractère très complet de son rapport et pour les recherches approfondies qu'il a effectuées pour le préparer. Au cours du débat, plusieurs membres ont évoqué la question générale du degré de certitude des conclusions préliminaires énoncées dans le troisième rapport. Certains membres ont estimé qu'un grand nombre d'entre elles étaient formulées en termes plutôt généraux, tandis que d'autres ont considéré que certaines conclusions étaient trop catégoriques à la lumière des exemples présentés dans le rapport. À cet égard, quelques membres ont fait observer que la principale difficulté, pour les travaux futurs de la Commission sur le sujet, était de tenter d'élaborer des propositions ayant un contenu normatif suffisant, tout en préservant la souplesse inhérente au concept de pratique et accords ultérieurs. S'agissant de la partie du rapport traitant des conférences des parties, un certain nombre de points ont été soulevés, notamment celui de savoir dans quelle mesure ce type d'instances méritait un traitement spécial dans le cadre de l'examen du présent sujet; si l'expression «conférence des parties» renvoyait à une notion unique ou couvrait une diversité d'organes différents ayant pour trait commun le fait de ne pas être des organes d'organisations internationales; dans quelle mesure le fait de conférer ou non, à une conférence des parties, des pouvoirs décisionnels ou des pouvoirs d'examen avait une incidence sur leur contribution éventuelle à la formation d'accords ou de pratique ultérieurs à l'égard d'un traité; ainsi que la signification et la pertinence, dans le présent contexte, de procédures de consensus ou autres procédures de prise de décisions susceptibles d'être suivies par des conférences des Parties.

234. Compte tenu de la décision de la Commission de modifier pour le futur le cadre des travaux, le Président n'a pas proposé au Groupe d'étude, contrairement à ce qu'il avait fait au sujet de son deuxième rapport, de remanier les projets de conclusions figurant dans son troisième rapport à la lumière des débats du Groupe d'étude. Il a indiqué qu'il préférerait prendre ces débats en considération lorsqu'il établirait son premier rapport en qualité de Rapporteur spécial. Ce premier rapport devrait synthétiser les trois rapports qu'il avait déjà présentés au Groupe d'étude.

c) Modalités des travaux de la Commission sur le sujet

235. Le Groupe d'étude a débattu des modalités des travaux futurs sur le sujet et du résultat éventuel de ces travaux. Plusieurs membres ont estimé que, compte tenu des travaux préparatoires qui avaient déjà eu lieu et de la nécessité d'axer les travaux sur le résultat envisagé, le temps était venu pour la Commission de modifier le cadre des travaux sur le sujet et de nommer un rapporteur spécial. Cette méthode semblait la plus efficace pour tirer parti du travail déjà accompli.

236. Le Président a indiqué qu'il accueillerait avec satisfaction une modification du cadre des travaux sur le sujet à ce stade. Cela permettrait à la Commission de mettre l'accent sur le résultat final de ses travaux. Selon le Président, il avait fallu tout d'abord identifier, rassembler, ordonner et examiner les sources les plus importantes du sujet, ce qui avait été fait dans le cadre des trois premiers rapports soumis au Groupe d'étude et des débats au sein de ce groupe. Les trois rapports disponibles pouvaient à présent être synthétisés en un seul rapport qui serait accessible à tous les États membres et pourrait être examiné en plénière.

237. Le Président a également indiqué que le fait de modifier le cadre des travaux permettrait à la Commission de définir plus exactement la portée du sujet. Il a rappelé aux membres qu'une raison importante pour que la Commission poursuive l'examen du sujet «Les traités dans le temps» au sein d'un groupe d'étude avait été de donner la possibilité aux membres de déterminer si le sujet devait être abordé de manière très large – ce qui aurait également supposé, entre autres choses, un examen approfondi de l'extinction et de la modification formelle des traités – ou s'il devait se limiter à un examen plus restreint de la question des accords et de la pratique ultérieurs. Étant donné que le Groupe d'étude avait conclu qu'il serait préférable de limiter le sujet à l'aspect plus étroit de la portée juridique des accords et de la pratique ultérieurs, une importante raison pour laquelle la Commission avait initialement choisi d'examiner le sujet dans le cadre d'un groupe d'étude n'était désormais plus pertinente. Le Président, qui avait précédemment indiqué sa préférence pour une approche plus restreinte du sujet, s'est félicité de cette évolution.

238. Le Président a suggéré que, si le cadre des travaux sur le sujet devait être modifié comme cela était envisagé, un rapport synthétisant les trois rapports soumis à ce jour au Groupe d'étude devrait être établi pour la soixante-cinquième session. Ce rapport devrait tenir compte des débats qui avaient eu lieu jusqu'à présent au sein du Groupe d'étude, et énoncer des conclusions ou des directives spécifiques qui découleraient en particulier des éléments figurant dans les trois rapports existants soumis au Groupe d'étude. Après l'examen de ce rapport au sein de la Commission à la prochaine session et les débats à la Sixième Commission en 2013, un ou deux rapports supplémentaires devraient être présentés, comme cela avait été envisagé dans la proposition initiale relative au sujet, sur la pratique des organisations internationales et la jurisprudence des juridictions nationales (annexe A au rapport de la Commission sur les travaux de sa soixantième session (2008))³¹⁹. Ces rapports présenteraient des conclusions ou des directives complémentaires, qui viseraient à compléter ou modifier, selon qu'il conviendrait, les travaux effectués sur la base du premier rapport. Ces conclusions ou directives seraient expliquées par des commentaires. Les travaux sur le sujet pourraient ensuite être menés à bien durant le quinquennat en cours. Il va de soi que le sujet continuerait de s'inscrire dans le cadre du droit des traités. Une attention prioritaire serait accordée à la portée juridique des accords et de la pratique ultérieurs à des fins d'interprétation (art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), comme cela était expliqué dans la proposition initiale relative au sujet³²⁰.

239. Les membres du Groupe d'étude ont approuvé les propositions du Président sur la manière de poursuivre les travaux sur le sujet. Sur cette base, le Groupe d'étude a recommandé à la Commission de modifier le cadre des travaux sur le sujet et de nommer un rapporteur spécial. Comme indiqué ci-dessus (par. 227), à sa 3136^e séance, le 31 mai 2012, la Commission a décidé de suivre cette recommandation du Groupe d'étude.

³¹⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10), annexe A, par. 17, 18, 39 et 42.*

³²⁰ *Ibid.*, par. 11 et suiv.

2. Conclusions préliminaires du Président du Groupe d'étude, remaniées à la lumière des débats au sein du Groupe d'étude³²¹

240. Les six conclusions préliminaires supplémentaires du Président du Groupe d'étude, remaniées à la lumière des débats au sein du Groupe d'étude, sont les suivantes:

1) La pratique ultérieure en tant que reflet d'une position concernant l'interprétation d'un traité

Pour être utilisée comme moyen d'interprétation, la pratique ultérieure doit refléter une position d'une ou plusieurs parties quant à l'interprétation d'un traité³²². Cependant, les différents organes juridictionnels ou quasi juridictionnels examinés n'exigent pas nécessairement que la pratique ultérieure reflète expressément une position quant à l'interprétation d'un traité, mais peuvent considérer que cela est implicite dans la pratique³²³.

2) Spécificité de la pratique ultérieure

En fonction du régime et de la règle en question, la spécificité de la pratique ultérieure est un facteur qui peut influencer la mesure dans laquelle elle est prise en compte par des organes juridictionnels ou quasi juridictionnels³²⁴. Il n'est donc pas nécessaire que la pratique ultérieure soit toujours spécifique.

3) Le degré de participation active à une pratique et la signification du silence

En fonction du régime et de la règle en question, le nombre de parties qui doivent activement contribuer à la pratique ultérieure pertinente peut varier³²⁵. La plupart des organes juridictionnels et quasi juridictionnels qui s'appuient sur la pratique ultérieure ont reconnu que le silence de la part d'une ou plusieurs parties peut, dans certaines circonstances, contribuer à la pratique ultérieure pertinente³²⁶.

³²¹ Ces conclusions préliminaires complètent celles figurant dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa soixante-troisième session (2011); voir ci-dessus note 317.

³²² Voir par exemple Cour européenne des droits de l'homme, *Cruz Varas et consorts c. Suède*, 20 mars 1991, par. 100, Série A n° 201.

³²³ Cour européenne des droits de l'homme, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, par. 41, Série A n° 31; *Kart c. Turquie* [GC], par. 54, n° 8917/05, 13 décembre 2009; voir également Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, République islamique d'Iran et États-Unis d'Amérique, sentence partielle n° 382-B1-FT (31 août 1988), republiée sous 19 Iran-US C.T.R. 273, p. 294 et 295.

³²⁴ Voir OMC, États-Unis-Upland Cotton, rapport de l'Organe d'appel, 3 mars 2005, WT/DS267/AB/R; Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, affaire n° A17, décision n° DEC 37-A17-FT (18 juin 1985), republiée sous 8 Iran-US C.T.R. 189, p. 201; Cour européenne des droits de l'homme, *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, par. 285, 7 janvier 2010, affaire sélectionnée pour publication au Recueil des arrêts et décisions; *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, par. 93 et 94, CEDH 2001-I; Tribunal international du droit de la mer, Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (demande d'avis consultatif soumise à la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins), affaire n° 17 (1^{er} février 2011), par. 136; Furundzija, TPIY (chambre de première instance), arrêt du 10 décembre 1998, par. 179.

³²⁵ CE – Poulets désossés, rapport de l'Organe d'appel, 12 septembre 2005, WT/DS269/AB/R, par. 259.

³²⁶ Furundzija, TPIY (chambre de première instance), arrêt du 10 décembre 1998, par. 179; Cour européenne des droits de l'homme, *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, par. 285, 7 janvier 2010, affaire sélectionnée pour publication au Recueil des arrêts et décisions; avec prudence: CE – Poulets désossés, rapport de l'Organe d'appel, 12 septembre 2005, WT/DS269/AB/R, par. 272. Voir également pour un jugement limité, *RayGo Wagner Equipment Company and Iran Express Terminal Corporation*, sentence n° 30-16-3 (18 mars 1983), republiée sous 2 Iran-US C.T.R. 141, par. 144.

4) Effets d'une pratique ultérieure contradictoire

Une pratique ultérieure contradictoire peut avoir différents effets en fonction du régime conventionnel multilatéral dont il s'agit. Alors que l'Organe d'appel de l'OMC ne tient pas compte d'une pratique qui est contredite par la pratique de l'une ou l'autre partie au traité³²⁷, la Cour européenne des droits de l'homme, confrontée à une pratique non uniforme, a parfois estimé que la pratique d'une «vaste majorité» ou un «quasi-consensus» des parties à la Convention européenne était déterminante³²⁸.

5) Accord ou pratique ultérieurs et procédures formelles de modification ou d'interprétation

Il est arrivé que des organes juridictionnels ou quasi juridictionnels reconnaissent que l'existence de procédures formelles de modification ou d'interprétation dans un régime conventionnel n'empêche pas le recours à l'accord et à la pratique postérieurs comme moyen d'interprétation³²⁹.

6) Pratique ultérieure et modification éventuelle d'un traité

S'agissant du recours à la pratique ultérieure pour interpréter un traité, l'Organe d'appel de l'OMC a exclu la possibilité que l'application d'un accord postérieur puisse avoir pour effet de modifier les obligations conventionnelles existantes³³⁰. La Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis semblent avoir reconnu la possibilité que la pratique postérieurement suivie ou un accord postérieur puissent conduire à une modification des traités concernés³³¹.

³²⁷ CE – Matériels informatiques, rapport de l'Organe d'appel, 5 juin 1998, WT/DS62/AB/R et autres, par. 92 et 93; États-Unis – maintien de la méthode de réduction à zéro, rapport du Groupe spécial, 1^{er} octobre 2008, WT/DS350/R, par. 7.218.

³²⁸ Voir, par exemple, *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, 12 novembre 2008, par. 52 (affaire sélectionnée pour publication au Recueil des arrêts et décisions); *Sigurdur A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993, par. 35, Série A n° 264.

³²⁹ CE – Poulets désossés, rapport de l'Organe d'appel, 1 septembre 2005, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, par. 273; voir également Cour européenne des droits de l'homme, *Öcalan c. Turquie* [GC] n° 46221/99, par. 163, CEDH 2005-IV.

³³⁰ CE – Bananes III, deuxième recours à l'article 21.5, rapport de l'Organe d'appel, 26 novembre 2008, WT/DS27/AB/RW2/ECU, par. 391 à 393; à cet égard, voir également l'article 3.2. DSU; voir aussi Cour de justice de l'Union européenne, affaire C-327/91, *France c. Commission*, [1994] ECR I-3641.

³³¹ Cour européenne des droits de l'homme, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, 2 mars 2010, par. 119 et 120; Cour européenne des droits de l'homme, *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, par. 163, CEDH 2005-IV; Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, *République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique*, sentence interlocutoire n° ITL 83-B1-FT (demande reconventionnelle), 9 septembre 2004, 2004 WL 2210709 (Tribunal des réclamations Iran-États-Unis), p. 24 (par. 132).

Chapitre XI

La clause de la nation la plus favorisée

A. Introduction

241. À sa soixantième session (2008), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «La clause de la nation la plus favorisée» et de constituer un groupe d'étude à cet effet à sa soixante et unième session³³².

242. Le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée (NPF) a été constitué à la soixante et unième session (2009)³³³ sous la coprésidence de M. Donald M. McRae et de M. A. Rohan Perera, puis reconstitué à la soixante-deuxième session (2010) et à la soixante-troisième session (2011), avec les mêmes Coprésidents³³⁴.

B. Examen du sujet à la présente session

243. À la présente session, la Commission a reconstitué le Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée, sous la présidence de M. McRae. À sa 1^{re} séance, le Groupe d'étude a rendu hommage à son ancien Coprésident, M. Rohan Perera.

244. À sa 3151^e séance, le 27 juillet 2012, la Commission a pris note du rapport oral du Président du Groupe d'étude.

1. Travaux du Groupe d'étude

245. Le Groupe d'étude a tenu six séances, les 24 et 31 mai, et les 11, 12, 17 et 18 juillet 2012.

246. L'objectif général des travaux du Groupe d'étude est de prévenir la fragmentation du droit international en faisant valoir l'importance d'une cohérence accrue dans les décisions d'arbitrage en matière d'investissements, en particulier en ce qui concerne les dispositions NPF. Le Groupe d'étude pourrait ainsi contribuer à accroître la sécurité et la stabilité du droit des investissements. Le résultat de ses travaux devrait être d'utilité pratique pour les responsables politiques et tous ceux qui interviennent dans le domaine des investissements. Il n'entend pas élaborer des projets d'articles ni réviser le projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée adopté par la Commission en 1978. Son intention est plutôt d'établir un rapport contenant des informations générales sur le sujet, une analyse de la

³³² 2997^e séance, 8 août 2008 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10)*, par. 354). Pour la présentation du sujet, voir *ibid.*, annexe B.

Au paragraphe 6 de sa résolution 63/123 du 11 décembre 2008, l'Assemblée générale a pris note de cette décision.

³³³ À sa 3029^e séance, le 31 juillet 2009, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe d'étude sur la clause de la nation la plus favorisée (*ibid.*, *soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, par. 211 à 216). Le Groupe d'étude avait notamment réfléchi à un cadre pouvant servir de feuille de route pour les travaux futurs et convenu d'un programme de travail prévoyant l'établissement de documents susceptibles d'apporter des éclaircissements sur des questions relatives, en particulier, au champ d'application des clauses NPF, à leur interprétation et à leur application.

³³⁴ À sa 3071^e séance, le 30 juillet 2010, la Commission a pris note du rapport oral des coprésidents du Groupe d'étude (*ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/65/10)*, par. 359 à 373). Le Groupe d'étude avait examiné les divers documents préparés selon la feuille de route de 2009 et arrêté un programme de travail pour 2010.

jurisprudence replacée dans son contexte, une présentation des questions émergentes et des tendances observées dans la pratique, ainsi que, s'il y a lieu, des recommandations, voire des propositions de directives et de clauses types.

247. À ce jour, le Groupe d'étude a examiné plusieurs documents de travail visant à éclairer davantage les problèmes que pose de nos jours la clause de la nation la plus favorisée. Notamment, il s'est penché sur: a) une typologie des dispositions NPF existantes, ce qui constitue un travail d'étude continu; b) le projet d'articles de 1978 de la Commission et les domaines dans lesquels il reste pertinent; c) les différents aspects de l'évolution passée et en cours de la clause NPF dans le cadre du GATT et de l'OMC; d) les autres faits nouveaux qui se sont produits dans le cadre de l'OCDE et de la CNUCED; et e) une analyse des problèmes contemporains liés au champ d'application de la clause NPF, comme ceux qui ont été soulevés dans l'affaire *Maffezini*³³⁵.

248. Des études supplémentaires ont été entreprises en vue de recenser les arbitres et les conseils intervenant dans des affaires d'investissements ayant un rapport avec les clauses NPF, et d'identifier également les catégories de dispositions NPF interprétées dans ce contexte. En outre, afin de cerner plus précisément le contenu normatif des clauses NPF dans le domaine des investissements, il a été procédé à une analyse des éléments pris en considération par les tribunaux appelés à interpréter et à appliquer des clauses NPF dans le cadre d'accords d'investissements, en faisant fond sur les précédents travaux sur le sujet et la sentence arbitrale *Maffezini*³³⁶.

249. Le Groupe d'étude avait déjà relevé auparavant la nécessité d'approfondir la question des clauses NPF relativement au commerce des services dans le cadre des accords d'investissements et du GATT, ainsi que la relation entre ces clauses, la règle du traitement juste et équitable et les normes du traitement national, et d'examiner également d'autres domaines du droit international afin de voir si l'application qui y est faite des clauses NPF pouvait aider le Groupe d'étude dans ses travaux.

2. Débats du Groupe d'étude à la présente session

250. À la présente session de la Commission, le Groupe d'étude était saisi d'un document de travail sur l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage traitant des affaires d'investissements, établi par M. McRae, ainsi que d'un document de travail sur l'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales, établi par M. Mathias Forteau.

251. Le document de travail soumis par M. McRae était une version remaniée du document de 2011 intitulé *Interprétation et application des clauses NPF dans les accords d'investissement*, dans laquelle avaient été intégrés les faits nouveaux survenus dans le domaine considéré et les conclusions des débats tenus par le Groupe d'étude en 2011. Le document proposait une analyse de la jurisprudence récente et des nouveaux éléments pris en considération dans des affaires d'investissements ayant un rapport avec les clauses NPF, ainsi qu'une évaluation des différentes approches suivies par les tribunaux dans leur interprétation.

³³⁵ *Catalogue de dispositions NPF* (D. M. McRae et A. R. Perera); *Les projets d'articles de 1978 de la Commission du droit international* (S. Murase); *Les clauses NPF au GATT et à l'OMC* (D. M. McRae); *Les travaux de l'OCDE sur le traitement NPF* (M. Hmoud); *Les travaux de la CNUCED sur le traitement NPF* (S. C. Vasciannie); *Le problème Maffezini dans le cadre des traités d'investissement* (A. R. Perera).

³³⁶ *Interprétation et application des clauses NPF dans les accords d'investissement* (D. M. McRae). Voir aussi *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10), par. 351 à 353.

252. Au cours de l'examen du document élaboré par M. McRae, un débat a porté sur la question de savoir si la nature du tribunal avait une incidence sur l'interprétation que celui-ci donnait des traités, et en particulier si la nature mixte de l'arbitrage (concernant un État et une partie privée) était un élément pertinent dans le processus interprétatif. Le document de travail de M. Forteau avait été élaboré pour faire suite à ce débat.

253. Ces deux documents de travail constituent des documents préparatoires destinés à faire partie du rapport global qui sera soumis par le Groupe d'étude.

254. Le Groupe d'étude était également saisi d'un document de travail informel sur les modèles de clauses NPF postérieures à l'affaire *Maffezini*, dans lequel étaient examinées les différentes manières dont les États avaient réagi à la sentence *Maffezini*, par exemple en déclarant expressément la non-applicabilité, ou au contraire l'applicabilité, de la clause NPF aux dispositions relatives au règlement des différends, ou en énumérant explicitement les domaines auxquels cette clause est applicable. Le Groupe d'étude était saisi en outre d'un autre document de travail informel qui donnait un aperçu des libellés propres au traitement NPF utilisés dans des accords de siège conférant aux représentants des États auprès d'une organisation donnée les mêmes privilèges et immunités que ceux accordés par l'État hôte aux diplomates en poste sur son territoire. Ces deux documents, de même qu'un autre document de travail informel sur «La clause de la nation la plus favorisée dans le cadre des traités bilatéraux sur l'imposition», lequel n'a pas été examiné par le Groupe d'étude, rendent compte de travaux toujours en cours, et le Groupe d'étude continuera donc de les actualiser pour qu'ils soient exhaustifs.

a) L'effet de la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales (M. Forteau)

255. Ce document de travail avait pour objet d'expliquer à quoi tient la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements et d'examiner les particularités de l'application de la clause NPF lorsque celle-ci est invoquée dans le cadre d'un arbitrage mixte. L'incidence d'un tel arbitrage sur l'application de la clause NPF aux dispositions procédurales était également examinée. Il était observé que la nature mixte de l'arbitrage en matière d'investissements se déployait sur deux plans, du fait que les parties à l'instance, à savoir une personne privée demanderesse et un État défendeur, n'étaient pas de même nature. Il était rappelé en outre que le tribunal, dans une telle instance, était le substitut fonctionnel d'une juridiction par ailleurs compétente de l'État hôte³³⁷. L'arbitrage mixte se situait ainsi entre le plan national et le plan international et, en matière d'investissements, il entretenait des affinités à la fois avec l'arbitrage commercial international et avec l'arbitrage international public³³⁸. Il avait une nature à la fois privée et publique.

256. Dans le cadre de l'évaluation des modalités particulières d'application de la clause NPF en cas d'arbitrage mixte, il a été souligné que si, *ratione materiae*, le projet d'articles de 1978 couvrait tout type de domaines, notamment l'établissement des personnes physiques et juridiques étrangères ainsi que leurs droits et obligations personnels, *ratione personae*, sa portée générale n'incluait pas les obligations ou les droits créés à la charge ou en faveur de particuliers. Au sens classique, l'individu n'était pas pris en compte, en tant que sujet de droit international, dans l'application de la clause NPF. L'effet d'un arbitrage

³³⁷ Stephan W. Schill, Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis for Jurisdiction – A Reply to Zachary Douglas, in *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, n° 2 (2011), p. 362, note 31. Voir également M. Forteau, Le juge CIRDI envisagé du point de vue de son office: juge interne, juge international, ou l'un et l'autre à la fois, Mélanges J.-P. Cot, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 95 à 129.

³³⁸ Voir à ce propos Franck Latty, *Arbitrage transnational et droit international général*, in *Annuaire français de droit international* (2008), p. 471 à 475.

mixte était de permettre à l'individu, à l'instar de l'État, d'être également bénéficiaire de la clause NPF dans l'ordre international; l'individu, sans être partie à un traité, peut invoquer les clauses juridictionnelles d'un traité contre un État partie défendeur. Vu que le traité, simultanément, offre le traitement et fonde le droit de recours à l'arbitrage, il devient difficile de distinguer ce qui relève du règlement des différends liés au traité de ce qui relève du traitement offert par le traité. La conséquence de ce dernier aspect est qu'il existe deux tendances en matière d'interprétation: l'une insiste sur l'aspect «traitement» (deux États accordent à leurs nationaux respectifs un traitement privilégié) pour fonder plus facilement l'application de la clause NPF à la clause de règlement des différends; l'autre insiste sur l'aspect «règlement des différends» (la clause de règlement des différends constitue le fondement du consentement de l'État à l'arbitrage) en mettant en avant la nécessité de respecter le principe du consentement de l'État à l'arbitrage.

257. Concernant l'incidence de la nature mixte de l'arbitrage, il n'était pas exclu que, sinon des règles d'interprétation, à tout le moins des directives interprétatives particulières s'appliquent à l'arbitrage mixte en raison de sa spécificité. Dès lors, selon l'aspect de la mixité qui était envisagé, certains tribunaux accordaient plus d'importance à l'aspect public de l'arbitrage (ou à l'aspect «règlement des différends») (approche «publiciste») qu'à son aspect privé (ou aspect «traitement»), tandis que d'autres faisaient le choix inverse (approche «privatiste»); une dernière catégorie mêlait les deux aspects (approche «synchrétique»).

b) Document de travail sur l'interprétation des clauses NPF par les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements (M. D. M. McRae)

258. Il était constaté dans le document de travail que, bien que les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements s'appuient sur l'interprétation des traités ou invoquent les moyens d'interprétation visés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités pour interpréter les clauses NPF, il n'y avait guère de cohérence dans la manière dont ils conduisaient effectivement le processus interprétatif, ni nécessairement dans les conclusions auxquelles ils parvenaient. En conséquence, le document examinait plus avant les approches adoptées par ces tribunaux pour tenter de déceler certains facteurs qui semblaient influencer leur interprétation des clauses NPF, ainsi que certaines tendances.

259. Ces facteurs et tendances consistaient notamment: a) à faire la distinction entre *fond et procédure*, en posant la question fondamentale de savoir si en principe une clause NPF pouvait se rapporter tant aux dispositions procédurales qu'aux dispositions de fond d'un traité; b) à interpréter la clause NPF par rapport aux dispositions du traité relatives au règlement des différends comme une *question de compétence*, en renvoyant implicitement dans certains cas à une prétendue norme supérieure d'interprétation pour déterminer si la portée d'une clause NPF incluait le consentement à l'arbitrage, tandis que dans d'autres cas, une distinction était faite entre *compétence et recevabilité*, et une disposition visant le droit d'action, qui relevait de la compétence, était distinguée d'une disposition visant la manière dont une action devait être engagée, interprétée comme relevant de la recevabilité; c) à adopter la solution des *dispositions relatives aux conflits de traités*, qui consistait pour les tribunaux à considérer que la problématique qu'il s'agissait de couvrir l'avait déjà été, de façon différente, dans le traité de base lui-même; d) à prendre en considération la *pratique* conventionnelle de l'une ou l'autre partie au traité bilatéral d'investissement au titre duquel le traitement NPF était réclamé afin de s'assurer des intentions des parties quant à la portée de la clause NPF; e) à prendre en considération le *moment pertinent* auquel le traité a été conclu (principe de contemporanéité), ainsi que la pratique postérieure pour s'assurer de l'intention des parties; f) à évaluer l'influence, sur le tribunal, du contenu de la disposition que l'on visait à exclure ou à ajouter au moyen d'une clause NPF; g) à admettre une *doctrine implicite du précédent*, résultant plus d'un désir de cohérence que d'une éventuelle structure hiérarchique; h) à évaluer le contenu de la disposition invoquée afin de déterminer

si, en fait, elle accordait un *traitement plus/moins favorable*; et i) à prendre en considération l'existence d'*exceptions d'«ordre public»*.

c) Résumé des débats

260. Tout en considérant que ses travaux étaient principalement axés sur le domaine des investissements, le Groupe d'étude a estimé approprié de replacer les questions à l'examen dans un cadre normatif plus large, celui du droit international général et des précédents travaux de la Commission. Le Groupe d'étude a aussi confirmé la possibilité d'élaborer des directives et des clauses types.

261. Sur la base du document de travail établi par M. McRae, qui présentait également une analyse préliminaire de la direction que le Groupe d'étude pourrait souhaiter prendre, le Groupe d'étude a procédé à un échange de vues au sujet de trois questions principales, à savoir: a) si, en principe, une clause NPF était susceptible de s'appliquer aux dispositions de traités bilatéraux d'investissement relatives au règlement des différends; b) si les conditions énoncées dans les traités bilatéraux d'investissement permettant aux investisseurs d'invoquer les dispositions relatives au règlement des différends pouvaient affecter la compétence d'un tribunal; c) quels étaient les facteurs pertinents dans le processus interprétatif pour déterminer si une clause NPF figurant dans un traité bilatéral d'investissement s'appliquait aux conditions de recours à la procédure de règlement des différends.

262. Le Groupe d'étude a considéré que la question de savoir si une clause NPF était susceptible de s'appliquer aux dispositions relatives au règlement des différends relevait de l'interprétation des traités et que la réponse à y apporter dépendait de chaque traité, dont les particularités étaient à prendre en considération. Il a été noté qu'il n'y avait pas de problème particulier lorsque les parties incluaient ou excluaient expressément les conditions d'accès au règlement des différends dans le cadre de leur clause NPF. La question de l'interprétation s'était posée, comme dans la majorité des cas, lorsque les clauses NPF de traités bilatéraux d'investissement existants ne visaient pas expressément l'inclusion ou l'exclusion des clauses de règlement des différends. Il a été dit qu'au minimum, les tribunaux n'avaient pas à se demander, lorsqu'ils interprétaient des clauses NPF dans des traités bilatéraux d'investissement, si ces clauses étaient en principe applicables aux dispositions relatives au règlement des différends. Après l'affaire *Maffezini*, les États seraient bien avisés de donner une indication de leur préférence.

263. Il a été noté que les tribunaux d'arbitrage en matière d'investissements considéraient, tant expressément qu'implicitement, que la question de la portée des clauses NPF dans les traités bilatéraux d'investissement relevait de l'interprétation des traités. Les traités bilatéraux d'investissement étant régis par le droit international, les principes d'interprétation des traités énoncés dans les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités sont applicables à leur interprétation³³⁹. En vertu de la règle générale d'interprétation des traités énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne, un traité «doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but»³⁴⁰. Dans le cadre de ses travaux futurs, le Groupe d'étude continuera d'examiner les différents facteurs qui ont été pris en considération par les tribunaux aux fins de l'interprétation, en vue d'examiner si des recommandations pourraient être faites sur les points suivants: a) la portée du contexte; b) la pertinence du contenu de la disposition que l'on vise à remplacer, c) l'interprétation de la disposition que l'on vise à inclure; d) la pertinence des travaux préparatoires; e) la

³³⁹ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331.

³⁴⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 31, par. 1.

pratique conventionnelle des parties, f) le principe de contemporanéité. Il a été estimé nécessaire d'étudier plus avant les aspects relatifs à l'interprétation de la clause NPF au-delà de l'affaire *Maffezini*, et de se demander si la distinction opérée dans la jurisprudence entre compétence et recevabilité pouvait être davantage précisée, qui était habilitée à invoquer la clause NPF, si une interprétation particulière pouvait être donnée à l'expression «traitement moins favorable» lorsqu'une telle disposition était invoquée dans le contexte de traités bilatéraux d'investissement, et si les exceptions d'«ordre public» avaient un rôle à jouer en tant que restriction à l'application de la clause NPF.

264. Le Groupe d'étude a rappelé qu'il avait précédemment estimé nécessaire d'étudier plus avant la question de la clause NPF dans le contexte du commerce des services au regard de l'Accord général sur le commerce des services et des accords d'investissement, ainsi que les relations entre les normes du traitement NPF, du traitement juste et équitable, et du traitement national. Le Groupe d'étude gardera ces questions à l'esprit en avançant dans ses travaux. Il a été également rappelé que le domaine des relations entre la clause NPF et les accords commerciaux régionaux devait faire l'objet d'une nouvelle étude. Il existait aussi d'autres domaines d'intérêt contemporain comme la relation entre les accords d'investissement et les droits de l'homme. Le Groupe d'étude était cependant conscient de la nécessité de ne pas élargir le champ de ses travaux, et devait donc se garder d'explorer certains aspects qui risquaient de détourner l'attention de ses travaux dans des domaines où se posaient des problèmes quant à l'application des dispositions du projet d'articles de 1978.

265. Le Groupe d'étude a eu des échanges de vues sur les grandes orientations de son futur rapport et a estimé généralement important de replacer le contexte général de ses travaux dans le cadre plus vaste du droit international général, en tenant compte des développements qui avaient suivi l'adoption du projet d'articles de 1978, et d'aborder les problèmes contemporains relatifs aux clauses NPF, en analysant à cet égard des questions comme la pertinence des clauses NPF dans le monde contemporain, les travaux relatifs aux clauses NPF effectués par d'autres organes, et les différentes approches adoptées pour l'interprétation des clauses NPF. Il est également envisagé que le rapport final du Groupe d'étude traite d'une manière générale la question de l'interprétation des clauses NPF dans les accords d'investissement en ce qui concerne le règlement des différends, en analysant les différents facteurs qui intéressent ce processus et en présentant des exemples de clauses types pour la négociation de clauses NPF, fondées sur la pratique des États. Le Groupe d'étude a constaté que les modifications intervenues dans la composition de la Commission avaient eu une incidence sur la progression de ses travaux en raison de l'impossibilité d'examiner certains aspects entre les sessions. Il gardait néanmoins bon espoir de pouvoir achever son travail au cours des deux ou trois sessions suivantes de la Commission.

Chapitre XII

Autres décisions et conclusions de la Commission

A. L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

266. À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012, la Commission a décidé de nommer M^{me} Concepción Escobar Hernández Rapporteuse spéciale pour le sujet «L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État» en remplacement de M. Roman A. Kolodkin.

B. L'application provisoire des traités

267. À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012, la Commission a également décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «L'application provisoire des traités» et de nommer M. Juan Manuel Gómez-Robledo Rapporteur spécial pour le sujet.

C. La formation et l'identification du droit international coutumier

268. À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012, la Commission a en outre décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «La formation et l'identification du droit international coutumier» et de nommer M. Michael Wood Rapporteur spécial pour le sujet.

D. Les traités dans le temps

269. À sa 3136^e séance, le 31 mai 2012, la Commission a décidé a) de modifier, à compter de sa soixante-cinquième session (2013), le cadre de ses travaux sur ce sujet comme le Groupe d'étude le lui avait suggéré et b) de nommer M. Georg Nolte Rapporteur spécial pour le sujet «Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités».

E. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

270. À sa 3132^e séance, le 22 mai 2012, la Commission a constitué un groupe de planification pour la session en cours³⁴¹.

271. Le Groupe de planification a tenu quatre séances. Il était saisi de la section G du Résumé thématique³⁴² des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-sixième session, intitulée «Autres décisions et conclusions de la Commission», de la résolution 66/98 de l'Assemblée générale relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-troisième session (par. 22 à 28 en

³⁴¹ Le Groupe de planification était composé comme suit: M. B. Niehaus (Président), M. E. Candiotti, M. P. Comissário Afonso, M. A. El-Murtadi Suleiman Gouider, M^{me} C. Escobar Hernández, M. M. Forteau, M. H. A. Hassouna, M. M. D. Hmoud, M^{me} M. G. Jacobsson, M. M. Kamto, M. K. Kittichaisaree, M. A. Laraba, M. D. M. McRae, M. S. Murase, M. S. D. Murphy, M. G. Nolte, M. K. G. Park, M. E. Petrič, M. G. V. Saboia, M. N. Singh, M. D. D. Tladi, M. E. Valencia-Ospina, M. A. S. Wako, M. N. Wisnumurti, M. Michael Wood et M. P. Šturma (membre de droit).

³⁴² A/CN.4/650 et A/CN.4/650/Add.1.

particulier) et de la résolution 66/102 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2011, relative à l'état de droit aux niveaux national et international.

1. Groupe de travail sur le programme de travail à long terme

272. À sa 1^{re} séance, le 22 mai 2012, le Groupe de planification a décidé d'établir un groupe de travail sur le programme de travail à long terme pour le quinquennat en cours, sous la présidence de M. Donald M. McRae. Le 24 juillet 2012, le Président du Groupe de travail a présenté oralement un rapport d'activité au Groupe de planification en indiquant notamment que le Groupe de travail avait tenu quatre séances au cours desquelles il avait examiné quelques sujets possibles.

2. Programme de travail de la Commission pour le reste du quinquennat

273. La Commission a rappelé sa décision de 2011 selon laquelle le Groupe de planification devait collaborer avec les rapporteurs spéciaux et les coordonnateurs des groupes d'étude afin de définir, au moment où un nouveau sujet est entamé, un programme d'étude étalé sur le nombre d'années nécessaires et examiner périodiquement le degré de réalisation des objectifs annuels de ce programme, en actualisant celui-ci au besoin³⁴³. La Commission a en outre rappelé qu'il était d'usage, au début de chaque quinquennat, d'établir le programme de travail de la Commission pour le reste du quinquennat, en exposant de manière générale les objectifs à atteindre pour chaque sujet en fonction des indications des rapporteurs spéciaux. Il est entendu que le programme de travail de la Commission a un caractère indicatif, la nature et la complexité des travaux rendant toute prévision relativement hasardeuse.

Programme de travail (2013-2016)

a) L'expulsion des étrangers

2013

Projet d'articles devant les États.

2014

Commencement de la seconde lecture du projet d'articles par la Commission.

2015

Finalisation et adoption du projet d'articles en seconde lecture par la Commission.

2016

...

b) La protection des personnes en cas de catastrophe

2013

Sixième rapport – la phase précédant la catastrophe.

2014

Septième rapport – protection du personnel chargé des secours, emploi des termes, dispositions diverses, première lecture, projet complet.

³⁴³ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10, (A/66/10), par. 378.

2015

Commentaires des gouvernements sur le projet adopté en première lecture.

2016

Huitième et dernier rapport – seconde lecture, adoption d'un ensemble complet d'articles.

c) L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État

2013

Premier rapport de fond à la Commission avec des projets d'articles. Examen et adoption des projets d'articles, le cas échéant, par le Comité de rédaction.

2014

Deuxième rapport avec des projets d'articles. Examen et adoption des projets d'articles par le Comité de rédaction.

2015

Troisième rapport avec des projets d'articles. Examen et adoption des projets d'articles par le Comité de rédaction.

2016

Quatrième rapport avec des projets d'articles. Examen et adoption des projets d'articles par le Comité de rédaction. Adoption du projet d'articles en première lecture par la Commission.

d) L'application provisoire des traités

2013

Premier rapport.

2014

Deuxième rapport avec projets d'articles/directives/clauses types.

2015

Troisième rapport avec projets d'articles/directives/clauses types révisés.

2016

Quatrième rapport.

e) La formation et l'identification du droit international coutumier

2013

Premier rapport – points/documents préliminaires ou servant de base pour le traitement du sujet.

2014

Deuxième rapport – pratique des États et *opinio juris*, accompagné de projets de conclusions ou de directives.

2015

Troisième rapport – points particuliers, tels que l'«objecteur persistant», accompagné de projets de conclusions ou de directives.

2016

Quatrième rapport – ensemble consolidé et révisé de conclusions ou de directives pour examen et adoption.

f) Les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités**2013**

Premier rapport.

2014

Deuxième rapport.

2015

Troisième rapport – adoption provisoire du projet de conclusions.

2016

Finalisation du projet de conclusions.

g) La clause de la nation la plus favorisée**2013**

Présentation d'un projet de rapport final possible, accompagné de recherches complémentaires sur des points précis.

2014

Révision du projet de rapport et adoption avec des modifications ou demande de modifications et de recherches complémentaires.

2015

Adoption du rapport final.

2016

...

h) L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)

À sa soixante-cinquième session, la Commission décidera si elle poursuit l'examen du sujet et, si oui, selon quelles modalités.

3. Examen de la résolution 66/102 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 2011 relative à l'état de droit aux niveaux national et international

274. Dans sa résolution 66/102, du 9 décembre 2011, relative à l'état de droit aux niveaux national et international, l'Assemblée générale a, notamment, invité la Commission du droit international à continuer de lui rendre compte, dans le rapport qu'elle lui soumet, de ce qu'elle fait actuellement pour promouvoir l'état de droit. Depuis 2008, la Commission a fait des observations, chaque année, sur son rôle dans la promotion de l'état de droit. Elle note que, sur le fond, ses observations globales figurant aux paragraphes 341 à 346 de son rapport de 2008 (A/63/10) demeurent pertinentes et elle réaffirme la teneur des observations figurant au paragraphe 231 de son rapport de 2009 (A/64/10), ainsi que de celles figurant aux paragraphes 390 à 393 de son rapport de 2010 (A/65/10) et aux paragraphes 392 à 398 de son rapport de 2011 (A/66/10).

275. La Commission rappelle que l'état de droit constitue son essence, sa mission fondamentale étant de promouvoir le développement progressif et la codification du droit international, en gardant à l'esprit sa mise en œuvre au niveau national. La Commission note que le rôle de l'Assemblée générale dans la promotion du développement progressif du droit international et de sa codification est réaffirmé dans la résolution 66/102 de l'Assemblée générale relative à l'état de droit aux niveaux national et international.

276. La Commission rappelle qu'en tant qu'organe créé par l'Assemblée générale et conformément au mandat énoncé à l'Article 13.1 a) de la Charte des Nations Unies, et dans son propre Statut, elle continue de promouvoir le développement progressif et la codification du droit international par ses travaux. Les travaux de la Commission ont conduit à l'adoption par les États d'un grand nombre de conventions. Pour que ces conventions remplissent pleinement leur rôle, elles doivent être ratifiées et appliquées. Outre la formulation de projets d'articles, les résultats des travaux de la Commission se présentent sous d'autres formes, qui contribuent aussi au développement progressif et à la codification du droit international. Gardant à l'esprit le principe de l'état de droit dans l'ensemble de ses travaux, la Commission est pleinement consciente de l'importance de la mise en œuvre du droit international au niveau national. La Commission considère que ses activités visant à promouvoir le développement progressif et la codification du droit international illustrent la manière dont elle s'attache à promouvoir l'état de droit au niveau international.

277. La Commission salue la décision prise par l'Assemblée générale de faire de «L'état de droit aux niveaux national et international» son thème pour cette année et d'y consacrer une réunion de haut niveau en 2012.

278. Gardant à l'esprit l'étroite interdépendance de l'état de droit aux niveaux national et international, la Commission considère que, dans le cadre de son mandat de codification et de développement progressif, ses travaux devraient tenir compte, le cas échéant, des principes des droits de l'homme, qui sont essentiels à l'état de droit international, comme il ressort du Préambule et de l'Article 13 de la Charte des Nations Unies. Ainsi, la Commission a encouragé la sensibilisation à l'état de droit aux niveaux national et international grâce à ses travaux sur des sujets tels que l'expulsion des étrangers, la protection des personnes en cas de catastrophe, et l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État.

279. La Commission réaffirme l'importance qu'elle attache à l'état de droit dans l'ensemble de ses activités.

4. Honoraires

280. La Commission réaffirme une fois encore les vues qu'elle a exprimées dans ses rapports précédents³⁴⁴ à propos des honoraires, à la suite de l'adoption de la résolution 56/272 par l'Assemblée générale, le 27 mars 2002. Elle souligne que cette résolution touche particulièrement les rapporteurs spéciaux car elle risque de les priver de l'appui que nécessitent leurs travaux de recherche.

³⁴⁴ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10* (A/57/10), par. 525 à 531; *ibid.*, *cinquante-huitième session, Supplément n° 10* (A/58/10), par. 447; *ibid.*, *cinquante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/59/10), par. 369; *ibid.*, *soixantième session, Supplément n° 10* (A/60/10), par. 501; *ibid.*, *soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), par. 269; *ibid.*, *soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 379; *ibid.*, *soixante-troisième session, Supplément n° 10* (A/63/10), par. 358; *ibid.*, *soixante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/64/10), par. 240; *ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 10*, (A/65/10), par. 396, et *ibid.*, *soixante-sixième session, Supplément n° 10* (A/66/10), par. 399.

5. Documentation et publications

281. La Commission a réaffirmé qu'elle reconnaissait l'intérêt particulier et la valeur considérable des publications juridiques élaborées par le Secrétariat pour les travaux de la Commission³⁴⁵. En particulier, elle a accueilli avec satisfaction la publication en version anglaise de la huitième édition de l'ouvrage *La Commission du droit international et son œuvre*, publication qui dresse un inventaire complet, à jour et digne de foi de la contribution de la Commission au développement progressif et à la codification du droit international. Elle a noté avec intérêt que la Division de la codification avait l'intention de poursuivre la pratique consistant à publier de nouvelles éditions de cet ouvrage au début de chaque quinquennat. En outre, le Secrétariat a été prié de ne ménager aucun effort pour publier cet ouvrage dès que possible dans les cinq autres langues officielles. La Commission a également pris note avec satisfaction de la publication de l'*Annuaire juridique des Nations Unies* pour l'année 2010 et d'un nouveau volume de la *Série législative des Nations Unies*, intitulé «Documentation concernant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite». Elle souligne qu'il est utile de poursuivre la publication de la *Série législative des Nations Unies*. Elle a demandé au Secrétariat de continuer de lui fournir ces publications en version papier.

282. La Commission a également noté avec satisfaction que la Division de la codification était en mesure d'accélérer sensiblement la parution de ces publications, grâce à la poursuite et à l'extension de son activité de publication assistée par ordinateur qui renforçait sensiblement l'actualité et la pertinence de ces publications pour les travaux de la Commission.

283. La Commission recommande que pour ses documents et publications, et en particulier les instruments juridiques qu'elle a adoptés, y compris les versions figurant dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale*, les services d'édition de l'ONU adoptent la règle consistant à mettre une *minuscule* au premier mot d'un alinéa lorsque celui-ci est la continuation d'une phrase commencée plus haut.

284. La Commission salue les progrès accomplis sur la voie de la résorption de l'arriéré de publication de l'*Annuaire de la Commission du droit international*. Elle félicite la Section de l'édition et de la correction des publications pour ses efforts et l'encourage à poursuivre sa précieuse contribution à l'établissement de cette importante publication.

285. La Commission exprime sa gratitude à tous les services intervenant dans le processus des documents, à Genève comme à New York, pour leur traitement rapide et efficace des documents de la Commission, souvent dans des délais très serrés, qui contribue au bon déroulement des travaux de la Commission.

286. La Commission tient à exprimer sa gratitude à la Bibliothèque de l'Office des Nations Unies à Genève, pour l'aide qu'elle apporte avec autant d'efficacité que de compétence à ses membres.

6. Fonds d'affectation spéciale pour résorber l'arriéré de publication de l'*Annuaire de la Commission du droit international*

287. La Commission a réaffirmé que l'*Annuaire* est d'une importance déterminante pour qui veut comprendre ce que fait la Commission pour développer progressivement et codifier le droit international et renforcer l'état de droit dans les relations internationales. Elle a noté que, dans sa résolution 66/98, l'Assemblée générale avait remercié les gouvernements qui avaient versé des contributions volontaires au fonds d'affectation

³⁴⁵ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 387 à 395.

spéciale destiné à résorber l'arriéré de publication de l'*Annuaire de la Commission du droit international* et les avait appelés à en verser encore.

7. Aide de la Division de la codification

288. La Commission a remercié la Division de la codification du Secrétariat de l'aide précieuse qu'elle lui apporte par ses services fonctionnels et par sa participation aux recherches relatives à ses travaux. Elle a réaffirmé l'intérêt particulier et la valeur considérable des publications juridiques de la Division de la codification pour ses travaux et a de nouveau demandé à la Division qu'elle continue de présenter ces publications à la Commission.

8. Sites Web

289. La Commission a de nouveau rendu hommage au Secrétariat pour les résultats de son activité de mise à jour et de gestion du site Web de la Commission du droit international³⁴⁶. Elle a réaffirmé que ce site et les autres sites Web gérés par la Division de la codification³⁴⁷ sont une ressource très précieuse pour elle-même et pour les chercheurs des milieux juridiques qui s'intéressent à ses travaux, en ce qu'ils contribuent à renforcer d'une manière générale l'enseignement, l'étude, la diffusion et la compréhension du droit international, comme il est rappelé au paragraphe 412 du rapport de la Commission pour 2011 (A/66/10). La Commission note avec satisfaction que le site Web de la Commission donne des informations sur l'état d'avancement des travaux sur les sujets inscrits à son ordre du jour ainsi qu'une version préliminaire éditée des comptes rendus analytiques des travaux de la Commission.

F. Dates et lieu de la soixante-cinquième session de la Commission

290. La Commission a recommandé que sa soixante-cinquième session se tienne à Genève du 6 mai au 7 juin et du 8 juillet au 9 août 2013.

G. Coopération avec d'autres organismes

291. À la 3148^e séance, le 24 juillet 2012, M. Peter Tomka, Président de la Cour internationale de Justice, a pris la parole devant la Commission et l'a informée des activités récentes de la Cour et des affaires dont elle était actuellement saisie³⁴⁸ en mettant l'accent sur leurs aspects ayant un intérêt particulier pour les travaux de la Commission. Un échange de vues a suivi.

292. Le Comité européen de coopération juridique et le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe ont été représentés à la session par la Présidente du CAHDI, M^{me} Edwige Belliard, et par le Directeur du Conseil juridique et du droit international public du Conseil de l'Europe, M. Manuel Lezertua, qui ont pris la parole à la 3140^e séance de la Commission, le 4 juillet 2012³⁴⁹. Ils se sont concentrés sur les activités en cours du CAHDI concernant diverses questions juridiques, ainsi que sur celles du Conseil de l'Europe. Un échange de vues a suivi.

293. La Commission de l'Union africaine pour le droit international a été représentée à la session par M. Blaise Tchikaya et M. Minelik Alemu Getahun, qui ont pris la parole à la

³⁴⁶ Voir <http://www.un.org/law/ilc/>.

³⁴⁷ À consulter à l'adresse: <http://www.un.org/law/lindex.htm>.

³⁴⁸ Cette déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de la séance.

³⁴⁹ Ibid.

3146^e séance de la Commission, le 17 juillet 2012³⁵⁰. Ils ont donné un aperçu des activités de la Commission de l'Union africaine pour le droit international. Un échange de vues a suivi.

294. Le Comité juridique interaméricain a été représenté à la session par M. David P. Stewart, qui a pris la parole à la 3149^e séance, le 25 juillet 2012³⁵¹. Il a donné un aperçu des activités du Comité exposées dans le rapport annuel de celui-ci. Un échange de vues a suivi.

295. Le Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO), M. Rahmat Mohamad, a pris la parole à la 3150^e séance, le 26 juillet 2012. Il a exposé les activités récentes et les projets de son organisation. Il a en particulier rendu compte de l'examen par l'AALCO des travaux de la Commission. Un échange de vues a suivi.

296. Le 10 juillet 2012, un échange de vues informel s'est tenu entre les membres de la Commission et le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) sur des questions d'intérêt mutuel – dont les grandes priorités de la Division juridique du CICR et le projet du CICR concernant le renforcement de la protection juridique des victimes d'un conflit armé – et sur des questions touchant au sujet «La protection de l'environnement en cas de conflit armé»³⁵². Un échange de vues a suivi.

H. Représentation à la soixante-septième session de l'Assemblée générale

297. La Commission a décidé qu'elle serait représentée à la soixante-septième session de l'Assemblée générale par son Président, M. Lucius Caflisch.

298. À sa 3158^e séance, le 3 août 2012, la Commission a prié M. Maurice Kamto, Rapporteur spécial pour le sujet «L'expulsion des étrangers», d'assister à la soixante-septième session de l'Assemblée générale, en application du paragraphe 5 de la résolution 44/35 de celle-ci.

299. La Commission souhaite que l'ancien Rapporteur spécial sur le sujet «Les réserves aux traités», M. Alain Pellet, soit invité par la Sixième Commission afin qu'il puisse être présent lorsque le débat par la partie du rapport de la Commission de 2011, concernant ce sujet, aura lieu³⁵³.

I. Hommage au Secrétaire de la Commission

300. À sa 3158^e séance, le 3 août 2012, la Commission a rendu hommage à M. Václav Mikulka, qui s'était éminemment distingué au poste de Secrétaire de la Commission depuis 1999 et qui prendrait sa retraite après la session. Elle lui a exprimé sa reconnaissance pour la remarquable contribution qu'il avait apportée aux travaux de la Commission ainsi qu'à la codification et au développement progressif du droit international, a salué son

³⁵⁰ Ibid.

³⁵¹ Ibid.

³⁵² M^{me} Jelena Pejic, conseillère juridique au CICR, a donné un aperçu de l'initiative conjointe CICR/Suisse sur le renforcement des mécanismes pour le respect du droit international humanitaire et M. Ramin Mahnad a fait un exposé sur le projet du CICR concernant le renforcement de la protection juridique des personnes privées de liberté dans le cadre d'un conflit armé non international. M^{me} Marie G. Jacobsson a donné un aperçu du sujet «Protection de l'environnement en cas de conflit armé», qui est inscrit au programme de travail à long terme de la Commission.

³⁵³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10, A/66/10* (chap. IV) et A/66/10/Add.1.

professionnalisme, son dévouement à la fonction publique et son engagement en faveur du droit international et lui a souhaité le plus grand succès dans ses futures activités.

J. Séminaire de droit international

301. Conformément à la résolution 66/98 de l'Assemblée générale, la quarante-huitième session du Séminaire de droit international s'est tenue au Palais des Nations du 2 au 20 juillet 2012 durant la session de la Commission. Le Séminaire s'adresse à des étudiants de troisième cycle se spécialisant en droit international, à de jeunes universitaires ou diplomates et à des personnes en poste dans la fonction publique de leur pays.

302. Vingt-quatre personnes de nationalités différentes et de toutes les régions du monde ont participé à la session³⁵⁴. Les participants ont assisté aux séances plénières de la Commission et à des exposés qui leur étaient réservés, et ont participé aux groupes de travail spécialisés dans différents sujets.

303. Le Séminaire a été ouvert par M. Lucius Caflisch, Président de la Commission. M. Markus Schmidt, Conseiller juridique principal de l'Office des Nations Unies à Genève, était responsable de l'administration, de l'organisation et du déroulement du Séminaire. La coordination scientifique de celui-ci était assurée par l'Université de Genève. M. Vittorio Mainetti, de l'Université de Genève, a fait office de coordonnateur, secondé par M. Martin Denis, assistant juridique.

304. Les membres de la Commission ont donné les conférences suivantes: M. Ernest Petrič: «Les travaux de la Commission du droit international»; M^{me} Concepción Escobar Hernandez: «L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État»; M. Georg Nolte: «Les traités dans le temps»; M. Donald M. McRae: «La clause de la nation la plus favorisée»; M. Shinya Murase: «La protection de l'atmosphère en droit international: arguments en faveur d'une codification»; et M. Maurice Kamto: «L'expulsion des étrangers».

305. Des conférences ont également été données par M. Éric Tistounet, Chef de la Division du Conseil des droits de l'homme du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur: «La révision des mécanismes du Conseil des droits de l'homme: évaluation», et par M^{me} Jelena Pejic, conseillère juridique au Département juridique du Comité international de la Croix-Rouge sur: «Les défis actuels pour le droit international humanitaire».

306. Deux sessions spéciales ont été organisées à l'extérieur, dans les locaux de l'Université de Genève et ceux de l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève (HEID). À l'Université, les participants au Séminaire ont assisté à une réunion de réflexion sur le sujet: «Environnement et conflits armés». Cette réunion a

³⁵⁴ Ont participé à la quarante-huitième session du Séminaire de droit international: M^{me} Adejumo Adegbonmire (Nigéria), M^{me} Mariam Al-Hail (Qatar), M^{me} Alma Amézquita Manzano (Mexique), M. Michel-Ange Bontemps (Haïti), M. Sékou Camara (Guinée), M^{me} Xiaohua Chen (Chine), M^{me} Rhia Rilina Chowdhury (Inde), M^{me} Carolina Claro (Brésil), M^{me} Yolande Dwarika (Afrique du Sud), M^{me} Desislava Gosteva (Bulgarie), M^{me} Eugenia Gutiérrez-Ruiz (Costa Rica), M^{me} Sara Ianovitz (Italie), M. Levon Isakhanyan (Géorgie), M^{me} Yuriko Kuga (Japon), M. Thushara Kumarage (Sri Lanka), M. Marco Mollar (Argentine), M. Josel Mostajo (Philippines), M^{me} Michaela Rišova (Slovaquie), M. Abderrezak Seghiri (Algérie), M. Regis Simo (Cameroun), M^{me} Kate Smyth (Australie), M^{me} Lucia Solano Ramirez (Colombie), M^{me} Alexia Solomou (Chypre) et M. Tesfagabir Teweldebirhan Kibrom (Érythrée). Le Comité de sélection, présidé par M^{me} Laurence Boisson de Chazournes, professeur à l'Université de Genève (droit international et organisations internationales), s'est réuni le 26 avril 2012 au Palais des Nations et a retenu 25 candidats sur 94. L'un des candidats retenus s'est désisté au dernier moment.

été suivie d'une réception offerte par l'Université de Genève. Au HEID, les participants au Séminaire ont assisté à une réunion sur: «La protection de l'atmosphère en droit international».

307. Les participants au Séminaire ont eu la possibilité de se familiariser avec les travaux d'autres organisations internationales sises à Genève. Ils ont également assisté à une session du Comité des droits de l'homme et à une manifestation tenue à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur le sujet: «La propriété intellectuelle et la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel: mieux comprendre le cadre juridique international». Enfin, ils ont pu visiter l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire (CERN).

308. Trois groupes de travail ont été organisés pour le Séminaire, le premier sur «Les crimes contre l'humanité: un sujet qui pourrait se prêter à une codification», le deuxième sur «La protection des personnes en cas de catastrophe» et le troisième sur «L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État». Tous les participants ont été affectés à l'un ou l'autre groupe. Trois membres de la Commission, M^{me} Concepción Escobar Hernandez, M. Sean D. Murphy et M. Eduardo Valencia-Ospina, ont supervisé les groupes de travail et les ont fait bénéficier de leur expertise. Chaque groupe a établi un rapport et présenté ses conclusions au Séminaire au cours d'une séance spéciale. Les rapports ont été synthétisés et distribués à tous les participants, ainsi qu'aux membres de la Commission.

309. La République et canton de Genève a offert son hospitalité traditionnelle aux participants avec une visite guidée de la salle de l'Alabama à l'Hôtel de ville, suivie d'une réception.

310. M. Lucius Caflisch, Président de la Commission du droit international, M. Markus Schmidt, Directeur du Séminaire, et M^{me} Mariam Al-Hail (Qatar), au nom des participants au Séminaire, ont pris la parole devant la Commission et les participants au Séminaire à la cérémonie de clôture. Chaque participant a reçu un certificat attestant sa participation à la quarante-huitième session du Séminaire.

311. La Commission a noté avec une satisfaction particulière que depuis 2010, les Gouvernements de l'Autriche, de la Chine, de la Finlande, de l'Inde, de l'Irlande, de la Suède et de la Suisse avaient versé des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale des Nations Unies pour le Séminaire de droit international. La situation financière du Fonds a permis d'accorder un nombre suffisant de bourses à des candidats méritants, originaires notamment de pays en développement, pour parvenir à une répartition géographique équitable des participants. Cette année, des bourses complètes (couvrant à la fois les frais de voyage et de séjour) ont été octroyées à 15 candidats.

312. Sur les 1 093 participants représentant 170 nationalités qui ont pris part au Séminaire depuis sa création en 1965, 669 ont bénéficié d'une bourse.

313. La Commission souligne l'importance qu'elle attache au Séminaire, qui donne à de jeunes juristes, originaires notamment de pays en développement, la possibilité de se familiariser avec ses travaux et les activités de nombreuses organisations internationales sises à Genève. Elle recommande à l'Assemblée générale de lancer un nouvel appel aux États pour qu'ils versent des contributions volontaires afin d'assurer au Séminaire de 2013 la plus large participation possible.

314. La Commission a noté avec satisfaction qu'en 2012 un service d'interprétation intégrale avait été mis à la disposition du Séminaire. Elle exprime l'espoir que celui-ci bénéficiera du même service à la session suivante, dans la limite des ressources existantes.