

Article 2

Jacques MOURGEON
Professeur à l'université de Toulouse

1. *Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.*
2. *Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.*
3. *L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.*
4. *Les droits reconnus au paragraphe 1 peuvent également, dans certaines zones déterminées faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique.*

Quoi de plus profondément naturel, puisqu'instinctif pour cet animal qu'est l'être humain, que le besoin de mouvement et donc de déplacement ? La liberté « naturelle » (c'est-à-dire avant son appréhension par la règle de droit) de l'individu inclut nécessairement la liberté du déplacement, souvent désignée comme celle d'aller et de venir ou, plus fréquemment de circulation¹. Et si les auteurs de la Déclaration française des droits de l'homme de 1789 n'ont pas cru devoir la formuler expressément, c'est peut-être parce que la mention de « la liberté » comme constitutive de l'un des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme » (article 2) recouvrait évidemment, pour eux, celle de la liberté de circulation².

Pourtant, la liberté de l'un peut déranger l'autre, ou perturber une société tout entière, voire être contraire aux ordres du Pouvoir. C'est pourquoi il convient de considérer en tant que telle la possible liberté de circuler, en la distinguant de la liberté existentielle de

1. Contrairement à d'autres auteurs, nous n'entrerons pas dans une querelle plutôt byzantine et oiseuse consistant à vouloir privilégier telle ou telle de ces expressions que nous considérons comme synonymes ; cf. P. JEAN, « Le contenu de la liberté de circulation » dans M. FLORY et autres, *La liberté de circulation des personnes en droit international*, Economica, Paris, 1988, pp. 21 et s.

2. Cf. *infra* à propos de la jurisprudence française en la matière.

l'homme. C'est même indispensable dès lors qu'il s'agit d'en préciser l'étendue et les modalités, la portée et les conséquences ; bref, d'en déterminer le régime juridique¹.

Au préalable, il faut préciser qu'en fait comme en droit, la liberté de circulation se situe dans deux hypothèses concrètement (car spatialement) très différentes. La première est celle de la circulation *intra*-étatique, au sein d'un Etat, qui peut s'étendre, comme on le verra, jusqu'au point de savoir si elle inclut la possibilité de sortir de l'Etat. La seconde concerne la circulation *inter*-étatique. Parce qu'elle met en cause une pluralité d'Etats, elle soulève des difficultés politiques et juridiques lui étant propres et beaucoup plus ardues que celles tenant à la circulation *intra*-étatique. On comprend, dès lors que celle-ci et son régime juridique aient pu entrer plus aisément dans le champ du droit international dont le texte ici commenté est l'un des éléments.

L'idée de soumettre la liberté de circulation des personnes dans l'Etat à des règles n'émanant pas exclusivement de celui-ci a été exprimée par la société internationale d'abord dans l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme aux termes duquel « Toute personne a le droit de circuler librement... à l'intérieur d'un Etat ». On sait que la Déclaration universelle énonce des intentions et des principes à mettre en œuvre et non du droit positif obligatoire². Il a fallu des conventions postérieures pour que l'affirmation de la liberté de circulation *intra*-étatique devienne règle internationale.

La première en date fut le texte qui nous occupe³, suivi par quatre autres conventions aujourd'hui assez largement en vigueur dont le cumul permet de soutenir que l'on est en présence d'une règle internationale même si non encore d'application universelle⁴. A raison de l'identité des Etats parties, l'article 2 du Protocole n° 4 est confronté à deux de ces conventions⁵. Par ailleurs, d'autres instruments internationaux sont apparus relatifs, eux, à la circulation *inter*-étatique. C'est donc par rapport à tout un ensemble que l'on doit apprécier les implications de ce texte. Mais il va de soi qu'il faut d'abord en préciser les significations.

1. Le présent commentaire ne permet pas des considérations théoriques sur la liberté de circulation des personnes ; à cet égard cf. M. FLORY et R. HIGGINS, *op. cit.*, ainsi que les ouvrages traitant du droit des libertés publiques.

2. Simple résolution adoptée par un organe délibérant (l'Assemblée générale de l'ONU), la Déclaration universelle n'a point, par elle-même, force juridique en droit international. Mais elle peut en acquérir une en droit interne quand elle est incorporée à une constitution, pour alors servir de norme de référence, au même titre que les dispositions constitutionnelles internes, aux fins du contrôle de constitutionnalité des lois. C'est le cas, remarquable, selon la Constitution espagnole du 29 décembre 1978, art. 10.

3. Treize ans séparent la Convention de son Protocole n° 4. Peu après la seconde guerre mondiale, il était malaisé d'adopter une règle internationale imposant la libre circulation des personnes dans l'Etat, à raison de difficultés politiques (voire stratégiques), en particulier dans ce qui était alors la République fédérale d'Allemagne. Toutefois, on aurait peut-être pu aller un peu plus vite en besogne, compte tenu de ce que le traité de Rome de 1957 avait largement ouvert la voie. Cf. M. SAND, « Le quatrième Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme », *AFDI*, 1964, pp. 569-575.

4. Par ordre chronologique : Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (21 décembre 1965), art. 5/d/i et ii (137 Parties au 1^{er} janvier 1994) ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966), art. 12 (125 Parties à la même date) ; Convention américaine relative aux droits de l'homme (22 novembre 1969), art. 22 (25 Parties à la même date) ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (26 juin 1981), art. 12 (49 Parties à la même date). Sur cet effort international en faveur de la liberté de circulation dans l'Etat, cf. l'étude excellente même si aujourd'hui un peu dépassée de C. LEBEN, « La liberté de circulation des personnes et le droit international », *Annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand*, LGDJ, Paris, 1978.

5. Les deux conventions émanant de l'ONU.

I. SIGNIFICATIONS

L'article 2 du Protocole n° 4 n'est pas exempt d'ambiguïté ou d'incertitude, ainsi qu'il en va, au demeurant, de l'ensemble de la Convention et de ses Protocoles¹. Et le commentateur se trouve d'autant plus embarrassé que, si l'on ose dire, il travaille sans filet car la jurisprudence relative à ce texte est plus que réduite : la Commission s'est prononcée à quelques reprises sur le § 3 ainsi que sur un point de détail (cf. ci-dessous) ; la Cour n'a jamais statué sur ce texte, encore qu'une affaire aurait pu lui en donner l'occasion². C'est assez peu pour que le commentaire soit subjectif et donc risqué.

Trois libertés sont ici concernées, assorties de possibles limitations.

A. LA LIBERTÉ DE CIRCULATION DANS L'ÉTAT

Elle est affirmée en faveur de « quiconque », donc de tous ; pour les nationaux et ceux qui ne le sont pas, et point pour une catégorie de personnes telle que les migrants, les travailleurs, ou d'autres.

Affirmée à l'avantage de la personne, elle ne l'est que pour elle et non pour tel ou tel élément de son existence comme la circulation de ses biens³.

Elle est stipulée comme pouvant s'exercer sur l'ensemble du territoire de l'Etat, ce qui recouvre le territoire terrestre, les eaux intérieures et la mer territoriale ainsi que l'espace aérien surjacent. Il en résulte implicitement que n'importe quelle modalité de circulation est *a priori* admise au titre de cette liberté, depuis la marche à pied jusqu'à la natation en passant par le vol à voile.

Elle est accordée sous la condition que la personne se trouve « régulièrement » sur le territoire de l'Etat, situation qui s'apprécie non seulement au regard de la loi, mais de l'ensemble des règles (actes administratifs réglementaires ou individuels) dont la personne est susceptible de relever⁴.

En pratique, cette disposition concerne certainement l'étranger (entrée clandestinement, ou avec de fausses pièces ; séjour sans titre ou avec titres falsifiés, etc.). Mais elle ne peut toucher le national : il faudrait supposer qu'il persiste à rester dans son Etat alors qu'il a été frappé d'une interdiction d'y séjourner, ou bien qu'il enfreint une interdiction d'entrer dans son Etat, interdictions impossibles en vertu de l'article 3 § 2 du même Protocole.

Il n'y a là rien que de très normal. D'abord, on répugne généralement à faire bénéficier d'une liberté accordée par un ordre juridique celui agissant en violation de ce dernier. Ensuite et plus concrètement, les sanctions pénales (peines privatives de liberté) et administratives (reconduite à la frontière, assignation à résidence) de l'entrée ou du

1. Ce n'est pas ici que l'on débattrait du point de savoir si la Convention et ses Protocoles n'auraient pas dû être fondus en un texte unique dont on aurait profité pour améliorer certaines dispositions ; hypothèse d'école, probablement...

2. Il s'agit de la célèbre affaire *Bozano* mettant la France en cause. L'un des moyens soulevés par le requérant était relatif à la violation de l'art. 2 du Protocole n° 4. La Cour ne l'a pas examiné, d'autres moyens soulevés suffisant pour fonder son arrêt (A n° 111, 18 décembre 1986) ; cf. V. BERGER, *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, Paris, 3^e éd. 1991, p. 33 avec les références.

3. Commission, décision du 6 mai 1985 (req. 10 653/83 ; DR n° 42, p. 224).

4. Les rédacteurs du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ont préféré le mot « légalement » à celui de « régulièrement ». A première vue, le premier semble plus restrictif au détriment de la personne que le second. Mais l'on sait que l'on peut englober dans la notion de légalité maints instruments juridiques autres que la loi *stricto sensu*. C'est pourquoi nous pensons qu'en définitive les deux formules sont équivalentes.

séjour irréguliers dans un Etat sont réductrices de la liberté de circuler. *Ipsa facto* celle-ci est subordonnée à la régularité de la présence de la personne dans l'Etat.

B. LA LIBERTÉ DE SORTIR DE L'ÉTAT

La liberté, même la plus entière, de circuler en vase clos n'en est pas une. Il faut pouvoir aller voir ailleurs. La liberté de circulation n'est pas seulement celle d'aller, mais aussi celle de s'en aller. Le § 2 de l'article 2 est donc le complément indispensable du § 1 ; texte d'autant plus satisfaisant qu'il affirme cette possibilité en faveur de « toute personne » et comme pouvant s'exercer à partir de n'importe où. Toutefois, on saisit mal pourquoi l'on passe de l'« Etat » (§ 1) au « pays » (§ 2). Même si maintes contrées privilégient ce dernier vocable, il eût été préférable de maintenir, pour une même langue, une unité terminologique ¹.

On peut être perplexe quant à la portée du texte. Un point est clair, à savoir que la liberté de quitter « tout » pays ne joue qu'à l'encontre des Etats parties au Protocole. Mais si, et sous cette réserve, la liberté s'exerce dans « tout » pays, est-il indispensable de confirmer avec emphase qu'il en va de même, pour toute personne, dans le pays qui est « le sien » ?

Cette redondance a pour elle de se retrouver dans d'autres textes ². Elle n'en semble pas moins superflue, d'autant plus que sa signification n'est pas évidente : en fonction de quoi déterminer que, pour telle personne, tel pays est « le sien ». Deux critères de réponse peuvent jouer : celui de la nationalité et celui de l'installation. Si l'on admet que l'interprétation de ce texte doit être libérale et donc la plus favorable à la personne, il faut retenir les deux critères, quitte à les cumuler et à ce que la personne relève de deux pays ³.

On doit déplorer que ce droit au départ (car il s'agit de cela) ne s'accompagne pas corrélativement et nettement d'un droit au retour. Sans l'assurance de celui-ci, le départ est un risque, pouvant même, à l'occasion, devenir un bannissement déguisé.

Le Protocole n° 4 ne l'oublie pas tout à fait, mais en vient à compliquer l'exercice de ce droit, voire à le minimiser, par son article 3 en l'apparentant au régime de l'expulsion de l'étranger, et en en réservant le bénéfice au « ressortissant » et non plus à « toute personne », alors que l'identification du ressortissant n'est pas aussi évidente que celle de tout un chacun ⁴.

Ce faisant, le texte est, outre maladroit, défaillant puisqu'il ne met pas en évidence la seule garantie du droit au départ qu'est le droit au retour. Depuis et ailleurs, on a mieux fait ⁵.

1. Dans certaines langues étrangères, la différence est assez marquée entre l'Etat, qui désigne l'appareil de la puissance publique, et le pays qui recouvre la société politique (ainsi en anglais, en italien). En français, l'Etat désigne certainement la société politique (même s'il peut aussi désigner l'appareil de gouvernement), le mot pays pouvant toucher à des réalités géographiques plus diverses, à l'occasion très locales. Le glissement terminologique entre les § 1 et 2 de l'art. 2 est donc regrettable, même si on le retrouve dans les autres textes internationaux relatifs à la liberté de circulation.

2. Convention sur la non discrimination raciale ; Pacte sur les droits civils et politiques.

3. Pour un Italien ou pour un Néerlandais depuis longtemps établi en France, celle-ci n'est-elle pas « son » pays autant que son Etat d'origine ?

4. Cf. *infra*, le commentaire de l'art. 3 par D. LOCHAK.

5. L'art. 12 du Pacte affirme à la fois le droit de partir (§ 2) et celui de revenir (§ 4). Encore plus net est l'art. 12 § 2 de la Charte africaine selon lequel « Toute personne a le droit de quitter son pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ».

C. LA LIBERTÉ DU CHOIX DU DOMICILE

Le texte mentionne (§ 1) la « résidence », terme aussi vague qu'extensif : il est des résidences multiples, secondaires ou davantage, plus ou moins temporaires ou durables. Le vocable recouvre certainement la résidence principale, parfois dénommée lieu du principal établissement, c'est-à-dire (pour utiliser la terminologie du droit français) le domicile. Reste à savoir si le texte n'englobe pas toute résidence. Une interprétation libérale irait en ce sens.

On peut s'interroger sur le bien-fondé de la corrélation établie entre la liberté de circulation « et » la liberté du choix du domicile. En droit et en fait elle n'est pas toujours certaine puisqu'il est des restrictions à la seconde qui n'entravent en rien la première¹. Pourtant, elle est habituelle dans les textes internationaux.

Néanmoins, la logique gagnerait à ce que cette liberté soit rattachée au droit à l'inviolabilité du domicile, en sorte de conférer à ce dernier un statut protecteur global et d'autant plus efficace. Tel n'est malheureusement pas le cas dans le système de la Convention qui dissocie par trop les deux éléments constitutifs du droit au domicile².

D. LES LIMITATIONS

Il n'y a pas lieu de s'attarder sur la limitation particulière autorisée par le § 4. Elle n'entraîne qu'une restriction partielle puisque territoriale aux droits à la liberté de circulation et à la liberté de choix du domicile ; restriction que tous les Etats pratiquent³. On remarquera seulement qu'elle ne peut être conforme au Protocole que si prévue « par la loi » et justifiée « par l'intérêt public dans une société démocratique », vocables qui reprennent la limitation générale décrite au § 3, laquelle touche aux trois droits concernés par l'article 2 et sans considération de temps ou de lieu.

Peu ou prou, encore qu'avec des nuances non négligeables, les dispositions du § 3 ont été énoncées à quatre reprises dans la Convention, aux articles 8, 9, 10 et 11. Il est donc superflu de se livrer à leur analyse détaillée, déjà effectuée ci-dessus. En outre, d'excellentes lignes ont été ailleurs écrites à leur sujet⁴. Cependant, il faut souligner que l'exigence d'une « loi » (pour le moins l'acte juridique émanant de l'organe détendant constitutionnellement compétence législative, voire en outre d'autres actes ayant force de loi aux termes de la règle constitutionnelle) et celle de la conformité à ce qui est nécessaire « dans une société démocratique » sont censées conduire à une conception et à une interprétation restrictives des limitations malgré le caractère extensif de leurs motifs possibles. La finalité de ces exigences est de préserver le principe fondamental de toute société libérale selon lequel la liberté est la règle et la restriction l'exception.

1. En droit français, par exemple, la législation sur les nomades leur impose un « domicile de rattachement » dans une commune de leur choix, certes, mais à laquelle ils doivent se tenir. Les agents publics sont en principe (les dérogations étant nombreuses) tenus d'être domiciliés à leur lieu de travail. Ni les uns ni les autres ne voient pour autant leur liberté de circuler entravée.

2. On sait que le droit à l'inviolabilité du domicile est posé par la Convention elle-même (art. 8 § 1) sous une forme d'ailleurs quelque peu édulcorée puisqu'il n'y s'agit que du droit « au respect » du domicile. Or, les Etats Parties à la Convention ne le sont pas tous au Protocole n° 4 : la liberté du choix du domicile est donc moins acquise que la protection de celui-ci.

3. Ne serait-ce que par les interdictions de circulation sur les terrains militaires. Par ailleurs, des législations d'exception peuvent instaurer ce genre de restrictions (comme la loi française d'avril 1955 relative à l'état d'urgence).

4. Cf. *supra* l'analyse effectuée par V. COUSSIRAT-COUSTERE des § 2 des art. 8 à 11. Cf. G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 262 et s. et 551 et s. avec les références.

Or, il est très malaisé en pratique de faire prévaloir ce principe quand la loi elle-même (et, qui plus est, la loi démocratique) peut empêcher, au nom de la sécurité nationale, de la sûreté publique ou du maintien de l'ordre public. La menace pour les droits et les libertés est alors telle que l'on peut se demander s'ils ne sont pas vidés de leur contenu malgré leur solennelle reconnaissance juridique¹.

Pour ce qui est des droits concernés par l'article 2 du Protocole n° 4, l'inquiétude n'est pas vaine, car on constate que chaque fois que la Commission eut à se prononcer sur des restrictions à ces droits, ce fut pour en admettre le bien-fondé et donc les valider². A la réflexion, il ne semble pas qu'on puisse en faire reproche à la Commission. Il devrait bien plutôt être adressé au § 3 de l'article 2 lui-même s'il n'avait pour lui l'avantage d'être inévitable et indiscutable³.

Les réticences que suscitent certaines imperfections de rédaction de l'article 2 ou certaines de ses dispositions de fond ne doivent cependant pas masquer les importantes implications pouvant être les siennes et qui tiennent à la parenté plus ou moins proche entre ce texte et d'autres textes de portée internationale ainsi qu'à son incidence possible en droit interne.

II. IMPLICATIONS

A. La relation entre le texte commenté et d'autres textes internationaux s'établit d'abord avec un texte applicable en Europe et concernant la reconnaissance et l'exercice des mêmes droits dans l'Etat, à savoir l'article 12 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, lorsqu'un Etat est Partie aux deux traités. Actuellement (1992) cette hypothèse touche vingt-six Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme, d'autres n'étant parties qu'à l'un des deux traités⁴.

Cette manière de rivalité frappe, à vrai dire, l'ensemble du système résultant de la Convention et de ses Protocoles dans sa comparaison avec le système du Pacte et de son Protocole complémentaire. Pour la surmonter, une solution a été trouvée, selon laquelle

1. Comme exemple de ce pessimisme quant à l'efficacité et à l'avenir de la Convention, cf. J.E.S. FAWCETT, « The application of the European Convention on Human Rights », dans *International law in a changing society*, Essays in honour of Philip Jessup, Columbia university press, New York, 1972.

2. Décision du 16 octobre 1980 (Req. 8 901/80 ; DR n° 23, p. 237 : déchéance à la suite d'une condamnation pénale du droit d'exercer une profession, elle-même limitant le choix du domicile ; décision du 10 mars 1981 (Req. 8 988/80 ; DR n° 24, p. 198) : interdiction faite à un failli de s'absenter ; décision du 6 mars 1984 (Req. 10 307/83 ; DR n° 37, p. 113) : obligation à l'encontre d'un inculpé ou d'un condamné de déposer son passeport pour être mis provisoirement ou conditionnellement en liberté ; décision du 13 décembre 1984 (Req. 10 078/82 ; DR n° 41, p. 103) : restriction (assignation à résidence) aux libertés de circuler et du domicile ordonnée comme substitut d'une expulsion ; décision du 9 juillet 1985 (Req. 10 670/83 ; DR n° 44, p. 195) : mise en liberté subordonnée à des garanties restreignant celle-ci ; décision du 2 décembre 1985 (Req. 10 893/84 ; DR n° 45, p. 198) : licéité, bien que contraire à la liberté de quitter le pays, d'une détention régulière pour purger une peine.

3. Inévitable car on conçoit mal que les Etats ne préservent point les prérogatives de la puissance publique pour la protection d'elle-même ou de l'ordre social, surtout quand des mécanismes internationaux peuvent jouer pour la surveillance de la mise en œuvre des droits et libertés ; indispensable car sans cette sorte de domaine réservé au profit de la loi, celle-ci serait constamment soumise à la sanction des instances chargées de l'application de la Convention. Or, si elles peuvent oser aller jusqu'à apprécier la qualité de la loi (comme la Cour l'a fait dans les affaires remarquées *Kruslin et Huvig* du 24 avril 1990, A n° 176), elles ne peuvent être juges de sa validité, simplement parce qu'elles ne sont pas juges de la loi.

4. La liste des Etats Parties au Protocole n° 4 figure *infra* dans le commentaire de son art. 7. En dehors du cas du Liechtenstein et de Saint-Marin, seules la Grèce et la Turquie n'ont pas ratifié le Pacte. Inversement l'Estonie et la Lituanie sont parties au Pacte mais sont encore signataires de la Convention.

l'emporte la convention la plus favorable à la personne tant par l'étendue de la reconnaissance des droits et libertés que par l'efficacité des mécanismes de garantie utilisables¹.

Par suite, l'article 2 du Protocole n° 4 prévaut contre l'article 12 du Pacte, non pas à raison de différences sensibles quant à l'affirmation des libertés de circulation et du domicile, mais parce que les restrictions possibles à ces droits sont censées être bien moindres dans le premier cas que dans le second. En effet, l'article 2 § 3 et 4 veut qu'elles soient conformes aux exigences d'une « société démocratique » (cf. *supra*), opposition majeure entre les deux textes suffit pour que le Protocole l'emporte sur le Pacte³.

B. A l'inverse, on peut s'interroger sur le point de savoir si le texte ici commenté ne deviendrait pas, sinon obsolète en tout cas minimisé à raison de règles internationales liant certains des Etats qui lui sont Parties et relatives aux libertés de circulation ou d'établissement (et donc de domicile), non plus intra-étatiques, mais inter-étatiques.

Il en va ainsi de l'article 48 du traité de Rome de 1957 instituant la CEE, qui impose les libertés de circulation et d'établissement des « travailleurs », qui a été étendue à la libre circulation « des personnes » en application de l'Acte unique européen de 1986 et de l'une de ses déclarations annexées⁴. Il faut aussi mentionner la Convention européenne de 1977 sur le statut juridique des travailleurs migrants⁵. Enfin, la liberté de circulation des personnes est clairement affirmée et déjà mise en œuvre entre les Etats liés par l'accord de Schengen⁶. Certes, dans tous les cas, les bénéficiaires de la liberté sont les ressortissants des seuls Etats liés. Mais cela suffit pour que, entre ceux-ci, soit amoindri l'intérêt présenté par l'article 2 du Protocole n° 4.

Par ailleurs, la liberté de circulation des personnes entre Etats semble de plus en plus consolidée par l'Acte de Helsinki et par les actes qui lui ont été consécutifs et dont sont

1. Cf. G. COHEN-JONATHAN, « Les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques » dans *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Pedone, Paris, 1977 ; P. MODINOS, « Coexistence de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte des droits civils et politiques des Nations Unies », *Revue des droits de l'homme*, 1968 ; plus généralement, P. TAVERNIER, « Convention européenne des droits de l'homme », *Juris-classeurs de droit international*, fasc. 155-C.

2. Il n'en est qu'un : « la prévention des infractions pénales » que le Protocole retient comme motif possible de limitation n'est pas mentionnée dans le Pacte.

3. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ne concerne la liberté de circulation que pour indiquer que celle-ci ne saurait faire l'objet de restrictions discriminatoires. A raison de sa spécialité elle a donc une portée moindre que le Pacte. Par suite, elle est encore moins que lui en situation de concurrence avec le Protocole n° 4.

4. Cf. *Traité instituant les Communautés européennes* et autres textes, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1987, p. 595.

5. La Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant (24 novembre 1977) ne liait que sept Etats au 1^{er} septembre 1994 ; à son sujet, cf. *Les travailleurs étrangers et le droit international* (colloque de Clermont-Ferrand), Pedone, Paris, 1979.

6. L'accord de Schengen (signé le 14 juin 1985 entre l'Allemagne, la Belgique, le Luxembourg, la France et les Pays-Bas, auxquels se sont ajoutés successivement l'Italie, l'Espagne et le Portugal) est en vigueur depuis le 2 mars 1986 (v. son texte au *J. O.* du 5 août 1986 ou à la *RGDIP* 1987, p. 236). Il a été suivi d'une convention d'application, signée à Schengen également le 19 juin 1990 (cf. *RGDIP* 1991, p. 513 et l'étude relative à ce texte due à P. WECKEL, même revue, p. 405) ; cf. aussi B. NEEL, « L'Europe sans frontières intérieures : l'accord de Schengen », *AJDA* 1991, p. 659.

signataires toutes les Parties au Protocole n° 4¹. Sans doute ces instruments, bien que constitutifs d'accords internationaux, n'ont-ils pas la force juridique de conventions, ne serait-ce qu'à raison de l'impossibilité de les introduire dans le droit interne. Mais ils contribuent au progrès de l'idée selon laquelle la liberté de circulation des personnes devrait être générale, tant entre les Etats qu'au sein de chacun d'entre eux, la liberté inter-étatique consolidant forcément la liberté *intra-étatique*².

L'article 2 du Protocole n° 4 se trouve ainsi entouré d'autres règles lui portant quelque peu ombrage et atténuant son prestige originaire quand il était le seul texte international normatif énonçant le principe des libertés de circulation des personnes et du domicile dans l'Etat. Cependant, il reste irremplaçable quant à ses implications en droit interne, puisque les autres instruments internationaux ou bien ne concernent qu'indirectement la liberté de circulation dans l'Etat, ou bien (tel l'article 12 du Pacte) lui sont relatifs mais de façon moins avantageuse pour la personne.

C. L'incidence sur le droit interne du texte commenté ne sera examinée qu'au regard du droit français ; non seulement parce qu'il est ici impossible d'étudier la situation dans tous les Etats parties au Protocole, mais parce que la faiblesse intrinsèque du droit français quant à la liberté de circulation a constitué un terrain très favorable à l'implantation du Protocole.

Jusqu'à naguère, l'on ne pouvait trouver la moindre affirmation explicite du principe de la liberté de circulation dans le droit positif français, constitutionnel, législatif ou jurisprudentiel, ce qui permettait de soutenir qu'une liberté aussi fondamentale en fait était ignoré en droit³. Une amorce d'évolution fut entreprise par le Conseil constitu-

1. L'Acte de Helsinki (1^{er} août 1975) ne vise pas expressément la liberté de circulation dans son principe VII relatif au respect des droits de l'homme, mais implicitement en se référant à la Déclaration universelle et aux Pactes. Toutefois, plusieurs aspects précis de cette liberté sont mentionnés dans la troisième partie du texte, au titre des « contacts entre les personnes ». La question de la liberté de circulation inter-étatique sera reprise beaucoup plus tard, mais avec insistance, principalement dans : le document de clôture (15 janvier 1989) de la réunion de Vienne ; le document de clôture (29 juin 1990) de la réunion de Copenhague sur la dimension humaine de la CSCE ; dans la « Charte de Paris pour une nouvelle Europe » du 21 novembre 1990 (textes dans E. DECAUX (éd.) : *Sécurité et coopération en Europe*, La Documentation française, 1993). Il est intéressant de souligner que ce dernier texte fait état de « la liberté de circulation » sans autre précision, englobant ainsi, semble-t-il, tant la circulation dans l'Etat que celle entre Etats.

2. En réalité, la question n'est peut-être pas aussi simple puisque l'affirmation croissante de la liberté de circulation dans tous ses aspects se heurte de plus en plus à des exigences de réglementation et de restriction dans la mesure où les Etats doivent faire face à d'importants flux migratoires : cf. J.-C. PEAUCELLE, « L'immigration et la libre circulation des personnes en Europe : enjeux et perspectives », *RFDA*, 1990, p. 516. Par suite, maints individus rencontrent des difficultés pour trouver un lieu de destination et d'arrivée, ce qui compromet leur droit au départ. On va même jusqu'à sérieusement envisager de restreindre celui-ci. Cette tendance pourrait aboutir à ce que la liberté de circulation inter-étatique perde son universalisme potentiel pour se replier, si l'on ose dire, dans des groupes d'Etats très solidaires : par exemple, les Etats Parties à l'Accord de Schengen ; ou bien les Etats membres des Communautés européennes. Il est significatif à cet égard que la résolution adoptée par le Parlement européen le 12 avril 1989 et portant adoption de la « Déclaration des droits et libertés fondamentaux » (texte dans *RUDH*, 1989, p. 343) ne considère ce qu'elle appelle la liberté « de mouvement » (art. 8) que dans le seul cadre des Communautés et à l'avantage de leurs « citoyens » *seulement*.

Par rapport aux traités en vigueur dans les Etats communautaires, à commencer par le Protocole n° 4, il y a là une régression certaine, touchant les deux aspects (*intra-étatique* et *inter-étatique*) de la liberté de circulation.

3. Nous l'avons soutenu dans les lignes écrites en 1978 (J. MOURGEON et J.-P. THERON, *Libertés publiques*, PUF, Paris, 1979, p. 48) ; à juste titre à l'époque, même si l'on nous en fit reproche ensuite et à tort, faute d'avoir suffisamment pris garde à la date du propos (cf. P. JEAN, *op. cit.*).

tionnel à la faveur d'une décision (1^{er} juillet 1979) dans laquelle, entre deux virgules, il fait état de la liberté de circulation comme étant une « liberté fondamentale », ce qui n'était d'ailleurs pas indispensable pour la motivation de sa décision, mais posait un jalon pour l'avenir¹. Retenons que le Conseil s'est prononcé de façon très prétorienne, en ne s'appuyant sur aucun texte, d'origine interne ou relevant du droit international².

Plus tard, trois affaires voisines quant à leur objet (retraits administratifs de passeport ou refus administratif de sa délivrance, donc restrictions à la liberté de quitter le pays), chronologiquement proches et jugées par des juridictions suprêmes ont permis d'inclure dans le droit français la liberté de circulation des personnes comme « liberté fondamentale », et ce grâce *en partie* à l'application du Protocole n° 4³.

En effet, ces affaires révèlent quelque flottement ou hésitation quant à la volonté d'appliquer celui-ci, lequel y fut mis en balance avec la Déclaration française des droits de l'homme de 1789, passablement triturée pour la circonstance, ainsi qu'avec un décret de 1792 opportunément sorti des oubliettes⁴. Il est vrai qu'elles se situent à une époque où le juge (le juge administratif surtout) était encore intimidé face au droit international et à son applicabilité directe et exclusive : le décisif et illustrissime arrêt *Nicolo* n'avait pas été rendu⁵.

Depuis, l'harmonie s'est établie entre toutes les juridictions pour utiliser le droit international surtout quand il est à l'avantage de la personne, plus explicite ou exigeant que le droit interne⁶.

Voilà pourquoi, aujourd'hui, c'est à l'article 2 du Protocole n° 4 et à lui seul que l'on doit désormais d'avoir fait de la liberté de circulation des personnes dans l'Etat (et de celle de le quitter) une liberté fondamentale en droit français. Ainsi, le juge administratif a-t-il fait à deux reprises application de l'article 2 pour annuler des actes administratifs lui étant contraires : Conseil d'Etat, 22 mai 1992, *GISTI* ; et Conseil d'Etat, 9 novembre 1992, *Président du gouvernement du territoire de la Polynésie française*⁷.

1. Cf. *RDP* 1979, p. 1727 et (p. 1693) les observations dues à L. FAVOREU.

2. Pourtant, le Protocole n° 4 était déjà en vigueur en France (depuis 1974) ; point encore le Pacte qui ne le sera qu'en 1981.

3. Cass., civ., 28 novembre 1984, *Bonnet, Buisson et Litzman* ; *RFDA* 1985, p. 761, concl. SADON ; notes GAVALDA (*D.* 1985, p. 513), LOMBARD (*JCP* 1986, II, 20 600), ROUSSEAU (*RGDIP* 1986, p. 255), PACTEAU (*Rev. adm.*, 1985, p. 145), PEISER (*Rev. crit. de d. i. privé*, 1985, p. 507).

Trib. conflits, 9 juin 1986, *Eucat* ; *RDP* 1987, p. 1079, concl. M.A. LATOURNERIE ; notes (parmi beaucoup d'autres) AZIBERT et DE BOISDEFFRE (*AJDA* 1986, p. 476) ; PACTEAU (*JCP* 1987, II, 20 746).

Conseil d'Etat, Ass., 8 avril 1987, *ministre de l'intérieur et de la décentralisation c. Peltier* ; *Recueil* 1987, p. 228, concl. MASSOT ; notes (parmi d'autres) AZIBERT et de BOISDEFFRE (*AJDA* 1987, p. 327) ; PACTEAU (*RFDA* 1987, p. 608).

4. La Cour de cassation s'est appuyée sur le Protocole seulement. Le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat l'ont utilisé comme une base légale parallèle à d'autres et en « enrichissant » la Déclaration de 1789 d'une liberté de circulation qu'elle n'énonce pas même si elle affirme « la liberté » et si ses travaux préparatoires permettent de penser que les rédacteurs l'avaient en tête. Il est symptomatique que, dans l'affaire *Eucat*, le commissaire du gouvernement ait déployé de grands ou louables efforts pour fonder le jugement sur des textes d'origine française, puis ait superbement ignoré le Protocole n° 4.

5. Conseil d'Etat, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo* ; *Recueil* 1989, p. 190, concl. FRYDMAN ; LONG, WEIL, BRAIBANT, DELVOLVE et GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 1993, p. 742 avec d'autres références pour les conclusions et la mention (non exhaustive !) d'une vingtaine de commentaires.

6. Cf. *Le juge administratif français et la CEDH* (colloque de Montpellier), *RUDH* 1991, p. 258 ; en particulier les communications dues à F. SUDRE (« L'influence de la CEDH sur l'ordre juridique interne ») et à R. ABRAHAM (« L'applicabilité de la CEDH en droit interne »).

7. Cf. les conclusions de R. ABRAHAM, *RFDA* 1993, n° 3, p. 567 ; et les conclusions de S. LASVIGNES, *id.* p. 570.