

L'IMMIGRATION : DROIT INTERNATIONAL ET DROITS FONDAMENTAUX

PAR

FRANÇOIS RIGAUX

PROFESSEUR ÉMÉRITE DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

Emigration et darwinisme social

Les principaux problèmes qui angoissent aujourd'hui l'humanité – la surpopulation, la destruction de l'environnement, le couple hideux que forment la rareté (relative) des ressources naturelles et leur gaspillage au profit de quelques-uns – sont nouveaux. L'immigration n'est que récemment devenue un problème et elle n'est pas sans lien avec les maux qui viennent d'être évoqués : comment s'étonner que dans un monde aussi profondément inégalitaire que le nôtre, les pauvres de la Terre s'efforcent d'avoir accès aux sociétés plus prospères dont l'image enchantresse a été portée aux rivages les plus lointains par le cinéma, puis par la télévision ? Encore faut-il s'entendre sur la notion de « pauvre ». On a pu écrire que les mesures prises aux Etats-Unis pour établir l'égalité des sexes et pour combattre les discriminations raciales n'avaient bénéficié qu'à la fraction la plus favorisée des femmes et des noirs, celles et ceux qui, appartenant déjà à la classe moyenne, luttaient à juste titre pour être affranchis de leur sujétion ancestrale, alors que les inégalités pèsent de plus en plus lourdement sur les travailleuses sans qualification et les membres les plus défavorisés des minorités raciales (1). Les réussites de l'immigration présentent des traits analogues. Non seulement les plus doués reçoivent le meilleur accueil mais déjà l'effort du déracinement et le coût du voyage opèrent parmi les candidats

(1) En ce sens Roberto MANGABEIRA UNGER, *What Should Legal Analysis Become?* (London-New-York, Verso, 1996), pp. 83-93.

au départ une sélection qui vérifie les thèses du darwinisme social.

La naissance tardive d'un droit de l'immigration

La réglementation de ce qui s'appelle aujourd'hui immigration est un phénomène tardif. Sous l'Ancien Régime la libre circulation des personnes ne connaissait de restriction autre que coloniale. Fondé sur le *ius communicationis*, le principe de libre circulation des personnes est selon la doctrine de Francisco de Vitoria la justification de la conquête des Indes par les Espagnols (2) : si les nations indiennes se sont opposées à ceux qui, pacifiquement, venaient leur apporter les bienfaits du commerce et de l'évangélisation, elles ont fait naître une juste cause de guerre légitimant l'occupation militaire de leur territoire. Comme bon nombre de théories juridiques celle-ci repose sur une fiction : il est permis de douter que les premiers Espagnols « découvrant le Nouveau Monde » (3) se soient effectivement présentés en voyageurs pacifiques, porteurs de lettres de change et brandissant un crucifix (4). Un autre aspect, davantage propre à la doctrine du droit international, a pour objet l'application unilatérale qui en fut faite. Non seulement le *ius communicationis* ne fut pas étendu aux Indiens eux-mêmes qui ne furent pas invités à venir commercer en Espagne, mais les colonisateurs instaurèrent un protectionnisme étroit qui réservait aux sujets des Rois catholiques le droit de commercer avec les Indes. Au traité de Tordesillas (1494) qui délimita les zones d'appropriation respectives de l'Espagne et du Portugal s'ajoute le bref pontifical ayant divisé entre les deux souverains les terres sur l'étendue des-

(2) FRANCISCO DE VITORIA, *De Indis* (revised text by H.F. WRIGHT, *The Classics of International Law*, Carnegie Institute of Washington, 1917, p. 217), III, 1 : *Primus titulus potest vocari naturalis societatis et communicationis*.

(3) Expression aussi centrée sur l'origine européenne des conquérants que celle de « découverte » de l'Amérique. L'idée apparaît déjà chez VITORIA : *cum principes Hispani [...] tam feliciter Novum orbem invenerint* (*De Indis*, III, 10, *op. cit.*, note 2, p. 263). Quant à l'expression « Amérique latine », elle semble avoir été forgée en France au XIX^e siècle à l'époque de l'instauration d'un éphémère Empire du Mexique, dressé contre l'influence nord-américaine.

(4) VITORIA lui-même émet des doutes à ce sujet : *De Indis* III, 12, éd. citée (note 2), p. 263.

quelles leurs commerçants et leurs missionnaires pourraient, à l'exclusion de tout autre, exercer effectivement le *ius communicationis* (5).

En quelque partie du monde et par quelque nation européenne que ce soit, l'envoi de colons, de missionnaires, de commerçants, d'administrateurs ne tolère aucune réciprocité. L'immigration est guerrière et dominatrice à une époque où les Etats européens pratiquent entre eux et sans restriction apparente la libre circulation des personnes (6). Voyageurs, commerçants et artistes se déplacent sans entrave, il n'y a sans doute que la liberté de diffuser une religion autre que celle du prince – ou des bourgeois qui en tiennent lieu – qui soit soumise à de sévères restrictions. Toutefois, les victimes de persécutions religieuses reçoivent asile auprès de populations qui ne partagent pas leurs convictions, les Juifs espagnols et portugais aux Pays-Bas, en Europe orientale et en pays musulmans, les calvinistes français dans les Pays-Bas catholiques et dans la Prusse luthérienne. Comme ce fut presque toujours le cas, ces immigrés ont enrichi la culture et développé l'économie du pays d'accueil et seules les régions d'origine ont durablement souffert de l'appauvrissement corrélatif. De même, l'émigration forcée des Juifs allemands à partir de 1933 a porté les

(5) Dans le passage déjà évoqué à propos de la « découverte d'un nouveau monde », Vitoria déduit des efforts faits et des dépenses encourues par les souverains espagnols le droit d'interdire « aux autres » (*aliis*) l'accès aux territoires conquis. Il ajoute que la division des territoires faite par le Pape a contribué à la paix entre les princes et à la propagation de la religion (III, 10). La bulle *Inter cetera* du pape Alexandre VI a été antidatée au 4 mai 1493.

Au début du XIX^e siècle, Joseph Story, juge à la Cour suprême des Etats-Unis et auteur d'ouvrages influents, reproduit sans s'en douter le lien établi par Vitoria entre la liberté de faire le commerce et la liberté de l'évangélisation en assignant à la *Law of Nations* une double origine, *Christianity and Commerce : Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic...* (Boston, Hilliard, Gray, and Co, 1834), p. 4, § 3.

(6) La doctrine de Grotius est étonnamment libérale à l'égard de l'immigration car il déduit de la loi naturelle le libre accès pacifique des étrangers au territoire d'un Etat : *De iure belli ac pacis* (1^{re} éd. 1625), L. II, ch. II, § 5. Il reconnaît aussi libéralement le droit d'asile pour ceux qui ont été expulsés de leur pays, à condition qu'ils se soumettent aux lois du souverain territorial (*eod. loco*, § 16). Sur la condition des étrangers voir les paragraphes 21 et 22. Sans que Grotius l'affirme expressément dans ce contexte, sa doctrine s'accompagne de la même restriction que celle qui est sous-jacente au *De Indis* : elle régit les rapports réciproques des princes chrétiens et de leurs sujets. Dès le XVIII^e siècle, toutefois, la doctrine du droit de la nature et des gens deviendra plus circonspecte. C'est alors qu'apparaît l'idée selon laquelle l'accès des étrangers au territoire d'un Etat dépend de la décision discrétionnaire du souverain. Voir notamment Christian Wolff, *Ius gentium methodo scientifica pertractatum...* (1749), § 298 ; Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758), §§ 100-101.

mêmes conséquences, négatives pour leur pays d'origine, positives pour les pays qui les ont accueillis.

Ce n'est qu'au cœur de la seconde moitié du XIX^e siècle que l'immigration pénètre dans la sphère du droit interne et ce sera pour être soumise à des restrictions successives, d'abord justifiées par une application nouvelle du principe de la souveraineté de l'Etat, plus tardivement tempérées par la protection des droits fondamentaux. C'est ainsi que s'articulent les deux principales subdivisions de cette étude offerte en hommage à un juriste qui illustre la défense et la doctrine des droits de l'homme.

I. — IMMIGRATION ET DROIT INTERNATIONAL

Aussi longtemps que les phénomènes migratoires se dissimulèrent derrière la négligence bienveillante (*benign neglect*) des Etats, il ne parut pas nécessaire d'en réglementer l'exercice. Homme jeune, bien portant, entreprenant, l'immigré apportait son énergie et ses talents au pays aux exigences duquel il avait choisi de se soumettre. Un célèbre philanthrope américain n'hésitera pas à évaluer les nouveaux arrivants selon le prix d'un esclave adulte à la veille de la Guerre de Sécession et à chiffrer le bénéfice qu'en avaient retiré les Etats-Unis (7). C'est toutefois dans ce dernier pays que les premières mesures restrictives prirent une forme juridique, à l'abri du droit international et avec de fortes connotations racistes. Pour enrayer l'immigration chinoise, le Congrès américain n'hésita pas à prévoir le refoulement et, le cas échéant, l'expulsion d'une

(7) Andrew CARNEGIE, *Triumphant Democracy or Fifty Years' March of the Republic* (London, Sampson, Low, Morton, Searle and Rivington, 1888), pp. 24-25. La première édition américaine du même livre remonte à 1886. La valeur d'un immigrant adulte est fixée à 1500 dollars (300 livres) soit le prix d'un esclave habile auparavant. Et il écrit ailleurs : « Men like cows, are expensive to raise and a gift of either should be gladly received. And a man can be put to more valuable use than a cow » (*New York Journal of Commerce*, dec. 13, 1892, p. 2) cité par Kitty CALAVITA, « US Immigration and Policy Response : the Limits of Legislation » dans *Controlling Immigration, A Global Perspective*, ed. by Wayne A. CORNELIUS, Philips L. MARTIN and James HOLLIFIELD, Stanford University Press, 1994, pp. 55-82, p. 56.

Au profit net que recueille le pays d'immigration de l'arrivée de jeunes adultes, bien portants et entreprenants, dont l'entretien et l'éducation ont été supportés par le pays d'origine, correspond, de manière symétrique, le dommage souffert par ce pays et qu'un discours prononcé le 16 mai 1925 par Antonio Gramsci à la Chambre des députés met bien en relief. Le texte de ce discours est reproduit dans GRAMSCI, *Scritti politici*, a cura di Paolo Spriani, Editori Riuniti, 1973, t. III, p. 127.

catégorie d'immigrés jugés indésirables, à savoir ceux qui ne provenaient pas du berceau originel, l'Europe. De même que le droit international est, au début du XVI^e siècle, né de la tentative de justifier les conquêtes coloniales, ce compagnonnage malsain l'a suivi jusqu'au cœur du XIX^e. Plusieurs théories qui n'ont pas cessé d'avoir cours dans la jurisprudence américaine sont liées à la domination coloniale et à l'immigration.

La première de ces théories est l'application de la *last-in-time rule* au conflit entre les dispositions respectives d'un traité international et d'une loi interne. Elle fut d'abord élaborée pour justifier le pouvoir du législateur fédéral de révoquer les articles d'un traité conclu avec une nation indienne (8). Eu égard à la nature particulière des traités conclus à l'époque coloniale par la France ou l'Angleterre avec les nations indiennes et poursuivis après l'indépendance par le gouvernement fédéral, le précédent n'était sans doute pas décisif à l'égard d'un traité conclu avec un Etat étranger. Il fut cependant suivi dans un arrêt ultérieur à propos d'une taxe de cinquante cents prélevée sur chaque nouvel immigrant en vertu d'une loi fédérale, l'*Immigration Act*. A l'objection tirée de la contradiction entre la disposition de la loi et des traités antérieurs, la Cour suprême répond qu'aucun Etat étranger n'a protesté contre la perception de la taxe et elle renvoie en outre à la solution inaugurée par *The Cherokee Tobacco* (9). Quelques années plus tard, un travailleur chinois qui ayant résidé à San Francisco de 1875 à 1887 avait temporairement regagné son pays en possession d'un document l'autorisant au retour, se voit refuser l'accès au territoire américain en vertu d'une loi du 1^{er} octobre 1888 qui règle de manière plus restrictive l'immigration chinoise. Un traité sino-américain est invoqué et, comme dans l'affaire précédente, la Cour retient deux arguments, d'une part que le Gouvernement chinois s'est incliné devant les règles nouvelles sur la main-d'œuvre dérogeant au traité et, de l'autre, que la loi plus récente prime le traité anté-

(8) *The Cherokee Tobacco Case*, 78 US 616 (1870).

(9) *Head Money Case, Edge v. Robertson*, 112 US 580, 597-599 (1884).

rieur (10). Les origines de la *last-in-time rule* ne sont pas innocentes. Elles ont pour objet une catégorie de traités particulièrement vulnérable : en ce qui concerne les nations indiennes parce que celles-ci ne sauraient prétendre à la qualité de sujet du droit international et que, dès lors, en évinçant par une simple loi les dispositions d'un traité antérieur l'Etat fédéral ne s'expose pas à une action ou à une protestation diplomatique, mais le risque n'est guère plus élevé alors que les victimes potentielles des violations du traité sont des immigrants ou des travailleurs immigrés du sort desquels l'Etat dont ils ressortissent se soucie rarement, et fort benoîtement la Cour suprême des Etats-Unis constate que le Gouvernement impérial chinois s'est accommodé des règles nouvelles en matière d'immigration.

A l'appui du pouvoir d'autoriser de manière discrétionnaire l'accès des étrangers au territoire américain, la Cour suprême invoque un attribut de la souveraineté dont l'exercice a été délégué par la Constitution au Gouvernement fédéral et que celui-ci exerce comme il l'entend dans l'intérêt de la nation (11). Quelques années plus tard, la Cour suprême fera un pas de plus en étendant ce pouvoir discrétionnaire (*absolute and unqualified*) à l'expulsion d'un étranger en résidence régulière aussi longtemps qu'il n'a pas été naturalisé ou n'a pas entamé les démarches requises pour obtenir la nationalité américaine (12). La différence entre les deux situations explique que le juge Field qui avait rédigé l'opinion de la Cour dans le *Head Money Case* émet cette fois une opinion dissidente (13).

Ce n'est pas une coïncidence si l'immigration chinoise se trouve à l'origine d'une jurisprudence peu libérale qui applique les lois interdisant l'immigration des Chinois, notamment

(10) *Chinese Exclusion Cases, Chae Chon Ping v. United States*, 130 US 581, 9 S Ct 623 (1889), avec référence au *Head Money Case*, 9 S Ct 627-628. Voir Louis HENKIN, «The Constitution and United States Sovereignty : A Century of Chinese Exclusion and its Progeny», 100 *Harvard LR* (1987), 853-884.

(11) 9 S Ct 629-631. Dans le même sens : *Nishimura Ekiu v. United States*, 12 S Ct 336, 338 (1892).

(12) *Fong Yue Ting v. United States*, 149 US 698, 707 (1893).

(13) *Fong Yue Ting v. United States*, J. Field dissenting, 149 US 1034. Le juge Brewer (1029) et le Chief Justice Fuller (1041) émirent aussi une opinion dissidente.

le *Chinese Exclusion Act* de 1882 (14). Dans les années qui précédèrent la première guerre mondiale, le Gouvernement américain favorisa l'immigration de travailleurs mexicains, moins revendicatifs que ceux qui provenaient d'Europe et qui offraient l'avantage supplémentaire de pouvoir plus aisément et à moindre frais être rapatriés dans leur pays d'origine (15). La logique marchande explicitée par Carnegie n'a jamais cessé d'inspirer la politique d'immigration (16). Le principe de la souveraineté territoriale des Etats qui est solidement attesté dans la doctrine dominante confère à la maîtrise des flux migratoires par les Etats vers lesquels se dirigent les demandeurs de séjour l'appui du droit international positif (17). A sa réunion de Genève, l'Institut de droit international adopte le 9 septembre 1892 des « Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers » qui reflètent assez fidèlement le positivisme ambiant, réaffirmant dans le premier considérant du préambule le principe de la souveraineté territoriale « qui domine toute la matière ». L'article 5 soustrait à l'application des autres règles « les colonies où la civilisation européenne n'est pas encore dominante » et l'article 6 prévoit « une différence fondamentale de mœurs ou de civilisation » parmi les rai-

(14) Sur l'histoire de la législation américaine en la matière, voir CALAVITA (note 7), pp. 57-74; HENKIN (note 10), pp. 853-859; Richard PLENDER, *International Migration Laws* (Rev., 2d ed., Martinus Nyhoff, 1988), pp. 69-74; Ronald TAKAKI, *Strangers from a Different Shore : A History of Asian Americans* (Little, Brown, and Co., 1989), pp. 21-75. Le *Chinese Exclusion Act* n'a été abrogé qu'après l'entrée en guerre du Japon contre lequel la République chinoise était l'alliée des Etats-Unis (TAKAKI, pp. 370-378). Voir encore : Hiroshi MOTOMURA, « Immigration Law After a Century of Plenary Power : Phantom Constitutional Norms and Statutory Interpretation », 100 *The Yale LJ* (1990), 545-613; Peter H. SCHUCK and Theodore MSIEN WANG, « Continuity and Change : Pattern of Immigration Litigation in the Courts, 1979-1990 », 45 *Stanford LR* (1992), 115-183.

(15) CALAVITA (note 7), p. 58.

(16) Sur la distinction entre « supply push » et « demand pull » voir Philip L. MARTIN, « The United States : Benign Neglect Toward Immigration » dans *Controlling Immigration...* (note 7), pp. 83-89. Voir aussi l'introduction du même ouvrage collectif, pp. 8-13, p. 36.

(17) Voir notamment : Ian BROWNLIE, *Principles of Public International Law* (Clarendon Press, Oxford, 4th ed., 1990), pp. 519-521; O'CONNELL, *International Law*, t. II (§ 1965), pp. 753-755; *Oppenheim's International Law* (9th ed. by Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts, 1992, I), § 400, p. 897 et pp. 940-948; Alfred VERDROSS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 37 (1931-III), pp. 327-409, pp. 338-339. Ces différents auteurs, notamment O'Connell et Verdross, présentent comme moderne l'application à la condition des étrangers de la doctrine de la souveraineté, et ils rappellent la position plus libérale de Vitoria et de Grotius qui sera déjà abandonnée par Christian Wolff et par Vattel.

sons qui justifient le refus d'admission (18). L'ombre des *Chinese Exclusion Cases* semble avoir plané sur les travaux de l'Institut. Néanmoins les Règles arrêtées par l'Institut contiennent des dispositions qui méritent encore l'attention.

Il existe une analogie entre la souveraineté de l'État et le droit de propriété : l'un comme l'autre confèrent le droit d'exclusion en vertu d'un pouvoir discrétionnaire et cela explique que pendant longtemps la race ou l'origine ethnique de l'étranger ont pu jouer un rôle qui choquerait aujourd'hui.

C'est également un critère racial qui, aux États-Unis, a longtemps dominé le droit de la naturalisation. Dès 1790, la première loi sur la naturalisation a posé la condition suivante :

Any alien being a free white person may be admitted to become a citizen (19).

Ultérieurement, aux personnes de «race» blanche ont été ajoutés les étrangers d'origine africaine. Tant que cette disposition a été maintenue en vigueur elle a contraint les cours et tribunaux à définir la race. Un Japonais vivant à Hawaii a été exclu en vertu de la section 2169 de la loi du 29 juin 1906 et la Cour suprême justifie cette solution en interprétant les mots «white person» comme étant synonymes de «a person of the Caucasian race» (20). Quand, l'année suivante, la même juridiction est saisie du cas d'un Hindou, elle récuse le critère racial en faveur d'un critère culturel ou géographique.

It may be true that the blond Scandinavian and the brown Hindu have a common ancestor in the dim ranges of antiquity, but the average man knows perfectly well that there are unmistakable and profound differences between them today (21).

C'est sans doute le critère culturel qui avait justifié la décision d'une district court fédérale d'autoriser contre l'avis du gouvernement la naturalisation de quatre Arméniens (22).

(18) *Annuaire de l'Institut de droit international*, Edition nouvelle abrégée, vol. III (1892-1896), p. 219. Voir les travaux préparatoires dans le même volume, p. 1015 et dans le volume II (1885-1891), pp. 760 et s.

(19) 1 Stat. 103 c. 3, cité par *Ozawa v. United States*, 260 US 178, 192 (1922). L'interprétation plus libérale du quatorzième amendement qui a prévalu depuis aurait justifié de juger inconstitutionnelles ces lois aujourd'hui abrogées. C'est ce qu'a décidé la Cour suprême de Californie à propos d'une loi californienne sur la naturalisation : *Fujii v. State*, 242 P 2d 617, 625 (Sup. Ct Cal., 1952).

(20) *Ozawa v. United States*, 260 US 198 (1922).

(21) *United States v. Thind*, 261 US 204, 208 (1923).

(22) *In re Halladjian*, 174 F 834 (CCD Mass. 1909).

Alors que le principe de souveraineté territoriale légitime le pouvoir discrétionnaire des autorités du pays d'immigration, il existe aussi une pratique conventionnelle entre le pays d'origine et le pays d'accueil. Sous l'Ancien Régime, les armées anglaises et françaises recrutèrent des régiments allemands pour la cession desquels le souverain d'origine obtenait une compensation financière. Au XIX^e siècle les travailleurs migrants ont appartenu à certains termes d'échange entre les puissances coloniales. On peut citer à titre d'exemple l'accord entre le Royaume-Uni et le Portugal sur l'émigration volontaire de travailleurs du Mozambique vers le Natal. Les autorités portugaises recevaient treize shillings par travailleur et en sus six pence par mois de travail excédant la durée initiale d'un an. En outre la moitié du salaire était versée directement au gouvernement portugais et un arrangement ultérieur, du 18 décembre 1901, procura des avantages économiques au Portugal (23). Aussi récemment qu'en 1946, la Belgique convint avec l'Italie de fournitures de charbon en échange de la promesse du recrutement d'ouvriers pour les mines (24).

Durant la phase d'expansion coloniale et à la fin de celle-ci la doctrine du droit international fit une place à la protection des droits des étrangers. L'idée était que les États se devaient un devoir réciproque de protection de la personne, des biens et des intérêts des étrangers sur leur territoire. La jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale qui siégea entre les deux guerres mondiales est un témoin de l'apogée de cette doctrine (25). Il ne faudrait cependant pas croire que la

(23) Agreement between Great Britain and Portugal for a Modus Vivendi relating to Native Labour, Tariffs and Railways in Southern Africa, signed at Lourenco Marques, Clive Parry, *The Consolidated Treaty Series* (Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 1979), vol. 190, p. 308. L'accord fut complété d'un article additionnel le 15 juin 1904, Clive Parry, vol. 196, p. 1. Il fut remplacé par la Convention between the Transvaal (Great Britain) and Mozambique (Portugal) relating to Natives, Railways and Ports, and Commerce and Customs, signed at Pretoria (1^{er} avril 1909), Clive Parry, vol. 209, p. 11.

(24) L'accord belgo-italien fut d'abord formalisé dans un échange de notes qui eut lieu à Rome le 12 et le 15 mars 1946, et fut suivi de divers Protocoles qui prirent fin le 29 mars 1954 en vertu d'un Protocole signé à Rome le 5 mars 1954. Aucun de ces instruments internationaux ne fut publié au *Moniteur belge*. Ils sont cités par K. DE TROYER, *Répertoire des traités conclus par la Belgique* (Smits, 1988, pp. 21, 27, 41, 55, 185). Quelques-uns furent publiés dans la collection de traités des Nations Unies.

(25) L'accélération du mouvement de décolonisation après la fin de la Seconde guerre mondiale a contribué au discrédit de cette doctrine. Voir notamment : Jorge CASTANEDA, «The underdeveloped nations and the development of international law», 15 *International Organizations* (1961), 38-48; S.N. Guha Roy, «Is the law of responsibility of states

protection des droits acquis par les étrangers eût jamais été mise au service des travailleurs immigrés. Reproduction fidèle de la doctrine dominante, la jurisprudence de la Cour permanente fait bien la différence entre le droit de l'Etat qui, en élevant sa protection diplomatique et la poursuivant, le cas échéant, devant le juge international, fait valoir contre un autre Etat, un intérêt propre qui occupe un plan autre que celui du dommage infligé à un particulier (26). Il n'y a pas de violation du droit international aussi longtemps que l'Etat demandeur n'a pas fait sien ce qui n'était jusque-là qu'un grief individuel. Eu égard au coût des actions devant le juge international et, surtout, au maintien de relations amicales entre les Etats, ceux-ci n'ont assumé les griefs de leurs ressortissants que sous la pression effective d'intérêts économiques considérables qui ne s'étendent pas aux travailleurs modestes.

II. — LES DROITS FONDAMENTAUX DES ÉTRANGERS

A. — La protection constitutionnelle des étrangers selon la jurisprudence américaine

1° Droits constitutionnels des «resident aliens»

A l'époque même où elle légitimait une politique d'immigration et de naturalisation d'inspiration raciste, la Cour suprême adopta une attitude beaucoup plus libérale à l'égard des étrangers résidant régulièrement aux Etats-Unis. C'est un groupe de Chinois, exploitant les principales blanchisseries de San Francisco, qui en furent les premiers bénéficiaires. Pour rejeter la validité d'une réglementation municipale en vertu de laquelle des Chinois avaient été condamnés à une amende et à une peine d'emprisonnement subsidiaire, la Cour suprême se

for injuries to aliens a part of universal international law?», 55 *Am. J. Int. L.* (1961), 863-891; Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, «State Responsibility of the Nationalization of Foreign-Owned Property», 11 *New York Univ. J. of Int. L. and Pol.* (1978), 79; Benedetto CONFORTI, *Diritto internazionale* (Napoli, Editoriale scientifica, 4a ed., 1977), pp. 197-213.

(26) Voir notamment : Cour permanente de justice internationale, arrêt n° 2, affaire des concessions Mavrommatis en Palestine (*Grèce c. Royaume-Uni*), CPJI, Série A, n° 2; arrêt n° 7, affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, affaire dite de l'usine de Chorzów, CPJI, Série A, n° 7, p. 19; affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (*Estonie c. Lituanie*), CPJI, Série A/B, n° 76, p. 18.

fonde sur l'article 3 du Traité sino-américain du 17 novembre 1880 qui reconnaît aux Chinois résidant aux Etats-Unis le bénéfice des ressortissants de la nation la plus favorisée ainsi que sur le quatorzième amendement de la Constitution qu'elle commente dans les termes suivants :

These provisions are universal in their application, to all persons within the territorial jurisdiction without regard to any difference of race, of color, or of nationality (27).

La nature discriminatoire de la réglementation est déduite de ce qu'elle a été exclusivement appliquée aux blanchisseries exploitées par des Chinois mais non à leurs concurrents n'ayant pas cette nationalité (28). Que les étrangers ayant une résidence régulière soient des «personnes» au sens du cinquième et du quatorzième amendements n'a pas cessé d'être affirmé depuis :

It has long been settled, and it is not disputed here, that the term «person» in this context encompasses lawfully admitted resident aliens as well as citizens of the United States and entitles both citizens and aliens to the protection of the laws of the State in which they reside (29).

L'arrêt auquel cette citation est empruntée a jugé inconstitutionnelle l'exclusion des étrangers du bénéfice de l'aide sociale (*Welfare benefits*). Ils ne peuvent non plus être privés de l'octroi d'une bourse d'études (30) et, en cas de poursuites pénales, ont droit à la protection du cinquième et du sixième amendements (31). L'accès des étrangers à un emploi public a fait l'objet d'une jurisprudence plus hésitante, ils ne peuvent être écartés que des emplois dont les titulaires participent directement à la formulation, à l'exécution ou au contrôle d'une politique publique allant au cœur du gouvernement représentatif (32). Mais d'autres arrêts ont exprimé une conception moins libérale (33). La classification fondée sur

(27) *Yielz Wo v. Hopkins*, 118 US (11 Davies) 356, 369 (1885).

(28) 118 US 374 (1885).

(29) *Graham v. Richardson*, 403 US 365, 371 (1971). Avait déjà été jugée inconstitutionnelle la loi de l'Arizona exigeant des entreprises ayant au moins cinq employés d'engager parmi leurs travailleurs 80 % d'Américains : *Truax v. Raich*, 239 US 33 (1915).

(30) *Nyquist v. Mauclet*, 432 US 1 (1977).

(31) *Wong Wing v. United States*, 163 US 228 (1896).

(32) *Sugarman v. Dougall*, 413 US 634, 647 (1973).

(33) *Foley v. Connellie*, 435 US 291 (1978); *Ambach v. Norwick*, 441 US 68 (1979), mais le second arrêt est suivi d'une opinion dissidente très critique du juge Blackmun à laquelle adhèrent les juges Brennan, Marshall et Stevens.

l'extranéité (*alinea*) est en principe suspecte (34) car elle risque de véhiculer une connotation raciale, ce qui est inconstitutionnel depuis *Brown v. Board of Education* (35).

L'histoire du droit de suffrage est la plus révélatrice de la détérioration des droits de l'étranger établi. Au cours du XIX^e siècle la plupart des Etats fédérés accordaient le droit de vote aux étrangers : le critère de sélection était, outre l'exclusion des Noirs et des Indiens, la qualité de propriétaire (36). On signale le droit de vote de Huguenots français non naturalisés en Caroline du Sud et d'immigrés allemands en Pennsylvanie (37). La disparition du droit de vote des étrangers a coïncidé avec la fin de l'immigration ouverte et illimitée (38) mais aussi avec l'abolition du suffrage censitaire.

2° *L'expulsion des étrangers en séjour régulier et le droit au retour*

Même s'il réside de manière permanente et régulière aux Etats-Unis, l'étranger demeure exposé à une mesure d'expulsion (*deportation*). La loi fédérale de 1940 permettant l'expulsion d'étrangers appartenant ou ayant appartenu au parti communiste fut appliquée avec sévérité (39). Parlant au nom de la Cour suprême, le juge Jackson se fonde sur *Fong Yue Ting* (*supra*, note 12) et une longue suite de précédents (40).

(34) *Ambach v. Norwick*, 441 US 75 (1979). On citera aussi une décision de la Cour suprême de l'Etat de New York, rédigée par le juge Cardozo, qui tient pour une discrimination inadmissible l'interdiction d'employer des étrangers dans des entreprises de travaux publics : *People v. Crane*, 214 NY 154, 108 NE 427 (1915).

(35) 347 US 483 (1954). Selon la jurisprudence antérieure une petite fille de nationalité américaine mais d'origine chinoise peut être exclue des écoles réservées aux enfants blancs selon la Constitution du Missouri : *Gong Lum v. Rice*, 275 US 78 (1927). La Cour suprême ne juge pas inconstitutionnel qu'une règle de ségrégation visant les Noirs soit étendue aux enfants « de race jaune ».

(36) Gerald M. ROSBERG, « Aliens and Equal Protection : Why Not the Right to Vote ? » 75 *Michigan LR* (1977), 1092-1136, 1094. Aujourd'hui c'est l'exclusion des non-propriétaires qui est jugée inconstitutionnelle : *Kramer v. Union Free School District*, 395 US 621 (1969). Il s'agissait de l'élection des membres d'un district scolaire. Voir Stephen LOFFREDO, « Poverty, Democracy and Constitutional Law », 141 *Univ. of Pennsylvania LR* (1993), 1277-1389, 1293-1295.

(37) ROSBERG (note 36), p. 1096. Voir K. PORTER, *A History of Suffrage in the United States* (1918, 2d ed. 1971).

(38) ROSBERG (note 36), p. 1100.

(39) *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 US 537 (1950); *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 US 580 (1951); *Galvan v. Press*, 347 US 522 (1954).

(40) 342 US 587, note 11.

L'étranger recueille les avantages de sa double allégeance : il peut se prévaloir du droit constitutionnel américain et obtenir la protection diplomatique du pays dont il a conservé la nationalité (41). Le pouvoir discrétionnaire d'expulsion se fonde aussi sur le droit international et ici reparait l'argument tiré de la souveraineté (42). Le raisonnement ne recule pas devant un paralogisme. Alors que la *Due Process Clause* ne protège pas le citoyen contre l'obligation militaire dont l'exécution peut l'envoyer au loin pour combattre le communisme elle ne saurait être invoquée par l'étranger communiste pour demeurer auprès de sa famille de nationalité américaine et résidant aux Etats-Unis :

If Communist aggression creates such hardships for loyal citizens, it is hard to find justification for holding that the Constitution requires that its hardships be spared the Communist alien (43).

A la même époque, un arrêt rendu à une faible majorité (5-4) refuse le droit au retour à une personne d'origine roumaine ou hongroise, née à Gibraltar, qui a vécu aux Etats-Unis de 1923 à 1948, a ensuite passé dix-neuf mois en Hongrie et en Roumanie et est détenue deux ans sans contrôle judiciaire à Ellis Island (44). Au dissentiment des juges Black et Douglas s'ajoute celui des juges Jackson et Frankfurter qui avaient adhéré à l'opinion majoritaire dans *Harisiades* (45). La cir-

(41) 342 US 585. La référence à la protection diplomatique est une fiction, la catégorie d'étrangers exposés à une menace d'expulsion ne recevant pas en fait le soutien de leur pays d'origine.

(42) 342 US 587-588.

(43) 342 US 591. L'arrêt est accompagné de l'opinion dissidente très critique commune aux juges Douglas et Black. Voir aussi l'opinion dissidente du juge Frankfurter sous *United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 US 547 (1950). Il s'agissait en l'espèce d'une femme née en Allemagne, réfugiée en Angleterre en 1939, ayant servi dans la Royal Air Force et ayant épousé un militaire américain avec l'autorisation des supérieurs de celui-ci. Dans cet arrêt comme dans l'affaire *Mezei* (note 44), l'immigration a été refusée à une personne dont le conjoint (le mari dans *Knauff*, l'épouse dans *Mezei*) vivait aux Etats-Unis. Il s'agissait donc d'une dérogation exceptionnelle au droit reconnu aux époux de vivre ensemble aux Etats-Unis où l'un d'eux est résident permanent. Voir Cynthia M. REED, « When Love, 'Comity' and Justice Conquer Borders : INS Recognition of Same-Sex Marriage », 28 *Columbia Human Rights LR* (1996), 97-134, 97-101.

(44) *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 US 206 (1953). Dans cette affaire la référence à la double protection de l'étranger aurait été particulièrement incongrue puisque l'origine nationale de l'intéressé était incertaine et qu'aucun pays n'était disposé à le recevoir.

(45) Selon l'opinion commune aux juges Jackson et Frankfurter : This man, who seems to have led a life of unrelieved insignificance, must have been astonished to find himself suddenly putting the Government of the United States in such fear that it was afraid to tell him why it was afraid of him (345 US 219).

constance que l'intéressé était retourné en Europe dans des pays communistes n'a sans doute pas été étrangère à la sévérité de la Cour (46).

3° *La condition juridique des étrangers en séjour illégal, des demandeurs d'asile et des candidats à l'accès*

Aussi longtemps que le Gouvernement fédéral n'a pas exercé son pouvoir régalien d'expulser un étranger qui réside régulièrement sur le territoire, cette personne jouit d'une protection constitutionnelle assez étendue qui inclut la *Due Process Clause* et l'*Equal Protection Clause*. Seuls l'accès à la plupart des emplois publics et les droits politiques maintiennent une discrimination entre l'étranger et le citoyen. Quand la matière a été réglée par le Congrès, le pouvoir judiciaire adopte une attitude de déférence à l'égard du pouvoir législatif. Dans sa partie la plus sensible, le droit d'accès et son corollaire, le pouvoir d'expulsion, la matière relève des branches politiques du gouvernement fédéral dont les décisions ne peuvent être contrecarrées par le judiciaire.

Such matters are so exclusively entrusted to the political branches of government as to be largely immune from judicial inquiry or interference (47).

On observera à cet égard la convergence du droit constitutionnel interne et du droit international : dans les deux ordres juridiques la conduite des relations étatiques relève du pouvoir exécutif, le cas échéant du législateur, sans que la compétence exercée par le juge étatique sur les situations individuelles puisse mettre en péril la maîtrise de principe des «branches politiques» du gouvernement.

(46) La jurisprudence ultérieure a adopté des solutions plus humaines en cas de retour de «resident aliens». Voir les références dans HENKIN (note 10), p. 861, note 40.

(47) *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 US 580, 589 (1951). Voir déjà *Nishimura Ekiu v. United States*, 12 S Ct 336, 338 (1892) : It belongs to the political department of the government... La déférence à l'égard du pouvoir exécutif et souvent d'agents subalternes du gouvernement est demeurée une constante de la jurisprudence de la Cour suprême. Parmi les décisions plus récentes voir *INS v. National Center for Immigrants' Rights*, 112 S Ct 551 (1991); *INS v. Doherty*, 112 S Ct 719 (1992); *INS v. Elias Zacharias*, 112 S Ct 812 (1992); *INS v. Yueh-Shaio Yong*, 117 S Ct 350 (1996). Que l'Immigration and Naturalization Service apparaisse comme demandeur devant la Cour suprême signifie qu'il attaquait une décision plus clémente de la juridiction inférieure.

Entre l'étranger établi (*résident alien*) et celui qui sollicite un accès au territoire se déploie une zone grise de protection constitutionnelle. Le cas le plus simple est celui des travailleurs qualifiés de «clandestins». Ils sont certes sous la menace constante d'un ordre d'éloignement du territoire mais tant que leur présence est tolérée ils ne peuvent être privés de tout droit. Ce n'est qu'à une faible majorité (5-4) que la Cour suprême des Etats-Unis a déclaré inconstitutionnelle une disposition de la loi du Texas refusant l'accès aux écoles publiques d'enfants de travailleurs mexicains en séjour illégal (*undocumented aliens*). Pour motiver cette solution la Cour affirme que les individus appartenant à cette catégorie d'étrangers sont des personnes au sens des cinquième et quatorzième amendements (48), ce qui constitue sans doute une lecture libérale des précédents. Mais elle prend le soin d'ajouter que les enfants «sont des membres particuliers de cette classe défavorisée» qui, à la différence de l'adulte en séjour illégal par son propre fait et qui encourt une sanction pénale, ne peuvent être punis pour une présence dont ils ne sont pas responsables (49).

L'immigrant privé de liberté au moment où il accède au territoire américain peut saisir les tribunaux d'une demande de *habeas corpus* mais la décision administrative de refoulement prise par le fonctionnaire de l'immigration est finale et soustraite au contrôle judiciaire (50).

Au cours des dernières années, l'afflux de «boat people» originaires de Haïti a durci la politique gouvernementale à l'égard de laquelle la Cour suprême a maintenu une attitude déférente (51). Elle a refusé de vérifier si la décision de l'Immigration and Naturalization Service de refuser aux demandeurs

(48) *Plyler v. Doe*, 457 US 202, 210 (1982).

(49) 457 US, 219-223 : The children [...] are special members of this underclass (219); a discrete class of children not accountable for their status (223).

(50) *Nishimura...* (note 47), 12 S Ct 340.

(51) Dans *United States Department of State v. Ray*, 112 S Ct 541 (1991), la Cour suprême a refusé à un groupe de Haïtiens demandant l'asile politique la divulgation de la liste de leurs compatriotes contraints de retourner dans leur pays, afin que les premiers puissent vérifier s'ils y ont été inquiétés. Pour justifier cette solution, outre les arguments tirés de la *privacy*, la Cour observe que le Gouvernement américain a veillé à ce que les Haïtiens renvoyés dans leur pays n'y soient pas maltraités (548) et elle s'abstient de le vérifier : We generally accord government records and official conduct a presumption of legitimacy (550).

d'asile haïtiens leur mise en liberté provisoire pendant l'examen de leur dossier n'était pas motivée par une discrimination de nature raciale (52). Dans une opinion largement majoritaire la Cour suprême a privé de toute protection internationale et constitutionnelle les Haïtiens dont le bateau avait été intercepté en haute mer par les garde-côtes américains et qui étaient immédiatement refoulés vers leur pays. Ni la prohibition de refouler (*return*) un demandeur d'asile vers un pays où sa vie ou sa liberté sont menacées portée par l'article 33 de la Convention de Genève, ni la loi américaine qui a introduit les dispositions du traité dans l'ordre interne ne s'appliquent en dehors du territoire de l'Etat qui a adhéré à la Convention (53). C'est donc sur les mérites d'une interprétation étroitement textuelle que le mot «refouler» a été compris (54). Seul le juge Blackmun a exprimé une opinion dissidente très critique (55) et il a pu écrire l'année suivante qu'en mai 1994 le président Clinton avait mis fin à la politique de «refoulement» en haute mer inaugurée par ses prédécesseurs (56).

B. – *La protection des étrangers par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*

1° *Le principe d'égalité de traitement et ses exceptions*

Une analyse succincte de la jurisprudence constitutionnelle américaine est une excellente introduction à un bref rappel des garanties offertes aux étrangers par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les

(52) *Jean v. Nelson*, 472 US 846 (1985). Dans cette affaire comme dans *Nishimura* (note 47) il était allégué que le pouvoir de refuser l'accès au territoire avait été délégué à un fonctionnaire subalterne de l'Immigration and Naturalization Service. L'opinion dissidente des juges Marshall et Brennan regrette que la Cour n'ait pas saisi cette occasion de renverser *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei* (*supra*, note 44).

(53) *Sale v. Haitian Center Council*, 113 S Ct 2549 (1993).

(54) 113 S Ct 2558-2563. La Cour se fonde sur le sens obvie (*plain language*) du mot *return* : comment pourrait-on «refouler» une personne qui n'a pas posé le pied sur le territoire national ?

(55) 113 S Ct 2567.

(56) Harry A. BLACKMUN, «The Supreme Court and the Law of Nations», 104 *The Yale LJ* (1994), 39-49, 43-45. Voir aussi Malissia LENNOX, «Refugees, Racism and Reparation : A Critique of the United States Haitian Immigration Policy», 45 *Stanford LR* (1993), 687-724.

mécanismes de protection instaurés par la Convention du 4 novembre 1950 et notablement modifiés par le Protocole n° 11 entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998 présentent en effet des analogies avec le droit international d'une part, avec le droit constitutionnel de l'autre. Non seulement la Cour européenne des droits de l'homme est une juridiction internationale, qui n'exerce sa compétence que sur les Etats sans pouvoir s'immiscer dans le fonctionnement des ordres juridiques internes (57), qui ne peut être saisie d'une requête individuelle «qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus» (Conv., art. 35 nouveau) et à laquelle toute Haute Partie contractante peut soumettre un manquement allégué contre une autre Haute Partie contractante (58), mais elle applique le traité international qui l'a instituée et dont l'interprétation obéit aux méthodes usuelles, notamment celles qui ont été codifiées dans les articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités et elle applique en outre les principes généraux du droit international. La Cour européenne des droits de l'homme présente aussi certains traits qui caractérisent les juridictions constitutionnelles : à l'instar de celles-ci elle évalue au regard d'un ordonnancement supérieur la conformité au droit des actes de tous les organes de l'Etat sans que le législateur en soit excepté (59) et c'est le fonctionnement des ordres juridiques internes qui forme l'objet du contentieux qui lui est soumis. L'analogie est d'autant plus forte que les normes substantielles du Titre I^{er} de la

(57) Selon une jurisprudence constante, confirmée dans la matière de l'expulsion des étrangers par l'arrêt du 26 septembre 1997, affaire *Mehemi c. la France*, *Recueil*, 1997-VI, p. 1959, p. 1972, § 43.

(58) Selon la nouvelle rédaction de l'article 33 (sous l'intitulé «Affaires interétatiques»). Comp. l'ancien article 24 sur la saisine de la Commission et l'ancien article 48 sur l'accès à la Cour. La disposition de l'article 48 b) n'a pas, comme tellé, été reprise. Elle conférerait à tout Etat le droit d'agir directement devant la Cour quand la victime était son ressortissant. Cette forme d'action judiciaire internationale n'a pas été explicitement reprise dans le nouvel article 33 mais elle y est évidemment incluse. L'un des cas exceptionnels dans lequel un Etat a agi directement devant la Cour pour soutenir la requête d'un de ses ressortissants est l'affaire *Soering* qui avait précisément pour objet un problème d'extradition : 7 juillet 1989, affaire *Soering c. Royaume-Uni*, *Publications de la Cour*, Série A, vol. 161.

(59) Il arrive même que l'Etat soit condamné pour l'application d'une disposition de sa constitution qui ne satisfait pas au principe de proportionnalité. Voir l'arrêt du 29 octobre 1992, affaire *Open Door et Dublin Well Woman c. l'Irlande*, *Publications de la Cour*, Série A, vol. 246-A.

Convention coïncident très largement avec celles qui sont contenues dans les constitutions des Etats membres du Conseil de l'Europe.

Sous les importantes réserves qui suivront, les étrangers ne sont pas privés des mécanismes protecteurs de la Convention. En vertu de l'article 1^{er}, les Etats se sont engagés à reconnaître les droits et libertés définis au Titre premier «à toute personne relevant de leur juridiction». Bien au contraire l'originalité de la Convention a consisté à inclure dans le système international de protection les ressortissants de l'Etat accusé d'un manquement. Toutefois, l'étranger n'est pas protégé en tant que tel, comme c'était le cas en vertu du vieux droit de la protection diplomatique et il n'est, dès lors, pas nécessaire qu'il ait la nationalité d'un Etat ayant adhéré à la Convention. Dans la matière des droits des étrangers ce sont le plus souvent les ressortissants d'Etats tiers qui ont adressé une requête à la Commission.

Le principe d'assimilation de l'étranger au national pour la jouissance des droits garantis se laisse dégager de l'article 14 de la Convention. Toutefois, ce que cet article interdit c'est une «distinction» privée de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire une discrimination (60). L'article 14 est dès lors très proche de l'*Equal Protection Clause* applicable aux organes des Etats fédérés en vertu du quatorzième amendement de la Constitution américaine et étendue à l'Etat fédéral grâce à une lecture libérale du cinquième amendement.

Au cours des dernières années, des requérants ayant la nationalité d'un Etat qui n'est pas membre de la Communauté européenne se sont efforcés de démontrer que le traitement plus favorable des ressortissants d'un de ces Etats les soumettait à une discrimination interdite en vertu de l'article 14. Mais ce fut sans succès :

(60) Bien que dans l'article 14 les mots «origine nationale» ne désignent pas au-delà de tout doute une nationalité étrangère, les derniers mots de l'article («ou toute autre situation») lèvent toute ambiguïté à cet égard. Au demeurant, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme tient la nationalité pour une distinction qui pourrait être discriminatoire. Voir par exemple l'arrêt du 16 septembre 1996, affaire *Gaygusuz c. l'Autriche*, *Recueil*, n° 14 (1996-IV), p. 1129, p. 1142, § 42 : «Toutefois seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité».

Quant au traitement préférentiel consenti aux ressortissants des autres Etats membres des Communautés, il a une justification objective et raisonnable, la Belgique faisant partie avec lesdits Etats membres d'un ordre juridique spécifique (61).

Cette motivation a, plus récemment, été précisée dans les termes suivants :

que les Etats membres de l'Union européenne forment un ordre juridique spécifique ayant instauré de surcroît un citoyenneté propre (62).

Les seuls articles de la Convention qui fassent référence à la nationalité étrangère de la personne relevant de la compétence étatique confèrent à l'Etat des pouvoirs qu'il ne peut exercer à l'égard de ses nationaux. Il s'agit «de l'arrestation ou de la détention régulière d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours» (art. 5, § 1^{er}, f) et de l'article 16 qui permet d'«imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers» sans que ceux-ci puissent se prévaloir de la protection qu'ils auraient trouvée dans les articles 10 (liberté d'expression), 11 (liberté de réunion et d'association) et 14.

La Convention ne contient pas de disposition relative à l'immigration ou au droit d'asile mais l'article 4 du Protocole n° 4 interdit les «expulsions collectives d'étrangers». En outre, l'article 1^{er} du Protocole n° 7 accorde à l'étranger qui réside régulièrement sur le territoire d'un Etat contractant des garanties procédurales restreintes préalablement à son expulsion.

Les seuls textes normatifs visant explicitement la condition des étrangers, entérinant le pouvoir de police de l'Etat (art. 5, § 1^{er} f et 16) et soumettant à quelques restrictions le pouvoir d'expulsion (Protocole n° 4, art. 4; Protocole n° 7, art. 1^{er}) admettent implicitement que ces pouvoirs ne sont pas, dans leur principe, incompatibles avec la Convention. Il existe cependant une assez abondante jurisprudence de la Commission et de la Cour sur les droits d'accès et de séjour des étrangers. Au surplus, l'article 3 du Protocole n° 4 doit être interprété *a contrario* : seul le ressortissant d'un Etat y est protégé

(61) Arrêt du 18 février 1991, affaire *Moustaquim*, *Publications de la Cour*, Série A, vol. 193, p. 20, § 49.

(62) Arrêt du 7 avril 1996, affaire *C. c. la Belgique*, *Recueil*, n° 12 (1996-III), p. 948, § 38.

contre l'expulsion et a le droit « d'entrer sur le territoire de l'Etat dont il est ressortissant ».

Dès les premières affaires qui lui furent soumises la Commission et, ultérieurement, la Cour n'ont pas cessé d'affirmer que la souveraineté exercée par l'Etat sur son territoire lui confère un pouvoir discrétionnaire d'en autoriser l'accès à un étranger sous réserve des traités particuliers qui régissent la matière :

La Cour rappelle d'emblée que les Etats contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités y compris l'article 3, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux... Elle note aussi que ni la Convention ni ses Protocoles ne consacrent le droit à l'asile politique (63).

Souvent répétée, la formule comporte des variantes. Dans les arrêts plus récents relatifs à l'expulsion d'étrangers ayant subi des condamnations pénales jugées graves, la Cour combine le « principe de droit international bien établi » avec le pouvoir de l'Etat « d'assurer l'ordre public » :

La Cour reconnaît qu'il incombe aux Etats contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, l'entrée et le séjour des non-nationaux, et notamment d'expulser les délinquants parmi ceux-ci (64).

Seules des circonstances exceptionnelles justifient que le pouvoir de police de l'Etat rencontre des restrictions dans des dispositions particulières de la Convention.

Trois séries d'hypothèses doivent être distinguées parce qu'elles peuvent être mises en relation avec une disposition spécifique de la Convention. Soit le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8) soit la protection contre les traitements inhumains et dégradants (art. 3). Le droit au respect de

(63) Arrêt du 30 octobre 1991, affaire *Vilvarajah*, *Publications de la Cour*, Série A, vol. 215, p. 34, § 102. La Cour s'appuie sur sa propre jurisprudence, notamment les arrêts du 18 février 1991 (affaire *Moustaquim c. la Belgique*, vol. 193, p. 19, § 43), du 21 juin 1988 (affaire *Berrehab c. les Pays-Bas*, vol. 138, pp. 15-16, § 28), du 28 mai 1985 (affaire *Abdulaziz et cons. c. le Royaume-Uni*, vol. 94, p. 34, § 67). La reconnaissance du pouvoir souverain de l'Etat est affirmée avec plus d'intensité dans certaines opinions dissidentes, notamment celles du juge Pettiti et du juge Valticos sous l'arrêt *Beldjoui* du 26 mars 1992, vol. 234-A, p. 32 et p. 36.

(64) Arrêt du 24 avril 1996, affaire *Boughanemi c. la France*, *Recueil*, 1996-II, p. 609, § 41. Voir déjà l'arrêt du 18 février 1991, *Moustaquim*, vol. 193, p. 19, § 43. Dans un arrêt du 19 février 1996 (affaire *Gül c. la Suisse*, *Recueil*, n° 3, 1996-I, p. 175, § 38), qui concernait une demande d'admission et non une décision d'expulsion, la Cour utilise la formule remontant à l'arrêt *Abdulaziz*.

la vie privée et familiale a été invoqué dans deux hypothèses, tantôt pour obtenir l'accès au territoire d'une personne invoquant le droit de rejoindre un conjoint ou un parent proche vivant dans le pays, tantôt pour faire obstacle à une expulsion qui séparerait l'étranger de son milieu familial. L'article 3 protège l'étranger contre son expulsion ou son extradition vers un pays où il risquerait d'« être soumis à la torture [ou] à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

2° Le droit au respect de la vie privée et familiale

En ce qui concerne d'abord la définition de la vie familiale la Cour a étendu aux étrangers une interprétation extensive du concept : il ne vise pas seulement une « famille » au sens traditionnel c'est-à-dire une unité se composant d'un couple marié et de ses enfants, il couvre aussi un lien détaché de la famille nucléaire, telles la relation entre un père divorcé et sa fille qu'il a régulièrement visitée (65) ou une paternité hors mariage (66).

L'application de l'article 8 présente deux aspects très différents selon qu'il a pour objet une demande d'admission sous le couvert d'un projet de regroupement familial ou la rupture de liens qui se sont formés ou consolidés sur le territoire de l'Etat. En principe, la Cour ne reconnaît pas le droit au regroupement familial quand il existe une possibilité de vie commune dans un autre pays :

L'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un Etat contractant l'obligation générale de respecter le choix par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays (67).

(65) Arrêt du 21 juin 1988, affaire *Berrehab*, vol. 138, p. 14, § 21. Voir aussi l'arrêt du 19 février 1996, affaire *Gül c. la Suisse*, *Recueil*, 1996-I, pp. 173-174, § 32.

(66) Arrêt du 24 avril 1996, affaire *Boughanemi c. la France*, *Recueil*, n° 8 (1996-II), p. 593.

(67) Arrêt du 28 mai 1985, affaire *Abdulaziz et cons.*, vol. 94, p. 34, § 68. Toutefois, cet arrêt a condamné le Royaume-Uni pour un autre motif, la nature discriminatoire d'une réglementation interne qui autorisait une femme à rejoindre son mari mais refusait, comme c'était le cas dans les trois espèces, à l'épouse le droit de faire venir son conjoint : vol. 94, pp. 35-39. En revanche le même arrêt n'a pas vu dans les règles appliquées à l'immigration de porteurs d'un passeport britannique mais originaires d'un pays asiatique une forme de discrimination raciale, solution critiquée dans l'opinion dissidente du juge Carrillo, à laquelle ont adhéré les juges Melchior et Weitzel (vol. 94, p. 62). Voir encore l'arrêt du 28 novembre 1996, affaire *Ahmut c. les Pays-Bas*, *Recueil*, n° 24 (1996-VI), p. 2033, § 67 et 71, mais il s'agit d'une décision prononcée à une seule voix de majorité

La Cour a cependant accepté qu'une Française née en France de parents français ne pourrait s'acclimater en Algérie et que, dès lors, l'expulsion de son mari algérien «risquerait de mettre en péril l'unité, voire l'existence du ménage» (68). Elle a aussi estimé que le refus de renouveler après divorce l'autorisation de séjour d'un Marocain qui avait été l'époux d'une Néerlandaise ne satisfaisait pas au principe de proportionnalité alors que pareil éloignement romprait les liens avec un enfant issu du mariage (69).

L'expulsion d'étrangers résidant de manière permanente dans un pays, qui, parfois, y sont nés ou y ont été éduqués et dont toute la famille y réside et qui ont sans doute perdu tous liens effectifs avec leur pays d'origine suscite des problèmes beaucoup plus considérables. Tous les arrêts affirment le pouvoir de l'Etat, «consacré par le droit international» et justifié par les raisons internes de l'ordre public, d'expulser un étranger de son territoire quelle que soit la durée de la résidence et au risque de rompre des liens familiaux en principe garantis par l'article 8. C'est dans des circonstances exceptionnelles que la Cour estime la mesure disproportionnée, soit qu'il s'agisse d'un jeune Marocain venu en Belgique à l'âge de deux ans avec ses parents (70), du cas de l'Algérien époux d'une Française de souche, déjà rencontré (note 68), ou d'un homme sourd-muet «ne pouvant trouver un minimum d'équilibre psychologique que dans sa famille» (71).

De deux arrêts du 26 septembre 1997, l'un estime l'expulsion disproportionnée avec la gravité des condamnations prononcées contre le requérant tandis que l'autre statue en sens

(5-4). Comp. l'arrêt du même jour, affaire *Nsoma c. les Pays-Bas*, *Recueil*, n° 23 (1996-V), p. 1279.

(68) Arrêt du 26 mars 1992, affaire *Beldjoui c. la France*, vol. 234-A, p. 28, § 78.

(69) Arrêt du 21 juin 1988, affaire *Berrebab*, vol. 138, p. 14, §§ 22-23. Selon une méthode usuelle à la Cour, celle-ci considère que les autorités néerlandaises visaient en l'occurrence un but légitime, «la défense du bien-être économique» (p. 15, § 26), mais que la mesure excédait ce qui est nécessaire dans une société démocratique. Le Gouvernement alléguait que le père serait autorisé à exercer son droit de visite en venant régulièrement du Maroc mais la Cour estima que cette forme de maintien des relations personnelles entre le père et sa fille ne suffisait pas à répondre aux exigences de l'article 8. Comme il s'agissait du refus de renouvellement du permis de séjour d'un étranger qui n'avait pas subi de condamnation pénale, la balance penchait plus fortement du côté de la préservation de la relation familiale.

(70) Arrêt du 18 février 1991, *Moustaquim*, vol. 193, p. 19, § 43.

(71) Arrêt du 13 juillet 1995, affaire *Nasri c. la France*, vol. 320-B, p. 26, § 46.

contraire. Mais alors que le premier est une décision unanime (72), le second est suivi d'une opinion dissidente (73). Il doit être rapproché d'un arrêt du 24 avril 1996, par l'absence de rigueur de la motivation en fait. Il s'agit dans ce dernier arrêt d'un Tunisien qui

n'a, semble-t-il, jamais manifesté la volonté de devenir français. Il est vraisemblable, comme le Gouvernement le relève, qu'il a conservé avec la Tunisie des liens autres que la seule nationalité (74).

Même note dubitative dans l'arrêt *El Boujaïdi* :

Il semble aussi qu'il n'a jamais manifesté la volonté de devenir français... il n'est pas avéré que le requérant a perdu avec son pays d'origine tous liens autres que la nationalité (75).

Qu'à l'appui du caractère proportionné de la mesure d'expulsion il soit retenu que le requérant n'ait pas, «semble-t-il», manifesté la volonté d'acquérir la nationalité du pays de résidence est une expression non voilée de discrimination entre le national et l'étranger : est-ce la Cour elle-même qui se croit autorisée à distinguer parmi les étrangers non communautaires une sous-catégorie moins protégée contre une mesure d'expulsion parce qu'elle contient des personnes n'ayant pas «manifesté la volonté» d'obtenir la nationalité du pays de résidence ? (76)

Dans d'autres arrêts encore, la Cour recourt à des motivations peu convaincantes pour tenter de justifier que le droit au respect de la vie privée et familiale est primé soit par le refus du droit à l'immigration (77) soit par le pouvoir d'expulsion (78).

(72) Affaire *Mehemi c. la France*, *Recueil*, 1997-VI, p. 1959. Voir dans le même sens l'arrêt du 29 janvier 1997, affaire *Bouchelkia c. la France*, *Recueil*, 1997-I, p. 47, suivi de l'opinion dissidente de la juge Palm, p. 67.

(73) Affaire *El Boujaïdi c. la France*, *Recueil*, 1997-VI, p. 1980, op. diss. du juge Fohghel.

(74) Affaire *Boughanemi c. la France*, *Recueil*, 1996-II, p. 610, § 44.

(75) Arrêt du 26 septembre 1997, *Recueil*, 1997-VI, § 41.

(76) La Cour suprême des Etats-Unis ne tient pas pour inconditionnel le pouvoir d'expulsion quand l'étranger a engagé une demande de naturalisation : *Fong Yue Ting v. United States*, 149 US 698 (1893). *Supra*, notes 12 et 13.

(77) Arrêt du 19 février 1996, affaire *Gül c. la Suisse*, *Recueil* 1996-I, p. 175, § 41 : en quittant en 1983 la Tunisie où il laissait son fils, le requérant a été à l'origine de la séparation. Mais l'arrêt est suivi de l'opinion dissidente commune aux juges Martens et Russo.

(78) Arrêt du 19 février 1998, affaire *Dalia c. la France*, *Recueil* 1998-I, p. 76, p. 92, § 54 : la circonstance que l'intéressée est devenue mère d'un enfant français alors que son séjour était irrégulier ne peut être invoquée à son avantage. Voy. déjà l'arrêt du 29 janvier 1997, affaire *Bouchelkia c. la France*, *Recueil* 1997-I, p. 47, p. 65, § 52.

La survivance de liens réels ou effectifs avec le pays de la nationalité est un critère qui mérite d'être pris en considération, à condition, à tout le moins, que la constatation de ce fait dépasse le niveau d'approximation («il est vraisemblable que...», «il n'est pas avéré que...») dont la Cour paraît se satisfaire. Plusieurs juges ont toutefois soulevé une question plus fondamentale : à l'égard des étrangers «intégrés» et notamment de ceux qui nés dans un pays ou qui y étant arrivés en bas âge y ont reçu leur éducation et leur formation, ne faut-il pas déduire du droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8, qu'il y a une ingérence grave dans ce droit quand la mesure d'expulsion les arrache au seul milieu social qu'ils aient jamais connu ? (79) Et la perspective – oh combien problématique – d'une réinsertion dans le pays dont une personne a la nationalité mais où elle n'a jamais vécu ne pèse pas très lourd face au dommage subi par le fait de l'expulsion. Est-il justifié de doubler la peine déjà encourue et exécutée, d'une seconde peine prononcée sans les mêmes garanties juridiques ? Si traditionnelle qu'en fût l'inspiration, la résolution arrêtée en 1892 par l'Institut de droit international contenait des règles très détaillées sur l'expulsion (art. 14 à 41) et notamment celle de personnes domiciliées dans l'Etat prenant une telle mesure (art. 40-41). Or, la liste des causes d'expulsion était très réduite dans ce cas et excluait notamment la seule condamnation pour des infractions d'une extrême gravité.

En d'autres termes la protection contre les mesures d'expulsion ne devrait pas trouver son seul fondement dans le droit au respect de la vie familiale. Même en l'absence de toute relation qualifiée de familiale, le droit au respect de la vie privée devrait constituer une catégorie autonome qui mériterait d'être prise en considération.

(79) Voy. l'opinion concordante du juge Martens à laquelle se rallie le juge De Meyer à la suite de l'arrêt *Beldjoui* du 26 mars 1992, vol. 234-A, p. 37 et p. 35; l'opinion partiellement dissidente du juge Morenilla sous l'arrêt *Nasri* du 13 juillet 1993, vol. 320-B, p. 30 et l'opinion concordante du juge Wildhaber sous le même arrêt, p. 32; l'opinion dissidente du juge Martens sous l'arrêt *Boughanemi* du 24 avril 1996, *Recueil* 1996-II, p. 613; l'opinion dissidente de la juge Palm sous l'arrêt *Bouchelkia*, *Recueil* 1997-I, p. 67.

3° La protection contre les peines ou traitements inhumains ou dégradants

Un étranger risque, par le fait d'un Etat contractant, d'être soumis dans un Etat tiers à la torture ou à un traitement inhumain ou dégradant quand il fait l'objet d'une procédure d'extradition ou qu'il est expulsé vers un tel pays. Les deux hypothèses sont juridiquement très différentes l'une de l'autre. Mais il y a un problème qui leur est commun, celui de la responsabilité d'un Etat contractant pour un fait qui serait commis dans le territoire d'un Etat non contractant.

La question a été résolue par la Cour dans l'arrêt *Soering* qui était un cas d'extradition. Sans doute l'article 3 ne saurait-il imposer aucune obligation à un Etat non contractant mais la violation de cet article est le fait de l'Etat contractant qui prend le risque de transférer une personne vers le pays où elle est exposée à un traitement contre lequel la Convention la protège. C'est dès lors bien dans le territoire de l'Etat défendeur que la violation serait commise par la localisation de la décision d'extrader ou d'expulser vers un pays où un tel risque existe. On notera cependant la nature hypothétique du fait imputable à l'Etat contractant : alors que la Cour ne condamne un Etat que pour un fait dont la réalité a été démontrée, dans l'hypothèse de l'article 3 l'Etat est invité à s'abstenir d'accomplir un acte qui comporte seulement un risque prévisible d'atteinte à un droit protégé par la Convention en raison de la relation causale entre l'acte administratif étatique et les conséquences qui pourraient découler de son exécution. Aussi la Cour prend-elle soin d'insister sur l'interdiction absolue de déroger à l'article 3 qui «consacre une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe» (80).

Etant un cas d'extradition, l'affaire *Soering* implique un conflit d'obligations internationales, en l'espèce entre la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales d'une part et les Conventions d'extradition qui liaient le Royaume-Uni aux Etats-Unis et à la République fédérale d'Allemagne, de l'autre. La Cour a, assez

(80) Arrêt du 7 juillet 1989, affaire *Soering*, vol. 161, p. 34, § 88.

logiquement, fait prévaloir l'instrument qui l'a instituée et elle n'avait pas à départager les deux Etats qui réclamaient l'un et l'autre que l'accusé leur fût livré. Ce n'est pas la peine de mort comme telle dont le double meurtre faisant l'objet de l'accusation était punissable dans l'Etat de Virginie, qui est tenue pour un traitement prohibé par l'article 3, mais le syndrome du couloir de la mort («*death row*») (81). Ainsi, l'application de l'article 3 est liée à une cascade de risques que l'Etat contractant est tenu d'assumer : il n'est pas certain que le jury condamnera l'accusé à la peine de mort, il est possible qu'il soit exécuté sans la longue attente du couloir de la mort, il est encore possible qu'il soit gracié ou que la peine soit commuée.

Les menaces de torture ou de traitements inhumains ou dégradants auxquelles une personne est exposée à la suite de son expulsion ne doivent pas nécessairement être le fait des organes de l'Etat de destination. Ils peuvent être le fait d'organisations privées. Il est toutefois erroné de parler à ce sujet de *Drittwirkung* (82) puisque l'article 3 n'est de toute manière pas applicable à un Etat non contractant : seul l'Etat qui prend la décision d'expulsion doit éviter d'exposer l'étranger au risque de tels traitements quels qu'en soient les auteurs. C'est ce qu'a décidé la Cour dans un arrêt du 29 avril 1997, sans grand bénéfice pour le requérant puisqu'après avoir admis le principe elle a ensuite décidé que la preuve du risque n'avait pas été rapportée (83).

Après deux arrêts ayant estimé insuffisantes les preuves de la réalité du risque allégué par les requérants (84), on relèvera plusieurs décisions récentes plus libérales (85).

(81) Vol. 161, p. 42, § 107.

(82) Syméon KARAGIANNIS, «Expulsion des étrangers et mauvais traitements imputables à l'Etat de destination ou à des particuliers» *Rev. trim. dr. homme*, 1999, 33-88, p. 75. Le titre même de cet article trahit l'erreur de perspective : la violation de l'article 3 ne saurait être imputée ni à l'Etat de destination ni à des particuliers, elle est la conséquence (hypothétique) du risque assumé par l'Etat contractant.

(83) Affaire *HLR c. la France*, *Recueil*, 1997-III, p. 745, p. 758, § 40.

(84) Arrêts du 20 mars 1991, affaire *Cruz Varas et autres c. la Suède*, et du 30 octobre 1991, affaire *Vilvarajah c. le Royaume-Uni*, vol. 215, *Rev. trim. dr. h.*, 1992, 365, note Lammerand et Bossuyt.

(85) Arrêts du 15 novembre 1996, affaire *Chahal c. le Royaume-Uni*, *Recueil*, 1996-V, du 17 décembre 1996, affaire *Ahmed c. l'Autriche*, *Recueil*, n° 26 (1996-VI), p. 2195, et du 2 mai 1997, affaire *D. c. le Royaume-Uni*, *Recueil*, 1997-III, p. 777.

Conclusion

Entre la jurisprudence plus que centenaire de la Cour suprême des Etats-Unis et la doctrine élaborée durant une période beaucoup plus courte et plus récente par la Cour européenne des droits de l'homme il est permis de tracer un parallèle. Plusieurs éléments de convergence sont incontestables. D'abord, la distinction entre les conditions d'admission et d'éloignement d'une part et, de l'autre, le régime beaucoup plus favorable de l'étranger en séjour régulier. A l'égard de ce dernier il existe une étroite similitude entre l'application de l'*Equal Protection Clause* du quatorzième amendement et la combinaison de l'article 14 de la Convention européenne avec une liberté garantie par une autre disposition du traité. Quant à l'accès de l'étranger à un emploi public le parallèle ne doit pas être tracé avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme mais avec l'interprétation donnée à l'article 48 du Traité CE par la Cour de justice des Communautés européennes (86). La législation américaine sur l'immigration est plus libérale que la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard du regroupement familial (*supra*, note 43).

En ce qui concerne l'admission des étrangers et l'éloignement de ceux qui ont acquis un droit de résidence permanente, la Cour suprême des Etats-Unis et la Cour européenne des droits de l'homme se fondent sur ce qu'elles tiennent l'une et l'autre pour un «principe de droit international bien établi» lié à la souveraineté de l'Etat. Que la première y soit restée attachée s'explique par la fidélité à la doctrine du précédent, il est plus contestable que la Cour européenne, qui a pour mission l'interprétation d'un traité de garantie des droits fondamentaux, y ait adhéré à une époque récente sans beaucoup s'interroger sur la nature exacte du principe. En droit international classique, la condition des étrangers est perçue selon la perspective des relations interétatiques, le principe de souveraineté de l'Etat territorial s'opposant à ce que l'Etat dont l'étranger a la nationalité prétende exercer son droit de protection diplomatique. Or, le contrôle exercé par le droit international tradi-

(86) Voy. notamment l'arrêt du 17 décembre 1980, Aff. 149/79, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*, *Recueil*, p. 3881.

tionnel sur le traitement des étrangers s'est beaucoup estompé, la protection internationale des droits fondamentaux s'étant substituée au vieux droit de la protection diplomatique dont, au demeurant, les travailleurs migrants n'ont jamais bénéficié. En outre, tel qu'il est appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme, le principe de la souveraineté de l'Etat n'est pas sans ambiguïté : s'agit-il d'un principe de droit international ou du pouvoir de police de l'Etat selon le droit interne, comme le laissent apparaître les motivations invoquant l'ordre public ?

Les dispositions novatrices de la Convention de 1950 frappent d'archaïsme les principes de droit international sur lesquels s'appuient la plupart des motivations de la Cour européenne. Elles sont novatrices à un double titre : la protection est affranchie de la version traditionnelle de l'idée de réciprocité, les Etats ne garantissent pas les droits fondamentaux au profit de leurs seuls ressortissants et, de plus, les dispositions substantielles qui ont pu être invoquées contre des décisions de refus d'admission ou d'expulsion, notamment les articles 3 et 8, n'ont pas été utilisées comme elles auraient pu l'être si le vieux concept de souveraineté n'avait pas freiné l'imagination des juges. L'idée, par exemple, que la personne établie dans un Etat membre du Conseil de l'Europe n'a pas le droit de s'y faire rejoindre par un conjoint ou par un proche parent, pour le motif que la vie commune peut se réaliser dans un Etat tiers ne prend pas en considération la culture des droits fondamentaux à laquelle l'étranger a eu accès par sa résidence dans l'Etat membre. La Cour européenne n'a pas non plus déduit de l'article 8 toutes les virtualités dont il était porteur. Comme plusieurs juges l'ont, à diverses reprises, fait observer, le droit au respect de la vie privée a une portée propre, détachée du droit au respect de la vie familiale : l'étranger expulsé du pays dans lequel il a toujours vécu est brutalement séparé de son milieu de vie, quels que soient les liens de nature familiale qu'il y a ou non noués. Si graves que soient les crimes pour lesquels il a été condamné, le milieu crimino-gène dans lequel il a grandi est celui du pays de sa résidence qui doit en

assumer les conséquences (87). Les motifs faisant référence à la circonstance que l'étranger n'a pas demandé sa naturalisation établissent entre deux catégories d'étrangers une discrimination qui ne paraît pas conforme à l'article 14 de la Convention et qui est en outre liée à un élément purement hypothétique, puisqu'il n'est pas certain que la requête aurait abouti. La légèreté avec laquelle la Cour considère les chances de réinsertion dans le pays dont l'étranger a la nationalité n'est pas moins critiquable. Sous les deux aspects où l'article 8 a été appliqué par la Cour (immigration familiale et expulsion d'un étranger ayant toujours résidé dans un Etat membre), la Cour européenne des droits de l'homme se satisfait d'alternatives purement hypothétiques dont les chances de réalisation ne sont pas sérieusement approfondies. L'application de l'article 3 à l'extradition ou à l'expulsion vers un pays où l'étranger est exposé à un traitement incompatible avec cet article appelle aussi une évaluation hypothétique d'un tel risque mais qui est liée à la nature même de la protection ainsi déduite de la Convention.

Un ultime point de convergence entre la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis et celle de la Cour européenne des droits de l'homme a pour objet la déférence à l'égard des branches politiques du gouvernement. Sans doute s'agit-il aux Etats-Unis de la réserve que le pouvoir judiciaire s'est imposée dans les matières qui touchent aux relations internationales tandis que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aux Etats, c'est-à-dire pour l'essentiel au législateur et au pouvoir exécutif nationaux, une marge étendue d'appréciation. Ici encore c'est l'idée de souveraineté qui soutient la démarche de la Cour.

(87) L'opinion partiellement dissidente du juge Morenilla sous l'arrêt *Nasri* du 13 juillet 1995 est la plus circonstanciée à cet égard. Après qu'un Etat a « pour des raisons de convenance » accueilli des travailleurs immigrés, il se rend responsable des échecs de socialisation des enfants de ces travailleurs et ne peut rejeter sa responsabilité sur le pays d'origine du travailleur (vol. 320-B, p. 30). Alors que le juge Morenilla aurait appliqué l'article 3 plutôt que l'article 8 (l'expulsion aurait été en l'espèce un traitement inhumain), le juge Wildhaber qualifie d'artificielle l'attitude de la Cour : la vie familiale au sens strict n'est qu'une partie du contexte global du milieu social de l'immigré de la seconde génération (vol. 320-B, p. 32). C'est en des termes semblables que s'exprime la juge Palm dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Bouchelkia* (*Recueil*, 1997-I, p. 67).

La protection de l'étranger selon la garantie internationale des droits fondamentaux occupe un espace original entre sa protection par le droit international classique et celle qu'il peut trouver dans l'ordre constitutionnel interne. Etant liée au droit de la protection diplomatique, la première est, à juste titre, devenue suspecte. Quant à la seconde elle a toujours été insuffisante, en raison de la déférence excessive accordée aux branches politiques du gouvernement. Les virtualités de l'espace nouveau institué par une protection internationale détachée de l'idée de réciprocité diplomatique et devant s'affranchir de certains blocages constitutionnels du droit interne n'ont pas encore été exploitées comme elles auraient pu - et dû - l'être.